الإهداء

إلى والدي رحمه الله دعاء ووفاء.....

إلى والدتي نبع الحب والحنان أدامها الله لي

إلى زوجي الغالي وأبنائي (محمد، أحمد)

إلى أخي وأخواتي الذين غمروني بصدق مشاعرهم ودعواتهم أدامهم الله لي

أهدي هذا العمل التواضع.

مقدمة

ارتبط تطور المجتمع بدرجة التطور الثقافي والاجتماعي للمرأة ومدى مساهمتها الفعالة في البناء الحضاري للمجتمع، وتعتبر قضية المرأة من القضايا الاجتماعية المثيرة للنقاش، حيث كانت ولا تزال تستحوذ على معظم الاجتهادات الفكرية لأنها تمثل إحدى دعائم الأسرة والنواة الأساسية لاستقرار واستمرار الحياة الأسرية، فهي مربية الأجيال فبصلاحها تصلح البشرية وبفسادها تندثر القيم والأخلاق، وبما أن الأسرة تعتبر النواة الرئيسية التي يبني عليها المجتمع أسسه، فهي التي تمده بمختلف الفئات التي تؤثر فيه وتتأثر به، فبصلاحها يصلح وبفسادها يفسد.

وقضية المرأة ليست مجرد قضية وطنية، بل أصبحت قضية ذات أبعاد دولية بعد انخراط الدول العربية في الاتفاقيات الدولية والتزامهم دستوريا باحترام حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها عالميا، حيث حظيت في العقود الأخيرة باهتمام عالمي كبير، ويظهر ذلك وبشكل جلي من خلال عقد عدة مؤتمرات دولية خاصة بها، كان الهدف منها حمايتها والدفاع عن حقوقها، وكان من أهم المبادئ التي تم التركيز عليها في ذلك هو مبدأ المساواة باعتباره أهم مبدأ حددت من خلاله الأمم المتحدة خارطة الطريق للنهوض بأوضاع النساء في العالم. وانطلاقا من سنة 1975م خصصت سنة دولية للمرأة تحت شعار "المساواة والتنمية والسلم" التي أقرها المؤتمر العالمي الأول للمرأة[1].

ومما لا شك فيه أن الخطاب الدولي حول الحقوق والحريات، وبالأخص حول حقوق المرأة والنهوض بها قد ترك تأثيراً واضحاً على توجيهات الدول العربية ومن بين

[1] أنس سعدون:" واقع المرأة من خلال مؤتمرات الأمم المتحدة- إعلان بكين نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، 2007م/2008م.

الدول التي تهمنا في هذا البحث الأكاديمي: المملكة المغربية والمملكة العربية السعودية ومملكة البحرين وباقي دول الخليج العربي حيث أخذت هذه الدول بإعادة صياغة سياستها التشريعية باتجاه تعزيز قضايا حقوق المرأة وتحقيق الضمانات الكفيلة بتوفير المناخات القانونية المناسبة لتحقيقها على صعيد الواقع.

ولتكوين الأسرة وقيامها بدورها في المحافظة على النوع البشري وامتداده شرع الله سبحانه وتعالى الزواج وجعله من سنة دينه ومنهاج شريعته، حيث جمع بين الأرحام المنقطعة والأنساب المتفرقة مصداقا لقوله جلت قدرته﴿ **وهو الذي خلق من الماء بشرا، فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا**﴾.[1]

ولقد اعتبرها الإسلام حجر الأساس في تكوين المجتمع الإسلامي وأعطاها أهمية بالغة وخصها بتشريعات وأحكام لتنظيمها وحمايتها وتحصينها ضد ما قد يشوب صفوفها من خلل، ونظرا لأهمية رباط الزواج في الحياة، فلقد أحاطه بكل الضمانات التي تجعل منه محل أمن واستقرار، مصداقا لقوله تعالى﴿**ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة**﴾[2]، وكذلك دعا إليه الرسول الكريم بسنته القولية والعملية[3]، كما حث أولياء المرأة على تزويجها الرجل الكفء الكريم وعدم عضلها أو التأخير أو التماطل في تزويجها لما قد يسببه هذا الأمر من مضرة نفسية ومعنوية لها لقوله عز من قائل ﴿**ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾[4]، فالزواج في المجتمع الإنساني ليس نظاما اختياريا ولا رفاهية حضارية بل هو أمر يمكن اعتباره حتميا لا محيد عنه

---

[1]- سورة الفرقان الآية 54.

[2] سورة الروم، آية 21.

[3] حدثنا عمر بن حفص حدثنا أبي حدثنا الأعمش قال: حدثني ابراهيم ابن علقمة قال: «كنت مع عبد الله، فلقيه عثمان بمنى فقال: يا أبا عبد الرحمن إن لي إليك حاجة فخليا فقال عثمان: هل لك يا أبا عبد الرحمن في أن نزوجك بكرا تذكرك ما كنت تعهد؟ فلما رأى عبد الله أن ليس له حاجة إلى هذا أشار إلي فقال: يا علقمة فانتهيت إليه وهو يقول: أما لئن قلت ذلك لقد قال لنا النبيﷺ: « يا معشرالشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»، انظر، أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري:"صحيح البخاري"، الطبعة الأولى، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، س، 1424ه/2002م، بيروت، باب قول النبيﷺ:«من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج»، تاب النكاح،باب الترغيب في النكاح، ص: 1292.

[4] سورة النساء، جزء من الآية :19.

ذلك أن سنة الله في خلقه والفطرة التي جبل عليها الإنسان اقتضت بالضرورة ميل الذكور والإناث إلى بعضهما البعض واجتماعهما للتوالد والتناسل من أجل أن يتحقق بقاء النوع البشري الذي جعله الله تعالى خليفة له في الأرض لعمارتها واستثمارها[1].

وبما أن الزواج عقد مقدس شرعه الله لبناء الأسرة على أساس متين من الترابط والألفة والمودة بقصد الدوام والاستمرار والاستقرار وعمارة الأرض وتكثير سواد الأمة وضمان حياة مشتركة بين الرجل والمرأة تقوم على الإخلاص والرحمة والتفاني في العمل لصالح الأسرة التي تعتبر الخلية الأولى في المجتمع، وأهم قناة للتربية وتكوين الأجيال، ولعل كل مهتم بالعلوم الاجتماعية –على اتساعها وتشعبها– يدرك أن اهتمام المفكرين بالأسرة وخصائصها ومشكلاتها اهتمام يضرب بجذور عميقة في تاريخ الفكر الإنساني، بل يكاد يكون قديما قدم الفكر الإنساني نفسه، ولم تخلو حضارة من اهتمام مفكريها بالأسرة من زاوية أو أخرى، إذ تنوعت وتباينت هذه الاهتمامات، من اهتمامات فلسفية إلى أخرى أخلاقية إلى ثالثة تأملية[2].

ومؤسسة الأسرة في معظم المجتمعات هي المؤسسة الأكثر قوة على مقاومة التغييرات والتحولات الاجتماعية، وتلعب المرأة فيها دور الحافظ والحاضن الأساسي لاستمرار وجودها.

وتنفرد الأسرة العربية بصفات وخصائص غير قابلة للتغير والتطور؛ فهي أسرة أبوية السلطة والنسب، والزواج فيها داخلي مرتب، ويكثر فيها تعدد الزوجات، وتميل إلى أن تكون أسرة ممتدة كبيرة الحجم وذات معدلات إنجاب عالية[3]، لقوله تعالى في سورة النور﴿ وعد الله الذين آمنوا منكم وعملوا الصالحات ليستخلفنهم في الأرض كما

---

[1] أحمد الخمليشي:"التعليق على قانون الأحوال الشخصية "،الجزء الأول ،الزواج والطلاق ،الطبعة الأولى، ص:30.

[2] د.علياء شكري:"الاتجاهات المعاصرة في دراسة الأسرة"، الطبعة الثانية،س، 1981م، دار المعارف القاهرة، ص: 15.

[3] عبد الخالق أحمدون:" قانون الأسرة الجديد، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى، طوب بريس، س، 1426 ه/2005 م، ص:22.

استخلف الذين من قبلهم وليمكنن لهم دينهم الذي ارتضى لهم وليبدلنهم من بعد خوفهم أمنا﴾[1]، ومن تم فإن أي تغيير لوضعها هو تعرض للإسلام، ويمكن القول إن الأسرة العربية بقيت أسرة ممتدة حتى أواسط القرن العشرين حيث استمرت علاقات القرابة ليس فقط بين الأهل والأولاد وإنما امتدت إلى الجد والجدة والأحفاد والأخوة والأخوات وأبناء العمومة والخؤولة وغيرهم، غير أن ثمة تطورا نوعيا بدأ يطرأ على بنية الأسرة العربية منذ بداية الخمسينات من القرن الماضي أي في المرحلة التي شهدت اتساعا ملحوظا في حركة التصنيع ونموا متزايدا في التعليم وفروعه واتساع دائرة التشغيل والتوظيف في القطاعين العام والخاص، مما أدى إلى تحول جوهري لها فأصاب بنيتها وقام بتفكيكها وانتقلت تدريجيا من أسرة ممتدة إلى أسرة نووية، إلا أن هذا التحول لم يلغي تماما القرابة العائلية التي لازالت تحافظ على التماسك الأسري كما أن هناك مناسبات عديدة تشكل حوافز للتقارب الأسري، ومن الحقائق التي لا خلاف بخصوصها بين علماء الاجتماع والتربية والفكر الإسلامي؛ أن الأسرة هي عماد المجتمع، وأنها إذا أسست على دعائم راسخة من الدين والخلق والترابط الحميم؛ فإنها تشكل لبنة قوية في بنيان الأمة، وخلية حية في جسم المجتمع، ومن تم يكون صلاح الأسرة هو السبيل إلى صلاح الأمة[2].

وبما أن المجتمع في نهاية القرن الماضي كان يكابد أزمة اختناق أوصله إليها تراكم التخلف والتقاليد والأعراف بوصفها مسلمات القرن الماضي، وفي مقدمات هذه التقاليد مشكلات الزواج والطلاق والتعدد، حيث كان عقد الزواج يتم بعيدا عن رغبة الفتاة ودون اشتراط لسنها ولا تحديد لمهرها[3]. وعلى هذا الأساس بدأت المطالبة بالمساواة في الحقوق بين الجنسين في الظهور منذ زمن مبكر، وأخذت حركة تحرر

---

[1] سورة النور، آية 55.

[2] عبد السلام علي المزوغي:"النظام القانوني في للأسرة ودوره في حمايتها من التفكك"، الطبعة الأولى، س، 1988م، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ص:117.

[3] عبد الخالق احمدون م س، ص :36

المرأة في ازدياد، وما لبثت أن نالت كثيرا من الحقوق التي حرمت منها طوال عصور التاريخ، وأصبحت نتيجة لهذه الحركة تشارك الرجل المدرسة والجامعة والمصنع وكل مجال من مجالات العمل كما نالت حقوقها المدنية كلها أو بعضها وأصبحت كائنا يمثل نصف المجتمع[1].

فالاهتمام الحالي بحقوق المرأة بات يمثل قيمة مستهدفة لواقعها في العالم العربي على اعتبار أن هذا الموضوع أصبح من المواضيع التي تحظى باهتمام كبير ومتزايد من طرف علماء الاجتماع والسياسة وفقهاء القانون، وكذلك المجتمع المدني خاصة الجمعيات النسائية، ويرجع هذا الاهتمام للدور الذي تلعبه المرأة في الأسرة والمجتمع؛ حيث لا يمكن فصل قضية المرأة عن قضية الأسرة، وكل حماية للمرأة هي حماية لخلية الأسرة أيضا، وعلى هذا الأساس حظيت المرأة بعناية بالغة ابتداء من العشرية الأخيرة من القرن العشرين، ولذلك تعتبر قضيتها ذات أوجه متعددة يمكن النظر إليها من زوايا مختلفة سياسيا واقتصاديا واجتماعيا وثقافيا، ويروم هذا البحث حول الوقوف على الوضع القانوني للمرأة العربية فيما يخص النظام الأسري انطلاقا من المنظومة القانونية الوطنية في تفاعلها مع مرجعيتين أساسيتين هما: الشريعة الإسلامية والقانون الدولي.

ولقد كانت ولا تزال الأحكام التشريعية المتعلقة بنظام الأسرة موجودة بشكل مفصل في كتب التفسير والحديث والفقه بمذاهبه المختلفة، ولما كان الرجوع إلى أقوال المفسرين والمحدثين والفقهاء والربط بينهم ومعرفة الراجح منهم فيه من الصعوبة على ذوي الاختصاص فقد تم بذل جهود كبيرة منذ بداية القرن التاسع عشر لتقنين التشريعات المتعلقة بالأسرة[2].

[1] مفيدة محمد ابراهيم:" المرأة العربية والفكر الحديث"، مطبعة مجدلاوي، الفصل الخامس، ص:171و172.
[2] ماجد محمد أبو رخية وعبد الله محمد الجبوري:" فقه الزواج والطلاق وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي"، الطبعة الثانية، الإمارات العربية المتحدة،س، 2015، مكتبة الجامعة، ص:15.

ويقصد بالنظام القانوني للأسرة جملة الأحكام والقواعد والمبادئ التي تساهم في تنظيم الأسرة تكوينا وعلاقات ووظائف وحقوق والتزامات بوصفها قاعدة الأساس في البناء الاجتماعي[1]، فالتطور الذي عرفه النظام القانوني للأسرة في دول الخليج العربي، لم يكن بمنأى عن التحولات والتغيرات التي عرفها العالم، ذلك أن المجتمع الخليجي عرف عدة تطورات في مختلف المجالات، وبالتالي كان من الضروري القيام بعدة إصلاحات جوهرية للإطار القانوني المنظم للأسرة، لكن هذا لم يحدث في كل دول الخليج، حيث بقيت أحكام الفقه الإسلامي هي السائدة على الأقل في مجال قانون الأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية ومع ذلك؛ ينبغي الاعتراف أنه في السنين الأخيرة عملت المملكة بتوجيه ولاة الأمر على تقعيد العديد من الأحكام، التي تهم الجوانب المسطرية والتنظيمية وإصدارها في شكل أنظمة، تتضمن موادها أكثر من مجال، وطبقا لذلك شرع ولاة الأمر في إصدار هذه الأنظمة، إلا أن هذا التوجه وإن كان خطوة إيجابية ومتطورة ويعبر عن الحداثة، فإنه لا يعني التفريط في المضامين الفقهية، خاصة إذا علمنا أن أمر الأحكام الفقهية جد ميسر في إطار المذهب الحنبلي، فهناك العديد من المؤلفات التي تدخل في إطار المذهب، والتي تشمل أحكام العبادات والمعاملات بشكل مفصل، خاصة الجانب المتعلق بالأحوال الشخصية، أو ما يطلق عليه النظام القانوني للأسرة بالمملكة العربية السعودية[2].

ويتم العمل فيه بواسطة نظام المرافعات الذي أعدته لجنة إعداد اللوائح التنفيذية والذي وافق عليه جلالة الملك فهد بن عبد العزيز رحمه الله بواسطة المرسوم الملكي رقم 10 م/21 بتاريخ (1421/05/20) هـ (2000/8/20م)[3]، القاضي بتنفيذ هذا

---

[1] عبد السلام علي المزوغي، مرجع سابق، ص:120.

[2] خالد بن محمد آل الشيخ:" تطور تشريعات الأسرة في الوطن العربي"، دراسة مقارنة بين المملكة المغربية والمملكة العربية السعودية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، دجنبر، 2011م،ص:7.

[3] صدر المرسوم الملكي رقم 10 م/21 بتاريخ (1421/05/20) هـ (2000/8/20م)ونشر في جريدة أم القرى عدد 3811 وتاريخ 1421./6/17.

النظام، وإخراجه إلى حيز التطبيق، وقد جاء نظام المرافعات السعودي متضمنا أربعة عشر بابا و266 مادة و850 لائحة، ونظام المرافعات هو نظام عام، شمل الإجراءات المسطرية وتحديد الآجال وجزءاً من الاختصاص، مع التعريف بالعديد من الحقوق دون ارتباط عميق بالجوهر الذي ترك لأحكام الشريعة الإسلامية، وحدد نظام المرافعات المقصود بالأحوال الشخصية، في هذه الركائز وتتضمن:

موضوع الزواج والطلاق والنفقة والنسب، والولاية على النفس أو المال، والقاصر والحجر إضافة إلى المواريث والوصايا والحضانة[1].

كما تولي المملكة العربية السعودية لقضايا حقوق الإنسان اهتماما خاصا على المستويين المحلي والدولي، وذلك انطلاقا من التزامها بتطبيق الشريعة الإسلامية السمحة التي تدعو إلى التسامح والعدالة والمساواة وسيادة القانون، وفي سبيل ذلك تم اتخاذ العديد من الإجراءات ومن ضمنها ما نصت عليه المادة 26 من النظام الأساسي للحكم والتي تؤكد على التزام المملكة بحماية حقوق الإنسان في ظل احترام الثوابت الإسلامية والنظام العام للدولة السعودية[2]، ولذلك تحفظت المملكة على المادة16 و18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[3]، فالفقرة الأولى من المادة 16 تسمح بالزواج من مختلف الأديان وهذا ما يصطدم صراحة بالشريعة الإسلامية[4]، أما المادة 18 فهي تسمح بالحق في تغير الدين وحرية إقامة الشعائر الدينية مع جماعة أمام الملأ وهو ما يصطدم بالنظام العام للمملكة، بالإضافة إلى موضع آخر قد يصطدم بالشريعة الإسلامية وهو ما ورد بالفقرة الثانية من المادة 25 من ضرورة

[1] خالد بن محمد آل الشيخ ،نفس المرجع، ص:8.

[2] النظام الأساسي للحكم، تحت رقم:أ/90، تاريخ:1412/8/27ه، الباب الخامس الحقوق والواجبات، المادة السادسة والعشرون: "تحمي الدولة حقوق الإنسان...وفق الشريعة الإسلامية".

[3] انظر المادة 16 و18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

[4] لكن لايوجد في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 16 ما يخالف الشريعة الإسلامية، انظر موقع جمعية حقوق الإنسان بالسعودية.

المساواة بين الأطفال المولودون[1] في إطار الزواج والأطفال المولودون خارج إطار الزواج[2].

وبما أن الآليات القانونية الدولية في مجال حقوق الإنسان عديدة ومتنوعة بعضها يعالج موضوع حقوق الإنسان بصفة عامة؛ كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأغلبها يعالج مسائل أو موضوعات محددة بصفة خاصة؛ كتلك التي تتعلق بفئة معينة كاتفاقيات حقوق المرأة إلا أن هناك سبعة اتفاقيات دولية رئيسية تشكل عماد القانون الدولي لحقوق الإنسان ولقد انضمت المملكة رسميا إلى عدد من هذه الاتفاقيات ومن بينها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الموقعة في 18 ديسمبر 1979 م، والتي انضمت إليها المملكة في ديسمبر 2000 م[3].

أما بالنسبة لمملكة البحرين، فقد مرت عقود من الزمن[4] ودولة البحرين تعيش فراغا قانونيا في مجال قانون الأحوال الشخصية، ولكن توجد محاكم شرعية تتخذ من الفقه الإسلامي مرجعية لحل النزاعات العائلية للسنة والشيعة، وتتولى النظر في قضايا الزواج والطلاق والحضانة والميراث، ولقضاتها سلطة الحكم طبقا لقراءتهم لقواعد الفقه الإسلامي، ويتسم قضاة هذه المحاكم بأنهم عموما من علماء الدين المحافظين الذين لم يحظوا إلا بقسط محدود من التدريب القانوني الرسمي، كما أنهم يميلون إلى محاباة الرجال في أحكامهم.

ولقد لقي القانون المنظم لأحكام الأسرة في مملكة البحرين مخاضا عسيرا قبل خروجه إلى الوجود، واستأثرت قضية التقنين على اهتمام الرأي العام المحلي من رجال دين

---

[1] انظر المادة 25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

[2] ففي ظل عدم تحفظ المملكة على هذه الفقرة فإنها قد تكون نافذة، انظر بيان جمعية حقوق الإنسان بالسعودية.

[3] انضمت المملكة إلى:
الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الموقعة في 21 ديسمبر 1965 م، والتي انضمت غليها المملكة في نوفمبر 1997 م.

[4] جمال عسيري:" تقنين الأحوال الشخصية في البحرين بين الشيعة والسنة" ، الخميس 21 أكتوبر 2004م ، مقابلة مع قناة البي بي سي العربية في المنامة.

كلتا الطائفتين وجمعيات سياسية ومؤسسات المجتمع المدني لكون القضية تمس حياة كل أسرة في المجتمع البحريني[1]، فمدونة الأحوال الشخصية أعادت إنتاج القواعد الفقهية التي أبدعها فقهاء المذهب المالكي وذلك من أجل تحقيق المقاصد الشرعية والموازنة بينها، وتقديم بعضها على بعض لقول الرسول ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار»[2]؛ كحلول للمشاكل التي كانت قائمة في سياقات اجتماعية أضحت متجاوزة في وقتنا الحالي، مع العلم أن هذا المذهب يتميز عن غيره من المذاهب الفقهية السنية الأخرى باعتماده مناهج وآليات للاجتهاد من قبيل المصالح المرسلة[3]والاستحسان[4] والتي تتضمن إمكانية تطوير الفقه الإسلامي في المجال الأسري وجعله أكثر ملائمة لمتطلبات الواقع الاجتماعي الحال، وفي توافق تام مع قيم المساواة والعدل الواردة في الشريعة الإسلامية السمحاء[5].

ولقد شهد دور المرأة البحرينية تغيرات عديدة طالت كافة مجالات الحياة، حيث أصبحت تمارس الأنشطة السياسية والاقتصادية والثقافية إلى جانب الرجل، وتجاوزت بذلك الدور التقليدي المتمثل في العمل المنزلي وتربية الأولاد، وفي ظل استيعاب التحولات الجديدة الطارئة على المجتمع في البحرين خلال العقود الأخيرة، والتي فرضت إصلاح الوضع القانوني للمرأة، وعلى هذا الأساس صدر قانون الأحكام الأسرية بمرسوم ملكي ونظمت أحكامه بموجب القانون رقم (2009/19) م[6]، وشكل إصداره حدثا تاريخيا هاما ونقلة غير مسبوقة وجديدة على عادات وتقاليد المجتمع البحريني، حيث وضع المشرع البحريني أثناء صياغته لنصوص أحكام الأسرة

[1] لولوة صالح العوضي:"تجربة البحرين في مسألة تقنين الأحوال الشخصية"، إصدار المجلس الأعلى للمرأة، مكتبة جامعة البحرين، دط، دس، ص:13.

[2] ابن ماجة، أبو عبد الله محمد القزويني:"سنن ابن ماجة"، الجزءالثاني، حديث رقم2340، دط، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، ،دس، ص:784.

[3]محمد أحمد بوركاب:" المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، س، 1423هـ-2002م.

[4] وهبة الزحيلي:"أصول الفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، ج1، س1406ه/1986م، ص:417.

[5] عائشة حجامي:" مدونة الأسرة على ضوء الممارسة القضائية"، مؤلف جماعي، الطبعة الأولى،الوراقة الوطنية ، مراكش، س، 2009، ص:15.

[6] صدر قانون الأسرة البحريني بموجب مرسوم ملكي تحت رقم: (2009/19) م.

مجموعة من الأحكام الشرعية والقانونية والتي تمثلت في الانتقال من المرجعية الدينية والفقهية المحضة، إلى قواعد وضعية قانونية تجد أساسها في هذه الثوابت والقيم الإسلامية.

كما خطى المنظم البحريني خطوة موفقة خصوصا مع مصادقة مملكة البحرين على مجموعة من الاتفاقيات الدولية سواء العامة؛ التي تنظم مجال حقوق الإنسان ككل أو الخاصة؛ كالاتفاقيات التي تهدف إلى النهوض بأوضاع المرأة، مع الأخذ بمبادئ العدل والإنصاف والمساواة وملاءمتها مع التشريع الوطني.

ولقد كفل الدستور للمرأة البحرينية تمتعها بجملة من الحقوق والحريات العامة، وعلى هذا الأساس نصت المادة الخامسة من الفقرة (ب) على: "أن تكفل الدولة مسألة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في المجتمع، ومساواتها بالرجال في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية"[1]، وعلى صعيد الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، فقد جاءت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي انضمت إليها حكومة مملكة البحرين بموجب المرسوم بقانون(5) لسنة 2002 م[2] لتؤكد تمتع المرأة بجميع حقوقها دونما أي تفرقة واستبعاد أو تقييد يكون غرضه النيل من الاعتراف للمرأة بحقوقها كافة في الميادين المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية أو أي ميدان آخر[3].

أما في مجال البناء المؤسسي فقد أنشئ المجلس الأعلى للمرأة بموجب الأمر الأميري رقم (44) لسنة 2001م وتعديلاته[4]، ليكون المرجع لدى جميع الجهات

[1] المادة الخامسة من دستور مملكة البحرين، انظر موقع وزارة العدل.
[2] صدر مرسوم قانون رقم (5) لسنة 2002م ونشر بالجريدة الرسمية العدد 2520، الأربعاء 6مارس 2002م.
[3] انظر، التقرير السنوي للمؤسسة الوطنية لحقوق الإنسان لعام 2013 في مملكة البحرين
[4] أنشأ المجلس الأعلى للمرأة، في الثاني والعشرين من أغسطس2001م، بموجب الأمر الأميري رقم (44) لسنة 2001م، المعدل بموجب الأمر الأميري رقم (55) لسنة 2001 م، والأمر الأميري رقم (2) لسنة 2002م، والأمر الملكي رقم (36) لسنة 2004.

الرسمية المتعلقة بشؤون المرأة، ومختصا في إبداء الرأي والبث في الأمور المرتبطة بمركزها بصفة مباشرة أو غير مباشرة، واقتراح السياسة العامة في مجال تنمية وتطوير شؤونها في مؤسسات المجتمع الدستورية والمدنية، وتمكينها من أداء دورها في الحياة العامة وإدماج جهودها في برامج التنمية الشاملة مع عدم التمييز ضدها ويضطلع المجلس كذلك بوضع خطة وطنية للنهوض بوضعية المرأة وحل المشكلات التي تواجهها في المجالات كافة[1].

ولا يمكن تحديث الأنظمة والقوانين العربية إلا بتحديث قوانين الأسرة في الوطن العربي، ووضع استراتيجية لرؤية مستقبلية تتلاءم والواقع الاجتماعي، ولا يتحقق ما نصبو إليه من إصلاح إلا بمراعاة ما جاء في المواثيق الدّولية وحقوق الإنسان، وقد جاء قانون الأحوال الشخصية الموحد لدول مجلس التعاون الخليجي مقنناً للأحكام التي أوردتها الشريعة الإسلامية في هذا الشأن، وقد كفل للمرأة الحقوق التي كرمها بها الله عز وجل، وأبعد عنها ما قد يسئ لها من ممارسات، وحفظ لها علاقة متوازنة مع الرجل تقوم على العدل والإنصاف، ولقد نشأ مجلس التعاون الخليجي[2] في مايو/أيار من عام 1981 م؛ ككتلة وكتنظيم إقليمي ودولي جمع دول الخليج الستة (المملكة العربية السعودية ومملكة البحرين ودولة الإمارات العربية المتحدة ودولة قطر ودولة الكويت وسلطنة عُمان)، واستدعى قيام المجلس وجود عوامل مهمة؛ مثل: التشابه في النظام السياسي، والتشابه الاقتصادي في الموارد والإنتاج والبيئة والقرب الجغرافي، وكذلك التشابه في القيم الاجتماعية التي تتمثل في العادات والتقاليد واللغة، والتي تفرز عادة تشريعات وقوانين مشابهة مما يسهل عملية ضمها في قوانين موحدة، ويهدف المجلس إلى تحقيق ترابط شامل بين دوله، ثم الوصول إلى الوحدة فيما بينها في مختلف المجالات، حيث جاء في المادة الرابعة من النظام

[1] انظر موقع المجلس الأعلى للمرأة في مملكة البحرين.
[2] انظر موقع الأمانة العامة لمجلس التعاون الخليجي.

الأساسي لمجلس التعاون الخليجي[1] أن المجلس يرغب في تحقيق التنسيق والتكامل والترابط في كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية والتعليمية والبحثية والثقافية والتشريعية والمواصلات، مع وضع أنظمة متماثلة فيما يتعلق بهذه المجالات؛ وبما يخدم الوصول إلى تحقيق الوحدة بين دولها، ولكن ومع الأسف الشديد وبالرغم من إمضاء وزراء العدل للدول الست على وثيقة مسقط التي توحد قانون الأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي إلا أنه وإلى حدود كتابة هذه الأسطر لم يتم تفعيلها.

أما بالنسبة للمملكة المغربية فقد سجلت في السنوات الأخيرة اهتماما متزايدا بمكانة المرأة ووضعها في المجتمع سواء من طرف فعاليات المجتمع المدني أو من طرف الأجهزة الرسمية حيث عرفت مسألة حقوق المرأة اهتماما كبيرا إثر توقيع المغرب على المعاهدات الخاصة بهذا المجال، فلا أحد يجادل في الأهمية القانونية والحقوقية والسياسية لملائمة مختلف التشريعات الوطنية مع المواثيق الدولية لحقوق الإنسان وبالذات اتفاقية القضاء على مختلف أشكال التمييز ضد المرأة والتي رفع المغرب في الآونة الأخيرة كافة التحفظات بخصوصها وإن كانت النصوص القانونية المستقاة من الشريعة الغراء تراعي ابتداء كل ذلك دون أن يحتاج إلى أن توسم باسم خاص كاشف لمختلف الحقوق المقرة وتكريم الإسلام للإنسان والمرأة لا يحتاج إلى التدليل عليه وهذا الأمر من المسلمات في الدراسات الفقهية[2].

ولقد صادق المغرب على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ 21 يونيو 1993م، والتي تعتبر بمثابة إعلان عالمي لحقوق المرأة، ويشكل مبدأ المساواة الكاملة في الحقوق بين الرجال والنساء جوهر هذه الاتفاقية باعتباره المؤسس

[1] المادة الرابعة من النظام الأساسي لمجلس التعاون الخليجي، انظر موقع الأمانة العامة لمجلس التعاون الخليجي.
[2] عادل حميدي:"تأملات في قضايا أسرية على ضوء الاجتهاد القضائي"، الطبعة الأولى، ماي 2009، مطبعة بالماريس اديسون، ص11.

للحقوق الإنسانية للمرأة، كما قطع المشرع المغربي أشواطا طويلة المدى في إعادة هيكلة مضمون وصياغة المدونة انطلاقا من مدونة 1957 مرورا بتعديلات 1993 ووصولا إلى مدونة الأسرة الجديدة.

وتجاوبا مع التطلعات المشروعة للشعب المغربي، وتأكيدا للإرادة المشتركة التي تجمع كافة مكونات الأمة، على درب الإصلاح الشامل والتقدم الحثيث، فقد حاول المشرع المغربي تجاوز المرجعيات التقليدية[1]لا على مستوى الشكل أو المضمون وتبنى صياغة حديثة بدل من المفاهيم التي تمس بكرامة وإنسانية المرأة، حيث أوجد صيغة توافقية بين المرجعية الدينية والوطنية والدولية لتحقيق الهدف الأسمى وهو حماية الأسرة لرفع الحيف عن النساء والطفل.

ولقد التزمت القواعد التي تضمنتها مدونة الأسرة بالمغرب بالثوابت الشرعية وأساسا أصول الفقه المالكي[2] مع الانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى[3]، ويتمثل السند التشريعي لتطبيق المذهب المالكي فيما نصت عليه الظهائر الشريفة، باعتبارها تتمتع

---

[1]- الظهير الشريف رقم 1.57.343 الصادر بتاريخ 28 ربيع الثاني 1377 (22 نوفمبر 1957) المطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتابين الأول والثاني المتعلق أولهما بالزواج وثانيهما بانحلال ميثاقه كما تم تتميمه وتغييره والنصوص المتخذة لتطبيقه

الظهير الشريف رقم 1.57.379 الصادر بتاريخ 25 جمادى الأولى 1377 (18 ديسمبر 1957) المطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها.

الظهير الشريف رقم 1.58.019 الصادر بتاريخ 4 رجب 1377 (25 يناير 1958) المطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الرابع المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية ؛

- الظهير الشريف رقم 1.58.037 الصادر بتاريخ 30 رجب 1377 (20 فبراير 1958) المطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الخامس المتعلق بالوصية؛.

- الظهير الشريف رقم 1.58.112 الصادر بتاريخ 13 رمضان 1377 (3 أبريل 1958) المطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب السادس المتعلق بالميراث.غير أن الأحكام الواردة في الظهائر الشريفة المشار إليها أعلاه والمحال عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل تعوض بالأحكام الموازية في هذه المدونة.

[2] محمد بن أحمد الأجراوي:"الفقه المالكي وجهود الفقهاء والقضاة المغاربة في إغناءه وتطويره ونشره"، مجلة المحاكم المغربية، عدد94، ماي يونيو، س، 2002م، ص:37.

[3] المذاهب الفقهية هي مذاهب اجتهادية في مسائل الشريعة الإسلامية الفرعية، وهي جميعا لا تختلف حول أصول الشريعة ولو في جزئية واحدة، والأصل أنه لا مذهبية، ولكن الضرورة دعت إلى تتبع اجتهادات فقهاء المدارس الفقهية من أجل التمكن من حل المشكلات العملية بيسر وسهولة، ولقد نشأت هذه المذاهب كمدارس فقهية لتلبية حاجة المسلمين الماسة إلى معرفة أحكام دينهم وإنزال هذه الأحكام على الوقائع الجديدة، وهذه الحاجة إلى الفقه قائمة في كل زمان لتنظيم علاقات الناس الاجتماعية من خلال معرفة حقوق كل إنسان وواجباته وتبيان المصالح المتجددة، ودرء المفاسد المتأصلة والطارئة، وهي مذاهب اجتهادية أعوزت إليها الوقائع اللامتناهية والتي لا يمكن أن تضبطها النصوص المتناهية، فقامت لإيجاد حل شرعي لكل حدث، مستجد.

انظر: محمد تاجا: "المذاهب الفقهية الإسلامية والتعصب المذهبي"، دار قتيبة، سوريا، الطبعة الأولى،س، 1425هـ/ 2004م، ص: 54، د. مانع بن حماد الجهني، الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة، دار الندوة العالمية، الرياض، الطبعة الثالثة 1418هـ ص:111، عبد العزيز بن صالح الخليفي، الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي مصطلحاته وأسبابه، المطبعة الأهلية قطر، الطبعة الأولى،س، 1414هـ/ 1993م ص:41.

بقوة القانون، ويضاف إليها الخطب والرسائل الملكية، وفقا لما سار عليه القضاء المغربي، الذي اعتمد هذه الخطب والرسائل كأساس قانوني للحكم في بعض القضايا، فالظهائر[1] الملكية الشريفة تعتبر مصدرا هاما من المصادر المبررة لاعتماد المذهب المالكي في المغرب، فهناك عدد كبير منها يؤكد على ضرورة المحافظة على وحدة المذهب في المغرب تفاديا للفرقة والاختلاف ومراعاة للوحدة والائتلاف مع الانفتاح على المذاهب السنية الأخرى بما يتناسب مع المستجدات والأحوال السائدة في المجتمع المغربي السائر في التطور مع تحقيق الانسجام مع مضامين الاتفاقيات الدولية المتعلقة بموضوع الأسرة وحقوقها قناعة ووفاءا للالتزام الدستوري للمغرب بالأخذ بمبادئ العدل والإنصاف، وحقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالميا[2].

ولا مراء في أن مدونة الأسرة تعتبر مكسبا وطنيا حقيقيا كمحصلة لنقاش وطني ساهم فيه الجميع، من علماء شريعة وعلماء اجتماع وحقوقيين وحركات نسائية ومجتمع مدني، وذلك بعد سجال سياسي وفقهي حسمه جلالة الملك محمد السادس حفظه الله في خطابه التاريخي الذي ألقاه بتاريخ 10 أكتوبر 2003م أمام البرلمان بمناسبة افتتاح السنة التشريعية الثانية من الولاية السابعة حين قال:

"لا يمكنني بصفتي أميرا للمؤمنين أن أحل ما حرم الله أو أحرم ما أحله"[3]، منبها بذلك إلى الروح التوافقية التي ينبغي أن تصاغ بها نصوص المدونة بطريقة تنسجم مع مقتضيات الشريعة الإسلامية، وتتلاءم مع الانفتاح على المبادئ الكونية لحقوق

---

[1] ونذكر من بين هذه الظهائر:الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425، الموافق ل 22 أبريل 2004م، بإعادة تنظيم المجالس العلمية، فقد جاء في المادة 13 منه أنه: "تضطلع المجالس العلمية المحلية بمهمة نشر مبادئ الدين الإسلامي الحنيف وترسيخ قيمه السامية وتعاليمه السمحة، في إطار التمسك بكتاب الله وسنة رسوله والحفاظ على وحدة البلاد في العقيدة والمذهب"/ منشور في الجريدة الرسمية عدد 5210، الصادرة يوم 6 ماي 2004،ص،2179.

[2] محمد المهدي:" فلسفة نظام الأسرة مقاربات في ضوء الفقه والقانون والعمل القضائي"، الطبعة الأولى، دار السلام للطبع والنشر، الرباط، س، 2011، ص، 14.

[3] مقتطف من نص خطاب جلالة الملك محمد السادس في افتتاح الدورة الأولى من السنة الثانية من الولاية التشريعية للبرلمان في الرباط، س، 10l10l2003.

الإنسان، فالمبادئ الأساسية[1] التي قامت عليها مدونة الأسرة تتمثل في ضبط العلاقات القانونية والاجتماعية بين أفرادها مع إعطاء الرعاية والمسؤولية المشتركة بعدا يربط المساواة بين الزوجين في الحقوق والواجبات اتجاه بعضهما واتجاه الأسرة ورعيا لهذه المبادئ تم توسيع الرقابة القانونية والقضائية على مؤسسة الأسرة لترسيخ أسس أسرة مغربية وفية لقيمها وأصالتها وذلك من خلال الدور المنوط بالقضاء الأسري في حماية الحقوق، وضبط التوازن القانوني بين طرفي العلاقة الأسرية في إطار المزاوجة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية الرامية إلى تحقيق مبدأ المساواة سواء عند إبرام عقد الزواج أو أثناء الحياة الزوجية أو عند انتهائها.

وقد تضمن تعريف الزواج في مدونة الأسرة مقتضى جديدا يهدف إلى إقرار مبدأ المساواة بين الزوجين في رعاية الأسرة والأولاد وفي الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما بما يكفل لهما السكينة والاستقرار والعيش الكريم, حيث جاء في المادة الرابعة من مدونة الأسرة على أن: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة"[2]، وهذا المقتضى ينسجم مع قوله ﷺ :"كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"[3]، فالزوج راع في بيته وهو مسؤول عن رعيته وأولاده, والزوجة راعية في بيتها ومسؤولة عن رعيتها وأطفالها، ويتم ذلك في إطار تكاملي يجعل كل واحد منهما ملقاة على عاتقه تبعات مادية وأدبية تجاه الطرف الآخر, وتجاه أبنائه تفرض عليه القيام بالعمل والكسب لضمان الحياة الكريمة لأفراد الأسرة, وتلزمه لكي يضطلع بالتوجيه والتقويم وتربية أولاده على الفضيلة ومكارم الأخلاق، وتلقينهم القيم المثلى القائمة على العدل والمساواة والعلم والعمل وحب الوطن واحترام الحقوق والواجبات, حتى يكونوا أفرادا فاعلين في المجتمع, ومساهمين في تنميته وازدهاره.

[1] ورقة حول الذكرى الرابعة لمدونة الأسرة انعقدت يوم الاثنين 2008/2/11.
[2] المادة 4 من مدونة الأسرة، انظر موقع وزارة العدل المغربية .
[3] صحيح البخاري، م س ، حديث رقم 5200، باب المرأة راعية في بيت زوجها، ص:1326.

وعلى هذا الأساس تم إصدار مدونة الأسرة[1]، متجاوزا بذلك الثغرات القانونية التي كانت تتضمنها مدونة الأحوال الشخصية الملغاة التي استمر تطبيقها منذ سنة 1957م بحيث نجد أن مدونة الأسرة قد جعلت من عنصر التراضي شرطا ضروريا عند إبرام عقد الزواج. كما جعلت من الزوجة طرفا أساسيا في العقد[2]، وقد تم تكريس كل تلك المعطيات عند صياغة مدونة الأسرة بأسلوب حداثي تم الأخذ فيها بمقاصد الإسلام السمحة مع الانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى واعتماد الاجتهاد في استنباط الأحكام[3] مع التزام المملكة المغربية بحقوق الإنسان ومواثيق الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تأخذ مكانا مهما في المنظومة القانونية المغربية كما هو متعارف عليه دوليا.

والملاحظ أن قضية المرأة لا تنفصل عن قضية الديمقراطية والتحرّر في كل بلدان العالم، حيث أصبح أمرا بديهيا أن لا تطور مع بقاء أزيد من نصف المجتمع خارج نطاق الحق في المساواة، ولقد انطلق النضال النسوي قبل عقود طويلة بقناعة راسخة وهي أن لا أحد سيحرر المرأة غير المرأة نفسها، [4]وأن كل أشكال المحافظة التي ترمي إلى إبقاء الحال على ما هو عليه لن تفضي إلا إلى تكريس المزيد من عبودية النساء ودونيتهن التي ترسخت عبر الأزمنة بفعل بعض العادات والتقاليد السلبية، من هنا كان الخطاب النسوي ثوريا وما يزال، لذا يجب على المجتمع الذكوري أن يدرك أن تحرّر النساء موضوع إنساني بالدرجة الأولى، فالكرامة تقتضي أن يكون الإنسان هو الغاية وليس الرجل وحده.

---

[1] الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004 ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة.

[2] زهور الحر: "المدونة وقواعد الحق والمساواة في العلاقات الأسرية بين النص والتطبيق"، يوم دراسي، مطبعة دار السلام، الرباط، س، 2006 م، ص: 84.

[3] محمد رياض:"أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي"، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،1998/1419م، ص:573.

[4] أحمد عصيد:"حقوق المرأة في الدستور المغربي"،مؤسسة الحوار المتمدن، العدد،4398،س،2014/3/19.

ويمكن القول بأن البحث في مؤسسة الأسرة كمشروع علمي حضاري في إطار رؤية إصلاحية شاملة ومنهج اجتهادي وتحديثي متكامل ينبغي أن يسعى من خلاله الباحث إلى معالجة القضايا الأسرية في إطار شمولي، خصوصا تلك القضايا التي طرحت ولا تزال تطرح نفسها بقوة على ساحة النقاش الفقهي والقانوني المعاصر كالرضا في عقد الزواج[1]، وعند التحدث عن مبدأ الرضائية يثار موضوع الأهلية والولاية اللذان يعتبران من خصوصيات المجتمع العربي والخوض في موضوعهما يتسم بنوع من الحساسية لما له من ارتباط بالأسرة والمجتمع ككل، وعلى هذا الأساس تعالت الأصوات للمطالبة بإلغاء قيد الولاية على المرأة في المملكة المغربية وبالرفع من سن زواج المرأة في دول الخليج العربي، كذلك موضوع الطلاق بمختلف أنواعه وغيرها من القضايا التي تتعلق بموضوع الأسرة، التي تستدعي المزيد من البحث والتنقيب ومعالجتها بطريقة علمية من خلال دراستها وتحليل الواقع المعيش في سياقه الديني والاجتماعي والثقافي والاقتصادي، وذلك من أجل فهم أفضل لطبيعة وواقع الأسرة بوصفها مؤسسة أو وحدة اجتماعية حية تؤثر وتتأثر بالسياقات التي تجد نفسها فيها من ناحية، وتسعى إلى تجسيد القيم والأعراف والقوانين الإسلامية من جهة أخرى.

➲ أسباب ودواعي اختيار هذا الموضوع:

يرجع سبب اختيارنا لموضوع الأحكام الأسرية في كل من دول مجلس التعاون الخليجي وفي المملكة المغربية لما لقضية المرأة من أهمية علمية وعملية وللمكانة البارزة التي تتمتع بها داخل المجتمع العربي.

[1] محمد المهدي، م س، ص،6.

- **من الناحية العلمية:**

لقد تم البحث في موضوع قانون الأحوال الشخصية في دول الخليج العربي من طرف فقهاء أجلاء في ثنايا كتبهم وأبحاثهم لكن من منظور فقهي بحث أي وفق ما تناولته الشريعة الإسلامية وفي مواضع متناثرة، لكن لم يسبق لأي بحث علمي أكاديمي أن تناوله من خلال دراسة مقارنة مع المملكة المغربية ومن منظور ما جاءت به المواثيق الدولية ومدى انسجامها مع التشريعات الوطنية في ظل الحفاظ وعدم المساس بالثوابت الإسلامية التي نصت عليها معظم الدساتير الخليجية والدستور المغربي، ولعل أهم ما يميز هذا العمل أنه يتناول أنظمة تختلف كليا مع النظام المغربي خصوصا بالنسبة للمملكة العربية السعودية والتي لا يزال نظامها الأسري المحافظ يتسم بالجمود نظرا لعدم وجود تقنين لمادة الأحوال الشخصية وبالتالي فموضوع المنازعات الأسرية يضع المرأة السعودية في مأزق لأنها تجهل المساطر والإجراءات القانونية التي يجب عليها إتباعها لكي تحصل على حقوقها الشرعية والقانونية.

أما في مملكة البحرين وبالرغم من وجود قانون للأسرة إلا أن المراجع تفتقد للمراحل التي مر منها إصدار القانون، مع العلم أنه لا يوجد سوى مرجعين الأول: تحت عنوان: "أحكام الأسرة في مملكة البحرين" للدكتور أحمد بخيت الغزالي والدكتور احمد يعقوب العطاوي، ويعتبر المرجع الوحيد المعتمد لدراسة قانون الأسرة في جامعة البحرين، والمؤلف الثاني "شرح قانون الأسرة البحريني" للمستشار أحمد نصر، لذلك قمنا من خلال مجهودنا المتواضع بدراسة للإطار التاريخي للتقنين الأسري البحريني وفي إطار إثراء البحث العلمي تم جمع المعلومات حول ما كتب حول النضال الذي خاضته الجمعيات النسائية البحرينية سواء في الكتب أو في المقالات أو في الجرائد القديمة، كما قمت بزيارة لمؤسسة مجلس الأعلى للمرأة وهيئة حقوق الإنسان بالبحرين

حيث أبدوا تعاونهم وتم تزويدنا بمعلومات قيمة، وبعد جمع المادة العلمية تم ترتيب المراحل التاريخية التي مر منها التقنين الأسري في مملكة البحرين في أول عمل أكاديمي.

أما في باقي دول مجلس التعاون الخليجي فقد حققت المرأة الخليجية إنجازات طالت كافة المجالات، ويرجع الفضل في ذلك إلى انتشار التعليم وتفعيل دور الجمعيات النسائية التي تساهم في تنوير وعي المرأة بالأهمية في الاندماج بالعمل الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، كما تمت الموافقة على الانضمام إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وعلى هذا الأساس يجب إلقاء الضوء على وضعية المرأة للتوعية بآثار ومخاطر المماطلة في إعطائها حقوقها المسلوبة، فالمرأة في دول مجلس التعاون الخليجي بحاجة إلى حكم قضائي للزواج إذا رفض ولي أمرها تزويجها، وهي بحاجة إلى حكم قضائي آخر لكي ترث إذا رفض محارمها توريثها.

- **من الناحية العملية**:

تمس طبيعة القضايا المعقدة والمتداخلة التي تقف أمام المرأة للنيل من كرامتها شريحة كبيرة من النساء الخليجيات، تستوجب منا قراءة في الأنظمة الخليجية والوقوف على النصوص القانونية التي تتعلق بحقوقها ومصالحها سواء في نظام الأحوال الشخصية أو في مواثيق الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها دول مجلس التعاون الخليجي وتحليلها على ضوء آراء فقهاء المسلمين ومناقشتها من واقع الحقل القضائي، وبعض تشريعات دول الخليج العربي والاتفاقيات الدولية، كما ستفيد هذه الدراسة النظام التشريعي الخليجي على اعتبار أنه نظام قانوني شبه جامد ولا يزال يحافظ على أحكام الفقه الإسلامي، من الاستفادة من مدونة الأسرة المغربية ومن القوانين الأخرى التي تشملها المواثيق الدولية المتعلقة بنظام الأسرة المطبقة بالمملكة

المغربية التي سايرت التطور والتحولات التي عرفتها بعض المجتمعات في شتى مناحي الحياة.

⊂ إشكالية البحث:

ولمعالجة هذا الموضوع ارتأينا طرح الإشكالية التالية:

- ما مدى تطابق قانون الأحوال الشخصية مع واقع المرأة الخليجية؟ وهل استطاع المشرع الخليجي مواكبة التطورات والتغيرات التي طالت المجتمع العربي والمغربي خاصة في بعض قضايا الأسرة؟ وما حدود ملائمة التشريعات الوطنية المغربية والخليجية للاتفاقيات الدولية؟

وتأسيسا على ما سبق نطرح مجموعة من التساؤلات الفرعية كالتالي:

- كيف تعامل المنظم الخليجي والمغربي مع الظلم الاجتماعي الواقع على المرأة والمتمثل في قضايا رفع سن الزواج والولاية والخلع والطلاق؟
- وما مدى انسجام الأنظمة الخليجية والتشريع المغربي مع اتفاقية حقوق المرأة؟
- وكيف تعامل المشرع السعودي مع مطالب الحركات النسائية في ظل الضغوط التي تمارس عليه من طرف المؤسسات الدينية؟
- وإلى أي حد حاول المشرع البحريني التوفيق بين المرجعية الإسلامية والانفتاح على الاتفاقيات الدولية والواقع الاجتماعي البحريني في تنظيمه لقانون أحكام الأسرة؟
- وهل توفق المشرع الخليجي في تكريس حقوق المرأة في دول مجلس التعاون الخليجي؟ وإلى أي مدى ساير مستجدات التشريعات المقارنة؟
- وهل يترجم الواقع المعاش للمرأة الخليجية والمغربية ما تم تضمينه لها من قوانين وطنية ودولية؟

- وما مدى التزام الجهات الحكومية بتعزيز نشر ثقافة حقوق المرأة وتنفيذ الاتفاقيات التي صادق عليها دول مجلس التعاون الخليجي في هذا الخصوص؟

⊂ منهجية البحث:

لقد درج الباحث القانوني في تقديمه للعمل الأكاديمي البدء بالجانب القانوني في تحليله للنازلة محل النقاش سواء أكان الموضوع يتعلق بالولاية في الزواج أو بالطلاق للشقاق أو الخلع، لكن في مجال الأحوال الشخصية، فالمادة الأساسية والخام هي الشريعة الإسلامية على اعتبار أنها الأصل وهي الشريعة العامة للتشريع الأسري والاجتهاد الفقهي دليل واضح على شمولية الدين الإسلامي لحقوق المرأة وصلاحيته لكل زمان ومكان باعتبارها نواة الأسرة والمجتمع.

ولمعالجة هذا الموضوع سيتم الاعتماد على منهجين:

⊂ **المنهج التحليلي:** الذي يعتمد على الدراسة التفصيلية لمختلف القواعد القانونية التي لها علاقة بالموضوع مع تحليل مضمونها والوقوف على أوجه القصور لمحاولة إيجاد الحلول الناجعة لمعالجتها.

⊂ **المنهج المقارن:** الذي سيتم من خلاله استعراض التجارب المقارنة واستخلاص الايجابي منها.

⊂ عراقيل وصعوبات البحث:

إن أهم العقبات التي اعترضت دراسة وإنجاز هذا البحث هي ندرة المراجع القانونية المتخصصة في قانون الأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي خصوصا

في المملكة العربية السعودية، فعدم وجود تقنين للمادة الأسرية يقف عائقا أمام البحث العلمي، لأن الدراسات المنشورة قليلة جدا وتناولت الموضوع من وجهة فقهية محضة

كذلك في باقي دول الخليج لا نكاد نجد مرجعا واحدا أو اثنين في كل دولة عكس مدونة الأسرة المغربية فالكتابات كثيرة جدا والمكتبات تزخر بالمراجع المتخصصة.

⊂ خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية المحورية والإشكاليات الفرعية التي يطرحها موضوع:

"وضعية المرأة بين المنظومة الدولية لحقوق الإنسان وقوانين الأسرة نموذجا: مدونة الأحوال الشخصية لدول الخليج العربي – مدونة الأسرة المغربية".

ارتأينا تناولها وفق الخطة التالية:

- **فصل تمهيدي: نتناول فيه مركز الأسرة في النظام الأسري الخليجي والمغربي وفي المواثيق الدولية.**
- **الباب الأول: نتعرض من خلاله للمقتضيات التشريعية الخاصة بحقوق المرأة سواء في قانون الأحوال الشخصية أو في المواثيق الدولية ثم مدى انسجامها مع الاتفاقيات الدولية.**
- **الباب الثاني: نتطرق فيه للمركز القانوني للمرأة في التشريع الأسري المغربي والخليجي وفي الاتفاقيات الدولية.**
- **خاتمة: نتناول فيها النتائج والتوصيات.**

فصل تمهيدي: مركز الأسرة في النظام الأسري الخليجي والمغربي وفي المواثيق الدولية

تعتبر الأسرة أقدم مؤسسة اجتماعية في تاريخ البشرية، قامت عليها النظم الاجتماعية، وقد كانت إلى عهد قريب منظومة من القيم الإلزامية الخاضعة لحراسة الدولة، ومرد ذلك إلى روابطها العضوية بالمجتمع، فالأسرة تشكل الخلية الأولى للمجتمع، ومصدرا لتفاعلات اجتماعية وإنسانية عدة، فاعتبرت الوحدة الاجتماعية الأولى لأنها تستند إلى الطبيعة البشرية التي تدفع بالإنسان إلى الاستقرار والعيش مع الزوجة لرعاية شؤون الأطفال.

لذا كان من الضروري إيجاد إطار قانوني ينظم هذه الخلية، ويعالج ما قد يشأ عنها من مشاكل وينظم العلاقات القانونية والاجتماعية بين أفرادها ضمانا لاستقرارها.

وعلى هذا الأساس سنقسم هذا الفصل وفق ما يلي:

المبحث الأول: أهمية الأسرة في الشرعية الدولية

المبحث الثاني: مكانة الأسرة في التشريع الأسري الخليجي والمغربي

المبحث الثالث: حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: أهمية الأسرة في الشريعة الدولية

إن الأسرة بمعناها الإنساني المتحضر، لم يعد لها وجود إلا في المجتمعات الإسلامية، رغم التخلف الذي تشهده هذه المجتمعات في شتى المجالات الأخرى"[1] وردت هذه العبارة في التقرير الصادر عن هيئة الأمم المتحدة عام 1975م بمناسبة العام العالمي للمرأة[2]؛ بما يعني أن الأسرة هي الصرح الأخير الذي صار لزامًا على الأمة الإسلامية الحفاظ عليه، إذا أرادت أن تحمي نفسها من الفناء، بل والانطلاق منه للنهوض من كبوتها، ولقد صدرت عن المجتمع الدولي العديد من الإعلانات والاتفاقيات المهتمة بوضع المرأة، سواء أكانت هذه الإعلانات والاتفاقيات عامة أو خاصة[3]، ولقد كفل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان للرجل والمرأة حق الزواج بشرط بلوغ سن الزواج، ومن حق كل إنسان أن يكون أسرة، بدون قيد بسبب الجنس أو الدين، ويجب على الدول أن تضع القوانين لضمان الحقوق المتساوية بين الزوجين ويبرم عقد الزواج برضا الطرفين ولا يجوز إكراههما على ذلك، وتعد الأسرة الوحدة الأساسية للمجتمع ولها التمتع بحماية المجتمع والدولة[4].

---

[1] كاميليا حلمي:"مصطلح الأسرة في أبرز المواثيق الدولية"، دراسة تحليلية، بحث مقدم في مؤتمر الخطاب الإسلامي المعاصر، بتاريخ 28/28 يوليو 2011م، الجزائر، ص:2.

[2] عقد هذا المؤتمر بمدينة مكسيكو بالمكسيك، وقد اعتبرت هذه السنة سنة دولية للمرأة، وتم تخصيص العشر سنوات التالية كعقد خاص للمرأة من سنة 1975 إلى 1985، وقد شارك في هذا المؤتمر 133 دولية، واعتمدت فيه أول خطة عالمية خاصة بالمرأة في كل المجالات الاجتماعية السياسية والاقتصادية...

حول مؤتمرات الأمم المتحدة الخاصة بالمرأة أنظر:

- أنس سعدون:"واقع المرأة من خلال مؤتمرات الأمم المتحدة- إعلان بكين نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، 2007-2008.

[3] الاتفاقيات والإعلانات الدولية العامة: يأتي على رأسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 10 دجنبر 1948م والعهدين الدوليين للحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادرين عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1966.

[4] فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان نص في الفقرة الثانية من المادة 16 على أن:" لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاءا كاملا لا إكراه فيه"، كما نصت الفقرة الثانية من المادة 23 من الميثاق الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية على أنه:"لا يتم الزواج دون رضا الكامل والحر للأطراف المقبلة عليه"، ونفس المقتضى نصت عليه المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي نصت على أن:" تتخذ دول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة: -أ- نفس الحق في عقد الزواج- ب- نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر الكامل".

فالزواج القسري حسب ما عبرت عنه اللجنة الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة يعتبر شكلا من أشكال العنف ضد المرأة الذي يحرمها من التمتع بحقوقها الإنسانية وبحرياتها الأساسية ويعيق إحقاق حقوقها المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية. غسان خليل وليد عبدو:"حقوق المرأة الإنسان في الاتفاقيات الدولية والثقافة الشعبية"، الطبعة الأولى، مطبعة شمالي آند شمالي، بيروت، س، 1999م، ص:31.

والملاحظ في الإعلان أنه يعالج مسألتين في غاية الأهمية:

الحق في الزواج (**المطلب الأول**) وبلوغ السن القانونية للزواج(**المطلب الثاني**)، في حين سنتطرق لمدى ملائمة التشريعات الوطنية مع المواثيق الدولية من خلال (**المطلب الثالث**).

المطلب الأول: الحق في الزواج

قيدت المواثيق الدولية الحق في الزواج بمبدأ الرضا، وبما أن الأصل في العقود الرضا[1] إذ لا يمكن الاطلاع عليه لأن محله القلب، اعتبر المشرع الإيجاب والقبول دليلا ظاهرا عليه، ولا يجوز أن يتم الزواج بالإكراه، حيث لا يقوم عقد الزواج ولا يرتب آثاره، وهذا ما أكدته المادة(16/2)[2] من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث اشترطت الرضا الكامل لطرفي العقد دون إكراه، وكذا المادة 23[3] من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة[4](16/1) من اتفاقية سيداو.

المطلب الثاني: بلوغ السن القانونية للزواج

نصت المادة 16 من اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة "سيداو" على المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج، واعتبرت زواج الطفل لا يرتب أي أثر قانوني، ولا بد من اتخاذ الإجراءات الضرورية لتحديد سن أدنى للزواج[5].

---

[1] محمود السرطاوي:"شرح الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، س، 1997 م، ص: 55.

[2] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 1948م/1998م

[3] العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

[4] اتفاقية سيداو.

[5] اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والنضمام بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 180/34، بتاريخ 18 ديسمبر 1979م، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 3 ديسمبر 1981م.

كما منحت المادة [1](1/16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان للرجل والمرأة حق التزويج وتأسيس أسرة متى أدركا سن البلوغ دون تمييز بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، وقد عرفت المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل[2] على أن الطفل: "هو كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة"[3]، وجاءت اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى بسن الزواج وتسجيل عقود الزواج[4]، في المادة الثانية على التأكيد على الدول الأطراف باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة في تحديد الحد الأدنى لسن الزواج في التشريعات الوطنية والاستثناء على ذلك يكون لمصلحة الطرفين ولأسباب جدية تقررها السلطات المختصة القائمة على انعقاد الزواج[5]، في حين نصت المادة 23 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية[6]، حيث جاء فيها: "يعترف بحق الرجال والنساء الذين في سن الزواج بتكوين أسرة، ولا يتم الزواج بدون الرضا الكامل والحر للأطراف المقبلة عليه"، وأكدت على ذلك المادة 10 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[7]، حيث نصت على ما يلي:

"وجوب منح الأسرة أوسع حماية ممكنة، ويجب أن يتم الزواج بالرضا الحر للأطراف المقبلة عليه"[8]، كما تربط الاتفاقيات الدولية بين الزواج المبكر وبين اعتلال صحة المرأة، حيث جاء في تقرير المؤتمر العالمي لاستعراض وتقييم منجزات عقد الأمم المتحدة للمرأة والتنمية والسلم في نيروبي ما يلي:

---

[1] الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، 1948م/1998م.

[2] اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 25/44 بتاريخ 20 نوفمبر 1989م، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 2 سبتمبر 1990م.

[3] انظر المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل.

[4] اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج، وعرضتها الجمعية العامة للتصديق بقرار رقم 1763(د-17)، بتاريخ 7نوفمبر 1963م ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 9 ديسمبر 1964م.

[5] انظر المادة الثانية من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج.

[6] انظرالمادة 23 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية.

[7] انظر المادة 10 من الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

[8] محمد سعدي الخطيب:"أسس حقق الإنسان في التشريع الديني والدولي"، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، س، 2010م، ص: 131و132.

"وتسليما بأن الحمل الذي يحدث للمراهقات–سواء المتزوجات منهن أو غير المتزوجات له آثار ضارة بالنسبة لأمراض الأم والطفل ووفياتهما، يهاب بالحكومات أن تضع سياسات لتشجيع التأخير في إنجاب الأطفال، ينبغي للحكومات بذل الجهود لرفع سن الزواج في البلدان التي ما زالت فيها هذه السن منخفضة جدا"[1].

نستنتج مما سبق أن الحق في الزواج بالنسبة المواثيق الدولية هو المنع من التدخل في الحرية الشخصية لطرفي العقد وليس الحث على الزواج بدليل اعتراضها على مسألة الولي[2] في عقد الزواج وهذا ما ستتم مناقشته بالتفصيل في البحث، كما أن المواثيق الدولية أكدت على ضرورة المساواة بين الرجل والمرأة وحظرت التمييز بينهما واعتبرت الزواج قبل بلوغ سن الثمانية عشر اعتداء على الطفولة.

المطلب الثالث: ملائمة التشريعات الوطنية مع المواثيق الدولية

يشكل موضوع ملائمة التشريعات الوطنية مع المواثيق الدولية محط جدل واسع عرفته المجتمعات العربية سواء في دول الخليج العربي أو في المملكة المغربية خصوصا مع ظهور متغيرات عالمية جديدة، فتطبيق أحكام الاتفاقيات الدولية يثير عددا من الإشكاليات القانونية[3] التي تعتبر من معوّقات التطبيق الفعلي لبعض بنودها فبعض جوانب الاتفاقيات تمس المعتقدات الدينية والسيادة الوطنية لذلك لقيت بعض التحفظات.

---

[1] تقرير المؤتمر العالمي للمرأة والتنمية والسلم/ نيروبي،(1405ه/1985م).

[2]جاء في المغني:"أن النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا وليا في تزويجها، فإن فعلت لم يصح النكاح"،عن الإمام عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي أبو محمد "المغني"، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، س، 1405هـ ج7، ص:5.

[3] إن البحث في أسس العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي يقتضي التطرق إلى أهم النظريات التأصيلية التي تحدد شكل تلك العلاقة، وكذا كيفية تنفيذ وملاءمة الاتفاقيات الدولية مع التشريع الوطني، ذلك أن مسألة العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي أثارت جدلا فقهيا بين أنصار نظرية ثنائية القانون التي ترتكز على مبدأ استقلالية القانون الداخلي عن القانون الدولي، ونظرية وحدة القانون التي تؤكد غياب أي فاصل حقيقي بين القانون الدولي والقانون الداخلي، باعتبارهما مكونين لكتلة قانوني، عبد العزيز لعروسي :"التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: ملاءمات قانونية ودستورية"، الطبعة الأولى، منشورات المجلة المغربية ،للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، س، 2014 م،ص:43.

والتحفظ[1] هو حق كفله القانون الدولي وتمارسه جميع الدول لرعاية مصالحها وحماية خصوصيتها ومن المرتكزات والأسس الوطنية التي بنت عليها الكثير من الدول العربية تحفظاتها كالتمسك بالسيادة الوطنية وعدم مخالفة الشريعة الإسلامية، ثم حماية الحق في الهوية الثقافية، ولقد تأثرت المواثيق الدولية بظهور العولمة التي تهدف إلى إلغاء الفوارق الاجتماعية والثقافية والحضارية بين الشعوب دون مراعاة خصوصيات بعض المجتمعات المحافظة، وقد أفرز هذا النقاش موقفان متباينان بشأن التعامل مع التحفظات الموجودة على الاتفاقيات الدولية، حيث يرى الاتجاه الأول أولوية الاتفاقيات الدولية ويرتكز الموقف الثاني على سمو القوانين الوطنية على كل الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، ويستند أصحاب هذا الاتجاه على أساس أن الدين الإسلامي هو دين الدولة وعلى معطى ثقافي يقوم على اعتبار أن هذه المجتمعات هي مجتمعات مسلمة ومحافظة لذا، لا يمكن فرض أي قانون لا يحترم خصوصيتها الدينية.

المبحث الثاني: مكانة الأسرة في التشريع الأسري الخليجي والمغربي

من دلالات أهمية الأسرة في القرآن الكريم أن الإسلام وضع أصولا لمنهج يؤلف دستورا كاملا شاملا دقيقا للأسرة، وتتناول كل جزئية من شؤونها، وتدل تلك الأصول بكثرتها وتنوعها ودقتها وشمولها، على مدى الأهمية التي يعقدها المنهج الإسلامي للحياة الإنسانية على مؤسسة الأسرة، فالأصل في الأنظمة العربية المحافظة على حقوق الإنسان، وفقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية السمحة وقواعد العدل والإنصاف وما صادقت عليه من المواثيق الدولية بما يساير وينسجم مع مبادئ ديننا الحنيف.

[1] التحفظ حسب المادة الثانية (الفقرة « د ») من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969م هو :«« كل تصريح من جانب واحد، كيفما كانت صيغته أو اسمه تقدمه دولة عندما توقع على معاهدة أو تصادق عليها أو تقبلها أو توافق عليها أو تنخرط فيها، وتهدف به إلى استثناء أو تغيير المفعول القانوني لبعض مقتضيات المعاهدة في تطبيقها على هذه الدولة»».

ونظرا لأهمية دور الأسرة في المجتمع أفردت معظم التشريعات الأسرية الخليجية **(المطلب الأول)** ومدونة الأسرة المغربية **(المطلب الثاني)** نصوصا قانونية تتعلق بحقوق الأسرة ومنها الحق في الارتباط من خلال علاقة شرعية ونظمت حق تكوين الأسرة في إطار قانوني منظم يجد ثوابته في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: في النظام الأسري السعودي

جاء في النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية طبقا للمادة 26 التي نصت على أن: "تحمي الدولة حقوق الإنسان وفق الشريعة الإسلامية"[1]، كما نصت المادة التاسعة على أن الأسرة هي نواة المجتمع السعودي، ويربى أفرادها على أساس العقيدة الإسلامية"،[2] وهي المادة التي تتصدر الباب الثالث تحت عنوان مقومات المجتمع السعودي، في حين أكدت المادة العاشرة بأن: "تحرص الدولة على توثيق أواصر الأسرة والحفاظ على قيمتها العربية والإسلامية، ورعاية جميع أفرادها وتوفير الظروف المناسبة لتنمية ملكاتهم وقدراتهم"[3].

ولم تحدد الأنظمة سنا معينا للزواج على اعتبار أن الشريعة الإسلامية قد راعت التفاوت في القدرة على الزواج، وشجعت عليه عند القدرة بما يكفل سعادة الطرفين وتساعد هذه المرونة إلى الاستجابة لحاجة الذكور والإناث المتفاوتة وتحقيق المصلحة للطرفين، ولم يفرد المشرع السعودي نظاما يتعلق بحقوق الأسرة ومنها الحق في الزواج وتكوين أسرة وذلك بتقنين أحكام الفقه الإسلامي على غرار بعض الدول كمدونة الأسرة بالمملكة المغربية وقانون الأسرة في مملكة البحرين، وقانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة، وباعتبار القضاء أهم وسائل

---

[1] المادة 26من النظام الأساسي للحكم في السعودية.

[2] المادة التاسعة من النظام الأساسي للحكم، باب مقومات المجتمع السعودي.

[3] المادة العاشرة من النظام الأساسي للحكم، باب مقومات المجتمع السعودي

انظر، تقرير المملكة العربية السعودية الدوري الثاني حول الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لعام 1424ه/2003م، الرياض، اللجنة الوطنية للطفولة، ص:28.

حماية الحقوق، وحيث أن المحاكم السعودية تطبق الشريعة الإسلامية، فإنه يحق لمن منع من حقه في الزواج وتكوين أسرة؛ كالعضل أن يلجأ إلى القضاء لرفع دعوى قضائية والتي تختص بها المحاكم العامة[1].

المطلب الثاني: في دساتير بعض الدول الخليجية

نصت دساتير دول مجلس التعاون الخليجي على دور ومكانة الأسرة في المجتمع على اعتبار أنها أهم مؤسسة اجتماعية كانت ولا تزال أساس بقاء المجتمعات منذ بداية التاريخ حتى وقتنا الحاضر، ولقد نصت المادة الخامسة من الدستور البحريني على أن:"الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها الشرعي، ويقوي أواصرها وقيمها ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة، ويرعى النشء، ويحميه من الاستغلال، ويقيه الإهمال الأدبي والجسماني والروحي، كما تُعنى الدولة خاصة بنمو الشباب البدني والخلقي والعقلي"[2]، ونصت المادة التاسعة من الدستور الكويتي على أن :"الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها ويقوي أواصرها"[3]، كما نظم المشرع الكويتي مؤسسة الأسرة والحق في الارتباط من خلال تكوين علاقة شرعية، وأفرد ترسانة قانونية تتكون من (347) مادة من خلال قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 والصادر سنة 1984م وتعديلاته[4]، حيث عرفت المادة الأولى منه الزواج بأنه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، غايته السكن والإحصان وقوة الأمة"[5].

وحفاظا على حقوق الفتاة في الزواج فقد نصت المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: "إذا عضل الولي الفتاة فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي

---

[1] عبد الله بن مبارك آل صالح:"حماية حقوق الإنسان الإجتماعية في المملكة العربية السعودية"، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، الرياض، س، 1434ه/ 2010م، ص:52.

[2] المادة الخامسة من الدستور البحريني، انظر موقع وزارة العدل البحرينية.

[3] المادة التاسعة من الدستور الكويتي الصادر عام 1962 م.

[4] قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 والصادر سنة 1984م والمعدل بقانون رقم 12 لسنة 2015م، انظر موقع وزارة العدل.

[5] المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

ليأمر أو لا يأمر بالتزويج وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعا أو اختلفوا"[1]، في حين نصت المادة 21 من الدستور القطري على أن: "الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن وينظم القانون الوسائل الكفيلة بحمايتها وتدعيم كيانها"[2]، ولقد صدر قانون الأسرة القطري سنة 2006 م[3]، ونظم كل ما يتعلق بمؤسسة الأسرة من أحكام الزواج وشروطه وحقوق الزوجين في (301) بند، كما عرف قانون الأسرة القطري الزواج على أنه: "عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستدامة، غايته السكن والإحصان"[4].

المطلب الثالث: في مدونة الأسرة المغربية

لم تحظ أي مؤسسة اجتماعية بمثل ما حظيت به مؤسسة الأسرة من اهتمام كبير وما هذه العناية التفصيلية بالأحكام المرتبطة بالأسرة إلا دليل على أنها عماد تماسك المجتمع وأداة تمتين لحمته وسداه، وهذا التنظيم والتأطير سجل أيضا حتى على مستوى القوانين الوضعية التي اهتمت هي الأخرى بهذه المؤسسة، والمغرب باعتباره دولة إسلامية فقد استقى الأحكام المنظمة للأحوال الشخصية[5] من التشريع الإسلامي وخاصة المذهب المالكي[6]، وإذا كان من الطبيعي أن نتساءل اليوم عن المركز القانوني للأسرة في ظل السياسية التشريعية المغربية الحديثة، فإن ربط الماضي بالحاضر يقتضي منا القول إن الأسرة شكلت منذ فجر التاريخ أحد الثوابت المنغرسة في هيكل المجتمع المغربي، إذ أن هذا المجتمع الذي كان طوال حياته محكوما بالأعراف في زمن ما قبل الإسلام عرف بدوره عناية خاصة بالأسرة، يدل على ذلك

---

[1] المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

[2] المادة 21 من الدستور القطري.

[3] صدر قانون الأسرة القطري رقم 22 لسنة 2006م ويتكون من 304 مواد قانونية.

[4] المادة التاسعة من قانون الأسرة القطري.

[5] محمد الكشبور:"الوسيط في قانون الأحوال الشخصية"، مطبعة النجاح الجديدة، 1999، ص : 29، واصطلاح الأحوال الشخصية غير معروف في الفقه الإسلامي، وقد اقتبسته القوانين العربية الحديثة من التشريعات الغربية.

[6] محمد الكشبور:"أحكام الزواج والانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى"، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد خاص باليوم الدراسي: "الأسرة المغربية بين الفقه المالكي والقانون الوضعي"، العدد 50، س، 2004م، جامعة الحسن الثاني عين الشق، ص:93.

استمرار سيادة نمط العيش العائلي في المغرب إلى وقتنا الحاضر بشكل يفيد عمق أصالته التاريخية[1]، حيث قام المشرع المغربي[2] ومباشرة بعد حصوله على الاستقلال بإصدار مدونة الأحوال الشخصية سنة 1957م؛ كقانون ينظم مختلف جوانب الحياة الأسرية بالمغرب، حيث جاءت أغلب قواعده مبنية على أساس المرجعية المذهبية الأصولية؛ كمنهج لتطوير مدونة الأسرة والمتمثلة في المذهب المالكي[3]، محاولة تدعيم نموذج العائلة الأبوية الذي كان منتشرا وقتذاك في المجتمع المغربي، وهو الأمر الذي أكده الاجتهاد القضائي في أغلب أحكامه وقراراته، وبما أن تحقيق التنمية الشاملة رهين بالنهوض بأوضاع الأسرة وتحسين المؤشرات الاجتماعية والقانونية والاقتصادية، في إطار سياسة شاملة تهدف إلى تحسين ظروف عيشها من السلبيات التي مست بنيتها وكيانها، فالحاجة باتت ملحة لخلق قانون يعكس طموحات المجتمع المغربي ومستوى تفكيره[4]، ومع ذلك التطور ظل التشريع جامدا باستثناء التعديلات التي عرفتها مدونة الأحوال الشخصية سنة 1993م، والتي أهم ما يمكن أن يقال عنها أنها رفعت القدسية عن نصوص المدونة.

وفي سنة 2004 م صدرت مدونة الأسرة، وشكلت منعطفا فاصلا في تاريخ الأسرة المغربية وتضمنت موادها العديد من المقتضيات التي حاول المشرع من خلالها تفادي الانتقادات السابقة، وكذا ملائمة تشريعيه للمواثيق والاتفاقيات الدولية والمتعلقة بحقوق المرأة وتحقيق العدل والإنصاف بخلق التوازن، والحفاظ على تماسك الأسرة وتضامنها، وحقها في المساواة في الحقوق والواجبات في إطار الثوابت الإسلامية.

---

[1] علي عبد الواحد وافي:"الأسرة والمجتمع"، مطبعة لجنة البيان العربي، الطبعة الخامسة، س، 1963م.

[2] محمد الشافعي:"الزواج في مدونة الأسرة"، سلسلة البحوث القانونية، العدد 9، ص: 11.

[3]الحبيب التجكاني:"المذهبية الأصولية كمنهج لتطوير مدونة الأحوال الشخصية"، مجلة الميادين، العدد3، س، 1409ه/1988م، ص:115.

[4]إدريس الفاخوري:"المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال نصوص مدونة الأحوال الشخصية"، طبعة، 2002، ص: 5.

نستنتج مما سبق أن الدستور المغربي[1] لم يخصص أي مادة قانونية تتعلق بحق الأسرة في توفير الحماية اللازمة لها، فتشبث المملكة المغربية بحقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا في ديباجة الدستور، وتبني الدولة للدين الإسلامي الحنيف كدين رسمي للبلاد ومصادقة المغرب على العديد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية الصادرة في مجال حقوق الإنسان، كل هذا لا يعفيه من ضرورة النص في مقتضيات الدستور على ضرورة توفير حماية خاصة للأسرة باعتبارها الخلية الاجتماعية الأساسية والأولى لكون وثيقة الدستور تأتي على رأس الهرم القانوني للدولة، عكس دول مجلس التعاون الخليجي التي ضمنت في دساتيرها فصولا خاصة بحماية الأسرة وهذا دليل واضح على مركز الأسرة في التشريع الوطني الخليجي.

المبحث الثالث: حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية

أعاد الإسلام للمرأة اعتبارها ومكانتها وحدد لها مكانتها الحقيقية في المجتمع كإنسان له دوره في الحياة لتكون عنصرا فعالا لها دورها في تقدم الأمة ورقيها، وأعطاها حقوقها كاملة معلنا ومقررا إنسانيتها بنصوص ثابتة واضحة لا تحتمل الشك ولا التحريف محرما وأدها وواضعا الحوافز لتربيتها ومشرعا كل ما يضمن لها حياة كريمة مكفولة النفقة من الولادة إلى الممات[2].

ولمعرفة المكانة العظيمة التي منحها الإسلام للمرأة باعتبارها عماد المجتمع ومركز رقيه وتطوره سنتناول هذا البحث وفق ما يلي:

المطلب الأول: المرأة في القرآن

المطلب الثاني: مظاهر المساواة بين المرأة والرجل في الشريعة الإسلامية

[1] عبد الخالق أحمدون:"الزواج والطلاق في مدونة الأسرة"، الطبعة الأولى، 1426 ه/2006 م، مطبعة طوب بريس، الرباط، ص :59.

[2] فاطمة عمر نصيف، حقوق المرأة وواجباتها في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، مركز السلام للتجهيز الفني، س، 1432ه/2010م، ص:73.

المطلب الأول: المرأة في القرآن

جاء الإسلام حاملا دستور الحق ناشرا لواء المحبة والأخوة والمساواة ناصرا للضعيف المظلوم على القوي الظالم، وبعدما كانت المرأة تتخبط وتعاني من ويلات الظلم والاستبداد، ظهر الإسلام هاديا للبشرية منقذا لها من الضلال والعبودية ناصرا للحق مصدقا للعلم والعقل حيث وضع لها منهاجا صحيحا وخط لها دربا واضحا وسن لها حقوقا وواجبات تقوم على العدل والإنصاف مصداقا لقوله تعالى﴿**إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي يعظكم لعلكم تذكرون**﴾[1].

وعليه سوف تتم دراسة هذا المطلب كما يلي:

الفقرة الأولى: تكريم الإسلام لإنسانية المرأة

الفقرة الثانية: حق المرأة في اختيار الزوج

الفقرة الثالثة: حق المرأة في المهر

الفقرة الرابعة: حق المرأة في النفقة

[1] سورة النحل آية،90.

الفقرة الأولى: تكريم الإسلام لإنسانية المرأة

كرم الله الإنسان سواء كان ذ[1]كرا أو أنثى مصداقا لقوله عز من قائل﴿ **ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير من الخلق تفضيلا** ﴾[2]، ولقد وضع الإسلام الأسس القانونية والضوابط الشرعية لإشباع الغرائز الفطرية وفق منظومة محددة ومشروعة تدخل في إطار ما يسمى الزواج [3] الذي يحافظ على بقاء النوع الإنساني ويحفظ الأنساب حيث يجعل للأولاد أب يحملون اسمه ويعيشون في كنفه يتكفل برعايتهم ويحافظ على حقوقهم.

كما أعطى الإسلام لمسألة الزواج مفهوما مغايرا لما كان سائدا في مرحلة ما قبل الإسلام، إذ تكاد تجمع القوانين والتشريعات السابقة على أن الغرض الأساسي من الزواج هو إنجاب الذرية فضلا عن إشباع الرغبة الجنسية، بينما أصبح للزواج في الإسلام مفهوم أوسع من هذا بكثير لأنه يشمل أسمى المعاني والقيم بما يحفظ للمرأة كرامتها فإن رابطة الزواج في الإسلام تقوم على أساس المودة والرحمة والسكن[4]، ولقد صانت تعاليم الدين الإسلامي حقوق المرأة وأعطتها كامل حقوقها الشخصية والمالية قبل منظمات الأمم المتحدة ومواثيق حقوق الإنسان[5] فهي كاملة الأهلية لها الحق في إجراء التصرفات القانونية وذمتها المالية مستقلة عن ذمة[6]زوجها، فالزواج في الإسلام غايته الإحصان والعفاف وأساسه المودة والرحمة والمعاشرة الطيبة.

---

[1]ويرى القرطبي في تفسيره لهذه الآية الكريمة ولقد كرمنا بني آدم : أي جعلنا لهم كرما أي شرفا وفضلا، و هذه الكرامة يدخل فيها خلقهم على هذه الهيئة في امتداد القامة وحسن الصورة ، وحملهم في البر والبحر مما لا يصح لحيوان سوى بني آدم أن يكون يتحمل بإرادته وقصده وتدبيره، وهذا لا يتسع فيه حيوان اتساع بني آدم لأنهم يكسبون المال خاصة دون الحيوان ، ويلبسون الثياب ويأكلون المركبات من الأطعمة، وحكى الطبري عن جماعة أن التفضيل هو أن يأكل بيده وسائر الحيوان بالفم.

[2] سورة الاسراء ،آية،70.

[3] كانت الديانة المسيحية في القديم تنظر الى الجنس على انه دنس.

[4] خيري أبو العزائم فرجاني، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، دط، دس، ص:49.

[5]عبد السلام أحمد فيغو:"المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق والالتزامات في الإسلام"، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، س 2005، ص: 20.

[6] كانت المراة قديما تفقد أهليتها ويصبح كل ما تملكه في ذمة زوجها.

الفقرة الثانية: حق المرأة في اختيار الزوج

يعتبر عقد الزواج الأساس القانوني لقيام الرابطة الزوجية، فالرضا شرط ضروري لصحة العقد، قوامه الإيجاب والقبول وهما ركنا عقد الزواج، والإسلام كفل للمرأة بكرا كانت أو ثيبا حق اختيار الزوج ففي الحديث الصحيح حدثنا معاذ بن فضالة حدثنا هشام عن يحيى عن أبي سلمة أن أبا هريرة حدثهم أن النبي «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا يا رسول الله وكيف إذنها؟، قال: أن تسكت»[1] بل أن رسول الله ﷺ رد نكاح الفتاة التي زوجها أبوها وهي كارهة، عن خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله ﷺ فرد نكاحها[2].

وعن علي بن عبد الله قال: حدثنا مرحوم قال: سمعت ثابت البناني قال «كنت عند أنس وعنده ابنة له، قال أنس: جاءت امرأة للرسول ﷺتعرض عليه نفسها، قالت: يا رسول الله ألك بي حاجة؟ فقالت بنت أنس: ما أقل حياءها واسوأتاه. قال هي خير منك رغبت في النبيﷺ فعرضت عليه نفسها»[3]، مصداقا لقوله تعالى﴿ **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة**﴾[4].

الفقرة الثالثة: حق المرأة في المهر

إن الصداق مظهر من مظاهر تكريم المرأة وصيانة كرامتها والحفاظ على حقوقها التي أهدرتها التشريعات السابقة في ممارستها للظلم والاستبداد، حيث كان الاستمتاع الجنسي وقضاء الشهوة ثمن لشرائها، ولقد ثبت من تعاليم الدين الإسلامي الحنيف على أن منح المرأة أو البنت المهر يعتبر حقا شرعيا لها، كما أعطاها الشارع الحكيم

[1] صحيح البخاري،م س، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، حديث 5137، ص: 1310.
[2] سلسلة الأحاديث الصحيحة للألباني،ج3، ص:208.
[3] صحيح البخاري، م س، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، حديث رقم 5120، ص:1305.
[4] سورة الروم ،الآية 21.

الصلاحية المطلقة في التصرف فيه، والاستمتاع به ولا يستطيع أحد أن يمنعها ويحرمها منه حتى لو كان وليها الشرعي[1]، فالمهر هو تعبير صادق عن رغبة الزوج بالارتباط بزوجته في إطار علاقة نبيلة وسامية أساسها المودة والاحترام المتبادل معززة بتقديم الصداق كعربون عن الرضا والقبول، فهما شرطين أساسين لإتمام الرابطة الزوجية، وهناك مجموعة من الأدلة الشرعية التي تؤكد على ذلك مصداقا لقوله تعالى﴿**وآتوا النساء صدقاتهن نحلة**﴾[2]، ولقد أجمع العلماء على وجوب المهر، فنقل بن عبد البر إجماع علماء المسلمين على أنه لا يجوز لأحد وطء في نكاح بغير صداق مسمى دينا، أو نقدا[3]، وقال بن قدامى« وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح»[4].

الفقرة الرابعة: حق المرأة في النفقة

- دليل وجوبها على الزوج: نفقة الزوجة هي ما تحتاجه إليه من طعام وكسوة ومسكن وفرش وخدمة وكل ما يلزم لمعيشتها حسب المعروف وهي حق واجب على الزوج لقوله تعالى﴿**ينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها**﴾[5].
- سبب استحقاقها: تستحق الزوجة النفقة على زوجها جزاء احتباسها وقصرها عليه لحقه ومنفعته، وذلك لأن موجب عقد الزواج الصحيح أن تصير الزوجة مقصورة على زوجها لا يحل لغيره أن يستمتع بها صيانة لنسب أولاده عن الاختلاط[6]، وأن تجب عليها طاعته والقرار في بيته للقيام بواجباته، وعلى ذلك

---

[1]وقال الأستاذ مصطفى السباعي في كتاب (المرأة بين الفقه والقانون): المهر في الإسلام رمز لإكرام المرأة والرغبة في الاقتران بها. وقال الدكتور الزحيلي في (الفقه الإسلامي وأدلته): الحكمة من وجوب المهر هو إظهار خطر هذا العقد ومكانته، وإعزاز المرأة وإكرامها، وتقديم الدليل على بناء حياة زوجية كريمة معها، وتوفير حسن النية على قصد معاشرتها بالمعروف.

[2] سورة النساء، آية4.

[3] ابن عبد البر، الاستذكار، ج5، ص:408.

[4] ابن قدامة، المغني، ج6، ص:480.

[5] سورة الطلاق، آية 7.

[6] عبد الوهاب خلاف:"أحكتم الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة"، دار القلم للنشر، الطبعة الثانية، الكويت 1990م، ص: 104.

فإن نفقة الزوجة واجبة على زوجها متى توفرت شروطها، فإن امتنع الزوج عن أدائها تصير دينا في ذمته شأنها؛ كالديون الثابتة التي لا تسقط إلا بالإبراء، ولقد أباح الإسلام عند امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته رغم يساره، فإن تيسر لها الأخذ من ماله فلها أخذ ما يكفيها[1] ولو بغير علمه لقوله ﷺ لهند زوجة أبي سفيان حينما قالت له إن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقال« خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[2].

يتضح مما سبق أن الزواج في الإسلام عقد رضائي وبتتبع وتأمل آيات القرآن الكريم نلاحظ أن الأصل فيها مساواة الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات، فلا فرق بين الذكر والأنثى، والكرامة المقررة للمرأة جزءا لا يتجزأ من الكرامة المعلن عنها لبني الإنسان، فلا يجوز إكراهها على الزواج بمن لا تطيقه وتكرهه ولا يستطيع أحد أن يلزمها بقبوله، فمتى بلغت المرأة سن البلوغ وتقدم لها من ترضاه دينا وخلقا وكفاءة ولم يقدح فيه الولي بما يبعده عن أمثالها ويثبت ما يدعيه، وجب عليه تزويجه إياها، فإن امتنع عن ذلك نبه إلى وجوب مراعاة جانب موليته، فإن أصر على امتناعه تسقط ولايته وتنتقل إلى من يليه في القربى من العصمة ويترتب عن امتناعه ما يلي:

- أن هذا من العضل المحرم الذي يفسق صاحبه إن تكرر.
- أن المرأة لا تزوج على أي رجل كان إلا برضاها.
- أن الصداق الذي يبذله الزوج خاص بالزوجة، فليس لأحد أن يختص بشيء منه إلا برضاها.

[1] خيري أبو العزائم فرجاني، حقوق المرأة دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية و النظم المعاصرة، دط،دب،دس،ص54.
[2] صحيح البخاري،م س، باب إذا لم ينفق الرجل، فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم 5364، ص، 1367.

- أنها إذا رضيت بزوج كفء لها وعضلها وليها الأقرب فيزوجها وليها الأبعد وإن لم يوجد يحق لها رفع أمرها إلى القاضي[1].

المطلب الثاني: مظاهر المساواة بين المرأة والرجل في الشريعة الإسلامية

كرم الإسلام المرأة حينما أخبر الله تعالى في القرآن الكريم بأن الله خلقنا من ذكر وأنثى وجعل ميزان التفاضل العمل الصالح والتقوى فقال عز من قائل﴿**يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير**﴾[2]، ومن مظاهر تكريم المرأة في الإسلام أن سواها بالرجل في أهلية الوجوب والأداء وأثبت لها حقها في التصرف ومباشرة جميع الحقوق كحق البيع، وحق الشراء، وحق التملك وغيره.

الفقرة الأولى: المساواة في التكليف

أجمع الفقهاء على أن شروط التكليف الأساسية وهي: الإسلام، البلوغ، العقل بلا تفرقة بين ذكر وأنثى، وقد بدأ الله تكليف الرجل والمرأة منذ بدأ الخليقة، فقد أشرك الله عز وجل حواء وآدم عليه السلام فيما خاطبهما به أمرا أو نهيا مصداقا لقوله تعالى﴿**وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغدا حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين**[3]﴾، وتأكيدا لمسؤولية المرأة كانت بيعة النساء خاصة بهن دون بيعة الرجال تأكيدا لتلك المسؤولية وأن كلا منهن مسؤولة أمام الله عز وجل مسؤولية مستقلة عن مسؤولية الرجل لقوله تعالى﴿**يا أيها النبي إذا جاءك المؤمنات يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا ولا يسرقن ولا يزنين ولا يقتلن**

---

[1] عامر أحمد:"حق الإنسان في الزواج وتكوين أسرة في حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، مركز الدراسات والبحوث بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالتعاون مع رابطة الجامعات الإسلامية، الطبعة الأولى، س، 1422ه، الرياض، ج2، ص: 763-764.

[2] سورة الحجرات ،الآية،13.

[3] سورة البقرة، آية،35.

أولادهن ولا يأتين ببهتان يفترينه بين أيديهن وأرجلهن ولا يعصينك في معروف فبايعهن واستغفر لهن الله إن الله غفور رحيم﴾[1].

الفقرة الثانية: المساواة في نشر الدعوة

ظهر الدور البارز والحيوي للمرأة منذ نزول الوحي على الرسول ﷺ فهي داعية مثابرة ومجتهدة تتصف بالبلاغة والفصاحة، فأم المؤمنين عائشة رضي الله عنها كان يلجأ إليها الصحابة رضي الله عنهم يطلبون علمها إذا التبس عليهم أمر ما والتاريخ الإسلامي خير شاهد على ذلك، وعلى هذا الأساس منح الإسلام للمرأة[2] منزلة عالية ومكانة عظيمة كما جاء ذلك في الخطاب القرآني، فهو لم يفرق بينها وبين الرجل في حمل أمانة نشر تعاليم الدين الحنيف لأن الدعوة في نشر الرسالة المحمدية جاءت بتكليف عام مصداقا لقوله تعالى﴿**والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ويقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة ويطيعون الله ورسوله أولئك سيرحمهم الله إن الله عزيز حكيم﴾**[3].

الفقرة الثالثة: المساواة في التعليم

بين الله تعالى في مواضع في كتابه الكريم أنه أرسل نبيه محمد ﷺ في الأميين ليخرجهم من الأمية فيتلوا عليهم آيات الله ويعلمهم الكتاب والحكمة ويزكيهم ومدح العلم في آيات كثيرة، وقد اشتركت النساء مع الرجال في اقتباس العلم بهداية الإسلام، فكان منهن راويات الأحاديث النبوية والآثار يرويه عنهن الرجال، وقد أجمع المسلمون على أن كل ما فرضه الله تعالى على عباده وكل ما ندبهم إليه، فالرجال

---

[1] سورة الممتحنة، آية 12.

[2] يقول الرسول ﷺ لعمر :"ألا أخبرك بخير ما يكنز؟ المرأة الصالحة: إذا نظر إليها سرته .....وإن أمرها أطاعته...إن غاب عنها حفظته..."،أخرجه أبو داود.

[3] سورة التوبة، آية، 71.

والنساء فيه سواء إلا ما استثني مما هو خاص بالنساء لأنوثتهن في الطهارة والولادة وغير ذلك مما هو معروف[1].

الفقرة الرابعة: المساواة في المشاركة السياسية

لقد وضعت الشريعة الإسلامية الخطوط العريضة للحياة السياسية، وقد عرفها البعض بأنها:" الحقوق التي تقررها الشريعة الإسلامية للفرد باعتباره عضوا في الأمة الإسلامية وتتمثل في حق الترشيح للولايات العامة والمشاركة في اختيار ولاة الأمر وإبداء الرأي عن طريق رقابتهم وتقديم النصح لهم، والقيام بالمصالح العامة"[2]، وقد جاء في حديث البخاري عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال« كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، والأمير راع، والرجل راع على أهل بيته والمرأة راعية على بيت زوجها وولده، فكلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته»[3].

ولقد اختلفت آراء الفقهاء بين معارض ومؤيد لمدى أحقية المرأة لممارسة الحقوق السياسية في نظام الحكم، وذهبت بعض الآراء إلى عدم اعتراف الإسلام بالحقوق السياسية للمرأة لأنها لا تتساوى مع الرجل وليس لها حق الولاية، وبالمقابل ذهبت آراء أخرى بالقول أن الإسلام يقر ويعترف بالحقوق السياسية للمرأة[4] وقبل مناقشة هذه الآراء يجب تعريف مفهوم الولاية.

- **التعريف اللغوي للولاية:**

هو أن تحكم، واصطلاحا يعرف الفقهاء والعلماء الولاية في كلمات مختلفة، ولكن بمعان متشابهة، فقد عرف أبو حنيفة الولاية على أنها السلطة على إدارة شؤون

---

[1] محمد رشيد رضا،"حقوق النساء في الإسلام"، المكتب الإسلامي، بيروت، س، 1948 ، ص: 17.

[2] شرف الدين، لمياء أحمد:"الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة"، دط، دار النهضة، القاهرة، س، 2008، ص:41.

[3] صحيح البخاري، م س، حديث رقم 5200، باب المرأة راعية في بيت زوجها، ص: 1326.

[4]محمد علي صالح المنصوري:"الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي"، مؤسسة الانتشار العربي ،الطبعة الأولى، بيروت، س2011، ص:115، القرطبي، الجامع لأحكام القران، المجلد 8 ، ص:203.

شخص، سواء أكان يقبل ذلك أم لا، وعرفها السيوطي بأنها سلطة أعطتها الشريعة لإنسان مؤهل ومناسب وتخول هذه السلطة صياغة العقود والنظم والتصرف بإجازة مستقلة تماما[1]، والولاية نوعان:

- **الولاية العامة:**

"هي سلطة شرعية مستمدة من الدولة باعتبارها ذات سيادة عامة تخول لحاملها حق تسيير شأن من شؤون الدولة والبث في النزاعات وتنفيذ الأحكام"[2].

- **الولاية الخاصة:**

"هي السلطة التي تخول للشخص حق التصرف في شأن من شؤون الناس الخاصة كالزوج على زوجته وأولاده والوصي على الأطفال والوكيل ....."[3]

وقد منح الإسلام للمرأة صلاحية ممارسة النوع الثاني من الولاية لتتساوى مع الرجل في حق التصرف في أمورها المالية وغيرها من الشؤون الخاصة وليس لأحد من أقربائها التدخل في تصرفاتها.

أولا: الرأي المعارض لصلاحية المرأة بالتمتع بالحقوق السياسية

إن فقهاء هذا الرأي لا يعترفون للمرأة بالمساواة مع الرجل في مباشرة الحقوق السياسية يستندون في ذلك على بعض الأدلة من الكتاب والسنة.

---

[1] ابراهيم أنيس، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، 1988 ، ص510 ، جمال الدين بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1990، المجلد 15 ص:407 ،409.

[2] أبو حجير، مجيد محمود: "المرأة والحقوق السياسية في الإسلام"، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، س1417ه/1997م، الرياض، ص:84.

[3] الحصكفي، محمد بن علي بن محمد علاء الدين: "الدر المختار شرح تنوير الأبصار"، مطبوع مع حاشية بن عابدين، الطبعة الثانية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، س، 1386ه/1966م، ص:548.

- **الأدلة القرآنية ومناقشتها:**

- **﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾**[1]، أي أن مهمة الرجال تتمثل في حث النساء على التشبث بتعاليم الدين الإسلامي السمحة وإلزامهم بأداء الفرائض والواجبات الدينية على أكمل وجه من صلاة وصيام وزكاة... وبالمقابل الرجال ملزمون بأداء المهر للزوجة وعليها وعلى الأولاد حتى لو كانت ميسورة الحال أما عنصر التفضيل يتجلى في صلاحية الرجال لممارسة بعض المهام دون النساء فبعض المناصب تفرض أن يتولاها الرجل كالنبوة والرسالة والإمامة والولاية وإقامة بعض الشعائر الدينية والجهاد[2]، ويقول السيوطي في تفسير الآية ﴿**قوامون**﴾ الناظر في الشيء الحافظ له، واستدل بها على أن المرأة لا يجوز لها أن تلي القضاء كالإمامة العظمى؛ لأنه جعل الرجال قوامين على النساء فلم يجز أن يقمن على الرجال[3]، وقال البعض: إنما يريد بالقوامة الإمارة والإدارة، يقال فلان قائم أو قوام على أمر هذه الدار أو المؤسسة، أي إليه الإمارة فيها والإدارة لشؤونها[4]، في حين ذهب البعض الآخر إلى أن تفسير عبارة
- ﴿ **الرجال قوامون**﴾ أن الرجل قيم على المرأة، أي هو رئيسها وكبيرها والحاكم عليها ومؤدبها إذا اعوجت[5].

---

[1] سورة النساء، آية 34.

[2] جاء في تفسير السعدي أيضا: أي قوامون عليهن بإلزامهن بحقوق الله تعالى، من المحافظة على فرائضه، وكفهن على المفاسد و الرجال عليهم أن يلزموهن بذلك ، وقوامون عليهن أيضا بالإنفاق عليهن والكسوة والمسكن و"بما فضل الله بعضهم"، فتفضيل الرجال عليهم من وجوه متعددة : من كون الولايات مختصة بالرجال ، والنبوة والرسالة واختصاصهم بالعبادات كالجهاد والأعياد والجمع وبما خصهم الله به من العقل والرزانة والجلد الذي ليس للنساء مثله وكذلك خصهم بالنفقات على الزوجات، ويقال قوام مبالغة من القيام على الأمر بمعنى حفظه ورعايته، محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير مجلد 4، الجزء 5، دط، دس، مطبعة مكتبة جدة، 3ص: 273.

[3] الإكليل في استنباط التنزيل(19).

[4] محمد سعيد رمضان البوطي:"المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني"، الطبعة الأولى، المطبعة العلمية، دار الفكر دمشق، س، 1996م، ص: 98.

[5] اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي:" تفسير القرآن العظيم"، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة الاستقامة، س، 1956م، ص: 491.

- ﴿**ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف، وللرجال عليهن درجة**﴾[1]، وتدل هذه الآية على قوامة الرجل على المرأة في رئاسة الشؤون العامة وممارسة المهام السياسية وجاء في تفسير القرطبي؛ أن زيادة درجة الرجل بعقله، وقوته على الإنفاق وبالدية والميراث والجهاد[2]، ويقول الشيخ السعدي في تفسير الآية: ﴿**وللرجال عليهن درجة**﴾[3] أي رفعة ورياسة كما قال الله تعالى﴿ **الرجال قوامون على النساء**﴾[4]، ومنصب النبوة والقضاء والإمامة الصغرى والكبرى وسائر الولايات للرجال، وله ضعف ما لها في كثير من الأمور كالميراث ونحوه"[5].
- ﴿**وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية**﴾[6]: أمر الله سبحانه وتعالى المرأة بملازمة بيتها وطاعة زوجها، فلا تخرج إلا عند الضرورة وبعد أن يأذن لها مع الالتزام بملابس الحشمة والوقار وعدم التبرج وإظهار محاسنها لكي لا تتسبب في جلب وفتنة الرجال، فمن هذا المنظور يستبعدها أنصار هذا الرأي من مباشرة الحقوق السياسية[7].

- **الأدلة السنية النبوية ومناقشتها:**

- وأهمها وأقواها دلالة حديث أبي بكرة رضي الله عنه أنه قال « لما بلغ النبيﷺ أن فارسا قد ملكوا عليهم بنت كسرى قال: لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»[8]، ويستنتج من هذا الحديث الشريف أنه لا يجوز أن تتولى المرأة أي منصب عام لأن في ذلك عدم فلاح وعدم نجاح ففي توليتها ضرر والضرر يلزم تجنبه، ويرجعون هذا النهي إلى عاطفة المرأة وما تتعرض

---

[1] سورة البقرة، آية 228.

[2] قال ابن العربي: فطوبى لعبد أمسك عما لا يعلم، وخصوصا في كتاب الله تعالى، ولا يخفى على لبيب الرجال على النساء ولو لم يكن إلا أن المرأة خلقت من الرجل فهو أصلها و له أن يمنعها من التصرف إلا بإذنه فلا تصوم إلا بإذنه ولا تحج إلا معه.

[3] سورة البقرة، جزء من الآية 228.

[4] سورة النساء، جزء من الآية 34.

[5] تيسير الكريم الرحمن(183/1)، تفسير الطبري(275/2)، تفسير بن كثير(278/1)، تفسير المراغي(167/2).

[6] سورة الأحزاب، جزء من الآية 33.

[7] جاء في تفسير القرطبي: "وقرن في بيوتكن" أي أقررن فيها لأنه أسلم أحفظ لكنّ، "ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى" أي: لا تكثرن الخروج متجملات أو متطيبات، كعادة أهل الجاهلية الأولى الذين لا علم عندهم ولا دين، فكل هذا دفع للشر وأسبابه .انظر : الجامع لأحكام القرآن(117/14)وانظر روح المعاني للألوسي(6/22)، نيل الأوطار (243/9).

[8] صحيح البخاري، م س، حديث رقم 4425، باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر، ص:1086.

إليه من عوارض طبيعية تجعلها غير قادرة على اتخاذ القرار السليم[1]، كما ذهب بعض الفقهاء أن هذا الحديث يدل على منع المرأة من كل الولايات كما ذهب إلى ذلك الماوردي وأشار إليه القرطبي[2].

- «النساء ناقصات عقل ودين»[3]، يرى أنصار هذا الرأي أن المرأة تمثل نصف شهادة الرجل وعند نزول الطمث لا تستطيع الصيام والصلاة وبالتالي لا يمكن لها أن تتولى المناصب العامة.

ويستند أصحاب هذا الرأي على الانتقاص من حقوق المرأة وإلغاء شخصيتها معتمدين في ذلك على مبدأ القوامة، فالرجل قيم على المرأة باعتباره كبير العائلة والمسؤول على رعايتها والإنفاق عليها وتوفير المأكل والمشرب والملبس في حدود استطاعته، وهذا يدخل في إطار إحسان الزوج لأهله، فالمقصود[4] بالقوامة الزوجية؛ الرشد الأخلاقي والوعي الثقافي في حسن تدبير وتسيير أمور الحياة الزوجية نظرا للخصائص التي يتميز بها الرجل من كمال عقل وذكاء وحسن التمييز، والنظر في الأمور بعقلانية أكثر من المرأة التي جهزها بجهاز عاطفي دفاق من أجل الأمومة[5] فالرابطة الزوجية هي ميثاق غليظ يجمع بين الزوجين لبناء أسرة متشبثة بالثوابت والقيم الإسلامية، فهي تكليف للرجل للحفاظ على حقوقها وصيانة كرامتها مع إلزامه بالإنفاق عليها وتوفير الحماية اللازمة لها وأمرها بالمعروف ونهيها عن المنكر وبالمقابل هي تشريف للمرأة لطاعة زوجها وأداء واجبات بيتها واستشارته في كل ما

---

[1] ليلى بن سدرين الشريف الكتاني:" حقوق المرأة بين الفقه والقانون في المغرب مدونة الأسرة والاتفاقيات الدولية" ، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح ، الدار البيضاء، س، 1436ه/2015م، ص: 65.

[2] انظر تفسير القرطبي،ج13، ص: 183، الماوردي: "الأحكام السلطانية"، ص:27.

[3] صحيح البخاري (شررح فتح الباري)، كتاب الحيض، باب: ترك الحائض الصوم(483/1)، رقم 304.

[4] يؤكد نصر حامد أبو زيد على ضرورة النظر بعين الاعتبار لمجمل السياق القرآني في مسألة التفضيل الإلهي لبعض البشر على بعض والذي يكشف أن المقصود وصف التفاوت الاجتماعي والاقتصادي الملحوظ بين البشر وهو تفاوت تحكمه قوانين الحراك الاجتماعي وبالتالي فان القوامة ليست تشريعا بقدر ما هي وصف الحال، وليس تفضيل الرجال على النساء قدرا إلهيا مطلقا بقدر ما هو تقرير للواقع المطلوب تغييره تحقيقا للمساواة الأصلية، فالدرجة التي للرجال على النساء فرع من أصل" ولهم مثل الذي عليهن بالمعروف" أي بحسب التقاليد والأعراف المستقرة في المجتمع ولا يصح أن يقال أن التقاليد والأعراف أحكاما إلهية أبدية مطلقة .

[5] يوسف القرضاوي: "مركز المرأة في الحياة الإسلامية"، سلسلة رسائل ترشيد الصحوة 4 ، الطبعة الأولى، مطبعة المدني، س، 1996م، ص: 30-31.

يخص تربية الأبناء وتدبير شؤون البيت، فالعلاقة التي تجمعهم ليست علاقة سلطوية واستبدادية حيث لا يهدف الزوج فرض رأيه وسيطرته عليها بل بالعكس هي مسألة شورية بين الطرفين يتبادلان فيها آرائهم، فوظيفة الزوج التعاون والتكافل وتوفير الإحصان والعفاف للزوجة.

أما فيما يخص عنصر التفضيل فهناك فروقات بدنية ونفسية بين الذكر والأنثى لقوله تعالى**﴿ليس الذكر كالأنثى﴾**[1]، ففي الصفات المعنوية والنفسية خص الله تعالى الرجال بالزيادة (النسبية) في الحزم والعزم وخص النساء بالنقص(النسبي) فيهما، كما خص الله تعالى النساء بالزيادة (النسبية) في العاطفة الجياشة والحنان والشفقة وخص الرجال بالنقص السلبي فيهما، فهذه الخصائص هي التي تحدد أدوار كل من الزوج والزوجة أو المرأة والرجل[2].

ويقول فضيلة الشيخ محمود شلتوت إن الرجال أعلى درجة من النساء. ومن تم فإن الرجال أفضل منهن في تولي الأمور ومباشرة الحقوق السياسية. ولكن هذا التفسير غير سليم على إطلاقه لأن هذه الدرجة للرجل ليست درجة أفضلية وسموّ، وإنما هي درجة قوامة، فالأسرة كأيّ مجتمع من المجتمعات تحتاج إلى من يتولى قيادتها والإشراف عليها لكي تكون هناك وحدة في القيادة. وهذه القيادة من الطبيعي أن تكون للرجل لأنه هو الذي يتحمل مسؤولية الأسرة وهو المسؤول عن الإنفاق عنها، فبات ضروريا أن تكون له السلطة[3].

ثانيا: الرأي المساند لصلاحية المرأة بالتمتع بالحقوق السياسية

يقول مصطفى شكري السباعي: "إن الإسلام لا يمنع المرأة من حق الانتخاب لأنه اختيار الأمة لوكلاء عنها في التشريع ومراقبة الحكومة، فعميلة الانتخاب عملية

[1] سورة آل عمران، جزء من الآية 36.
[2] ليلى بن سدرين الشريف الكتاني، نفس المرجع، ص69.
[3] الشيخ محمود شلتوت:" الإسلام عقيدة وشريعة"، الطبعة الثانية، دار القلم، القاهرة، دس، ص:176.

توكيل، يذهب الشخص إلى مركز الاقتراع فيدلي بصوته فيمن يختارهم وكلاء عنه في المجلس النيابي يتكلمون باسمه ويدافعون عن حقوقه"[1]،

أما الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي فقد استهل حديثه قائلا: "إن الولاية العامة يفسرها البعض بأنها كل ولاية لها سلطة على الناس مثل سلطة الوزراء أو سلطة الخلافة، التي تعني في العصر الحاضر رئاسة الدولة، وأن جمهور الفقهاء يمنعون المرأة من تولي هذه السلطات كلها بحجة الحديث النبوي الشريف الذي رواه البخاري «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»[2]، على أساس أنه جاء بلفظ عام والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب. وأجاز الأحناف أن تتولى المرأة القضاء في ما تشهد فيه، أي أمور الأحوال الشخصية والأمور المدنية والتجارية، في ماعدا الأمور الجنائية أي الحدود والقصاص[3]، واستدلوا على قولهم؛ بأن القضاء من باب الولاية كالشهادة، والمرأة أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص، فتكون أهلا للقضاء في غير الحدود والقصاص[4]. وأضاف الشيخ القرضاوي أن الإمام الطبري أجاز أن تتولى المرأة الولاية في كل هذه الأمور دون استثناء[5]. وكذلك ابن حزم الظاهري[6] أجاز للمرأة أن تتولى كل الولايات والسلطات ماعدا الخلافة أي رئاسة الدولة فتولى المرأة لرئاسة الدولة مرفوض عند جمهور الفقهاء"[7].

كما يقول الشيخ محمود شلتوت: "إذا هجم العدو وجب على جميع الناس أن يخرجوا للدفاع عن الحوزة، فتخرج المرأة بغير إذن زوجها، كما يخرج الولد بغير إذن أبيه والعبد بغير إذن سيده،﴿**انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل**

---

[1] مصطفى شكري السباعي، مرجع سابق، ص: 106.
[2] صحيح البخاري، م س، حديث رقم 4425، باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر، ص:1086.
[3] انظر بدائع الصنائع(3/7)، شرح فتح القدير(252/7).
[4] حاشية ابن عابدين(311/4) وانظر بدائع الصنائع(3/7)،.
[5] ابن قدامة في المغني(39/9)، وابن رشد في بداية المجتهد(406/2).
[6] المحلى(429/9).
[7] ليلى بن سدرين الشريف الكتاني، مرجع سابق، ص86، يوسف الكتاني، ص157

الله﴾[1]، وهذا أوسع مجال نجد الإسلام قرر فيه مشاركة المرأة للرجل ومعاونته وهو أبرز مواقف الحياة وأشدها، ويؤكد المودودي أن كل مسلم–ذكرا كان أم أنثى– بالغ عاقل له الحق في التعبير عن رأيه فيما يتعلق بشؤون المدينة، إذ أن الله منحه نصيبا في منصب الخلافة وهذا يعني أن الشروط المرتبطة بالخلافة هي الإيمان والعمل الصالح وعلاوة على ذلك، فالمسلمون متساوون في حق التصويت والتعبير عن آرائهم[2].

في حين يقول البياتي: "إنه من حق المسلم البالغ العاقل – رجلا كان أم امرأة– أن يعبر عن رأيه فيما يتعلق بشؤون الدولة، إذ إن الله وهبه نصيبا في منصب الخلافة"[3].

ونستنتج مما سبق أن تنوع وتفاوت مظاهر التمييز ضد المرأة في البلدان العربية ينبع أساساً من الموروث الثقافي والديني ومنظومة القيم والعادات والتقاليد المترسخة في ذهن ووجدان الإنسان العربي منذ القدم، والمتوارثة جيلاً بعد جيل، فموضوع حقوق المرأة يكتسي أهمية كبيرة لكونه يمس المرأة مباشرة في حياتها ومستقبلها، ومن الضروري عند الحديث عنها أن نتحدث عن واقع حقوق المرأة من خلال ما حققته من تقدم على المستوى الإقليمي والعالمي، فالمجتمع الخليجي والمغربي مجتمع قبلي محافظ تهيمن عليه سلطة العادات والتقاليد الموروثة قديما ويتمتع بمجموعة من الخصوصيات الثقافية والدينية تختلف كليا عن ما جاء في الاتفاقيات الدولية والتي نستخلصها في ما يلي:

---

[1] سورة التوبة، آية ، 41

[2] الشيخ محمود شلتوت ، مرجع سابق، ص 228.

[3] محمد علي صالح المنصوري،مرجع سابق،ص،124، منير البياتي:"الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي"، بغداد، جامعة بغداد، س1978 م، ص:57 .

أولا: العلاقات الجنسية

تسمح المواثيق الدولية بالحرية في العلاقات الجنسية وتعتبرها حقًا من الحقوق الأساسية للمرأة، ومن ذلك الحرية الجنسية، ورفع وصاية الوالدين عند سن 18 وتشجع جميع أنواع العلاقات الجنسية للمرأة خارج إطار الأسرة الشرعية وممارسة الجنس دون قيود والاعتراف بحقوق الزانيات، فالزواج غير الموثق والمساكنة الحرة والخيانة الزوجية ومحاولة تعميم الشذوذ باسم حقوق الإنسان والحرية الشخصية، وتقويض بناء الأسرة كلها أمور تشهد على مدى خطورة الوضع وتأثيره على واقع الأسرة خاصة في العالمين العربي والإسلامي الذي أصبحت فيه بعض الجمعيات النسائية اليسارية تطالب بالتصديق على جميع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بالمرأة ورفع جميع التحفظات عنها[1]، وفي المقابل نجد أن القوانين الوطنية العربية تمنع الزنا وتعتبره جريمة فساد معاقب عليها قانونا، وتشجع العلاقة الزوجية، وتجعلها هي الأساس الوحيد المنظم لارتباط الرجل بالمرأة، وأسس لها حقوق وواجبات تحميها، وتحافظ عليها وعلى المجتمع من التفكك والانحلال.

ثانيا – نظام الأسرة

تعترف المواثيق الدولية بالأشكال المختلفة للأسرة وتهمش دور الزواج في بناء الأسرة، كما تعترف بأنواع الاقتران الأخرى، والتي تتكون من جنس واحد (رجلين، أو امرأتين) وتبيح الشذوذ الجنسي، وتطالب بمراجعة ونقض القوانين التي تعتبر الشذوذ الجنسي جريمة، وقد اعتمد قانون الأحوال الشخصية الخليجي والمغربي الأسرة الطبيعية المكونة من الرجل والمرأة بعقد قران له شروط وضوابط[2] ومنع اللواط

[1] فؤاد بن عبد الكريم العبد الكريم: "العدوان على المرأة في المؤتمرات الدولية"، الطبعة الأولى، 1426هـ/2005 م، ص:40.
[2] انظر: "مجموعة 95 المغاربية من أجل المساواة: مائة إجراء ومقتضيات من أجل تقنين مغاربي بروح المساواة في مادة الأحوال الشخصية وقانون الأسرة"، مؤسسة فريدريك إيبريت الألمانية والاتحاد الأوروبي، ص: 11.

والسحاق وبذلك جعل القانون لحماية المرأة والرجل معًا من الفوضى والانحدار الخلقي وتفشي الأمراض التي فتكت بالمجتمعات.

ثالثا – القضايا الإنجابية

دعت المواثيق الدولية إلى تحديد النسل، وطالبت بإجازة الإجهاض ومنع حالات الحمل المبكر، واعتبرت ذلك حقًا من حقوق المرأة دون موافقة الزوج واعترفت للمرأة وحدها بحق التحكم في جميع الأمور المتعلقة بخصوبتها، ومنها تقرير عدد أطفالها، وفي المقابل نجد أن القوانين الوطنية المنبثقة عن الشريعة الإسلامية تضع أهداف الإنجاب والتناسل باعتبارها أهدافًا اجتماعية كبرى، لذا حرم تحديد النسل، وأجاز الشارع الحكيم تنظيمه اقتداءا بالصحابة رضي الله عنهم ولم ينههم الرسول ﷺ، كما جاء في الصحيح، وحرم الإجهاض دون عذر طبي، واعترف للرجل والمرأة معًا بالاشتراك في تقرير الأمور المتعلقة بالإنجاب حماية للعلاقة فيما بينهما، وتأكيدًا لاستمرارها الذي يؤمن الاستقرار النفسي والاجتماعي للمرأة، والإنسان المسلم ينظر إلى هذه الحقوق باعتبارها جزءا من الشريعة الإسلامية بما فيها من حقوق وواجبات، ويتعامل معها كونها حقا له ضماناته الشرعية وفق مقاصد الشريعة الإسلامية العامة[1].

رابعا–الحقوق السياسية

تدعو المواثيق الدولية الحكومات والمنظمات لاتخاذ جميع الإجراءات لتحقيق مشاركة المرأة في كافة الأنشطة السياسية، ومنها حق التصويت وحق الترشيح والانتخاب والدعوة إلى تمثيلها تمثيلاً مساوياً للرجل في المجالس والهيئات الحكومية ومؤسسات المجتمع المدني، وفي تولى جميع المناصب بما فيها رئاسة الدولة، وفي المقابل

[1] البقمي ناصر محمد :"حقوق الإنسان المدنية في النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية"، رسالة دكتوراه، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، س، 1427ه، ص: 133.

تسمح التشريعات الوطنية للمرأة من المشاركة في النشاط السياسي كالتصويت والانتخاب.

واعتمادا على ما سبق، نلاحظ أن الشريعة الإسلامية تفوقت على المواثيق الدولية وأعطت للمرأة حقوقها بالكامل بما ينسجم مع قواعد العدل والإنصاف وما جاءت به الاتفاقيات الدولية وخصوصا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وسواء كانت حقوق اجتماعية على اعتبار أن الزواج فيه مصلحة للمجتمع أساسه السكن والمودة وحسن المعاشرة وحفظ للنسل والأنساب والأهم من ذلك الوقاية من الأمراض والانحلال الأخلاقي وحقوق اقتصادية تتمثل في أهليتها الكاملة لمباشرة أموالها بكل حرية وأمان، بل الأكثر من ذلك لم يفرض عليها الشارع الحكيم النفقة وإن كانت ميسورة الحال، ثم منحها حقوقا سياسية ويمكن القول أن مسؤولية المرأة السياسية لا تقل أهمية عن مسؤولية الرجل، إذا كانت الغاية من ممارستها هي المساهمة في البناء والإصلاح السياسي داخل الوطن العربي وليس في الإسلام ما يبرر تنصلها أو إبعادها عن ذلك بدعوى أنه شأن خاص بالرجال دون النساء، وليس في وسع المرأة أن تتنكر لهذه الأمانة الملقاة على عاتقها وتلقي بها على كاهل الرجل بحجة أنه الأقدر على ذلك فهذه الحجة واهية، لأن الحياة الإنسانية لن تستقيم حتى يقوم كل فرد من أفراد المجتمع بمسؤولياته،[1]وإذا تخاذل أحد الأطراف اختل التوازن وانحرفت الحياة وضاعت الحقوق والمصالح، إن عاجلا أو آجلا.

ولمعالجة هذا التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي، الذي أصبح بفضله مسألة حقوق المرأة، متداول بها عالمياً عبر اتفاقيات ومؤتمرات دولية، يستدعي منا الرجوع إلى القوانين والتشريعات والسياسات المتبعة محلياً، خصوصا شق التشريع الأسري الذي يهمنا في هذا البحث والمقتضيات التي جاء بها قانون الأسرة مع تلك التي

[1] حزب العدالة والتنمية لجنة قضايا المرأة والأسرة:" المرأة و المشاركة السياسية"، الطبعة الأولى، س 2008، الرباط، ص 24.

نصت عليها الاتفاقيات الدولية، وعلى هذا الأساس سيتم التركيز في هذا البحث على وضعية المرأة في التشريع الأسري لدول مجلس التعاون الخليجي من خلال السياسات والقوانين الوطنية الأسرية التي تم تبنيها ثم في الاتفاقيات الدولية لتحقيق المساواة والعدالة الاجتماعية مع الاستفادة من التجربة المغربية والتي تعتبر خير مثال للمكانة المرموقة التي منحها المشرع الأسري للمرأة المغربية.

الباب الأول: مقاربة المقتضيات التشريعية الأسرية الخاصة بالمرأة المغربية والخليجية ومدى انسجامها مع المواثيق الدولية.

كان التشريع الأسري في البلاد العربية والإسلامية يعتمد على أحكام الفقه الإسلامي[1]في معالجة جميع المناعات والمسائل المتعلقة بنواحي الحياة المختلفة فمصدر الأحوال الشخصية أحكام الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة واجتهاد القضاة وكتب الفقه[2]المتنوعة، ولما بدا الضعف والجمود يتخلل هذا الوطن الكبير في منتصف القرن التاسع الميلادي، بدأ التشريع الإسلامي ينحصر تدريجيا عن الدولة الإسلامية متجها نحو الاضمحلال والانكماش بما تفرضه قوى الاستعمار من قوانين دخيلة وأنظمة تشريعية أجنبية، فتأثرت الدولة العثمانية بالحركة التطويرية القانونية فتمشت مع تيار[3] الضرورة السياسية والتجارية ومحاكاة للدول الأوروبية في إصدار قوانين وتنظيمات لمؤسساتها التشريعية والقضائية وبالرغم ما أصاب الفقه الإسلامي من نكبات وهجومات استعمارية، فقد بقي نظام الأسرة الإسلامي بعيدا عن التدخل الأجنبي يستمد أصوله وقواعده ومبادئه من الشريعة الإسلامية وأدى اتصال العالم الإسلامي بالحضارة الغربية إلى قيام نظام القضاء على أساس الفصل بين قضايا الأحوال الشخصية[4] وبين غيرها، كما ساعد على وجود قوانين صاغت الفقه الإسلامي بأسلوب حديث ومتطور دون التقيد بمذهب فقهي معين.

---

[1] لقد أثنى كثير من المستشرقين والأجانب على أحكام الشريعة الإسلامية حيث قال الدكتور إنريكو أنساباتو : إن الإسلام إذا كان محدودا غير متغير في شكله فهو يتماشى بالرغم من ذلك مع مقتضيات الحاجات الظاهرة ، فهو يستطيع بشريعته أن يتطور دون أ ن يتضاءل في خلال القرون ويبقى محتفظا بكل ما له من قوة الحياة و المرونة، فهو الذي أعطى العالم أرسخ الشرائع ثباتا ، شريعة تفوق في كثير من تفاصيلها الشرائع الأوروبية".

[2] بلحاج العربي: "أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، س 2012 ، عمان، ص24 وما بعدها.

[3] حسن بن محمد سفر، مجلة العدل السعودية، ص 96، انظر: الأوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها، صبحي محمصاني : دار العلم للملايين، س 1981م ، ص 191 .

[4] بلحاج العربي :" نفس المرجع ،ص 25.

وذلك لأن اختلاف المذاهب[1] الفقهية في بعض المسائل له أسباب علمية وعملية مقصودة اقتضته، ولله سبحانه في ذلك حكمة بالغة، منها توسيع مجال استنباط الأحكام من النصوص، ثم هي بعد ذلك نعمة ربانية وثروة فقهية تشريعية تجعل الأمة الإسلامية في سعة من أمر دينها وشريعتها، فإذا ضاق بالأمة مذهب أحد الأئمة في وقت ما، وفي أمر ما، وجدت في المذهب الآخر رفقا ويسرا، سواء أكان ذلك في شؤون العبادات أو في أمر المعاملات أو الدماء أو قضايا الأسرة في ضوء الأدلة الشرعية المعتبرة.

وبالتالي أصبح المجتمع العربي يعرف ترسانة قانونية متنوعة ومنظمة بشكل حديث سهلت وسيلة الاطلاع على الأحكام والأنظمة الإسلامية في قالب قانوني عصري يساير تطور العالم في مجال الأحوال الشخصية، عكس بعض التشريعات العربية[2] التي عرفت صعوبة في إصدار قانون الأسرة حيث يبقى المرجع لديها هو الفقه الإسلامي كالمملكة العربية السعودية، أما الدول التي عرفت التقنين الكامل فقد أصدرت مجموعات لقوانين الأحوال الشخصية ضمت جميع أحكام الأسرة وأما المواضيع الأخرى التي لا تدوين فيها فيرجع القاضي في البث في النزاع المطروح أمامه إلى المذهب الفقهي التي تحدده الدولة كالمذهب المالكي في مملكة البحرين[3] والمذهب الحنبلي في المملكة العربية السعودية.

أما بالنسبة للمملكة المغربية فلم تعرف في عهد الحماية ولا قبلها تشريعا مدونا خاصا بالأحوال الشخصية. "فقد كان المغاربة المسلمون يخضعون فيما يخص تنظيم

---

[1] محمد الحبيب التجكاني، م س، ص، 115.

[2] إن مشكل إصدار قانون للأسرة ظل مطروحا للنقاش على مستويات مختلفة وكان يمر عبر قنوات متعددة خلال فترات استغرقت وقتا طويلا حيث كانت هناك مجموعة من الأشخاص تتحرك سرا و علنا من أجل إقبار كل مشروع يهدف إلى إصدار قانون ينظم العلاقات الأسرية بالجزائر،"انظر محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، س 2009 م، ص:17.

[3] تنص المادة الثالثة من قانون الأسرة البحريني على ما يلي:"فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون يحكم القاضي بالمشهور في المذهب المالكي، فإن لم يوجد أخذ القاضي بغيره من المذاهب الأربعة لأسباب يبينها في حكمه ، وإذا تعذر ذلك طبق القاضي القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية"، انظر موقع وزارة العدل.

علاقاتهم الأسرية إلى الأحكام المدونة في كتب الفقه المالكي، خصوصا متن الشيخ خليل وتحفة ابن عاصم الغرناطي والشروح المرتبطة بهما إضافة إلى ما ضمن في كتب النوازل الفقهية، ويتقاضون بشأنها لدى القضاء الشرعي[1]".

ولما حصلت المملكة على الاستقلال سنة 1956م شكلت لجنة فقهية من كبار العلماء المغاربة لكي تسهر على وضع قانون الأسرة المغربية؛ وقد انطلقت هذه اللجنة من مشروع تم إعداده من طرف وزارة [2]العدل. وصدرت خمس ظهائر ما بين 22 نونبر و3 أبريل 1958م، ومن مجموع هذه الظهائر الخمسة تكونت مدونة الأحوال الشخصية المغربية التي تحتوي على 297 فصلا[3].

وبذلك يكون المشرع المغربي والخليجي قد وضعا الركائز الأساسية لبناء مقومات الأسرة التي تهدف إلى خلق توازن أسري.

يتطلب منا هذا البحث الغوص في القواعد العامة المطبقة في مجال الأسرة لمعرفة الروابط المشتركة ومظاهر الاختلاف لمحاولة تجاوزها والتوفيق بينها، وقبل التطرق لهذه الاختلافات يجب البحث في المراحل التي مر منها تقنين نظام الأحوال الشخصية من خلال دراسة التاريخ التشريعي في كل من المملكة المغربية والمملكة العربية السعودية ومملكة البحرين مع الإشارة إلى باقي دول مجلس التعاون الخليجي.

[1] محمد الكشبور:" قانون الأحوال الشخصية مع التعديلات 1993، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، ص: 10.
[2] حماد العراقي:" الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية"، الدار البيضاء ، مكتبة الرشاد، دت ، د ط، ص: 119 و 120.
[3] أحمد الخمليشي:" وجهة نظر"، الدار البيضاء ، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، س، 1988م ، ص: 28.

وعلى هذا الأساس سنتعرض للمقتضيات القانونية العامة المطبقة في كل من التشريع الأسري المغربي والخليجي على الشكل الآتي:

الفصل الأول: المقتضيات القانونية والفقهية والقضائية المنظمة لمدونة الأسرة بالمملكة المغربية

الفصل الثاني: المقتضيات القانونية والفقهية والقضائية للتشريع الأسري الخليجي

الفصل الأول: المقتضيات القانونية والفقهية والقضائية المنظمة لمدونة الأسرة بالمملكة المغربية

منذ اعتناق المغاربة دين الإسلام وهم يطبقون أحكامه في سائر معاملاتهم وعلاقاتهم التي منها الأحوال الشخصية وكانت قواعدها تدرس ضمن الأبواب الفقهية الأخرى وكان المذهب المالكي هو المذهب المعتمد لدى القضاة في أحكامهم والفقهاء في دروسهم وفتاويهم، وهكذا بقي المغرب متأخرا عن المجهود العام لتدوين الفقه المغربي على الطريقة الحديثة إلى ما بعد الاستقلال[1].

وإذا كانت الدولة قد لعبت منذ الاستقلال وإلى حدود التسعينات من القرن الماضي دورا حاسما في تكريس الطابع المحافظ في مدونة الأحوال الشخصية التي عمرت مدة نصف قرن، فظهور قوى أخرى معنية بقضية المرأة في مقدمتها الإسلاميون والحركات النسائية سيدفع إلى تغيير موقعها من "طرف فاعل" متورط مباشرة في المواجهة مع راغبي التغيير إلى "فاعل حكم" أصبح مطالبا أكثر بالحياد والتحكيم بين الأطراف المتصارعة[2]، وقد تجلى هذا الدور بشكل واضح مع مدونة الأسرة المصادق عليها سنة 2004م والتي تعتبر بحق حدث سياسي واجتماعي فريد من نوعه، ولقد جاءت المدونة تتويجا لجهود كبيرة ومخاض عسير عاشه المجتمع المغربي طيلة عدة عقود وانتهت بوضع مدونة حديثة لفائدة كل مكونات الأسرة المغربية.

---

[1] عبد الكريم شهبون: مرجع سابق، ص: 17.

[2] سليم حميمنات:" من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة "، قضية المرأة كمدخل للتحديث المجتمعي، مجلة وجهة نظر، العدد 42،س،2009، ص:24.

وللإحاطة بالموضوع ارتأينا تقسيم هذا الفصل وفق ما يلي:

المبحث الأول: الإطار القانوني لأحكام الأسرة في التشريع المغربي

المبحث الثاني: دور المرجعية الفقهية والمذهبية على مدونة الأسرة المغربية.

المبحث الثالث: دور القضاء في تفعيل مدونة الأسرة بالمغرب.

المبحث الأول: الإطار القانوني لأحكام الأسرة في التشريع المغربي

بقي المغرب متأخرا عن المجهود العام لتدوين الفقه المغربي على الطريقة الحديثة إلى ما بعد الاستقلال، حيث صدر ظهير شريف بتاريخ 22 محرم 1377 هـ موافق 19 غشت 1957[1] ينص على الاعتراف بضرورة تدوين الفقه الإسلامي على الطريقة الحديثة حفظا له من الضياع وتسهيلا لدارسيه والمتناولين له في الأحكام وإعطائه الصبغة القانونية التي تجعله بعد المصادقة عليه مطبقا في سائر[2] المملكة فاعتمدت المذهب المالكي المعمول به في المغرب وخالفته إلى غيره، فيما رأت أن المصلحة تقتضي مخالفته، ومما اعتمدته نظرية العقد في الزواج يهم المتعاقدين الذين هما الزوج والزوجة قبل غيرهما، وسايرت مذهب الحنابلة في اشتراط الشروط التي لا تناقض العقد وقررت وجوب الاحتفاظ باسم المرأة تأكيدا لشخصيتها المدنية[3].

وللإحاطة بالسياق التاريخي لقانون الأسرة المغربي سنتطرق إلى مختلف المراحل التي مر بها بدءا بقانون الأحوال الشخصية الملغاة الذي شكل أول قانون ينظم العلاقة بين مكونات الأسرة المغربية(**المطلب الأول**) تلته مجموعة من الإصلاحات التي جاءت نتيجة لمطالب الحركات النسائية والمجتمع المدني (**المطلب الثاني**) وصولا إلى المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة والتي أحدثت نقلة تاريخية في التشريع الأسري المغربي(**المطلب الثالث**).

---

[1] لم يمض على رجوع محمد الخامس رحمه الله من المنفى إلى عرشه أكثر من 21 شهرا و على إعلان الاستقلال أكثر من 18 شهرا حتى أصدر ظهيرا بتاريخ 1957/08/19 .

[2] جاء في ديباجته:"وحيث أن مادة الفقه الإسلامي بغزارتها و دقتها و تشعبها، يمكن أن يؤدي النظر فيها إلى تأويلات عديدة. وحيث أنه أصبح من الضروري الأكيد جمع أحكام الفقه الإسلامي في مدونة تيسر و تسهل إجراء العمل به و تطبيق مقتضياته، ورعيا لما في ذلك من الفائدة للمتحاكمين والنتيجة الحسنة لضمان سير القضاء". وكان عدد أعضاء اللجان عشرة أضيف إليهم وزير العدل بصفته الرئيس الفعلي للجنة،(محمد بن العربي العلوي، والمختار السوسي وعلال الفاسي، ومحمد داود، وأحمد البدراوي وعبد الرحمن الشفشاوي والمهدي العلوي، والحسن بن البشير ، وحماد العراقي. وقدمت وزارة العدل مشروع القانون في 265 مادة نصت الأخيرة على أن:" كل ما لم يشمله هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور، أو ما جرى به العمل من المذهب المالكي وكذلك في الأحكام الإجرائية.انظر :أحمد الخمليشي:"من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة"، طبعة 2012 ، مطبعة المعرف الجديدة، ص 17.

[3] علال الفاسي:" التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، مطبعة الرسالة، ص، 101، 103،102.

المطلب الأول: قانون الأحوال الشخصية الملغاة

بعد حصول المغرب على الاستقلال تم إصدار مدونة الأحوال الشخصية وكان ذلك بموجب خمسة ظهائر سنتي 1957م و1958م وجاءت أغلب قواعد هذه المدونة مقتبسة من المذهب المالكي، لدرجة أن الاتجاه المحافظ هو الذي [1]كان يسيطر أثناء وضع نصوص هذه المدونة نظرا للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي كان يعيشها المغرب آنذاك، ومع بداية الثمانينات من القرن الماضي بدأت سهام النقد الجارح تنهال على مدونة الأحوال الشخصية لأسباب متعددة، فقد قيل إنها غير دستورية، وقيل إنها لم تلتزم بالاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب والتي تخص حقوق المرأة، وقيل إنها تعتمد آراء فقهية تنهل من العادات والتقاليد البعيدة كل البعد عن روح الشريعة الإسلامية، وقد جاءت هذه الانتقادات في عموميتها من جمعيات نسائية ذات توجه علماني أو من بعض الأساتذة الجامعيين الذين تلقوا تعليمهم الأكاديمي بالغرب[2].

المطلب الثاني: الانتقال من قانون الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة

لم يمض على الشروع في العمل بمدونة 1957م أكثر من عشر سنوات حتى بدأت الأصوات تتعالى بتعديل بعض فصولها، وكثير من هذه الأصوات تتبناها المنظمات النسائية المشبعة بالفكر الغربي، وفي العشرين من شهر غشت 1992م ألقى جلالة الملك المرحوم الحسن الثاني خطابا وضع فيه حدا لتطلعات تلك المنظمات، حيث أصبح بموجبه كل ما يتعلق بالمدونة من اختصاص الملك بصفته أمير المؤمنين

[1] محمد الشافعي:" الأسرة في مدونة الأحوال الشخصية"، سلسلة البحوث القانونية العدد1، مراكش، س2002 ، ص، 50.
[2] محمد الكشبور:"الوسيط في شرح مدونة الأسرة"،الطبعة الثانية، 2009، مكتبة دار السلام، الرباط.، ص 10.

ويتضح أن جلالته يقبل كل الملاحظات والاقتراحات البناءة التي فيها صلاح الأسرة المغربية إلا ما كان فيها تعارض مع نص قرآني صريح، أو حديث نبوي صحيح[1].

وإذا كانت مرحلة التدوين قد تميزت بكونها ظلت وفية للفقه والمذهب المالكي نقلا وتقليدا، وأن الإصلاحات كانت جد محتشمة، إذ كان الهاجس الأكبر هو الحفاظ على الأسرة المغربية واستقرارها ولو على حساب المرأة، فإنه تم تمتيع الرجل بعدة امتيازات داخل الأسرة باعتبارها رئيسها ومعيلها[2]، إلا أنه بعد مرور أكثر من ثلاثة عقود أصبحت الحاجة ملحة إلى تعديل الكثير من المقتضيات خاصة بعد إقبال المرأة على العمل المأجور وارتفاع تكاليف العيش مما جعل العلاقات الأسرية والأدوار بين الزوجين تتسم بنوع من الاضطراب واللاتوازن إلى خلق اصطدامات وصراعات داخل الأسرة[3]، وطرح فكرة التطوير بقوة وفتح نقاشا مستفيضا أغنى الساحة بالعديد من الآراء والاتجاهات التي اختلفت في منطلقاتها الإيديولوجية والثقافية.

ولقد عرفت المنظومة القانونية المغربية عدة تغيرات على مستوى الشكل والمضمون تماشيا مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يعرفها المجتمع المغربي. وتتويجا لهذه الطفرة القانونية والاجتماعية أصدر المشرع المغربي قانونا جديدا يتعلق بتنظيم قضية الأسرة تحت اسم جديد أطلق عليه بتسمية" مدونة الأسرة لكن هذا القانون قبل أن يخرج إلى الحال الذي هو عليه مر من عدة مراحل ومحطات كان أبرزها:

---

[1] عبد الله بن الطاهر التنائي السوسي:" مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي و أدلته"، المكتبة الوطنية، الرباط، الطبعة الثانية،ص 15.

[2] زهور الحر، مرجع سابق، انظر ، فريدة بناني:" تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى، العدد 9، سلسلة منشورات جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، س، 1992.

[3]عبد الرزاق مولاي ارشيد وأحمد الخمليشي، مدونة الاحوال الشخصية بعد 15 سنة من صدورها ، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد ، العدد 10 ، سنة 1981 ، ص: 42 .

- مطالب المجتمع المدني [1]والسياسي بضرورة التعديل من ذلك الإعلان عن مبادرة مليون توقيع الذي تبنته جمعية اتحاد عمل النسائي.
- انخراط المغرب في المنتظمات والفعاليات الدولية.
- المصادقة على اتفاقية حقوق الطفل وعلى كل أشكال التمييز ضد النساء.
- تدخل المشرع لتعديل أو لإخراج قانون جديد يواكب مستجدات الأسرة المغربية.
- تدخل جلالة الملك المغفور له الحسن الثاني باعتباره أمير المؤمنين وتنصيصه على إنشاء اللجنة الملكية برئاسة إدريس الضحاك ثم تغييره بالسيد عبد الهادي بوطالب[2]، لتعديل قانون الأحوال الشخصية وإخراج قانون جديد يساير النهج التقدمي والانفتاحي الذي يشهده المغرب أسفر عملها عام 1993 عن مجموعة من التعديلات تمحورت أساسا حول الطلاق والحضانة. وهي إصلاحات لم ترض الجمعيات النسائية التي اعتبرتها دون مستوى تطلعاتها، وانصبت التعديلات على مواد وأحكام الولاية وتعدد الزوجات والطلاق والنفقة والمتعة والحضانة، بالإضافة إلى إحداث مجلس العائلة، ولم تخرج هذه التعديلات عن إطار الاجتهاد الإسلامي المضبوط بالقواعد الشرعية، خاصة في القضايا التي كانت المرأة تعاني فيها الحيف والتعسف[3] حيث تم عرض مشروع قانون على غرفتي البرلمان وتم المصادقة عليه مع بعض التحفظات التي أبدتها بعض الفرق البرلمانية على هذا المشروع وبعد

[1]لم تلبي تعديلات 1993م متطلبات كثير من الحقوقيين والجمعيات والمنظمات النسائية إذ لم تحقق أغلب متطلباتهم المتمثلة في الالتزام بمقتضيات الاتفاقيات الدولية بإلغاء التمييز بين الجنسين وتكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة والقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة ومنع التعدد بصفة نهائية وغير ذلك من المتطلبات، نتيجة لذلك كانت هذه الردود بمثابة انطلاق نضال آخر من اجل تعديل مدونة الأحوال الشخصية، انظر، رشيد برادة: "تاريخ النظام الأسري بالمغرب "،الحوار المتمدن، العدد 4044، 27\03\2013 في سنة 1999 أطلق ما سمي بمشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية الذي شكل منعطفا حاسما لظهور المدونة الجديدة

[2] ثورة هادئة من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة سلسلة شرفات، العدد 12، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، س،2004 م، ص: 5.

[3] جميلة المصلي: "الحركة النسائية في المغرب المعاصر"، مركز الجزيرة للدراسات، الدار العربية للعلوم ناشرون،257.

فترة من النقاش تم المصادقة على قانون جديد متعلق بالأسرة أطلق عليه قانون "مدونة الأسرة".

المطلب الثالث: مستجدات مدونة الأسرة

أثارت المقتضيات الجديدة المنظمة لمدونة الأسرة نقلة فكرية وعصرية رسمت معالم الأسرة المغربية الحديثة مع الحفاظ على الثوابت الإسلامية، وحددت لكل عضو من أفراد الأسرة مهامه وواجباته بالإضافة إلى حقوقه والتزاماته المبنية على تقاسم المسؤولية، فالرؤية الحضارية لقانون الأسرة جاءت تحمل مفهوم جديد للإرادة المشتركة في تسيير شؤون الأسرة غايتها الحفاظ على مبدأ الاستقرار والتوازن الأسري

ولقد تضمنت هذه المدونة ترسانة قانونية حاول من خلالها المشرع تفادي الانتقادات السابقة وكذا ملاءمتها للمواثيق والاتفاقيات الدولية، حيث أخذت فيه المرأة نصيب كبير لما تضمنه لها هذه المواثيق من حماية.

كما اكتست طبيعة هذه المقتضيات مكانة خاصة على اعتبار أن موضوع حقوق المرأة والنهوض بها أضحت قضية حضارية لا تقل أهمية عن قضايا الديمقراطية وحقوق الإنسان مع التشبث بالمرجعية الدينية التي تعتبر صمام الأمان للموروث التاريخي والفكري ومرآة للهوية الثقافية الوطنية للأسرة المغربية.

ولقد تضمنت هذه المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة ما يلي:

- التنصيص على توحيد سن الزواج[1] بعد رفع هذه السن بالنسبة للفتاة، حيث أصبحت أهلية الزواج تكتمل ببلوغ كل من الفتى والفتاة 18 سنة شمسية

[1] انظر المادة 19 من مدونة الأسرة.

كاملة، مع إمكانية تخفيض هذا السن بناء على إذن خاص صادر من قاضي الأسرة المكلف بالزواج.[1]

- تنظيم وإحاطة عقد الزواج بمجموعة من الإجراءات الشكلية والإدارية[2] لإبرامه وذلك لضبط طلبات الزواج وتفادي التحايل بخصوصها، واعتبرت أن وثيقة الزواج الوسيلة المقبولة لإثباته، وإذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات، غير أن هذا الاستثناء الوارد على القاعدة تم التقليل من أهميته وذلك بتقييده بمجموعة من الضوابط وتحديد فترة انتقالية لسماع هذه الدعاوى.[3]
- فتح ملف للزواج بالمحكمة، وجعل النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا المشمولة بأحكام هذا القانون وبخصوص الولاية في الزواج فقد منحت الأحقية الكاملة للراشدة في أن تعقد على نفسها[4] أو توكل من تشاء من الأولياء.
- تفصيل أحكام الخطبة بعد أن كانت مختصرة في فصلين اثنين في المدونة السابقة، مع تقرير الحق في تعويض الضرر الناتج عن فسخ الخطبة وهو من المستجدات الوضعية القانونية للطفل المزداد في إطار الخطبة وحقه في الانتساب لوالده الخطيب،[5]وكذا أحوال التراجع عن الخطبة، وإمكانية التعويض عن العدول عنها.[6]
- يتضمن اتفاقهما إمكانية اتفاق الزوجين على طريقة خاصة لتنظيم مواردهم المالية وممتلكاتهم المتحصلة خلال فترة الزواج بمقتضى عقد خاص.

---

[1] انظر المادة 21 من مدونة الأسرة.
[2] المادة 15 من مدونة الأسرة.
[3] المادة 16 من مدونة الأسرة.
[4] المادة 25 من مدونة الأسرة.
[5] أنظر المادة 156 من مدونة الأسرة.
[6] المادة 7 من مدونة الأسرة.

- منع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها.
- تدخل النيابة العامة من أجل إرجاع أحد طرفي العلاقة الزوجية إلى بيت الزوجية سواء أكان الزوج أو الزوجة.
- في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، فإن المحكمة تثبت ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات، مراعية مسؤولية كل واحد منهما عن الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر، مع ضرورة البث في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب.
- ضرورة البت في دعاوى التطليق[1] لإخلال بشرط في عقد الزواج أو للضرر أو لعدم الإنفاق أو للعيب أو للإيلاء والهجر بعد القيام بمحاولة الصلح خلال أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة.
- في حالة اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع واختلافهما حول المقابل، يمكنهما اللجوء للمحكمة التي تقوم بتقدير مبلغ الخلع وذلك بعد محاولة الإصلاح بينهما.

المبحث الثاني: دور المرجعية الفقهية والمذهبية على مدونة الأسرة المغربية.

إن أحكام الأسرة في مجتمعاتنا الإسلامية تتصل بمفهوم الإسلام للأسرة وباعتقاد شعوب هذه المجتمعات وبإيمانهم بأن مصدره الأول إلهي وأن هذه الأحكام بالتالي موضوع مسؤولية أمام الله ومحل للحل أو الحرمة، ومن أجل هذا كله بقيت أحكام الأسرة متصلة بالتشريع الإسلامي منفذة في البلاد الإسلامية خلافا لأحكام المعاملات والحدود فإن التأثير الأجنبي طغى عليها حتى انفصلت في أكثر البلاد

[1] رشيد زيزاوي:" التطور التاريخي لمدونة الأسرة المغربية"، مقال منشور بالانترنت .

عن الشرع الإسلامي، واتصل حبلها بمصادر أجنبية اختلفت باختلاف جنسية المستعمرين سواء أكان هذا الاستعمار[1] عسكريا سياسيا أم كان فكريا فأخذت بعض البلاد الإسلامية بالقانون الفرنسي وبعضها بالإنجليزي وبعضها بالسويسري[2].

وتعتبر الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي الذي يأخذ منه التشريع الأسري أحكامه وينقسم إلى قسمين: فالقرآن باعتباره محور الشريعة الإسلامية السمحاء والمصدر الأساسي لها **(المطلب الأول)** والسنة النبوية تعتبر التشريع الثاني وفي المنزلة التي تلي القرآن **(المطلب الثاني)**، في حين يلعب مركز الفقه المالكي دور تكميلي في مدونة الأسرة المغربية**(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول: أحكام القرآن الكريم

يعتبر القرآن المصدر الأول للتشريع الإسلامي والمرجع الرئيسي الذي تؤخذ منه الأحكام، حيث يتضمن الأمر القرآني قوله تعالى﴿ يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾[3]، وقد نزل في ثلاث وعشرين سنة تقريبا، ومن هنا جاء تنويع القرآن إلى المكي والمدني[4]، وهذه المدة تنقسم إلى قسمين:

أولا- المدة التي أقامها الرسول ﷺ في مكة قبل الهجرة، وقد اهتمت هذه المرحلة بالدعوة إلى غرس عقيدة التوحيد لإصلاح حال العرب التي كانت تقوم على أمرين:

الوثنية في الدين والفوضى في نظام المجتمع، ولقد صرف القرآن في ذلك ثلاث عشرة سنة حتى رسخت العقيدة في أنفس الكثيرين وتلاشت أمام نوره ضلالة الشرك

---

[1] عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق ، ص: 12،13،14

[2] ومن سلبيات هذا الاستعمار الفكري الغربي الأخذ بمبدأ إعطاء الولد بالتبني جميع حقوق الابن الأصلي في الميراث وجعل مسألة تعدد الزوجات مبدأ محرما من حيث الأصل وهذا فيه مخالفة صريحة لتعاليم الدين الإسلامي الذي يسمح بممارسته في إطار قانوني ينظم حسن تنفيذه

[3] سورة النساء جزء من الآية، 59.

[4] محمد علي السايس:" تاريخ الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق ،س 1999 م، ص:46 .

ونفذت حيل المقاومين له في صد المقبلين عليه بأنواع الإهانات ومختلف التدابير السيئة.

وإذا تتبعنا الآيات المكية نلاحظ أنها تكاد تخلو من الحديث عن التشريع في المسائل المدنية والأحوال الشخصية والجنائية، وإنما تقتصر على أصول الشريعة والدعوة إلى هذه الأصول؛ كالإيمان بالله ورسوله واليوم الآخر والأمر بمكارم الأخلاق؛ كالعدل والإحسان، والأمر بالمعروف وتجنب مساوئ الأخلاق؛ كالقتل ووأد البنات[1]، لقوله تعالى﴿ **أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت وإلى السماء كيف رفعت وإلى الجبال كيف نصبت وإلى الأرض كيف سطحت فذكر إنما أنت مذكر**﴾[2]، وقال سبحانه﴿ **أفلم ينظروا إلى السماء فوقهم كيف بنيناها وزيناها وما لها من فروج والأرض مددناها وألقينا فيها رواسي وأنبتنا فيها من كل زوج بهيج**﴾[3]، ولما كانت العقائد الفاسدة متأصلة في نفوسهم والانحلال الاجتماعي متوارثا عن آبائهم، وكان في طباعهم غلظة وجفوة وفي نفوسهم كبر وجبروت ناسب أن يخاطبهم القرآن الكريم في كثير من آياته بأسلوب الردع والزجر الذي يناسب الطغاة، ولما رسخت العقيدة في نفوس المؤمنين وتلاشت ضلالات الشرك أذن الله لرسوله ﷺ وللمؤمنين بالهجرة إلى المدينة دار الأنصار والموطن الجديد للمسلمين، ذلك الموطن الذي حمل لواء الدعوة الإسلامية وحقق أهدافها[4].

ثانيا- المدة التي أقامها الرسول ﷺ بالمدينة بعد الهجرة ومقدارها تسع سنوات وتسع أشهر وتسع أيام، وفي هذه المرحلة أخذ الوحي ينزل بالتشريعات المفصلة التي لابد منها لتنظيم حياة المسلمين، إذ بدأت الدولة الإسلامية تتكون وتحتاج إلى ما تقوم به من نظم وتشريعات وقوانين تحدد العلاقات بين أفرادها وبين غيرها من الأمم، كما

---

[1] أحمد شلبي :" تاريخ التشريع الإسلامي"، مكتبة النهضة الإسلامية، جامعة القاهرة، ص: 29.
[2] سورة الغاشية، الآيات 17 إلى 20.
[3] سورة ق ، الآية 6و7.
[4]محمد أحمد شحاته:" تاريخ الفقه الإسلامي"، المكتب الجامعي الحديث، د ط،س 2009 ،ص :38،39.

وضع الإسلام لأول مرة في تاريخ العرب فكرة الدولة وجعل من الواجب طاعة السلطان مصداقا لقوله تعالى﴿**يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم**[1] ...﴾ ، وقال الرسول ﷺ «من أطاعني فقد أطاع الله ومن عصاني فقد عصى الله، ومن يطع الأمير فقد أطاعني، ومن يعص الأمير فقد عصاني» رواه مسلم [2]، كما قيد الإسلام سلطة الدولة، وركز طاعتها على أساس ديمقراطي بأن أوجب الشورى في الحكم، وأوجب التقيد بالدستور الإسلامي لقوله تعالى﴿**وأمركم شورى بينهم**﴾[3]، وكان من نتائج فكرة السلطة العامة حماية الحقوق ومعاقبة الجرائم وتنفيذ فكرة الحق العام في العقوبات، كذلك دعا الإسلام إلى الجهاد في سبيل الله[4] وحرم الغزو الجاهلي، وأباح الحرب الدفاعية لأجل دفع العدوان وحرم قتل[5] الأطفال والشيوخ والنساء.

وتناول نظام الأسرة في النكاح والعشرة في الحياة الزوجية والطلاق والميراث والوصية[6] ولقد نزلت سورة النساء عندما قام النبي ﷺ بتأسيس دولة إسلامية مبنية على عقيدة ثابتة وعلى مجتمع إنساني ناضج تاركا وراء ظهره رواسب التقاليد الجاهلية القديمة، كما أنها اشتملت على مجموعة من الأحكام التي تتناول حقوق المرأة من زواج وطلاق وولاية ونفقة، مصداقا لقوله تعالى﴿**وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا واتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا**﴾[7].

---

[1] سورة النساء، جزء من الآية59.

[2]الإمام النووي: "رياض الصالحين"، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، س، 1412ه/1992م، ص:290.

[3] سورة الشورى، جزء من الآية 38.

[4] بدران أبو العينين:" تاريخ الفقه الإسلامي"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت ،دط، دس، ص: 37 و ما بعدها .

[5] قال الرسول ﷺ:" لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة".

[6] مناع القطان :" تاريخ التشريع الإسلامي ،مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الرابعة، س 1989م، 1409 ه، ص: 51.

[7] سورة النساء ، آية 3و4.

أما فيما يخص الأحكام المتعلقة بالطلاق والخلع والعدة والرجعة فقد نزلت في سورة الطلاق لقوله تعالى﴿**يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا** ﴾[1].

كما حفظت المرحلة المدنية حق المواريث لقوله تعالى:

﴿**يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصي بها أو دين آباؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا فريضة من الله إن الله كان عليما حكيما**﴾[2].

ولقد امتاز التشريع بالتدرج حيث ارتبطت الآيات بوقائع معينة واستغرقت الأحكام الشرعية طوال مدة الرسالة المحمدية.

المطلب الثاني: أحكام السنة النبوية الشريفة.

تعتبر السنة[3] النبوية الأصل الثاني من أصول الأدلة الشرعية ومنزلتها تلي منزلة القرآن وتمثل ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من فعل أو قول أو تقرير بوصف كونه رسولا لقوله تعالى﴿**سنة من قد أرسلنا قبلك من رسلنا ولا تجد لسنتنا**

[1] سورة الطلاق آية 1.
[2] سورة النساء آية 11.
[3] السنة لغة : هي الطريقة المعتادة التي يتكرر العمل بمقتضاها و تطلق هذه الكلمة أيضاً بمعنى البيان حيث يقال سن الأمر أي بينه، مناع القطان مرجع سابق، ص 71 و73 .
السنة في الاصطلاح : هي كل ما أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير أو سيرة أو صفة خلقية أو خُلقية سواء أكان ذلك قبل البعثة أم بعدها .

تحويلا [1]﴾ أي أنه كان بذلك الفعل أو القول أو التقرير يبين حكما شرعيا والدليل على أن السنة بمثابة القرآن أن الله قلده[2] أمانة التبليغ والبيان فقال سبحانه وتعالى﴿**وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلهم يتفكرون[3]﴾**، وقال عز وجل أيضا﴿**وما أنزلنا عليك الكتاب إلا لتبين لهم الذين اختلفوا فيه وهدى ورحمة لقوم يؤمنون[4]﴾**، واتفق المسلمون أن ما نقل إلينا بسند صحيح يكون حجة على المسلمين ومصدرا من مصادر التشريع الإسلامي مصداقا لقوله عز من قائل﴿ **قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وإن يعودوا فقد مضت سنت الأولين[5]﴾**، وفي الحديث يقول ﷺ«لتتبعن سنن ما كان قبلكم شبرا بشبر وذراعا بذراع ، حتى لو سلكوا جحر ضب لسلكتموه، قلنا: يا رسول الله اليهود والنصارى؟ قال: فمن؟[6]» كذلك ورد في الحديث «من سن في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها بعده من غير أن ينقص من أجورهم شيئا، ومن سن في الإسلام سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده، من غير أن ينقص من أوزارهم شيئا[7]» رواه مسلم.

وتنقسم السنة النبوية:

أولا: سنة متواترة وهي ما رواها عن النبي ﷺ جمع لا يتصور العقل تواطئهم على الكذب ولا يحصى عددهم، ثم نقلها عنهم جمع بهذه الصفة حتى بلغتنا ومن هذا النوع السنن العملية التي بينت مقادير وأفعال الحج[8].

---

[1] سورة الإسراء آية 77.
[2] عثمان جمعة ضميرية:" مدخل لدراسة العقيدة الإسلامية"، الطبعة الثالثة، مكتبة السوادي، س 1420 ه/ 1999 م، جدة، ص 164.
[3] سورة النحل ،آية 44.
[4] سورة النحل ،آية 64.
[5] سورة الأنفال آية 38.
[6] متفق عليه.
[7] رياض الصالحين، م س، ص:119.
[8] مناع القطان، نفس المرجع/ انظر أيضا شرح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر للعسقلاني، ص 6و7.

ثانيا: سنة مشهورة وهي التي رواها عن النبي ﷺ واحد أو اثنان أي عدد لم يبلغ حد التواتر ثم اشتهرت فنقلها جموع التواتر إلى عصر التابعين وتابعي[1] التابعين وهذا النوع من السنة يفيد العلم اليقيني عند الحنفية ولكن دون اليقين بالسنة المتواترة.

ثالثا: سنة الآحاد وهي ما يرويها عن النبي ﷺ عدد لم يبلغ حد التواتر ولم تشتهر فيما بعد أي هي ما ليست سنة متواترة ولا مشهورة وهذا النوع يفيد العلم الظني الراجح بصحة نسبها إلى النبي ﷺ ويلزم العمل بها.

وقد يكون الحديث الصحيح متواترا قطعي الثبوت[2]ولم يسبق للعلماء أن حددوا عددا معينا للتواتر وإنما يحصل به الاطمئنان والعلم اليقيني فلا يطلب المزيد من المخبرين وقد يكون حديثا مشهورا مستفيضا يأخذ حكم التواتر وقد يكون حديث آحاد فينبغي الخضوع لها وقبولها دون التماس الأعذار، أما الأحاديث الضعيفة والموضوعة المكذوبة عن النبي صلى الله عليه وسلم فلا يجب العمل والأخذ بها في قضايا الاعتقاد لأن العقيدة الصحيحة الثابتة لا تنبني على الأحاديث الضعيفة وإن من أعظم أسباب الضلال والانحراف عن السنة والعقيدة الاحتجاج بالأخبار والأحاديث الضعيفة وبناء الاعتقاد عليها وخاصة فيما يتعلق بمباحث الألوهية والصفات ونحوها[3].

[1] أتباع التابعين أي العصر الذي جاء بعد عصر الصحابة رضي الله عنهم وهم الذين لم يلقوا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإنما رأوا التابعين ، وصحبوهم.

[2] علي بن الحبيب ديدي:" مذكرة في اصول الفقه المالكي"، إصدارات العوادي دط، عين البيضاء، س 2012، ص: 52.

[3] عثمان جمعة ضميرية، م س، ص: 167/انظر أيضا :" الوصية الكبرى"، لابن تيمية، ص: 70 ،83.

المطلب الثالث: مركز المذهب المالكي في مدونة الأسرة.

كان من الطبيعي أن ينتشر المذهب المالكي في الحجاز في بداية أمره، لأنه من الحجاز نبع وفيه تفجر ومنها نطلق نحو الآفاق يحمله تلامذة الإمام الذين وفدو عليه من المشرق والمغرب[1].

وعرف مالك بن أنس بتمسكه بالسنة ومحاربة البدعة وتشبثه التام بآثار الصحابة والتابعين واستجماع أدوات الإمامة وهذا ما دفع المغاربة إلى أن يقدروا علمه وينقادوا لفكره وللأثر الوارد في شأن عالم المدينة الذي حمله بعض العلماء عليه وهو قوله ﷺ« يوشك أن يضرب الناس أكباد الإبل في طلب العلم فلا يجدون عالما أعلم من عالم المدينة»[2].

ويعتبر المشرع المغربي الفقه المالكي الشريعة العامة للأحكام الأسرية عند وجود فراغ تشريعي بدليل نص المادة 400 من مدونة الأسرة وعلى هذا الأساس ظل قانون الأسرة المغربي وفيا لقواعد الفقه المالكي الذي أثر في صياغة نصوصه.

ولهذا فالمذهب المالكي يقوم بدورين رئيسيين يتمثلان في ما يلي:

- دور أساسي يتجلى في صياغة النصوص القانونية.

- دور تكميلي يتجلى في سد الفراغ التشريعي أي فيما لا نص فيه.

[1] عمر الجيدي:" مباحث في المذهب المالكي بالمغرب"، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، س1993 م، ص:35.

[2] قال سفيان بن عينية : كنا نسمع أهل المدينة يقولون إنه أنس بن مالك.

ولهذا سنتعرض لهذين الدورين وفق ما يلي:

الفقرة الأولى: خصوصية المذهب المالكي عند المغاربة.

الفقرة الثانية: المذهب المالكي مرجع أساسي بمقتضى نص 400 من مدونة الأسرة المغربية.

الفقرة الأولى: خصوصية المذهب المالكي عند المغاربة.

اختلف الباحثون في أسباب انتشار المذهب المالكي في المغرب الأقصى وتشبثهم به حيث تقبله المغاربة وتمسكوا به مذهبا وحيدا، فأصبح شعارا لشخصيتهم ورمزا لوحدتهم، و يرى العلامة ابن خلدون أن من العوامل الأساسية في انتشاره هو رحلة المغاربة إلى الحجاز للحج والعمرة، وفي هذا يقول:"وأما مذهب مالك – رحمه الله تعالى– فاختص بمذهبه أهل المغرب، والأندلس وإن كان يوجد فيه غيرهم، إلا أنهم لم يقلدوا غيره إلا القليل، لما أن رحلتهم كانت غالبا إلى الحجاز، وهو منتهى سفرهم والمدينة المنورة [1]يومئذ دار العلم،[2] شيخهم يومئذ وإمامهم مالك بن أنس، فرجع إليه أهل المغرب والأندلس، وقلدوهم دون غيره، ممن لم تصل إليهم طريقته".

فارتباط المذهب المالكي بالسنة النبوية، يرجع بالأساس إلى كتاب الموطأ وهو كتاب حديث، وقد دخل هذا الأصل إلى المغرب الأقصى منذ العهود الأولى للدولة المغربية وفي الموطأ أهم المعالم البارزة التي تؤكد منهجية هذا المذهب وأصوله الاستنباطية وقواعده الاجتهادية[3] وحظي هذا الكتاب بعناية واهتمام المغاربة دراسة لأحكامه وشرحا لنصوصه وتفريغا على أصوله.

---

[1] كانت المدينة المنورة مقصدا هاما لكثير ممن كانوا يرحلون في طلب الحديث والفقه من علماء هذه الأمة، لا ليحملوا حديث الحجازيين فحسب، ولكن ليأخذوا عن العلماء الوافدين إليها في مواسم العبادة والزيارة ، فكان تدوين الحديث في هذه المدينة المباركة قبل كل الأمصار(فألف فيها الإمام محمد بن شهاب الزهري المدني شيخ مالك الذي توفي سنة 124ه وموسى بن عقبة المدني شيخ مالك أيضا الذي توفي 141ه ومحمد بن إسحاق المطلبي الذي توفي 151ه ، وابن أبي ذئب محمد بن عبد الرحمن المدني الذي وافته المنية سنة 158ه)، مقدمة الشيخ أبو الفتاح أبو غدة على "التعليق الممجد على موطأ محمد"، الكنوي ص 12.

[2] عياض:"ترتيب المدارك، ج 1 ، ص 68 ، ابن عبيد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله،" التمهد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق، مطفى العلوي، ومحمد البكري، ح 1،ص 85، مطبعة فضالة ، المحمدية، المغرب.

[3] النبهان، محمد فاروق:" أبحاث إسلامية"، الطبعة الأولى، س 1977م، بيروت.

وهناك من ذهب إلى أن السبب[1] الأهم : هو قوة رجالات المذهب الذين كان لهم القدرة على استنباط الأحكام، واستخراجها، وصمدوا في وجه التحديات مما أهلهم لنشر هذا المذهب الذي اتبعوه والذي هو مذهب السنة وإمام دار الهجرة[2].

يقول الأستاذ محمد الروكي: "لقد اختار المغاربة مذهب الإمام مالك على اقتناع فكري واطمئنان قلبي، ورضى نفسي...اختاروه حبا في إمام دار الهجرة العالم الفقيه المجتهد الرباني الصالح... وتبركا بأخلاقه وتيمنا بشمائله، واقتداء بعلمه وفضله... اختاروه لصفات كثيرة علمية وخلقية ودينية كانت متجذرة راسخة في شخصية الإمام مالك رضي الله عنه، جعلته أهلا لأن يقتدى به، ويتأسى بفقهه واجتهاده"[3].

في حين يجزم مصطفى أحمد علي القضاة أن أهم هذه الأسباب يعود لشخصية صاحب المذهب ومكانته في نفوس المسلمين ودور الحكام في حمل الناس على الأخذ به، فالمغرب الأقصى رفع شعار وحدة المذهب منذ القدم وحتى عصرنا الحاضر، حيث اعتبر المذهب المالكي[4] مذهبا رسميا للدولة والأمة وأعلنوا وحدة القضاء ووحدة المذهب الذي يقع به التقاضي، مع التزام القول المشهور والراجح وما جرى به العمل.

ويلاحظ مما سبق أن هناك تلاحما قويا بين الفقه المالكي والشخصية المغربية بمعنى أن هذا الفقه أثر تأثيرا عميقا في الحياة المغربية سواء في مجال التشريع القانوني، أو في مجال العادات اليومية، فالمغربي شديد الاعتزاز بالمذهب المالكي وشديد الافتخار بتمسكه بخدمته لهذا المذهب حتى أمكن القول بأن المواطن المغربي يشعر بأنه مؤتمن على الفقه المالكي، وهذه الظاهرة كان لها أفضل الأثر في مسيرة

---

[1] ومن الباحثين المعاصرين من يرى أن من أسباب انتشار المذهب المالكي في المغرب الأقصى صلة سكان المغرب الأصليين بالعرب اليمنيين، ويدلل على ذلك تشابه العمران والوثائق والكتابات التي عثر عليها، وتم عرضها في قاعة البطحاء بمناسبة يوم النداء العالمي لإنقاذ مدينة فاس/ انظر مصطفى أحمد علي القضاة :" مدرسة المغرب الأقصى في الفقه المالكي"د س ،د ط، ص: 21.

[2] التازي:" المذهب المغربي كشعار من شعارات الدولة المغربية"، ندوة الإمام مالك، ص: 16و 17.

[3] محمد الروكي:"المغرب مالكي...لماذا؟"، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية ،1424هـ/ 2003م، ص:16

[4] انظر مصطفى أحمد علي القضاة :" مدرسة المغرب الأقصى في الفقه المالكي" ،مرجع سابق، ص: 22.

المغرب التاريخية، لأنها أسهمت في تكوين شخصية مغربية منسجمة ذات عقيدة واحدة، وذات مذهب واحد[1].

الفقرة الثانية: المذهب المالكي مرجع أساسي بمقتضى نص 400 من مدونة الأسرة المغربية.

يعتبر المذهب المالكي[2] المرجعية الرئيسية لقواعد ومقتضيات قانون الأسرة في المملكة المغربية والمذهب الرسمي للدولة، حيث نصت أحكامه على الالتزام بالضوابط الأساسية للشريعة الإسلامية المستقاة من الكتاب والسنة والتشبث بالثوابت والقيم التي لا يجوز الاجتهاد فيها مثل أحكام الميراث والوصية والمحرمات بالنسب والرضاع.

وإذا كان الفقه المالكي يشكل مرجعية أساسية للعديد من أحكام القانون المدني المغربي فإن التشبث بأحكام هذا الفقه شكل أحد الخصوصيات التي تمسكت بها مدونة الأحوال الشخصية لسنة1957م، حيث اعتمدت جل نصوصها على الفقه المالكي كمصدر أساسي ومرجعية أولى، فهذه المرجعية الفقهية كانت تحتمها الظروف والملابسات التاريخية والاجتماعية، التي واكبت وضع المدونة، كنص معد للأسرة المغربية المسلمة، مما تحتم معه الرجوع إلى صياغة قانون الأسرة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي ممثلا في تطبيقات المذهب المالكي السائدة بالمغرب لأحقاب طويلة[3]، ويقول في هذا الموضوع الأستاذ غميجة:

---

[1] محمد فاروق النبهان:"المذهب المالكي ودوره في المغرب"، مجلة العربي، العدد 292،س، مارس 1983 م، ص:71.

[2] تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه:"كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"، انظر موقع وزارة العدل.

[3] -عبد المجيد غميجة:"موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس أكدال الرباط، السنة الجامعية 1999م/2000 م، ص:15.

" إن قانون الأحوال الشخصية المغربي، كما جاءت به المدونة ينتظم على المحددات الأساسية التالية:

1. الشريعة الإسلامية المستقاة من نصوص القرآن والسنة النبوية المطهرة.
2. المذهب المالكي كفقه تأويل واجتهاد.

فمدونة الأسرة إذن سارت على نفس النهج الذي سارت فيه مدونة الأحوال الشخصية حيث اعتمدت على المذهب المالكي كمرجعية أساسية في صياغة نصوصها، وذلك من أجل الحفاظ على القيم الإسلامية وسلامة العقيدة والحفاظ على وحدة المذهب المالكي الذي أكده صاحب الجلالة[1]، وضمان إقامة الشعائر الدينية في جميع أنحاء المملكة في أحسن الظروف، ويقول صاحب الجلالة محمد السادس:" إن الإصلاحات التي ذكرنا أهمها، لا ينبغي أن ينظر إليها على أنها انتصار لفئة على أخرى، بل هي مكاسب للمغاربة أجمعين، وقد حرصنا على أن تستجيب للمبادئ والمرجعيات التالية:

- لا يمكنني بصفتي أميرا للمؤمنين، أن أحل ما حرم الله وأحرم ما أحله.
- الأخذ بمقاصد الإسلام السمحة، في تكريم الإنسان والعدل والمساواة، والمعاشرة بالمعروف، وبوحدة المذهب المالكي والاجتهاد الذي يجعل الإسلام صالحا لكل زمان ومكان، لوضع مدونة عصرية للأسرة منسجمة مع روح ديننا الحنيف..." [2].

[1] جاء في الخطاب الملكي: "غير أن عدم التحلي بفضائل السلوك الإسلامي القويم، في المعاملة الأسرية، إلى جانب عدم التفعيل الكامل لذلك الإصلاح وتزايد وعي المرأة بحقوقها وواجباتها بفعل التقدم الذي حققه المغرب وانخراطها الفاعل في مختلف مناحي الحياة الوطنية، كل ذلك يملي علينا رصد مقتضيات المدونة التي تحتاج إلى تفعيل واستيعاب ما تمليه الظروف الاجتماعية المتغيرة، والقضايا المستجدة، وجعل كل ذلك في مقدمة ما تنشغل به اللجنة، وتقترح له الأحكام المناسبة.
ولن يتأتى لنا ذلك إلا بمزاوجة خلاقة بين التشبث بثوابتنا الدينية التي تشكل جوهر هويتنا، وبين الانسجام التام مع روح العصر المتسمة بالطابع الكوني لحقوق الإنسان، وفي إطار الاجتهاد الذي أنتم مكلفون به، وتحقيقا لمقاصد الشريعة الإسلامية السمحة، في تحكيم المصلحة المشتركة بين أعضاء الأسرة في ظل التوازن المحكم بين الحقوق والواجبات، مصداقا لقوله تعالى: (و لهن مثل الذي عليهن بالمعروف).

[2] - مقتطف من خطاب صاحب الجلالة محمد السادس بمناسبة افتتاح السنة التشريعية الثانية من الولاية السابعة يوم10أكتوبر2003.

بالإضافة إلى دوره الأساسي في تدوين مقتضيات مدونة الأسرة حيث أن معظم نصوصها وأحكامها ما هي إلا تدوين لأحكام الفقه المالكي، إلا أنها تلعب دورا آخرا تكميليا على اعتبار أن الفقه المالكي يعد الشريعة العامة لقانون الأسرة المغربي، إذ أعطى للقاضي الصلاحية المطلقة للرجوع إلى قواعد الفقه المالكي عند وجود فراغ تشريعي في مدونة الأسرة وجعله المشرع بذلك المرجعية الأساسية حيث تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه:" كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعي فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"[1].

فالمدونة بإقرارها لمبدأ الإحالة على المذهب المالكي، أي المصدر المكمل لنصوصها، حددت مصدر القاعدة القانونية فيما لم ينص عليه فيها[2]، غير أنه بالمقارنة بين مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، نلاحظ أن المشرع المغربي في المادة 400 قد رفع الحصر الذي في مدونة الأحوال الشخصية من الرجوع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل في المذهب المالكي، عكس مدونة الأسرة التي لم تقيد النظر في الراجح والمشهور، بل أحالت على المذهب المالكي دون تقييد ذلك وإذا كانت مدونة الأسرة قد أحالت على كل ما لم يرد به نص يرجع فيه إلى الفقه المالكي والاجتهاد، فإذا كانت الواو [3]مفادها العطف[4] في المادة 400 فإن القضاء ملزم أن يحدد اجتهاداته في إطار مذهب الإمام مالك، ولا يحق له الخروج عن قطعية المادة، وهذا فيه حرص من المشرع على الأخذ بالمذهب المالكي أولا، ثم

---

[1] انظر المادة 400 من مدونة الأسرة.

[2] - عبد المجيد غميجة، مرجع سابق، ص:314.

[3] الواو تفيد مطلق الجمع عند النحويين ، فإذا قلت " جاء زيد وعمر و" دل ذلك على اجتماعهما في نسبة المجيء إليهما واحتمل كون عمر و جاء بعد زيد وعمرو بعده"و" جاء زيد وعمرو قبله"، و" جاء زيد وعمرو معه" فيعطف بها اللاحق والسابق والمصاحب، انظر: " بهاء الدين عبد الله بن عقيل العقيلي الهمداني المصري "، الطبعة 14، مكتبة السعادة ، مصر ، ص 226.

[4] يقول ابن مالك في ألفيته:

فالعطف مطلقا بواو ثم فا حتى أم كفيك صدق ووفا

فاعطف بواو سابقا أو لاحقا في الحكم أو مصاحبا موافقا

العلامة محمد بن عبد الله بن مالك الأندلسي ألفية بن مالك في بحور الصرف، دار المعرفة، ص 63.

الاجتهاد داخل المذهب وفق أصوله باختيار ما يناسب النازلة، وبحسب طاقة المجتهد في الاجتهاد[1]، مما يجعل القاضي ملزما بمعرفة أصول مذهب الإمام مالك وطبيعة الآليات الاجتهادية في المذهب[2].

ويقول العلامة ابن النجار تقي الدين:"... وشرط مجتهد كونه فقيها، وهو العالم بأصول الفقه وما يستمد منه"[3]، فهل القاضي الأسري يتوفر على المؤهلات الشرعية التي تمكنه من الفصل في المنازعة؟

إن القاضي المجتهد ملزم بأن يتعرف على استدلالات مذهبه الأصولية، وتحصيل أصول الفقه لمعرفة مراتب الأدلة واستنباط ومعرفة الأحكام الشرعية العملية من أدلتها[4]، وبناء على مقتضيات هذه المادة فإنه يتعين على القاضي الأسري استحضار كل الآراء الفقهية الاجتهادية[5] التي قامت عليها الأحكام الأسرية في مختلف المدارس والمذاهب دون تعصب لمذهب بعينه لتنزيل الحكم على النازلة المعروضة عليه والذي يتغير بتغير الظروف والأحوال والحاجات[6].

كما أن مدونة الأسرة قد نهجت منهجية تعتمد على مجموعة من المرجعيات، وخاصة المرجعية الدينية المتمثلة في المذاهب الفقهية، انطلاقا من المذهب المالكي الذي يشكل المصدر الأساسي مع الأخذ بقواعد مستقاة من المذاهب السنية والمذهب الظاهري، وذلك لضرورة فرضها الواقع الأسري المتطور والذي لم تعد مدونة الأحوال الشخصية تستجيب لخصائصه وتناقضاته، ولهذا فالإصلاح جاء منسجما مع

---

[1] بوشعيب الناصري:" قراءة في المادة 400 من مدونة الأسرة"، مجلة المناهج، العدد 8/7 ، س، 2005 م، ص:45.

[2] عبد الله أبو عوض:" أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية دراسة تأصيلية في المادة 400 "،مطبعة الأمنية ، الرباط، س 2011، ص: 87 و89.

[3] ابن النجار تقي الدين الحنبلي :" مختصر التحرير في أصول الفقه"، الطبعة الأولى، دار الأرقم ، المملكة العربية السعودية، الرياض، س، 1420ه/ 2000م، ص: 241.

[4] - محمد رياض، م س ، ص:573.

[5] - محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثانية 1423هـ 2002م، ص: 23.

[6] عادل حاميدي:"الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية"،الطبعة الأولى، 1437ه/ 2016م، الرباط، ص:.68.

التحولات المجتمعية التي طالت الأسرة المغربية خلال العقود الأخيرة ودورها المتزايد في النشاط الاقتصادي والاجتماعي[1].

وبما أن القضاء يستعين بهذه القواعد الأصولية لتفكيك المعجم الدلالي والمفاهيمي في المادة الأسرية[2]، فهي إذن معالم تنير السبيل لفهم النصوص وتفسيرها، بما يمكن من استنباط الأحكام بسداد، فبواسطتها ومن خلالها يستطيع القاضي فهم النص القانوني والشرعي، سياقا ودلالة مما يعينه على الوصول إلى الحكم المناسب، فهذه القواعد تجعل عمل القاضي منضبطا، وليس أمرا مزاجيا خاضعا لمطلق تقديره[3].

المبحث الثالث: دور القضاء في تفعيل مدونة الأسرة بالمغرب.

إن إقامة العدل والحفاظ على الحياة الأسرية ودوام استقرارها هي من الركائز الأساسية التي اعتمدتها مدونة الأسرة في معالجة القضايا والأمور التي تخص الشأن الأسري حيث اعتمد المشرع على ترسانة قانونية قامت على مبادئ أقرتها الاتفاقيات الدولية وخطة إدماج المرأة في التنمية، وعلى المشروع الشامل للمغرب، المتمثل في التنمية البشرية، وكذلك على جهاز قضائي متخصص خولت له صلاحيات مهمة للنهوض بهذه المؤسسة التي تعتبر شريان المجتمع.

ولقد أسند قانون الأسرة المغربي التدخل القضائي في القضايا المتعلقة بالأسرة إلى أجهزة قضائية مختصة هي أقسام قضاء الأسرة، وفي ذلك مؤشر على الرغبة في جعل هياكل هذا التدخل هياكل متخصصة ومؤهلة وتشتغل في ظروف كفيلة بحسن تطبيق قانون الأسرة لاسيما وقد تبين من خلال تطبيق مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أن جوانب القصور والخلل لا ترجع فقط إلى بنودها ولكن بالأحرى إلى انعدام

[1] - إدريس الفاخوري، م س، ص:3.
[2] علال الفاسي، م س، ص:97.
[3] عادل حاميدي، نفس المرجع، ص:68.

قضاء أسري مؤهل ماديا وبشريا ومسطريا، لتوفير كل شروط العدل والإنصاف، مع السرعة في البت في القضايا والتعجيل بتنفيذ الأحكام الصادرة فيها.

إن هذا التعديل الجديد يندرج في سياق إصلاح وتحديث قضاء الأسرة وتطوير أساليبه وأدواته وجعلها قادرة على الاستجابة للأهداف المرجوة من التدخل القضائي الجديد نظرا للسلطات التي يخولها هذا القانون للقاضي الأسري.

ولتحقيق هذا الهدف أدخل المشرع تعديلات جديدة على التنظيم القضائي المغربي وأحدث كذلك آليات جديدة للعمل من قبل وزارة العدل المغربية لتسهيل إجراءات التقاضي، وتحقيق سرعة البت في القضايا وتظهر جليا من خلال أجهزة قضائية متعددة تتنوع اختصاصاتها ومهامها، وتشمل هذه الأجهزة محكمة الموضوع ومؤسسة قاضي التوثيق والقاضي المكلف بشؤون القاصرين وقاضي الأسرة المكلف بالزواج وجهاز النيابة العامة بل وفي إطار التوجه العام لمؤسسة الدولة أصبحت تمارس مهمة رقابية لكل ما له علاقة بحماية وصيانة الأسرة، فوظيفة القضاء تتمثل في إنهاء الخصومات والدعاوى، فهو ضرورة من ضرورات المجتمع وسبب من أسباب توازنه واستقراره وطمأنينته، فهو إن توانى في القيام بنشاطه المقدس اختل التوازن وانقلبت الأوضاع وساد القلق، ومن هنا كانت الغاية القصوى والهدف الأسمى هو تحقيق العدالة السريعة والفعالة[1].

ولم تكن قضايا الأسرة، تعرف ما عرفته بعد التعديل الأخير للتنظيم القضائي للمملكة، حيث كانت الغرفة الواحدة تنظر في قضايا الأسرة في غياب نص قانوني يحول دون تدخل باقي الغرف في اختصاصاته، وفي التعديل الأخير أصبحت المحاكم الابتدائية – تنقسم بحسب نوعية قضايا الاختصاص إلى أقسام للأسرة

[1]- عبد الواحد الجراري:" نظرة المشرع المغربي للقضاء الاستعجالي"، مجلة الإشعاع، العدد الأول، السنة الأولى/ يونيو 1989، ص 13.

وغرف مدنية وأخرى عقارية واجتماعية وزجرية–، بحيث تنظر أقسام الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية [1]والمواريث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وفي كل ماله علاقة بحماية الأسرة[2] ورعايتها.

ويظهر من قراءة مختلف نصوص مدونة الأسرة بأن مسؤولية تجسيد وإنجاح مشروع التغيير المجتمعي تقع في جزء كبير منها على الجهاز القضائي، بحيث أنه على عاتق هذا الأخير تقع مسؤولية ترجمة أهداف هذا القانون على أرض الواقع، وترسيخ علاقات متكافئة بين الزوجين والمحافظة على استقرار الأسرة وتماسكها فالتساؤل المطروح حول كيفية تعامل القاضي[3] المجتهد مع النصوص الجديدة في ممارسته القضائية، فإلى أي حد يمكن اعتبار القاضي مؤهلا قانونيا لممارسة ما تدعوه إليه المادة 400 من المدونة لملء الثغرات التي قد تشوب مواد المدونة استنادا على قواعد العدل والإنصاف والكرامة الإنسانية؟

إن القاضي المعني بممارسة العملية الاجتهادية[4] في القضايا الأسرية يكون ملزما بمعرفة أصول الاجتهاد في الشريعة الإسلامية حتى يستبين العمل القويم في تطبيق أحكام مدونة الأسرة المغربية، ومن ذلك الاجتهاد الفقهي الذي يكون مبنيا عند المجتهد على فكر ونظر مقاصدي[5]، فيصير اجتهادا مقاصديا [6]، إذ المقاصد هي

---

[1]وقد نص المشرع المغربي على أن قضايا اليهود المغاربة تختص بها نفس المحاكم و يمارس مهامها قضاة مغاربة عبريون يطبقون على اليهود المغاربة القانون الإبراهيمي غير المدون، وقد طورت قواعد هذا القانون خلال القرن العشرين بفضل التطبيقات المتعددة التي خضع لها.

[2] راجع رشيد مشقاقة:"قضاء الأسرة في التشريع المغربي"، مجلة ،"في رحاب القضاء والقانون"، أعداد 16- 134 - 144، ص:58 وما يليها.

[3] عائشة حجامي، م س ، ص: 22و23.

[4]الاجتهاد القضائي الشرعي هو استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع من أجل الفصل بين المتنازعين وصيانة الحقوق العامة.قطب الريسوني:"كتاب الوقائع"، وقائع ندوة القضاء الشرعي، جامعة الشارقة، س، 1427ه/2006م، مقال ،الاجتهاد القضائي، ص: 735،ج،2.

[5] والاجتهاد الفقهي ليس إلا فهما لمنهج الله في الأرض القائم على مقاصد الشارع من خلقه على وفق ترتيب معين يتدرج من الضروري إلى ما دونه من مراتب حفظا لمصالح العباد ودرء للمفاسد عنهم، فكانت القراءة مشيرة إلى النطق بما كتب أو سمع، وهذا دليل على وجوب قيام الأحكام الشرعية على دليل ومشيرة كذلك إلى النظر العقلي لما كتب، كما هو دليل على وجوب فهم الأحكام الشرعية، وإدراك مراميها وأبعادها، لأن القراءة من لوازمها التدبر والتفكر في المقروء وهذا فقه للشريعة بوجه عام، انظر، عبد السلام الرفعي:" فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي أفريقيا الشرق"، د ط، الدار البيضاء 2004م، ص:139.

[6] محمد منصيف العسري:"الفكر المقاصدي عند الإمام مالك من خلال مسالكه المنهجية في الاجتهاد"، مجلة الإحياء، العدد 24 جمادى الثانية 1426 يوليوز 2005، ص: 117.

التي تجعل تطلعات الأفراد تتوق إلى العيش المشترك، وتجعل من العيش المشترك تاريخا حافلا للمجتمع على مر الأجيال المتعاقبة[1]، كما يجب توفير المناخ العملي لضمان استقلاليته وسيره المتوازن بتوفيره الإمكانيات المادية والبرامج العلمية المتعلقة بتأهيله لشغل منصب قاضي الأسرة[2]، فالمادة 400 من مدونة الأسرة تجعل مهمة قاضي الأسرة في وضعية متأرجحة بين وضعية القاضي الشرعي التقليدي الذي كانت له سلطات تقديرية واسعة بحكم تضلعه في الفقه وتمكنه من الإفتاء، ووضعية القاضي المعاصر الذي عليه أن يكتفي بتطبيق نصوص القانون الوضعي[3].

وإن من بين المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة إعادة توزيع الأدوار بين مختلف المؤسسات المكونة للقضاء الأسري حيث تم إحداث مؤسسة القاضي**(المطلب الأول)**، كما حدد المشرع الأسري مجموعة من الضوابط والمعايير التي يعتمد عليها القاضي عند البت في ملف المعروض أمامه **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: مؤسسة قاضي الأسرة

من أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة هي إحداث مؤسسة قاضي الأسرة المكلف بالزواج[4] ويمكن إجمال الاختصاصات الموكولة إليه في كونه يعطي الإذن بإبرام عقد الزواج للشخص الذي تمنعه ظروف خاصة من إبرام عقد الزواج بنفسه طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة[5] 17 من مدونة الأسرة ويمنع عليه تزويج من يتمتع بالولاية على نفسه استنادا إلى المادة 18، كما يمكن له أن يأذن للفتى والفتاة دون سن 18 بالزواج مع توضيح الأسباب والمصلحة المبررة لذلك تطبيقا للمادة 20 من المدونة، كذلك من ضمن صلاحياته البث في طلب الزواج الذي لا

[1] إدريس حمادي، البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة، أفريقيا الشرق الدار البيضاء 2005، دون ذكر رقم الطبعة ص: 45.
[2] عبد الله أبو عوض، مرجع سابق،ص،114.
[3] عائشة حجامي، مرجع سابق، ص، 46.
[4] إن اختصاص منح الأذون يعتبر من مهام قاضي التوثيق في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة وإسنادها للقاضي المكلف بالزواج يعتبر نقلة نوعية في المجال الأسري المغربي.
[5] من بين الاختصاصات الجديدة التي تسمح للقاضي بالتأشير على الوكالة بعد التأكد من استيفائها الشروط المطلوبة

تتوفر فيه موافقة النائب الشرعي للقاصر طبقا للمادة 21 من مدونة الأسرة، وله أن يأذن بالزواج للشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أو أنثى بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر إذا استدعى الأمر حسب ما جاءت به المادة 23 من مدونة الأسرة[1].

و تتجلى هذه الاختصاصات فيما يلي:

- الإذن بتوثيق الزواج
- التأشير على ملف المستندات التي تحفظ بكتابة ضبط محكمة الأسرة
- الإذن بتوكيل الغير لإبرام عقد الزواج نيابة عن أحد أطرافه.
- التأشير على الوكالة في الزواج
- إشعار المرأة المراد التزوج عليها بأن مريد الزواج بها متزوج ورضاها بذلك
- الإذن بزواج معتنقي الإسلام والأجانب.

وتشكل أقسام قضاء الأسرة أو محكمة الأسرة بالمعنى الواسع الجهاز الرئيسي للتدخل القضائي في قانون الأسرة المغربي، وذلك من خلال النظر في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة[2]، مما يجعلها جهة اتخاذ القرارات الحاسمة في القضايا المتعلقة بالأسرة[3].

---

[1] انظر موقع وزارة العدل.

[2] الفصل الثاني من القانون رقم 73.03 المغير والمتمم بموجبه الظهير الشريف رقم 1.74.338 بتاريخ 24 جمادى الآخرة 1394(15 يوليوز 1974) المعتبر بمثابة القانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة.

ويقول الدكتور عبد القادر قرموش: ونشير إلى أن المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة والتعديلات المدخلة على قانون المسطرة المدنية قد استعاض عن مصطلح قانون الأحوال الشخصية بمدونة الأسرة أو المدونة، كما استعاض عن مصطلح قضايا الأحوال الشخصية بالقضايا المتعلقة بالأسرة، لكن الغريب في الأمر أنه لا يزال يتشبث بمصطلح الأحوال الشخصية في قانون المسطرة المدنية والقانون المتعلق بالتنظيم القضائي رغم ما أدخله عليهما من تعديلات.

[3] عبد القادر قرموش، مرجع سابق، ص، 247.

أما بالنسبة للهيكلة فهي: تضم رئيس قسم قضاء الأسرة الذي يرأس هيئة الحكم، ثم قاضي التوثيق، والقاضي المكلف بشؤون القاصرين، إضافة إلى كتابة الضبط ومصالح إدارية أخرى، فضلا عن النيابة العامة كطرف رئيسي في قضايا الأسرة، إذ نص الفصل السادس والفصل السابع من قانون المسطرة المدنية على كون النيابة العامة، تعتبر طرفاً رئيسياً في الدعوى المدنية وتستعمل كل طرق الطعن أثناء تدخلها التلقائي، مع إعفائها من أداء الرسوم القضائية[1]، وقد أشرفت المصالح المركزية لوزارة العدل المغربية، تحقيقاً للتوجيهات الملكية، على إعادة هيكلة قضاء الأسرة المغربي، وتخصيص بنايات جديدة له، وكذلك الاهتمام بالموارد البشرية وبتكوينها.

المطلب الثاني: سلطة قاضي الأسرة المكلف بالزواج في منع الأذون.

اعتمدت مدونة الأسرة المغربية في إصلاحاتها على المذهب الحنفي[2] والحنبلي[3] والظاهري بمعنى أنها تجاوزت المذهب المالكي، حتى تضمن توافق الأطراف المتنازعة على الإصلاح، إذ ما يراه الفقيه حكما على سبيل التشديد يراه غيره على سبيل التيسير، وعندما نسعى إلى تأطير نصوص المدونة وتحديد طبيعتها من خلال ملاحظة موادها نجد أنها تأخذ صفتين[4].

❖ الأولى: مواد ذات دلالة قطعية لا اجتهاد فيها ومثال ذلك:

المادة 18: ليس للقاضي أن يتولى بنفسه تزويج من له الولاية عليه من نفسه ولا من أصوله ولا من فروعه[5].

---

[1] عزيزة هنداز: " المدونة دعامة للأسرة المغربية المتوازنة"، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، عدد 8، 2006، ص،154و155.

[2] سمي بالمذهب الحنفي نسبة إلى الإمام أبي حنيفة النعمان رحمه الله ويعتبر أحد المذاهب الفقهية السنية المنتشرة في العالم الإسلامي.

[3] نسبة إلى الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله.

[4] عبد الله عوض، مرجع سابق، صّ، 131.

[5] المادة 18 من مدونة الأسرة ، انظر موقع وزارة العدل.

المادة 24: الولاية حق للمرأة تمارسه الرشيدة، حسب اختيارها ومصلحتها[1].

المادة 79: يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب[2].

❖ الثانية: مواد ذات دلالة قطعية فيها اجتهاد

حدد المشرع المغربي أهلية الزواج في المادة 19 من المدونة التي تنص على أنه تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقوامها العقلية ثمان عشر سنة شمسية كاملة[3].

ما يلاحظ هو أن المادة 19 جاءت بقاعدة عامة وهي كمال الأهلية، التي يشترط فيها بلوغ 18 سنة شمسية كاملة، بالإضافة إلى التمتع بكامل القوى العقلية، لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناءان، الأول منصوص عليه في المادة 20 وهو المتعلق بزواج القاصر والاستثناء الثاني منصوص عليه في المادة 23 وهو المتعلق بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية[4].

- الاستثناء المتعلق بزواج القاصر

نص المشرع المغربي في المادة 20 على إمكانية القاضي المكلف بالزواج بالإذن بزواج القاصر بمقتضى مقرر معلل يبين فيه الأسباب الموضوعية ومصلحة القاصر في هذا الزواج، وذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، ومقرر الاستجابة غير قابل لأي طعن[5].

[1] المادة 24 من مدونة الأسرة ، انظر موقع وزارة العدل
[2] المادة 79 من مدونة الأسرة ، انظر موقع وزارة العدل
[3] المادة 19 من مدونة الأسرة ، انظر موقع وزارة العدل
[4] محمد الشافعي: "الزواج في مدونة الأسرة "، سلسلة البحوث القانونية،الطبعة الأولى، 2005، ص: 95.
[5] الدليل العملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية ، ص: 27.

- الاستثناء المتعلق بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية

لا يكفي أن يكون الشخص كامل الأهلية ببلوغه 18 سنة شمسية كاملة، ولكن يشترط أن يكون أيضا متمتعا بقواه العقلية، وقد اشترط المشرع في المادة 23 ثلاث شروط حتى يمكن للقاضي الإذن بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية، وهي تقديم تقرير طبي من طرف طبيب خبير أو أكثر، بالإضافة إلى إطلاع القاضي الطرف الأخر على هذا التقرير، وتضمين ذلك في محضر، وأخيرا أن يكون الطرف الآخر راشدا وأن يرضى في تعهد رسمي بالزواج مع الشخص المصاب بإعاقة ذهنية[1].

❖ الثالثة: مواد ذات دلالة ظنية في مدونة الأسرة

إذا كانت المواد القطعية لا تحتمل أكثر من معنى، فقد أخذت في مدونة الأسرة المغربية الخروج عن هذا التقعيد، فكيف بالمواد الظنية التي هي في عبارتها تدل على كونها مثار الاجتهاد وبذلك يخرج اللفظ غالبا عن المعنى الواحد إلى معان متعددة وكذا تفرع معان عن كل معنى فيها[2].

فالظن لغة : يستعمل في معنى الشك وهو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدها على الآخر عند الشاك ويستعمل بمعنى اليقين.

قال ابن منظور: الظن شك ويقين، إلا أنه ليس بيقين عيان، إنما هو يقين تدبر وقال ابن فارس : مظنة الشيء موضعه ومألفه[3].

واصطلاحا: ذكر الجرجاني في التعريفات أن الظن هو الاعتقاد الراجح مع احتمال النقيض ويستعمل في اليقين والشك وقيل: الظن أحد طرفي الشك بصفة الرجحان[4].

---

[1] المادة 23 من مدونة الأسرة، انظر موقع وزارة العدل.

[2] عبد الله أبو عوض،مرجع سابق، ص: 139.

[3] أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة تأليف، تحقيق : عبد السلام محمد هارون، دار الكتب العلمية، إيران،دط، ص: 462 و 463.

[4]علي بن محمد الجرجاني: "التعريفات "، بيروت ،دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، س، 1988م، ص:144،.

وتنقسم المواد الظنية في مدونة الأسرة إلى قسمين:

أولا : مواد ظنية يكون الاجتهاد فيها ضمن مدونة الأسرة المغربية، وهذا المعنى عند الأصوليين هو "بيان الظني بالقطعي"، وقد صرح كثير من علماء الأصول بجواز ذلك، قال الإمام الآمدي: الدليل القطعي قد يبين به مراد الدليل الظني وليس منحطا عن رتبة الظني[1].

و مثال على ذلك:

طبقا للمادة 10 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي:

1. "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر بواسطة ألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو وعرفا".
2. يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين"[2].

ومن حيث ترتيب أسبقية صيغ الإيجاب القبول، تنص المادة 11 من مدونة الأسرة على ما يلي:

"يشترط في الإيجاب والقبول ما يلي:

أن يكونا شفويين عند الاستطاعة وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة...."والظن في هذا النص هو عدم الاشتراط في الصيغة التي ينعقد بها الزواج وطبقا للمادة 10"....بواسطة ألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو وعرفا"، فشرط الإيجاب والقبول يجب

[1] علي بن محمد الآمدي:" الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق سيد جميلي، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، 1406م، م2، ص، 347/عبد الله أبو عوض ، مرجع سابق.

[2] المادة 10 من مدونة الأسرة، انظر موقع وزارة العدل.

أن يكون من خلال التعبير الصريح عن إرادة الطرفين وليس باختلاف المكان أو اللغة[1].

ثانيا: مواد ظنية يكون الاجتهاد فيها خارج مدونة الأسرة وهذا المعنى عند الأصوليين هو بيان "الظني بالظني"، وقد جرى به الاتفاق عند علماء الأصول يقول أبو الحسين البصري:" الصحيح أنه يجوز أن يكون البيان والمبين دليلين معلومين، ويجوز أن يكون أمارتين"[2].

ومثال على ذلك:

المادة 5 تنص على أن:"الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج ويدخل في حكمه قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا"[3]، فهذه المادة خطبة في طبيعة الاجتهاد فيها لأن بعض الأقطار تختلف عاداتها في الخطبة فما تراه بعض الدول مجرد خطوبة[4] تراه الدول الأخرى زواجا [5]وما يشترط في الزواج قد يكون عند البعض مثلا مجرد خطبة وخاصة عندما يتعلق بمستلزمات الخطوبة، والقضاء مطالب بمعرفة ذلك وبما له علاقة بإثبات النسب ومستحقاته[6].

---

[1] المادة 11 من مدونة الأسرة، انظر موقع وزارة العدل.

[2] أبي الحسن البصري:" المعتمد"، تحقيق خليل المسين"دار الكتب العلمية" بيروت، الطبعة الأولى، س، 1403ه، م1، ص، 313/عبد الله أبو عوض ، مرجع سابق.

[3] المادة 5 من مدونة الأسرة، انظر موقع وزارة العدل

[4] الخطوبة في دول الخليج العربي هي في الأصل زواج لا ينقصها سوى مراسيم الزفاف والدخلة، عكس المملكة المغربية فالخطبة عبارة عن قراءة الفاتحة فقط بدون عقد قران.

[5] عبد الله أبو عوض، نفس المرجع.

[6] انظر المواد : 151، 152، 155، 156.

الفصل الثاني: المقتضيات القانونية والفقهية والقضائية للتشريع الأسري الخليجي.

عرف نظام الأسرة[1] في العصر الحديث باسم الأحوال الشخصية وهو اصطلاح جديد بالنسبة للفقه الإسلامي وأول من استعمل هذا الاصطلاح هو الفقيه المصري قدري باشا الذي يعد بحق رائد النهضة الفقهية الحديثة، فقد وضع كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية في أواخر القرن التاسع عشر، ومع فجر النهضة الإسلامية الذي انبثق في آسيا الإسلامية والشرق العربي، بعث الرغبة في الاجتهاد والدعوة إلى عدم التقيد بمذهب معين، واختيار الأقوال من شتى المذاهب المعروفة أثناء وضع مدونات الأحكام الشرعية على الطريقة الحديثة[2]. وقد سبقت تونس غيرها من البلدان العربية ، فدونت (مجلة الجنايات والأحكام العرفية) وقد اعتمدت المذهب المالكي في معظم موادها ورجعت إلى المذهب الحنفي في بعض المسائل، وقامت الدولة العثمانية بتدوين (مجلة الأحكام العدلية) قاصرة استمدادها على المذهب الحنفي، ثم توالى بعد ذلك إصدار المدونات في الأحوال الشخصية في مختلف البلدان العربية فهناك دول لا يوجد لديها مدونات بالمعنى الحديث.

وعلى مستوى العالم العربي فقد أوصت لجنة وزارية منبثقة عن المؤتمر الأول لوزراء العدل العرب المنعقد في الرباط بضرورة تجميع الجهود المبذولة على المستوى العربي لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية وإعطاء أولوية خاصة لتوحيد تشريع الأحوال الشخصية في البلاد العربية، وقد تم انجاز هذا المشروع عام 1985م لكن بعض الدول العربية تحفظت ولم توافق عليه فلم يكتب له أن يرى النور[3].

---

[1] عبد الرحمن الصابوني :" نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام "، دار الفكر، دمشق، س2001م، ص30 وما بعدها.

[22] عبد الكريم شهبون:" شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية"، الطبعة الثالثة، 2000 /1421 ، مطبعة النجاح ، الدار البيضاء، ص، 16.

[3] الزرقا:"المدخل الفقهي"، الجزء الأول، ص:266.

أما على مستوى الخليج العربي فقد صدر عن الأمانة العامة لمجلس التعاون لدول الخليج العربي قانون الأحوال الشخصية الذي سمي بوثيقة مسقط للنظام الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية وذلك عام 1418هـ/1977م لكن هذه الوثيقة لم يعمل بها[1].

ولمعالجة هذا الفصل ارتأينا تقسيمه كما يلي:

المبحث الأول: الإطار القانوني والفقهي والقضائي لأحكام الأسرة في السعودية.

المبحث الثاني: المقتضيات القانونية والفقهية والقضائية المنظمة لأحكام الأسرة في مملكة البحرين.

المبحث الثالث: النظام القانوني لأحكام الأسرة في باقي دول مجلس التعاون الخليجي

[1] وثيقة مسقط للقانون الموحد للأحوال الشخصية.

المبحث الأول: الإطار القانوني والفقهي والقضائي لأحكام الأسرة في السعودية

إذا كان المغرب قد عرف عملية التقنين منذ الحماية الفرنسية بحكم التجربة الفرنسية، وقام بتقنين مقتضيات قانون الأسرة مع بداية عهد الاستقلال حيث وضع ترسانة قانونية شملت مختلف المجالات، فإن القواعد المنظمة لأحكام الأسرة في السعودية هي ذات صيغة فقهية[1] تحتكم إلى قواعد الفقه الإسلامي الذي يتضمن في أحكامه جانب العبادات والمعاملات، إلا أنه يجب الإشارة إلى وجود نص قانوني جاء في نظام المرافعات الشرعية مما أضفى عليه الصبغة القانونية في الإجراءات المسطرية وهذا دليل واضح على اتجاه المشرع السعودي إلى سلوك مسطرة التقنين[2] في الجانب الشكلي، في حين أن جانب الموضوع يخضع لما ورد في المراجع الفقهية[3] في إطار مذهب الإمام أحمد، خاصة المراجع التي حددها الملك عبد العزيز آل سعود، والتي تمت الإشارة إليها بوضوح بموقع وزارة العدل السعودية.

وللإحاطة بالموضوع أكثر ستتم معالجته وفق ما يلي:

المطلب الأول: التنظيم القانوني للأحكام الأسرية بالسعودية.

المطلب الثاني: دور المرجعية الفقهية والمذهبية في التشريع الأسري السعودي.

المطلب الثالث: النظام القضائي في السعودية.

---

[1] كلمة خادم الحرمين الشريفين بمناسبة صدور الأنظمة الثلاثة (الحكم، الشورى، المناطق):
أن الأسس التي يقوم عليها الحكم في المملكة العربية السعودية هي العدل، والشورى، والمساواة وَفْق الشريعة الإسلامية
أن الأسرة هي أساس المجتمع السعودي، ويربَّى أفرادها على أساس العقيدة الإسلامية وما تقتضيه من الولاء والطاعة لله ولرسوله ولأولي الأمر، واحترام النظام وتنفيذه.
أن الدولة تَحمي حقوق الإنسان وَفْق الشريعة، وتكفُل الدولة حق المُواطِن وأسرته في حالة الطوارئ والمرض والعجز والشيخوخة، وتَدعَم الضمان الاجتماعي، وتشجِّع المؤسَّسات والأفراد على الإسهام في الأعمال الخيرية، وتيسِّر الدولة مجالات العمل لكل قادر عليه، وتَسُن الأنظمة التي تحمي العامل، وتوفِّر الدولة التعليمَ العام، وتلتزم بمكافَحة الأمية، وتُعنى الدولة بالصحة العامة، وتوفِّر الرعاية الصحيَّة لكل مواطن، وتعمَل على المحافظة على البيئة وحمايتها وتطويرها ومنْع التلوث.

[2] خالد بن محمد آل الشيخ، م س، ص،32.

[3] انظر موقع وزارة العدل السعودية .

المطلب الأول: التنظيم القانوني للأحكام الأسرية بالسعودية.

تنفرد المملكة العربية السعودية بوجود نظام قانوني متميز، هذا النظام يختلف عن مثيلاته في الأنظمة القانونية المتعارف عليها دوليا سواء كان القانون يدخل في إطار مدرسة القانون اللاتيني مثل (مصر– فرنسا– المغرب) أو ضمن مدرسة القانون الأنجلوسكسوني مثل (بريطانيا) وأبرز ملامح هذا التميز يتمثل فيما يلي:

أن الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع[1] متزامنا معه التشريع الوضعي أو ما يسمى بالتقنين والذي يصدره ولي الأمر في صيغة أنظمة لا تخالف الشريعة الإسلامية، ودلالة ذلك أن أي نظام يصدر يعتبر جزء لا يتجزأ من المنظومة وذلك من جهتين:

- من جهة إصداره، فهو يصدر من ولي الأمر بناءا على قوله تعالى ﴿**وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم**﴾[2]، وإعمالا لمصدر مهم من مصادر الشريعة الإسلامية وهي المصلحة المرسلة[3].
- إن النظام السعودي لم يعرف إطارا تشريعيا خاصا ينظم مجال الأحكام الأسرية، حيث كانت تنظم علاقاتها وفق أحكام الشريعة الإسلامية والراجح من المذهب الحنبلي.

ولعله ليس من المبالغة إذا قلنا أن هذا الموضوع يشهد تجاذب عدة آراء بين معارض ومؤيد من مختلف المكونات الاجتماعية، سواء أكانت ذات مرجعية دينية أو فكرية أو قانونية ومن مختلف الأطياف والإيديولوجيات الفكرية والقانونية والدينية خصوصا

[1] (راجع النظام الأساسي للحكم)
[2] سورة النساء، جزء من الآية 59.
[3] الطيب خضري السيد:" الاجتهاد فيما لا نص فيه، مكتبة الحرمين"، الطبعة الأولى، الجزء الأول، س، 1403هـ/ 1983م، ص:28.

مع افتتاح المملكة العربية السعودية لمجموعة من الجامعات التي أصبحت تدرس شعبة القانون أو الأنظمة في عديد من المدن.

كما طالبت التنظيمات النسائية السعودية المكونة من أكاديميات ومحاميات وركزت في مطالبها على ضرورة إصدار قانون للأحكام الأسرية وإدخاله في التشريع الوطني ليعطي للمرأة الحق في معرفة الإجراءات القانونية والحصول على المعلومات، التي تمكنها من ممارسة حقوقها وحمايتها من الحيف الذي يلحق بها ويصون كرامتها، وتكون مصالح الأطفال هي الراجحة، ولقد سيلت عدد من الكتابات والآراء والاستجوابات وأقيمت بعض الندوات الفكرية والموائد المستديرة التي اتخذت قانون الأحوال الشخصية موضوعا لم يسبق له مثيل، وجاءت مجموعة من المبادرات من الجمعيات النسائية، حيث تم عقد مؤتمر نسائي تحت عنوان "ملتقى مبادرة الطلاق السعودي"، للدعوة إلى الدفاع عن حقوق المرأة المطلقة وأبنائها، وفي عام 2009م أطلقت الإعلامية السعودية "هيفاء خالد" مبادرة إعلامية تطوعية تحت عنوان "مبادرة الطلاق السعودي" بهدف توعية المرأة السعودية بحقوقها وواجباتها وموقفها في قانون الأحوال الشخصية.

ونتيجة لهذه المطالبات تم طرح موضوع قانون الأحوال الشخصية للمناقشة أمام مجلس الشورى وإلى حدود كتابة هذه الأسطر لا يوجد رد وهذا دليل على أن الاستجابة لمطالبها ما زال طويلا.

ومن المعلوم أن النظام الأسري في المملكة العربية السعودية يستمد أحكامه من المذهب الحنبلي مع وجود إشارة إلى إجراء مسطري لقانون الأحوال الشخصية في نظام المرافعات، وعلى هذا الأساس سنتعرف أولا على الأسباب والدواعي التي أدت إلى إصداره من خلال **(الفقرة الأولى)** ثم سنتناول ما ورد فيه من مقتضيات تهم الأحوال الشخصية من قضايا زواج وطلاق وخلع وولاية في **(الفقرة الثانية)** في حين

سنتطرق إلى دور دار الإفتاء السعودية وتوجيهات ولاة الأمر في كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية والمنازعات الأسرية في **(الفقرة الثالثة)**.

الفقرة الأولى : دواعي إصدار نظام المرافعات الجديد

قام الملك عبد العزيز آل سعود بتوحيد المملكة العربية السعودية وإرساء مبادئ العدل والإنصاف مع المحافظة على الثوابت الإسلامية، بعدما كانت تعيش حالة من التفكك وانعدام الأمن مما أوجد حالة من الفوضى وعدم الاستقرار السياسي والاجتماعي، إضافة إلى انتشار البدع والخرافات واختلاف أنماط القضاء.

وقد عمل الملك المؤسس، إلى جانب العلماء رحمهم اللّه جميعاً، على فرض الشريعة الإسلامية والاحتكام إليها بين الناس، لتصبح لها السيادة والحكم في جميع مناحي الحياة.

وعند قيام المملكة نشأت الحاجة إلى إيجاد دوائر شرعية تقوم بتطبيق هذه الأحكام واقتضى ذلك تنظيم الإجراءات الواجب إتباعها للتقاضي أمام هذه الدوائر وككل دولة ناشئة تمر بفترات من التغير والتطور تستدعي إعادة النظر في الأنظمة المطبقة بما يتلاءم مع ما حصل من تغيير، فقد ألغى نظام المرافعات القديم، واستبدل له نظام تنظيم الأعمال الإدارية بالدوائر الشرعية[1] الصادر بالأمر السامي رقم 109 وتاريخ 1372/1/24هـ وخلال السنوات التي مضت على صدورها هذا تطورت المملكة تطورا استدعى مراجعة كثيرة من الأنظمة السابقة، وإجراء تعديل عليها يتلاءم مع هذا التطور، وقد ترك نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم 64/ م وتاريخ 1395/7/14 هـ تنظيم بعض الأمور لنظام المرافعات كما وردت في المواد 26، 28، 101 من نظام القضاء.

[1] فؤاد عبد المنعم أحمد:" أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي"، مقال منشور بشبكة الألوكة،

وقد عرفت فترة حكم جلالة الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود حركة تقنينية غنية، خاصة بعد فصل رئاسة القضاء عن الإفتاء، وحركة التقنين هذه ما زالت مستمرة في عهد جلالة الملك سلمان بن عبد العزيز آل سعود[1].

ولقد صدر أول نظام للمرافعات في عام 1346هـ ثم في عام 1350هـ صدر (نظام سير المحاكمات الشرعية) في ست وثلاثين مادة.

الفترة الثانية: نظام المرافعات الشرعية

ويقصد بنظام المرافعات الشرعية[2]؛ تلك المجموعة من القواعد والأحكام المتعلقة بإجراءات التداعي؛ وهي قواعد منضبطة موحدة تحدد لجميع الأشخاص طريقا واحدا للالتجاء إلى القضاء، وإجراءات موحدة للإثبات وللفصل في الدعوى وإصدار الأحكام والتشكي منها، وتنفيذها جبرا بما يحفظ للقضاء مكانته وللخصوم حقوقهم[3].

ولقد تشكلت لجنة علمية لإعداد اللوائح التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية الجديد التي كانت مكونة من كبار القضاة في المملكة لهم تخصص في الشريعة والقانون وهم: عبد اللّه[4] بن محمد بن خنين، القاضي بالمحكمة الكبرى بالرياض، رئيساً للجنة، والمستشار عبد الحميد بن عبد العزيز الغليقة مقررا للجنة، وناصر بن إبراهيم الحبيب القاضي بمحكمة التمييز بالرياض، وصالح بن عبد العزيز العقيل، وكيل الوزارة المساعد للشؤون القضائية، باعتبارهما عضوين.

---

[1] انظر موقع وزارة العدل السعودية ، تاريخ القضاء، مرجع سابق.

[2] ونظام المرافعات الشرعية حكم تقتضيه الشريعة الإسلامية طالما أنه يحقق مقاصد الإسلام الكلية ويتفق مع مبادئه العامة ولا يعارض دليلا شرعيا تفصيليا قطعي الثبوت والدلالة.

[3] أمينة مصطفى النمر:"قوانين المرافعات"، طبعة نادي القضاة المصري، س، 1989م،ص:9.

[4] يقول عبد الله بن محمد بن خنين:" وكنت أحد أعضاء اللجنة المشاركين فيها حتى خروجها بشكلها المعتمد وعند صدورها كانت معيبا معينا على فهم النظام وإكمال ما سكت عنه، الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودية، دار بن فرحون، الجزء الأول،دس،دط، ص:6.

وقد أصدر جلالة الملك فهد بن عبد العزيز المرسوم الملكي[1] رقم 21 وتاريخ 1421/5/20هـ أمر تنفيذ النظام الحالي للمرافعات الشرعية بعد عرضه على مجلس الشورى ومجلس الوزراء، وهو يتعلق بإجراءات التقاضي في الأموال والأنكحة ويحتوي على ست وستين ومائتي مادة وأربعة عشر بابا.

وجاء تعريف أنظمة الأسرة في نظام المرافعات الشرعية في الفقرة 5 من المادة 27 التي ورد فيها: " يقصد بمسائل[2] الأحوال الشخصية الأخرى الواردة في الفقرة (هـ) ما كان مثل: المواريث والوصايا والحضانة" .

وبرجوعنا إلى الفقرات من (أ) إلى (د) السابقة على الفقرة (هـ)، نجد ما ورد في هذه الفقرات: عقد الزواج، والطلاق، والنفقة والنسب، والولاية على النفس أو المال والقاصر، والحجر، وبذلك يكون نظام المرافعات قد حدد موضوع الأحوال الشخصية فيما سبق، بالإضافة إلى المواريث والوصايا والحضانة، كما أنه حدد بمصطلح «**الأحوال الشخصية**» المادة المنظمة لعلاقات الأسرة في المملكة العربية السعودية. واضعاً حداً لما يعرف في الفقه الإسلامي في باب المعاملات بالنكاح، وهو ما استمر عليه العمل القضائي، وإن كان العمل الأكاديمي يتفاوت في الاصطلاح على الموضوع بين نظام الأسرة والأحوال الشخصية وعشرة النساء، ويعزى ذلك إلى الطبيعة الفقهية للكتابات المتعلقة بنظام الأحوال الشخصية، وسيادة المراجع المتضمنة للأحكام الفقهية في هذا الباب، في إطار مذهب الإمام أحمد، الذي فصل كل الجوانب المرتبطة بالأحوال الشخصية بدقة، في إطار فقهي جد غني، قد يكون غناه ودقته في نظرنا أحد الأسباب الرئيسية التي عطلت عجلة التقنين، خاصة في

[1] ونشر بفي الجريدة الرسمية أم القرى في عددها رقم 3811 في 1421/5/17ه جمادى الآخر ونص المشرع على سريان مفعول بعد سنة من تاريخ نشره.
[2] انظر موقع وزارة العدل، نظام المرافعات الشرعية، مرجع سابق.

ظل تفصيله لمختلف النوازل، وفي ظل وجود نظام المرافعات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، كأنظمة ضابطة للجوانب المسطرية والاختصاص[1].

الفقرة الثالثة: ولي الأمر وصدار الإفتاء

صدر المرسوم الملكي رقم(أ/137) في 1391/7/8 هـ بتأليف هيئة كبار العلماء ويتضمن المرسوم تكوين الهيئة من عدد من كبار المختصين في الشريعة الإسلامية من السعوديين، ويجري اختيارهم بأمر ملكي، ويجوز عند الاقتضاء وبأمر ملكي إلحاق أعضاء بالهيئة من غير السعوديين ممن تتوفر فيهم صفات العلماء السلفيين[2]. وجاء في المادة الرابعة ما نصه: "تتفرع عن الهيئة لجنة دائمة متفرغة يختار أعضاؤها من بين أعضاء الهيئة[3] بأمر ملكي وتكون مهمتها إعداد البحوث وتهيئتها للمناقشة من قبل الهيئة وإصدار الفتاوى في الشؤون الفردية وذلك بالإجابة على أسئلة المستفتين في شؤون العقائد والعبادات والمعاملات الشخصية وتسمى اللجنة الدائمة للبحوث والفتوى"[4]، وجاء في المادة الثامنة من اللائحة المرفقة بالأمر الملكي ما نصه: "لا تصدر الفتاوى عن اللجنة الدائمة إلا إذا وافقت عليها الأغلبية المطلقة من أعضائها على الأقل على أن لا يقل عدد الناظرين في الفتوى عن ثلاثة أعضاء وإذا تساوت الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا"[5].

---

[1] خالد بن محمد آل الشيخ، مرجع سابق، ص: 86 و87.

[2] الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء:" أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية"، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، الرياض، المملكة العربية السعودية، س، 1434ه / 2013 م، ص: 5و6,

[3] وقد شكلت اللجنة بعد صدور الأمر على النحو التالي:
الشيخ ابراهيم بن محمد بن ابراهيم آل الشيخ رئيسا
الشيخ عبد الرزاق عطية عفيفي نائبا للرئيس
الشيخ عبد الله بن عبد الرحمن الغديان عضو
الشيخ عبد الله بن سليمان المنيع عضو

[4] المادة الرابعة، انظر موقع الأمانة العامة.

[5] المادة الثامنة، انظر موقع الأمانة العامة

وفي آخر عام 1395هـ عين الشيخ إبراهيم بن محمد بن إبراهيم آل الشيخ وزيرا للعدل، وعين سماحة الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز رئيسا لإدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد[1] ورئيسا للجنة الدائمة.

وتتولى الهيئة إبداء الرأي فيما يحال إليها من ولي الأمر من أجل بحثه، وتكوين الرأي المستند إلى الأدلة الشرعية فيه، كما تقوم بالتوصية في القضايا الدينية المتعلقة بتقرير أحكام عامة، ليسترشد بها ولي الأمر، وذلك بناء على بحوث يجري تهيئتها وإعدادها طبقا لما نص عليه الأمر المشار إليه، واللائحة المرافقة له[2].

ودار الإفتاء هي هيئة دينية إسلامية حكومية في المملكة العربية السعودية، تأسست عام 1971م تضم لجنة محدودة من الشخصيات الدينية في البلاد جميعهم فقهاء مجتهدون من مدارس فقهية متعددة، ورئيسها هو مفتي الديار السعودية، وهي مخولة بإصدار الفتاوى وإبداء آرائها في عدة أمور. يرأسها حاليا الشيخ عبد العزيز آل الشيخ عن الهيئة لجنة دائمة متفرغة، اختير أعضاؤها من بين أعضاء الهيئة بأمر ملكي وتكون مهمتها إعداد البحوث وتهيئتها للمناقشة من قبل الهيئة، وإصدار الفتاوى في الشؤون الفردية، وذلك بالإجابة عن أسئلة المستفتين في شؤون العقائد والعبادات والمعاملات الشخصية، وتسمى (اللجنة الدائمة للبحوث والفتوى)[3].

وبما أن سماحة الشيخ يجمع بين رئاسة القضاء والإفتاء، كان يتلقى الشكايات من مختلف أطياف المجتمع سواء أكانت جهات حكومية أو خاصة، كذلك يتلقى التظلمات الناتجة عن التعسف في استخدام السلطة من الفئات الضعيفة والمظلومة

---

[1] أحمد بن عبد الرزاق الدويش:"فتاوي اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء"، الطبعة الأولى، دار المؤيد للنشر والتوزيع، الرياض، الجزء الأول، س، 1411ه، ص: 2 ،3.

[2] الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، مرجع سابق، ص: 6.

[3] موقع ويكيبيديا.

عن طريق ديوانه وبعد دراسة كل شكاية أو تظلم يبدي رأيه بعد استشارة اللجنة العلمية للإفتاء المختصة ثم يصدر الفتاوى ليرفع الحيف عن المظلومين.

وكذلك باعتباره مفتي عام المملكة ورئيس هيئة كبار العلماء ورئيس القضاة ورئيس اللجنة الدائمة للبحوث الإسلامية والإفتاء، ولما يحمله من توازن معرفي واعتدال ديني، كان يتلقى مجموعة من الاستفسارات من ديوان خادم الحرمين لطلب مشورته العلمية في الأمور التي تتعلق بالدولة وبالمصلحة العامة للأمة ومن مختلف المؤسسات الحكومية ومديري المصالح ومن قضاة وأطباء ومهندسين وأكاديميين.

وبعد صدور نظام القضاء سنة 1395هـ وتعيين الشيخ محمد الحركان أول وزير عدل، أصبحت المحاكم تابعة إدارياً ومالياً لوزارة العدل، والإعلان عن مجلس القضاء الأعلى الذي انتقل إليه اختصاص رئاسة القضاء، ومن ثم أصبحت الرقابة والتوجيه تتخذ طابعاً قضائياً، إلا أن هذا الأمر لم يمنع من استمرار وتدخل العلماء في مختلف القضايا وتأثيرهم في وضع التنظيمات، باستثناء التدخل في القضاء ومراقبة أحكامه[1].

ولا تزال اللجنة العلمية تصدر فتاواها في العديد من الأمور في إطار الطابع المؤسساتي، كما تصدر لهم كتابات تخص مواضيع معينة، وبصفة خاصة عشرة النساء، لتوجيه المسلمين واتباع المذهب في إطار معرفتهم ومواكبتهم للمشاكل التي تطرح في إطار ما يعرف بالأحوال الشخصية، لا سيما أن كل التشريعات في المملكة تقوم على الشريعة الإسلامية[2].

[1] عبد العزيز بن عبد الله بن حسن آل الشيخ:" لمحات حول القضاء"، م.س. ص،158،.
[2] فتاوى العلماء في: "عشرة النساء"، دار القاسم، الرياض، 1421هـ.

المطلب الثاني: دور المرجعية الفقهية والمذهبية في التشريع الأسري السعودي.

اتخذت المملكة العربية السعودية الشريعة الإسلامية منهج للحكم في الدولة، باعتبارها مركز الثقل للإسلام ومهبط الوحي ومنها انتشر في أنحاء المعمور، فمصدر القضاء فيها كتاب الله وسنة رسوله والإجماع والقياس.

وبما أن إجماع علماء المسلمين من حملة العلم المعتبرون ودعاته ورواته في كل عصر من العصور حجة قاطعة، فلا تتفق كلمتهم على ضلالة ولا تجتمع آراؤهم على خلاف الحق، سواء كانوا من زمرة الفقهاء أو كعلماء اللغة والأصول والتاريخ وسائر الفنون التي تخدم الشريعة[1]، ولما كان الفقه الإسلامي يستمد لحمته من تلك العلوم، فظهور الفقهاء في هذه الأمة تكون منهم طبقات من الصحابة إلى التابعين إلى الأئمة المجتهدين الذين عرفوا فيما بعد بمذاهب وطرائق في الاجتهاد والاستنباط[2] ولم يكن أحد من هؤلاء الأئمة يقلل من شأن غيره من نظرائه[3].

ودستور المملكة العربية السعودية هو كتاب الله الكريم الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، وسنة رسوله ﷺ الذي لا يَنطِق عن الهوى وهما الحاكمان على النظام الأساسي للحكم وجميع أنظمة الدولة[4]، وقد تطرقنا لأحكام القرآن والسنة

---

[1] عبد الله بن عبد المحسن التركي:" المذهب الحنبلي دراسة في تاريخه وسماته"، الجزء الأول، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة ، س، 1423 ه/ 2002 م، ص، 8.

[2] إن مقاصد الشريعة هي الآصرة الكبرى التي تربط بين الأحكام والحكم وهي مهمة بالنسبة للمجتهد كما تخص المسلم العادي أيضا، حيث أجمل الطاهر بن عاشور أهمية المقاصد بالنسبة للمجتهد في خمسة مناحي وهي:

1. فهم النصوص وتفسيرها ومعرفة دلالتها.
2. الترجيح بين الأدلة المتعارضة والتوفيق بينها.
3. معرفة أحكام الوقائع التي لم ينص عليها بالخصوص.
4. تنزيل الأحكام الشرعية على الظروف المكانية والزمانية(فقه الواقع وتحقيق المناط).
5. تحقيق التوازن والاعتدال في الأحكام وعدم الاضطراب.

محمد الطاهر بن عاشور:"مقاصد الشريعة الإسلامية"، تحقيق ودراسة محمد الطاهر العيساوي، الطبعة الثانية، دار النفائس، الأردن، س، 2001م، ص:184، انظر عادل حاميدي، م س، ص:73.

[3] يقول مالك: إنما أنا بشر أصيب وأخطأ ، فاعرضوا قولي على الكتاب والسنة ، أو كلاما هذا معناه.
والشافعي كان يقول: إذا صح الحديث فاضربوا بقولي عرض الحائط، وإذا رأيت الحجة موضوعة على الطريق فهو قولي.
والإمام أحمد كان يقول: لاتقلدوني و لا تلدوا مالكا ولا الشافعي وتعلموا كما تعلمنا .

[4] المادة 7 من النظام الأساسي للحكم.

النبوية الشريفة بصفة عامة، والأحكام المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية بصفة خاصة، والمملكة باعتبارها منبع الإسلام أخذت الأحكام المنظمة للأحوال الشخصية[1] من التشريع الإسلامي وخاصة المذهب الحنبلي كمرجعية أساسية، ولقد حدد الملك عبد العزيز الفقهاء الحنابلة المعتمدين، على اعتبار أن الفقه الحنبلي هو المذهب الرسمي في الدولة والمرجع الأساسي للقضاة وللمنظم السعودي[2].

فإذا وجد أن الحكم في قضية ما فيه خلاف بين العلماء أخذ القاضي بالراجح من مذهب الإمام أحمد بن حنبل مما يؤيده الدليل، وهو يتمثل فيما يذكره العلامة الشيخ منصور البهوتي في كتابه كشاف القناع عن متن الإقناع وشرح منتهى الإرادات، فإن وجد خلاف في مسألة فالمصير إلى ما ذهب إليه في كتابه شرح منتهى الإرادات[3].

أولا : صاحب المذهب

هو أحمد بن حنبل بن هلال الشيباني البغدادي ولد سنة 164هـ [4]ببغداد ونشأ بها وتلقى العلم وسمع الحديث من خيرة العلماء والمحدثين في عهده، وقد برع في الحديث براعة خاصة واستكثر من جمعه وحفظه حتى صار إمام أهل الحديث في عصره، وسمع من الإمام الشافعي واستفاد منه كثيرا حينما كان الشافعي[5] بالعراق ونصوص الكتاب والسنة في مرتبة واحدة عند أحمد، فإن حجية السنة ثابتة بالكتاب كما أن السنة بيان للكتاب[6].

---

[1] إصطلاح الأحوال الشخصية غير معروف في الفقه الإسلامي، وقد اقتبسته القوانين العربية الحديثة من التشريعات الغربية.
أنظر حول هذا الموضوع محمد الكشبور : "الوسيط في قانون الأحوال الشخصية"، مطبعة النجاح الجديدة، 1999، ص : 29.

[2] انتشر المذهب الحنبلي في جميع أنحاء المملكة العربية السعودية، واعتنى العلماء به في الجزيرة العربية، كما اعتنت الجامعات السعودية بتحقيق كتبه وإخراجها، وألفت بعض المؤلفات في موضوعات كثيرة بتوسع وعمق، وأصبح المذهب المعمول به في المملكة العربية السعودية وبعض دول الخليج العربي في الفتيا والقضاء، عبد الملك بن عبد الله دهيس:"المنهج الفقهي العام لعلماء الحنابلة ومصطلحاتهم في مؤلفاتهم"، الطبعة الأولى، دار خضر للنشر، بيروت، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، س، 1421ه/200م، ص:69.

[3] عبد الله بن سليمان بن منيع:"القضاء في الإسلام وأثر تطبيق المملكة له في حفظ الحقوق ومكافحة الجريمة"، العدد الأول، محرم، س، 1420ه، ص: 49.

[4] أحمد شلبي، مرجع سابق، ص، 195.

[5] قال عنه الإمام الشافعي: خرجت من بغداد فما خلفت بها رجلا أفضل ولا أعلم ولا أفقه من أحمد بن حنبل، تاريخ بغداد، 419/4.

[6] مناع القطان، مرجع سابق، ص: 286.

ثانيا: أصول مذهب الإمام أحمد

1) كان الإمام ابن حنبل يعتمد في مذهبه وفتاويه على خمسة أصول.
2) نصوص الكتاب والسنة، فمتى وجد نصا في المسألة أفتى بمقتضاه ولو كان المخالف من كبار الصحابة.
3) فتوى الصحابي عند عدم النص، فإذا لم يجد فمتى وجد لبعضهم فتوى لا يعرف لها مخالف منهم لم يتجاوزها إلى رأي آخر.
4) إذا تعددت الآراء من الصحابة في الأمر الواحد، كان يلجأ إلى اختيار أقربها إلى الكتاب والسنة.
5) الأخذ بالحديث المرسل[1] أو الضعيف مرجحا له على القياس.
6) إذا لم يجد شيئا مما تقدم من الأصول الأربعة السابقة، لجأ إلى القياس فاستعمله للضرورة[2].

المطلب الثالث: النظام القضائي في السعودية

إن تاريخ [3]النظم القضائية في المملكة العربية السعودية – كما هو الحال في غيرها من البلاد– هو انعكاس لتطور النظم السياسية فيها، فالبلاد العربية جميعا كانت جزءا [4]من الدولة الإسلامية، وقد قام النظام القضائي في ظل الحضارة الإسلامية على أسس قانونية سليمة تضارع الأسس التي يقوم عليها التنظيم القضائي في جميع

---

[1] هو الحديث الذي لم يذكر في سنده الصحابي الذي رواه عن الرسول.
[2] بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص: 145.
[3] عيد بن مسعود الجهني:" النظام السياسي والاداري في المملكة العربية السعودية"، الطبعة الأولى، مركز الخليج العربي للطاقة والدراسات الاستراتيجيه، الرياض القاهرة، س 1422ه، 2001 م ، ص: 460.
[4] لما نشبت الحرب العالمية الأولى سنة 1333 ه – 1914 م كان وضع البلاد العربية والإسلامية على النحو الآتي :
الإمام عبد العزيز آل سعود حاكم نجد والإحساء
الأشراف يحكمون الحجاز باسم الدولة العثمانية
آل رشيد يحكمون حائل وجبل شمر، ومتحالفون مع الأتراك
الأدارسة وآل عائض يحكمون عسير بشطريه الشمالي والجنوبي تحت السيادة العثمانية
آل حميد الدين يتولون إمامة اليمن وهم في نزاع مع العثمانيين
بلاد الشام والعراق تحت الحكم العثماني
بلاد الهند وباكستان والإمارات العربية الواقعة على الخليج العربي وعدن تحت السيطرة البريطانية
مصر والسودان تحكمهما انجلترا حكما عسكريا
المغرب العربي تحت الحكم الفرنسي، انظر موقع منار الإسلام، الموسوعة الإسلامية الموثقة.

البلاد المتمدنة وخاصة مبدأ استقلال القضاء، وحياده ونزاهته، ووحدته، وإقليميته وتخصيصه.

ويقول الدكتور محمد الزحيلي :"إن التنظيم القضائي في السعودية هو أول نظام في البلاد العربية في العصر الحاضر استمد من الشريعة الإسلامية، بل إن هذا التنظيم قد سبق في كثير من جوانبه التشريعات الوضعية التي صدرت في البلاد العربية بعد استمدادها من القوانين الأجنبية، من دون مراعاة للأعراف والتقاليد والتراث، والشريعة والعقيدة؛ بينما بادرت المملكة وبوقت مبكر إلى إصدار نظام القضاء، ونظام المرافعات وإن الخطوة المباركة التي بدأتها المملكة في تقنين هذين النظامين الذي استمدته من الفقه الإسلامي الزاخر لتكون رائدة في ذلك وكان الواجب أن تتابع الجهود النيرة في تقنين الأحكام الشرعية الموضوعية في نظام الأسرة"[1].

ولقد مر التنظيم القضائي السعودي بمراحل[2]عديدة قبل توحيد المملكة وبعدها، إذ جاءت الخطوة الأولى نحو إرساء تنظيم قضائي بالمملكة على يد الملك عبد العزيز بن عبد الرحمن آل سعود – رحمه الله – بصدور المرسوم الملكي في 4/2/ 1346 هـ والقاضي بتشكيل:

1. محاكم الأمور المستعجلة
2. المحاكم الشرعية
3. هيئة المراقبة القضائية

[1] محمد الزحيلي، مرجع سابق،ص: 284

[2]أحمد صالح مخلوف:" الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة ، س، 1434، ه ، ص: 33 - 34/ أحمد هريدي:" القضاء في الاسلام"، س، 1984ه ، ص:4-6.

ويعتبر هذا المرسوم [1]بحق وثيقة من أهم الوثائق في تاريخ التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية فضلا عن كونه أول خطوة نحو توحيد القضاء فيها، ويعتبر حجر الزاوية لكل ما جاء بعده من نظم قضائية في المملكة.

ولمعرفة الإطار التاريخي للقضاء في المملكة العربية السعودية سنتناوله من خلال(**الفقرة الأولى**)، في حين سنتطرق لمحاكم الأحوال الشخصية في(**الفقرة الثانية**) ولطريقة تشكيلها في (**الفقرة الثالثة**).

الفقرة الأولى: نشأة القضاء السعودي وتطوره

من وظائف الدولة الرئيسية ومن أخصها القيام بحل الخلافات التي تنشأ بين الأفراد والجماعات، وحماية حقوقهم عندما تكون تلك الحقوق عرضة للنزاع.

فالقضاء القائم على العدل يعتبر أحد الدعائم الأساسية للدولة، وأحد سلطاتها الرئيسية الذي بواسطته يشعر كل فرد من الأفراد بالطمأنينة على نفسه وماله وعرضه وأن الناس سواسية في الحق والعدالة، وأن القوي فيهم هو الضعيف حتى يؤخذ الحق منه، والضعيف فيهم هو القوي حتى يؤخذ الحق له، ولقد أولت المملكة منذ قيامها – ممثلة في شخص الملك عبد العزيز – هذا الجانب الكثير من الاهتمام والرعاية[2]، كما مر النظام القضائي السعودي بمرحلتين ارتبطت الأولى بمرحلة ما قبل تأسيس المملكة على يد جلالة الملك عبد العزيز آل سعود وبتعاون مع العالم محمد بن عبد الوهاب، ومرحلة ما بعد تأسيس الدولة السعودية، حيث أدخلت على القضاء عدة تغييرات هيكلية وتنظيمية، وأخرى على مستوى المرجعية والمراقبة، وقد عملت

[1]أحمد صالح مخلوف، مرجع سابق، وانظر حامد محمد أبو طالب :"النظام القضائي في المملكة العربية السعودية "، دار النهضة ، س، 1404 ه ، ص: 20.

[2] سعود بن سعد آل درين:"التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية"، جامعة الإمام محمد بن سعود الاسلامية، 1419 ه، 1999م، ص: 279.

المملكة خلال العهود الأخيرة على تطوير سلك القضاء وربطه بالمسار الكوني وأصبحت نفس الهيئة العليا تختص في الاجتهاد في إطار أحكام المذهب.

أولا: قبل تأسيس الدولة السعودية

كان لنظام العشائر تأثير كبير على القضاء، إذ اتبعت القبائل في البوادي نظامها القبلي القائم على السوابق والعرف، ذلك لأن الشريف حسين حينها أصدر قرارا بإلغاء الأنظمة العثمانية والرجوع إلى النظام القبلي القائم على العرف وتعيين موظفين خاصين للفصل في منازعات البدو السريعة[1].

وكان وضع القضاء في الحجاز مع بداية تأسيس المملكة يتلخص في تنظيم قضائي في بعض المدن متأثرا إلى حد كبير بالنظام القضائي العثماني، أما في غير الحواضر فقد كان القضاء عشائريا قائما على النظام القبلي،[2] وكان نتيجة ذلك التضارب في الاختصاص والتنافر في الأحكام أو تعليقا لاعتماد الخصوم على استصدار اعلامات شرعية من قضاة ينتمون إلى مذهب معين في الفقه.

ثانيا: بعد تأسيس الدولة السعودية

مع بداية تأسيس الدولة السعودية، وجد أولو الأمر أنفسهم أمام قضاء بسيط غير منظم، وإن كان يتميز بوحدته الفقهية كمرجعية خاصة في نجد، التي كان يسودها مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وكان القضاة يمارسون القضاء حسبة للّه ولم تكن وظيفة، بل كان القيام بهذا الدور يتوقف على ثقة الناس وتحذيرهم، خاصة في

---

[1] وهبة حافظ:" جزيرة العرب في القرن العشرين"، الطبعة الرابعة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، س 1381 ، ص 152،153.

[2] عبد الملك بن أحمد آل الشيخ: "تطور إدارة القضاء في المملكة العربية السعودية"، الطبعة الأولى، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض س 1431ه، 2010 م ، ص 51 ،52 .

صفوف أئمة المساجد والخطباء والمدرسين، وكانت الجلسات تعقد في البيوت أو المساجد أو خيام شيوخ القبائل[1].

ولقد تأسست [2]المملكة العربية السعودية في مطلع القرن العشرين بقيادة مؤسسها الملك الراحل عبد العزيز عبد الرحمان آل سعود المولود سنة 1293 هـ/1879م، والمتوفى سنة1313 هـ/1902م، حيث بايع الحجازيون ومن قبلهم أهل نجد والأقاليم الأخرى عبد العزيز ملكا على الحجاز، ونجد وملحقاتها متبنين بأنفسهم وبإرادتهم الحرة النظام الملكي لدولتهم الموحدة بدلا من النظام القبلي، وقد سهر الملك على وضع دعائم الأمن في البلاد وعلى تنظيم الحكم والإدارة وإدارة دفته من الرياض[3].

❖ الدولة السعودية الأولى (1158-1223هـ)

كان القضاء في المناطق التي يحكمها آل سعود قضاء شرعيا يتولاه علماء الشرع الذين لهم خبرة طويلة بعلوم الشريعة، ويعتبر الأمير عبد العزيز بن محمد بن سعود الذي تولى الحكم سنة 1179 هـ أول من أرسل القضاة إلى الأقاليم واختارهم من أقدر رجاله وأعدلهم وحدد لهم راتبا من بيت المال، وكان القضاة يعتمدون على الشرع في إصدار أحكامهم، وكان القاضي يصدر حكمه وينفذه على الفور وذلك

---

[1]عبد العزيز بن عبد الله بن حسين آل الشيخ:" لمحات حول القضاء"، مكتبة الملك فهد الوطنية، س 1424 ه، ص: 75

[2] يقسم المؤخرون الحكم السعودي لشبه الجزيرة العربية إلى ثلاثة أدوار:

الدور الأول (دور التوسع): و يبدأ مع اتفاق الشيخ محمد بن عبد الوهاب مع الأمير محمد بن سعود سنة 1158 ه/1744 م على نشر الدعوة الإصلاحية ، وينتهي باستسلام الإمام عبد الله بن سعود إلى قادة الحملة المصرية سنة 1233 ه /-1817 م، و مدته أكثر من سبعين سنة، وفي هذا الدور قامت الدولة السعودية الأولى، وشملت معظم شبه الجزيرة العربية بما فيها الحجاز إلى أطراف الشام.

الدور الثاني (دور النكسة):ويحدده المؤخرون بدمار الدرعية1234 ه/1818 م إلى قيام عبد العزيز بن سعود واستيلائه على مدينة الرياض 1319 ه- 1902 م، ويدخل في هذا الدور استيلاء جيوش محمد علي الألباني على نجد، وحكم مشاري بن معمر ، ومشاري بن سعود الكبير إلى ظهور الإمام تركي ابن عبد الله بن محمد سعود الذي تمكن بعد محاولات من إخضاع نجد كلها، واستولى على مدينة الرياض 1240 ه / 1824 م، وتسمى الدولة السعودية الثانية ، وينتهي هذا الدور باستيلاء ابن رشيد على الرياض سنة1240 ه /1824 م .

الدور الثالث (عصر النهضة والاستقرار) : ويبدأ باستيلاء الملك عبد العزيز على الرياض 1319 ه / 1902 م ، وحتى عصرنا الحاضر ويسمى الدولة السعودية الثالثة.انظر: [2] سعود بن سعد آل درين ، م س.

[3] سعود بن سعد آل درين، مرجع سابق، ص 274 ، 276 .

بموجب سلطة الأمير أو شيخ القبيلة ولم تكن تدون الأحكام في سجلات وقد ساعد النظام القضائي في هذا العهد على إقرار الأمن في البلاد[1].

❖ الدولة السعودية (1256 - 1309 هـ)

قامت الدولة السعودية الثانية أساسا على دعوى إصلاحية دينية كامتداد للدولة السعودية الأولى، فكان من الطبيعي أن تحافظ على هذه الصفة في كل أمورها فبقى القضاء شرعيا، وكان آل سعود يعينون قاضيا في كل إقليم وكانت كلمة القاضي مسموعة في هذا العهد عند الحكام والناس وهو يلي أمير الإقليم في الرتبة مباشرة وقد امتاز منصبه بالثبات، فكثير من القضاة استمروا في مناصبهم رغم تغير الحاكم[2].

❖ الدولة السعودية الثالثة (المملكة العربية السعودية)

في سنة 1319هـ بدأت الدولة السعودية الثالثة باستيلاء الملك عبد العزيز رحمه الله على الرياض وهي امتداد طبيعي للدولة السعودية الأولى والدولة السعودية الثانية [3].

ولم تأخذ الدولة اسم المملكة إلا بعد أن ضم إليها مؤسسها بقية أجزائها المعروفة بحدودها اليوم، فقد استطاع استعادة إمارة نجد من آل رشيد سنة 1340 هـ- 1921 م، وضم إقليم عسير سنة 1343هـ-1922 م، كما أن هذه الأقاليم اتحدت في شخص رئيس الدولة الملك الراحل عبد العزيز بعد أن كانت هذه الأجزاء إما قبائل متنقلة ومتناحرة أو مناطق صغيرة بقيادات قبلية، أو إمارات كانت محكومة من قبل الإمبراطورية العثمانية بواسطة أمراء محليين[4].

---

[1] عبد الرحيم عبد الرحيم:" الدولة السعودية "، دار نافع للطباعة، س 1967 م ، ص 238.
[2] عبد الفتاح حسن أبو علية:" الدولة السعودية الثانية"، مطبعة المدينة، الرياض ،د س، ص: 25.
[3] أمين سعيد:" تاريخ الدولة السعودية"،
[4] [4] سعود بن سعد آل درين، مرجع سابق، ص 275 .

وجاء التنظيم القضائي الجديد[1] بالمملكة العربية السعودية بتغييرات هائلة على نظام التقاضي المعمول به منذ عام 1395 هـ، فجعل التقاضي يتم على درجتين لإتاحة الفرصة للخصم الذي صدر الحكم لغير صالحه في الدرجة الأولى أن يعرض النزاع مرة أخرى أمام محكمة أعلى درجة لتفصل فيه من جديد وفضلا عن ذلك تم إنشاء المحكمة العليا لتراقب التطبيق الصحيح والسليم لأحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية من خلال مراجعتها واختصاصها بنظر الاعتراض في الأحكام القضائية التي تصدرها أو تؤيدها محاكم الاستئناف.

وهكذا فقد رتبت المادة التاسعة من نظام القضاء الصادر عام 1428 هـ محاكم القضاء العام كما يلي:

" تتكون المحاكم مما يلي:

1. المحكمة العليا
2. محاكم الاستئناف
3. محاكم الدرجة الأولى وهي:

أ- المحاكم العامة

ب- المحاكم الجزائية

ج-محاكم الأحوال الشخصية

د- المحاكم التجارية

هـ- المحاكم العمالية

[1] أحمد صالح مخلوف، مرجع سابق، ص 65، 66.

وتختص كل منها بالمسائل التي ترفع إليها طبقا لهذا النظام ونظام المرافعات الشرعية، ونظام الإجراءات الجزائية ويجوز للمجلس الأعلى للقضاء إحداث محاكم متخصصة أخرى بعد موافقة الملك".

الفقرة الثانية: تطور محاكم الأحوال الشخصية في نظام القضاء السعودي

يعتبر مسمى الأحوال الشخصية جديدا على نظام القضاء السعودي، فقد كانت مسائل الأحوال الشخصية في السابق ليس لها محاكم متخصصة بل كانت داخلة في عموم القضايا التي تختص بها كل محكمة من المحاكم الشرعية وفيما يلي بيان التدرج الذي حصل لمسائل الأحوال الشخصية في أنظمة القضاء السعودي السابقة.

وبعد توحيد المملكة العربية السعودية على يد المؤسس الملك عبد العزيز آل سعود – طيب الله ثراه – شهد القضاء تطويرا متلاحقا منذ صدور أول تشكيل للمحاكم الشرعية، فبدأت مسيرة التطور في مجال القضاء بصدور أول مرسوم ويسمى بنظام تشكيلات المحاكم الشرعية في (1346/2/4 هـ) و هو مكون من (24) مادة حيث أنشئت محكمتان في مكة والمدينة المنورة، وأما في جدة فأنشئت المحكمة الكبرى ومحكمتان مستعجلتان، بالإضافة إلى هيئة المراقبة القضائية، كما أنشئت محاكم أخرى في الطائف وينبع وغيرهما.

وقد صنف المرسوم القضاء الشرعي إلى ما يلي:

- المحاكم المستعجلة (محاكم جزئية).
- محاكم كبرى، ومحاكم ملحقات، وهما عبارة عن محاكم عامة.
- هيئة المراقبة القضائية.

وقد كانت مسائل الأحوال الشخصية داخلة[1] في اختصاصات المحكمة الكبرى وتوزع هذه الدعاوى فيها على القضاة لينظر كل منهم الدعوى منفردا ثم يجتمعون كلهم قبل الحكم لإصداره بإجماعهم أو بالأكثرية في غير دعاوى القطع أو الرجم أو القتل.

- محكمة الضمان والأنكحة:

ويوجد منها محكمتان الأولى الضمان والأنكحة في الرياض، والثانية في جدة وتختص هذه المحكمة بالنظر فيما يلي:

1. إثبات مستحقي الرعاية الاجتماعية.
2. النظر في الولاية.
3. إثبات الطلاق عن طريق إقرار المطلق، والخلع[2].

وتعتبر محكمة الضمان والأنكحة إحدى المحاكم المتخصصة، وكما هو واضح من تسميتها فهي لم تكن تختص سوى بمسائل الأنكحة فقط[3]، وليست ما يسمى اليوم بمحاكم الأحوال الشخصية، إذ أن الأخيرة أشبه بما يعرف في القضاء الإسلامي قاضي المناكح أو خطة المناكح[4].

[1] سعود بن سعد آل دريب:" التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية"، س، 1419ه /1999 م ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ج 2، ص: 170.
[2] ناصر بن محمد الغامدي:" الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية"، الطبعة الثانية، مكتبة الرشد، الرياض،س 1428ه/2007م، ص: 202و203.
[3] أحمد صالح مخلوف، م س، ص: 138.
[4] سعود بن سعد آل دريب، مرجع سابق ، ج2، ص:174.

الفقرة الثالثة: تشكيل محاكم الأحوال الشخصية

شهد التنظيم القضائي السعودي الجديد إنشاء محكمة الأحوال الشخصية[1] وهي محكمة متخصصة في قضايا الأسرة حيث تختص بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية بما فيها: إثبات النكاح والطلاق والخلع والنفقة والرجعة والحضانة وقضايا شؤون القاصرين، ولهذا تم إنشاء محاكم الدرجة الأولى للأحوال الشخصية في كافة المناطق والمحافظات والمراكز.

ولقد جاء في المادة التاسعة من نظام القضاء السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/78 ، وتاريخ 1428/9/19 هـ على أنه :" تتكون محاكم الدرجة الأولى من عدة محاكم:المحاكم العامة، والمحاكم الجزائية، ومحاكم الأحوال الشخصية، والمحاكم التجارية، والمحاكم العمالية"[2].

كما استندت المادة 21 من نفس النظام على ما يلي:" تؤلف محكمة الأحوال الشخصية من دائرة أو أكثر، وتكون كل دائرة من قاض فرد أو أكثر وفق ما يحدده المجلس الأعلى للقضاء، ويجوز أن يكون من بينها دوائر متخصصة حسب الحاجة"[3].

وتتضمن هذه المادة ثلاثة أحكام وهي:

- أن محكمة الأحوال الشخصية تتألف من دائرة واحدة أو أكثر.
- أن كل دائرة تتألف من قاض فرد أو أكثر، أي قاض واحد أو اثنين أو ثلاث قضاة وفق رأي المجلس الأعلى.
- تجيز هذه المادة أن يكون بين الدوائر، دوائر متخصصة بحسب الحاجة.

---

[1] محكمة الأسرة هي محكمة متخصصة ذات تشكيل قضائي متميز تتولي الفصل في دعاوي الأحوال الشخصية التي ترفع من أحد أفراد الأسرة ضد أخر بشأن تطبيق أحد قوانين الأحوال الشخصية ، والفصل فيها كأصل عام بقضاء نهائي علي درجتين.

[2] انظر موقع وزارة العدل، المادة التاسعة من نظام القضاء السعودي.

[3] انظر موقع وزارة العدل، المادة 21 من نظام القضاء السعودي.

والاجتهاد القضائي الشرعي يتضمنه الاجتهاد الفقهي العام في الشريعة الإسلامية ويترتب على ذلك أنه يخضع في أصوله وضوابطه وقواعده وشروطه لنفس ما يتضمنه الاجتهاد الفقهي العام، فهو وثيق الصلة بالاجتهاد العام الذي يمثل مصدر التجديد الفقهي ودعامته، وذلك ببيان الحكم الفقهي الذي ينبني عليه الحكم القضائي المناسب لكل ما يستجد من وقائع، أو بتجديد النظرة في الاجتهادات السابقة نتيجة طروء معطيات مستحدثة تقتضي إعادة النظر، ويتحقق بذلك للشريعة خلودها وتثبت صلاحيتها لكل زمان ومكان[1].

وفي إطار المجهوذات المبذولة لتطوير وإصلاح المنظومة القضائية السعودية، تم إنشاء محاكم للتمييز للنظر في الأحكام الشرعية، وقد أسفرت مرحلة الحركة الإصلاحية بظهور ما يسمى باجتهاد محاكم التمييز، بالإضافة إلى اجتهاد رئاسة القضاء الأعلى غير المباشر، ما دام أن تمييز الأحكام أو نقضها[2]، لم يكن متاحاً إلا عبر قناة جلالة الملك الذي كانت سلطته تتوقف على قناعته بوجود خلل يفرض إلغاء الحكم أو إيقاف تنفيذه.

إلا أن ما سبق لا يعني غياب الاجتهاد بصفة مطلقة، أثناء سيادة رئاسة القضاء وهيئة المراقبة القضائية، ففي أحد قرارات هيئة المراقبة القضائية ورد ما يحدد شروط الاجتهاد:«

أ- أن يكون مجرى القضاء في جميع المحاكم منطبقاً على المفتى به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل: نظراً لسهولة مراجع كتبه.

ب- إذا صار جريان المحاكم الشرعية على التطبيق على المفتى به من المذهب المذكور، ووجد القضاة في تطبيقها على مسألة من مسائله مشقة ومخالفة

[1] محفوظ بن صغير:" الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي"، بحث مقدم لنيل الدكتوراه في العلوم الإسلامية، الجزائر، وزارة التعليم العالي، س، 2009/2008م، ص:691.

[2] خالد بن محمد آل الشيخ:" تطور تشريعات الأسرة في الوطن العربي"، م س، ص:100.

لمصلحة العموم، يجري النظر والبحث في باقي المذاهب، بما تقتضيه المصلحة ويقرر السير فيها على ذلك المذهب مراعاة لما ذكر، ويكون اعتماد المحاكم في سيرها على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على الكتب التالية:

1. "شرح منتهى الإرادات" للشيخ الفتوحي المتوفى في سنة 972هـ وشرحه للشيخ منصور البهوتي المتوفى في سنة 1051هـ.
2. "شرح الإقناع" – "كشاف القناع عن متن الإقناع" – المتن– للشيخ موسى الحجاوي المتوفى سنة 968هـ، والشرح للبهوتي المتوفى سنة 1051هـ»[1].

فما اتفق عليه الفقيهان الحنبليان الفتوحي والحجاوي أو اختلفا فيه، يكون المتبع هو ما ورد "بمنتهى الإرادات"، وإذا لم يجد القاضي نص القضية في الشروح[2]، طلب النص في كتب المذهب (مذهب الإمام أحمد) وطبق الراجح[3].

المبحث الثاني: المقتضيات القانونية والفقهية والقضائية المنظمة لأحكام الأسرة في مملكة البحرين

مرت عقود من الزمن[4] والبحرين تعيش فراغا قانونيا في مجال الأحوال الشخصية ولكن توجد محاكم شرعية تتخذ من الفقه الإسلامي مرجعية لحل النزاعات العائلية للسنة والشيعة، تتولى النظر في قضايا الزواج والطلاق والحضانة والميراث ولقضاتها سلطة الحكم طبقا لقراءتهم لقواعد الفقه الإسلامي، ويتسم قضاة هذه

[1] قرار رقم 3 بتاريخ 1347/1/7هـ المصادق عليه من قبل جلالة الملك بتاريخ 1347/3/24هـ ونود أن نشير هنا إلى غياب مصادر غير مراجع بعض المشرفين على وزارة العدل الذين تكون لهم إمكانية الاطلاع والتوفر على الوثائق، وإن كنا نقر بوجود تطور في اتجاه التواصل العلمي من خلال نشر وزارة العدل السعودية لمدونة الأحكام، لأنه في السعودية لا يمكن الاطلاع على الأحكام أو تسلمها إلا من قبل أحد الأطراف، وفي حالة تسلم وكيله الشرعي لها، فلا توجد نسخ تسلم للمعني أي أن الأحكام تسلم مرة واحدة لصاحبها أو لوكيله الشرعي الأمر الذي يجعل مسؤولية الباحث صعبة جداً. انظر، خالد بن محمد آل الشيخ، م س، ص: 100و101.

[2] انظر موقع وزارة العدل.

[3] البهوتي، منصور بن يونس:"شرح منتهى الارادات"، 3مجلدات، (نشر وتوزيع الرئاسة العامة لإدارة البحوث والإفتاء بالمملكة العربية السعودية)

[4] تقنين الأحوال الشخصية في البحرين بين الشيعة والسنة، جمال عسيري، الخميس 21 أكتوبر 2004 ، مع البي بي سي العربية في المنامة.

المحاكم بأنهم عموما من علماء الدين المحافظين الذين لم يحظوا إلا بقسط محدود من التدريب القانوني الرسمي كما أنهم يميلون إلى محاباة الرجال في أحكامهم.

ولقد لقي القانون المنظم لأحكام الأسرة في مملكة البحرين مخاضا عسيرا قبل خروجه إلى الوجود، واستأثرت قضية التقنين[1] على اهتمام الرأي العام المحلي من رجال دين كلتا الطائفتين وجمعيات سياسية ومؤسسات المجتمع المدني لكون القضية تمس حياة كل أسرة في المجتمع البحريني، حيث شكل إصداره حدثا تاريخيا هاما ونقلة غير مسبوقة وجديدة على عادات وتقاليد المجتمع البحريني، وقد وضع المشرع أثناء صياغته لنصوص أحكام الأسرة البحريني مجموعة من الأحكام الشرعية والقانونية والتي تمثلت في الانتقال من المرجعية الإسلامية والفقهية المحضة، إلى قواعد قانونية تجد أساسها في هذه الثوابث والقيم.

وعلى هذا الأساس نظمت أحكامه بموجب القانون (2009/19م)، حيث خطى خطوة موفقة في ترسيخ قواعد مبنية على العدل والإنصاف والمساواة لملائمته مع التشريع الوطني، خصوصا مع مصادقة مملكة البحرين على مجموعة من الاتفاقيات الدولية سواء العامة منها التي تنظم مجال حقوق الإنسان ككل أو الخاصة كالاتفاقيات التي تهدف إلى النهوض بأوضاع المرأة البحرينية.

[1] لولوة صالح العوضي:" تجربة البحرين في مسألة تقنين الأحوال الشخصية"، إصدار المجلس الأعلى للمرأة، مكتبة جامعة البحرين، دط، دس، ص،13.

- فإلى أي حد حاول المشرع البحريني التوفيق بين المرجعية الإسلامية والانفتاح على الاتفاقيات الدولية؟ وكيف تعامل مع الواقع الاجتماعي البحريني في تنظيمه لأحكام الأسرة؟

وللإجابة على هذه الأسئلة ارتأينا تقسيم هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول: تجربة مملكة البحرين في مسألة تقنين الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: دور المرجعية الفقهية والمذهبية في نظام الأحوال الشخصية البحريني.

المطلب الثالث: تشكيل المحاكم الشرعية بالبحرين.

المطلب الأول: تجربة مملكة البحرين في مسألة تقنين الأحوال الشخصية.

أصبح مشروع تقنين قانون الأحكام الأسرية ضرورة[1] حتمية من ضرورات العصر ليتوافق مع السياسة العامة لتطوير المؤسسة القضائية في مملكة البحرين، كما روعي في هذا المشروع ثوابت الدين والخصوصية المذهبية، والمرونة التي تكفل استيعابه لمستجدات الحياة الاجتماعية بما يضمن ضبط التقاضي في المحاكم الشرعية وحيث إن المصدر الرئيسي للأحكام الشخصية والأسرية يستمد مقتضياته من الشريعة الإسلامية بفهم العلماء والفقهاء من مختلف المذاهب، فقد جاء هذا المشروع مؤصلا على أحكامها ومقاصدها الغراء مراعيا التنوع المذهبي للمجتمع البحريني وكافلا بحقوق وواجبات أطراف الدعاوى.

ولمعرفة المراحل التاريخية التي مر منها قانون الأسرة البحريني سنقسم هذه الفقرة إلى ثلاث نقاط حيث سنتطرق في **(الفقرة الأولى)** للإطار التاريخي للتشريع الأسري البحريني، في حين سنتناول القانون الواجب التطبيق من خلال**(الفقرة الثانية)** على أن نقوم بقراءة في المقتضيات القانونية التي جاء بها قانون 19 لسنة 2009 م لقانون الأسرة البحريني في **(الفقرة الثالثة)**.

الفقرة الأولى: السياق التاريخي للمطالبة بإصدار قانون الأحكام الأسرية.

تعد التغيرات التي عرفتها أحكام الأسرة في المنظومة القانونية البحرينية محطة مهمة في ترسيخ الوعي وتكريس الحماية القانونية والقضائية لمؤسسة الأسرة بمختلف أطيافها ومذاهبها، وباعتباره الإطار القانوني الوحيد الذي أصبح يحكم العلاقات الأسرية، وبما أن هذا المشروع الإصلاحي جاء ليدعم مبادئ حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دستوريا ودوليا.

[1] سلمان الدوسري:"البحرين، أول قانون للأحوال الشخصية يجيز للمرأة الخلع واشتراط عدم التزوج عليها"، مقال منشور ، جريدة الشرق الأوسط، عدد 10975 ، س، 2008م .

- فما هي المراحل التي مر بها هذا المشروع؟
- وما هي المعوقات والتحديات التي لاقتها فكرة التقنين في مملكة البحرين؟

كانت مملكة البحرين تطبق أحكام الفقه الإسلامي قبل صدور قانون الأسرة وكما هو معلوم أن قانون الأحوال الشخصية يشتمل على ضوابط واعتبارات دينية محضة وبما أن الدين الإسلامي ينبني على الوسطية والاعتدال خصوصا وأن قضايا الأسرة تتأرجح بين القطعي والظني وبين الثابت والمتحول إلا أن بعض المتعصبين من علماء المذهب يذهبون إلى الانغلاق وتضييق دائرة التنوير الفكري في محاولة منهم الحفاظ على الهوية الدينية الموروثة وإضفاء صيغة الجمود عليها وغلق باب الانفتاح على متغيرات المجتمع المعاصر، ولقد مر قانون أحكام الأسرة البحريني بمجموعة من المراحل على النحو التالي:

أ- مرحلة الانتداب البريطاني وحصول مملكة البحرين على استقلالها.

صدرت في هذه الفترة عدة إعلانات وقوانين لتنظيم الحياة ومنها الإعلانات والقوانين المنظمة لسير العمل في المحاكم المدنية والجنائية إلا أن المشرع في هذه الفترة لم يتناول بالتنظيم المسائل الموضوعية أو الإجرائية أمام المحاكم الشرعية وكل ما هنالك اقتصار التنظيم على بعض آداب القضاء[1]ولقد نتج عن هذه المرحلة مجموعة من الآثار تمثلت في ما يلي:

- صدور دستور 1973م الذي تناول في أحكامه القواعد العامة للمساواة وحقوق الإنسان كما تضمن التزاما على الدولة بحماية الأسرة والنشء وفقا لقانون يقوم على مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

[1] لولوة صالح العوضي ، مرجع سابق، ص: 4.

- إصدار التشريعات المنظمة للحياة الاقتصادية والاجتماعية التي لم تتضمن تمييزا يذكر ضد المرأة ما عدا قانون الانتخابات الصادر سنة 1974م.
- إصدار قانون تنظيم القضاء لعام 1971 م الذي قسم المحاكم إلى نوعين : المحاكم المدنية والمحاكم الشرعية وهذه الأخيرة تنقسم إلى قسمين:

المحاكم الشرعية السنية والمحاكم الجعفرية وكان القضاة فيها وما يزالون رجال دين تنقصهم التجربة القانونية على عكس قضاة المحاكم المدنية.

- إصدار قانون أصول الإجراءات أمام المحاكم الشرعية وهو القانون الذي ظل لمدة طويلة دون تفعيل، إذ لم تطبقه المحاكم الشرعية بفئتيها ويرجع ذلك لعدم وجود الرقابة على أداء وعمل القاضي الشرعي ولضعف هذه الرقابة حتى بعد إنشاء المجلس الأعلى للقضاء.

نستنتج مما سبق أن الدولة لم تفعل التزامها الدستوري بسن قانون يحمي الأسرة– تقنين مسائل الأحوال الشخصية– فقد ظل هذا الموضوع يراوح مكانه بين مؤيد ومعارض، وقد واجهت مسألة التقنين صعوبات بالغة في فترة السبعينات والثمانينات والتسعينات من القرن الماضي، إذ توافق الموقف الرسمي مع الموقف المدني الرافض للتقنين وكان على رأس هؤلاء قضاة الشرع ورجال الدين، ولم يؤثر ذلك الموقف فيما كانت تعانيه المرأة البحرينية والأطفال أمام تلك المحاكم ومدى افتقارهما للحماية القانونية والقضائية سواء أثناء النزاع أو عند التنفيذ[1].

وعلى الرغم من ذلك تشكلت في فترة الثمانينات لجنة أهلية سميت(لجنة الأحوال الشخصية) للمطالبة بتقنين مسألة الأحوال الشخصية، إلا أن هذه اللجنة لم توفق في تحقيق هدفها في التقنين لعدة أسباب أهمها:

[1] لولوة العوضي، نفس المرجع، ص: 6.

- عدم اهتمام الدولة حينذاك بهذه المسألة.
- رفض المجتمع وخاصة رجال الدين والقضاة الشرعيين لفكرة التقنين لما لها من أثر على مركزهم.

إلا أنه وفي فترة الثمانينات تم وقف تنفيذ أحكام الطاعة والمنع من العمل بناء على قرار جرئ لأحد قضاة محكمة التنفيذ.

ب- مرحلة المشروع الإصلاحي:

منذ تولي جلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة الحكم سنة 1999م، شهدت مملكة البحرين خطوات سريعة ومباشرة للإصلاح السياسي والاجتماعي والاقتصادي جاء في إطار رؤية وفلسفة وطنية محددة المعالم، وكان مرد ذلك كله نحو الديمقراطية فبدأت مؤشرات التحول من نظام الملكية المطلقة إلى نظام الملكية الدستورية وتأكد ذلك من خلال :

- صدور ميثاق العمل الوطني الذي تضمن نصوصا تتعلق بحقوق المرأة والأسرة هذا الميثاق الذي شاركت المرأة البحرينية في إعداده وفي الاستفتاء عليه عام 2001 م.
- تم إنشاء المجلس الأعلى للمرأة سنة 2001 م الذي اختص برسم السياسة العامة للنهوض بالمرأة البحرينية ومناصرة إصدار قانون للأحوال الشخصية على ضوء تواتر المشاكل التي تعاني منها المرأة في المحاكم الشرعية.
- صدور الدستور المعدل لعام 2002[1]م الذي تضمن نصا نوعيا بالتزام الدولة بكفالة ضمان التوفيق بين دور المرأة في الأسرة ودورها في المجتمع.

[1] المادة الخامسة:" الفقرة (ب) من دستور مملكة البحرين والتي تنص على ما يلي:" تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الأسرة وعملها في المجتمع، ومساواتها بالرجال في ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية دون إخلال بأحكام الشريعة الإسلامية".

ج- إنشاء المجلس الأعلى للمرأة

صدر الأمر السامي من ملك مملكة البحرين حمد بن خليفة رقم 44 سنة 2001م تحت إشرافه مباشرة ويعد المرجع الرئيسي لدى جميع الجهات الرسمية فيما يتعلق بشؤون المرأة، ويختص في إبداء الرأي والبت في الأمور المرتبطة بمركز المرأة بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وعلى كافة الجهات الرسمية أخذ رأيه قبل اتخاذ أي إجراء.

وترأسه قرينة الملك الأميرة سبيكة بنت إبراهيم آل خليفة المجلس الذي يتكون من 16 عضوة من ذوات الخبرة في شؤون المرأة، وبأمر ملكي تم تعيين أمين عام للمجلس بدرجة وزير[1].

د- اختصاصات المجلس الأعلى للمرأة

اعتمد المجلس الأعلى للمرأة على ترسانة قانونية تشمل مجموعة من الضوابط والأحكام التي تمكن المرأة من القيام بدورها في الحياة العامة على أكمل وجه وتطوير مركزها القانوني والاجتماعي وطنيا ودوليا.

ولقد عزز المجلس مهامه بالاختصاصات التي حددها الأمر السامي والتي تتمثل فيما يلي:

- اقتراح السياسة العامة في مجال تنمية وتطوير شؤون المرأة في مؤسسات المجتمع الدستورية والمدنية.
- تمكين المرأة من أداء دورها في الحياة العامة وإدماج جهودها في برامج التنمية الشاملة مع مراعاة عدم التمييز ضدها.

[1] يعد هذا التعيين أول تعيين للمرأة البحرينية بدرجة وزير على مستوى الدول الخليجية في عام 2001.

- وضع مشروع خطة وطنية للنهوض بالمرأة، وحل المشكلات التي تواجهها في كافة المجالات.
- تفعيل المبادئ الواردة في ميثاق العمل الوطني ودستور مملكة البحرين فيما يتعلق بالمرأة ووضع الآليات المناسبة، وذلك بالتعاون مع الوزارات والمؤسسات الرسمية ومؤسسات المجتمع المدني.
- تقديم الاقتراحات [1]بتعديل التشريعات الحالية المتعلقة بالمرأة، وإبداء الرأي في مشروعات القوانين واللوائح والقرارات المتعلقة بها قبل عرضها على السلطة المختصة، والتوصية باقتراح مشروعات القوانين والقرارات اللازمة للنهوض بأوضاع المرأة.
- متابعة تطبيق القوانين واللوائح والقرارات والاتفاقات الدولية ذات الصلة بالمرأة للتأكد من تنفيذها بما يحقق عدم التمييز ضد المرأة ومتابعة تنفيذ البرامج التي جرى تبنيها في الخطط والبرامج الحكومية الخاصة بالمرأة.
- تمثيل المرأة البحرينية في المحافل والمنظمات العربية والدولية المعنية بشؤون المرأة والدخول معها في اتفاقيات تعاون وبرامج مشتركة من ضمن اختصاصات المجلس.
- توعية المجتمع بدور المرأة وبحقوقها وواجباتها وذلك من خلال استخدام الآليات المناسبة.

هـ- لجنة العريضة النسائية

أمام الوضع المزري الذي تعيشه الأسرة البحرينية، والمتمثل بالأساس في معاناة الكثير من النساء من قضايا مرتبطة بالنفقة والحضانة والطلاق، فالاضطهاد [2]الذي كانت تعيشه المرأة البحرينية من طرف المحاكم الشرعية يبتدأ حين تضع رجلها عتبة

[1] انظر موقع المجلس الأعلى للمرأة.
[2] غادة يوسف جمشير:" الجلاد والضحية في المحاكم الشرعية"، الطبعة الأولى، توزيع دار الكنوز،س،2005، بيروت لبنان،ص:12.

المحاكم لتطالب بمستحقاتها وبنفقة أبنائها وتنتظر سنوات طوال وبدون عائل، وعند نطق الحكم تفاجئ بصدور حكم جائر وتعسفي يتمثل في مبلغ زهيد لا يغني من جوع.

- فالسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو ما مدى مساهمة الحركات النسائية في تطوير قوانين الأسرة بالبحرين؟

إن تجاوزات بعض القضاة التي أقلقت ليس الجمعيات النسائية فقط لما تتسبب به من ضياع للحقوق والمصالح، ولكنها أقلقت جميع المهتمين والمختصين من قانونيين ورجال الدين، لهذا تعالت أصوات الجمعيات النسائية، وحاولت الدفع بالاتجاه نحو الإصلاح، وفي هذا الصدد عملت الجمعيات النسائية قصار جهدها، حيث وزعت مسودات مشاريع قوانين الأسرة ساهم في إعدادها أهل الاختصاص من قضاة الشرع وكذلك من المحامين وهي ليست مشاريع جاهزة للإقرار ولم يتم تدارسها بشكل وافي من مختلف الفئات سواء كانوا من علماء الدين الأفاضل أو القانونيين أو مؤسسات المجتمع المدني حتى يساهم الجميع في مناقشتها مادام الأمر يتعلق بمشروع مجتمعي يهدف لبناء أسرة متكاملة وتسريع وثيرة الإصلاح وتهيئة الرأي العام لتقبله والانسجام معه قبل صدوره.

ومن هذا المنطلق بزغت فكرة إنشاء لجنة العريضة النسائية في شهر مايو 2002 م تهدف إلى النهوض بالوضعية المزرية التي كانت تعيشها المرأة البحرينية حيث رصدت مجموعة من التجاوزات في حقها، إثر تزايد عدد الشكاوي وبشكل مطرد خلال السنوات الأخيرة نتيجة سوء تعامل القضاء الشرعي معها والحط من كرامتها،[1]

[1] "والناظر إلى حالنا يجد المعاناة التي تعانيها المرأة من صدور أحكام غير عادلة بحقها في المحاكم الشرعية، لأن المنوط بهم تطبيق القواعد وقد خرجوا عن الأصول العامة في تطبيق القاعدة الشرعية، حيث أن معظم الأحكام كانت القاعدة المتبعة فيها هي الاجتهاد بالرأي والحكم طبقا لما يراه القاضي، دونما النظر للقواعد الشرعية والقانونية الواجبة التطبيق ومصلحة حق المتقاضين"، مقتطف من كلمة لجنة العريضة النسائية.

لعدم وجود قانون للأحوال الشخصية ينظم حقوق والتزامات كل شخص في الأسرة وهي التي كرمها الله في جميع كتبه السماوية وخصوصا الإسلام.

وللوقوف أمام هذا الجور والتعنت لنصرة الأخوات اللواتي عانين الكثير من المصاعب والمحن في المحاكم الشرعية واللواتي سلبت حقوقهن وانتزعت حضانتهن فقد حددت اللجنة الأهداف التي تعمل من أجلها على النحو التالي :

- العمل على صدور قانون الأحكام الأسرية
- إصلاح القضاء الشرعي
- إنشاء محاكم متخصصة لتنفيذ الأحكام الشرعية
- تفعيل دور المجلس الأعلى للقضاء
- إنشاء صندوق للنفقة
- وضع رقابة للحد من تعدد الزوجات
- إحالة القضاة الطاعنين في السن إلى التقاعد...

و- تفاقم الصراع بين التنظيمات النسائية والرموز الدينية

تعتبر لجنة العريضة النسائية إحدى الجمعيات النسائية الرائدة في البحرين، فقد ساهمت في إشاعة حملة قوية لتقنين قوانين الأسرة والمطالبة بالتصدي للفساد القضائي، حيث قامت بمجموعة من الإعتصامات أمام وزارة العدل وأمام المساجد كما عقدت الكثير من المؤتمرات والندوات لتوضيح فكرة التقنين وأهميته بالنسبة للمرأة والمجتمع ومؤسساته، تلتها مجموعة من الخطابات والرسائل الموجهة لمختلف المسؤولين وأعضاء مجلس الشورى والنواب وإلى وزير العدل ومدير مركز حقوق الإنسان تناشدهم فيها بتحسين وضعية المرأة ومكانتها داخل المجتمع وتعزيز دورها عربيا ودوليا.

وتقول غادة يوسف جمشير:"وإذا أرادت المرأة أن تفصح عما بداخلها،[1] وتشكي همها فإنها لا تجد آذانا صاغية، بل تجد كل غلظة وجفاء، وقد يصل الأمر إلى أن تمنع من الكلام ويعقبها الطرد أو الحبس، فالقضاء بلغ مبلغه من الجور وعدم الإنصاف شدة جافية، وحدة قاسية، وجفوة في الطبع، وحقد في الصدور.....فجاءت هذه اللجنة لتسهم في تبديد الظلام نورا..... وما قصدنا بذلك إلا الإصلاح والخير ولقد لعبت لجنة العريضة النسائية دورا كبيرا في التصدي للفساد القضائي ..... وحينما ضيقنا عليهم الخناق وفضحنا الكثير من ممارساتهم .... عمدوا إلى فكرة أخرى لمحاولة ثني مساعي اللجنة وتأليب الناس عليها وهي أن هذه اللجنة مدعومة من الخارج أو هناك أيادي خفية خلف هؤلاء النسوة .... إن الضمير والإنسانية هي التي تحركنا .... ونحن نؤكد بأننا على الدرب ماضون وعلى خطى ثابتة سائرون وعلى معالم الحق واقفون دون كلل أو ملل حتى نقف على الحقائق ونرجع الحق إلى أصحابه"[2].

ولتسليط الضوء على ردود الحركات الإسلامية بالبحرين، لا بد من الإحاطة بالانشقاق الحاصل وسط التيار الإسلامي فضلا عن وجود صراع حول هوية هذا القانون والذي نجده ينشق إلى قسمين:

- شق يتعلق بالتيار السني الذي يرحب بوضع الأحوال الشخصية في إطار قانوني يحافظ على الثوابت الإسلامية ويساير واقع المجتمع البحريني ومتغيرات العصر.
- شق تمثله الطائفة الشيعية التي تعارض وترفض أي تقنين لأحكام الأسرة مستندة في أفكارها وآرائها على أنها تصادم أحكام الله، فالمرجع الأساسي

[1] غادة يوسف جمشير، مرجع سابق، ص: 12، 13.
[2] غادة يوسف جمشير، نفس المرجع، ص: 13.

بالنسبة لها هو كتاب الله وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام بمفهوم مرجعية الشيعة لا غير.

ولقد أحدثت مطالب اللجنة ربكة في صفوف رجال الدين والقضاء، حيث جوبهت بنشر إشاعات من طرف الرموز الدينية المعارضة خصوصا الطائفة الشيعية حول معاداة اللجنة للدين الإسلامي، كما قام أحد القضاة بإصدار أحكام جورية ومتعسفة في حق بعض المناضلات من أعضاء اللجنة كحبس [1]محامية واستدعاء رئيسة اللجنة للتحقيق أمام النيابة العامة[2].

وبعد استنفاذ كل الوسائل والتحديات من أجل صدور قانون الأحكام الأسرية، ارتأت اللجنة إلى رفع خطاب إلى ملك البلاد بصفته رئيس المجلس الأعلى للقضاء تطالبه فيه بضرورة إصلاح جهاز القضاء الشرعي واختيار الكوادر القانونية والفقهية ذات الكفاءة العلمية تدريبا في هذا المجال مع السعي إلى زيادة عدد المحاكم وعدد القضاة بما يتناسب والزيادة السكانية المطردة، ثم تفعيل دور مجلس الأعلى للقضاء بالإضافة إلى إنشاء مكاتب للصلح يقوم فيها ذوو الاختصاص في علم النفس وعلم الاجتماع إلى إصدار تقارير تساعد القضاء في بحث مسألة الضرر والشقاق بين الزوجين وأيضا للمساهمة في التوعية والتنوير وحل الخلافات الزوجية.

[1] في يوم 7 أكتوبر 2002، وعلى ضوء حكم أصدره أحد القضاة بحبس المحامية فاطمة الحواج، أعربت لجنة العريضة النسائية عن استنكارها لمثل هذه القرارات غير العادلة وطالبت بتفعيل قانون المرافعات الشرعية وتفعيل الرقابة علة أداء المحاكم الشرعية دفعا وتدعيما لقضاء عادل ونزيه وجاء فيه:" إن عضوات لجنة العريضة النسائية يناهضن الحكم الذي أصدره أحد قضاة المحكمة الكبرى السنية والذي يقضي بحبس محامية عشرة أيام لمجرد مطالبتها بتطبيق قانون المرافعات الشرعي وتحرير محضر للجلسة مما دفع القاضي إلى نعتها (بغير المحترمة)"./ غادة يوسف جمشير،نفس المرجع ، ص: 61.

[2] خلال تلك المرحلة، بدأ القضاة يقيمون الدعاوي على رئيسة اللجنة يتهمونها بالتحريض ضدهم، وقد استدعيت بتاريخ 29 مايو2003 للتحقيق أمام النيابة العامة إثر بلاغ تقدم به ضدها ثمانية قضاة شرعيين يتهمونها فيه بتحريض المجتمع ضدهم، وأضافت :" اتهموني بتوزيع المنشورات وتحريض المجتمع ضد القضاة الشرعيين واستخدام الصحافة والإعلام في هذا الغرض....."و أكدت أمام النيابة ،"كل هذه التهم حقي الدستوري في التعبير التعبير عن الرأي .... توزيع المنشورات وتنظيم الاعتصامات السلمية والكتابة للصحف والحديث في أجهزة الإعلام كلها وسائل سلمية للتعبير عن الرأي"./ غادة جشمير، نفس المرجع، ص،: 95.

ز- الإستراتيجية الوطنية للنهوض بالمرأة البحرينية

قام المجلس الأعلى للمرأة بإجراء دراسة مسحية على الدعاوي المنظورة أمام المحاكم الشرعية بفئتيها للوقوف على حجم المشاكل التي تعاني منها المرأة والأسرة والتعرف على نوعيتها، وقد انتهت تلك الدراسة إلى بيان جوانب المعاناة وحصرتها في أمور (الزواج ، الطلاق، النفقة، الحضانة، الولاية)، فتم إنشاء مركز لدعم المرأة، والذي بدأ بوحدة تلقي الشكاوي في جميع محافظات المملكة سنة 2004 م ليستكمل بذلك منظومة الخدمات والتسهيلات التي عمل المجلس على تقديمها للمرأة البحرينية وغير البحرينية المتزوجة من بحريني والمساهمة في حل ما يعترضهن من مشاكل عبر العديد من الوسائل والآليات المتاحة وذلك في حدود اختصاص المجلس[1] والتي تتمثل فيما يلي:

- تقديم المساعدة القضائية المجانية في القضايا الشرعية كالنفقة والطلاق والحضانة.
- توفير المساعدة القضائية المجانية في القضايا المدنية التي تنشأ من العلاقات الزوجية.
- تقديم الاستشارات القانونية المجانية للمرأة في المجالات: (الشرعية – المدنية–الجنائية– العمالية).
- تقديم الخدمات الاجتماعية الوقائية والعلاجية والإرشاد والتوجيه الأسري.
- إعداد الاتفاقيات الودية بين الطرفين لضمان استقرار الأسرة.
- إعداد تسويات الطلاق الآمن.
- مساعدة المرأة الأرملة والمطلقة والمهجورة الحاضنة والمعيلة في الحصول على الخدمات الإسكانية بالتنسيق مع وزارة الإسكان.

[1] انظر موقع المجلس الأعلى للمرأة.

- معالجة مشاكل المرأة البحرينية المتزوجة من غير بحريني المترتبة على عدم حصول أبنائها على الجنسية البحرينية.

ج- تدخل الملك وحسم موضوع قانون أحكام الأسرة

قام المجلس الأعلى للمرأة بتكليف من الملك لدراسة أوضاع المرأة المطلقة وأبنائها أمام القضاء الشرعي لأن التطبيق المأخوذ به في المحاكم الشرعية يؤدي إلى تعدد الأحكام على الوقائع المتشابهة، وفي نوفمبر 2005م تم شن حملة للتوعية بضرورة تقنين الأحوال الشخصية، حيث توصلت الدراسة إلى اعتبار[1] التقنين ضرورة ملحة ويجب أن تستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية على أن يصدر هذا القانون موحدا مع مراعاة خصوصية كل مذهب في جوانب الاختلاف.

وفي مارس 2006م طرحت الحكومة البحرينية مشروع قانون يتضمن أجزاء منفصلة تخص السنة وأخرى تخص الشيعة.

يقول الدكتور صلاح علي:" كنا في البداية نتمنى أن يكون هناك قانون موحد للطائفتين، ولكن وجدنا أن هذا الأمر في المرحلة الحالية فيه صعوبة على أرض الواقع في البحرين، فطرحنا موضوع تنظيم قانون أحكام الأسرة بما يتماشى مع المذهب السني دون أن يمس بالمذهب الجعفري، كما أنه لا يلزم المذهب الجعفري بالاحتكام إليه، وبالمقابل نادينا بأن تكون هناك مناقشات مستفيضة بين العلماء الشيعة في مملكة البحرين يناقشون فيما بينهم في إمكانية صياغة قانون أحكام الأسرة يتماشى مع المذهب الجعفري والأحكام التي يستندون إليها"[2].

[1] لولوة العوضي، مرجع سابق، ص: 14، 15.
[2] جمال العسيري :" تقنين الأحوال الشخصية في البحرين بين الشيعة والسنة"، موقع، BBCArabic.com

[1]وبناء على هذه الدراسة قام المجلس برفع توصية إلى ملك البحرين بضرورة تقنين مسألة الأحكام الأسرية؛ لأنها تشكل جوهر معاناة المرأة البحرينية، وبعد مصادقة البرلمان البحريني بغرفتيه (مجلس النواب ومجلس الشورى) تم إصدار قانون أحكام الأسرة في شقه السني؛ لأن رجال دين الطائفة الشيعية لا يزالون يعارضون صدوره بشدة وبالتالي صدر قانون أحكام الأسرة بتاريخ 9 أبريل 2009م.

الفقرة الثانية: القانون الواجب التطبيق على أحكام الأسرة في البحرين

يمثل قانون الأسرة أحد أهم القوانين في المنظومة التشريعية نظرا لارتباطه بالخلية الأساسية للمجتمع، وكذا بالجانب الديني على أساس أن قواعده مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، فقانون أحكام الأسرة في البحرين عبارة عن تقنين للقواعد الشرعية التي تنظم الحياة الأسرية من زواج وطلاق وما يترتب عليهما من حقوق وواجبات وما ينشأ عنهما من مصاهرة وولادة وولاية وحضانة، وتبنى المشرع في ذلك مقاربة مساواتية تجمع في مقتضياتها الثنائية الدينية والقانونية، كما جمع عدة أحكام مؤصلة في المذهب المالكي طبقا للإحالة المقررة في المادة الثالثة من قانون أحكام الأسرة البحريني.

ولقد شهد دور المرأة في المجتمع البحريني تغيرات عديدة طالت كافة مجالات الحياة حيث أصبحت تمارس الأنشطة السياسية والاقتصادية والثقافية إلى جانب الرجل وتجاوزت بذلك الدور التقليدي المتمثل في العمل المنزلي وتربية الأولاد، وفي ظل استيعاب التحولات الجديدة الطارئة على المجتمع خلال العقود الأخيرة، والتي فرضت إصلاح الوضع القانوني للمرأة، صدر قانون أحكام الأسرة تحت [2] رقم 19

---

[1] تقول لولوة العوضي : يجب الابتعاد قدر الإمكان عن مواطن الاختلاف الجوهري بين المذهبين السني والجعفري والتي لا تشكل في موضوعاتها مشكلة في المجتمع البحريني.

[2] أطلق المشرع البحريني على القانون الصادر (9/2009)، قانون أحكام الأسرة وليس قانون الأحوال الشخصية لأنه لم ينظم إلا تلك المسائل المتعلقة بالزواج وآثاره والطلاق وآثارهما أما بقية المسائل المدرجة ضمن ما يعرف بالأحوال الشخصية فلم تتطرق لها مقتضياته.

لسنة 2009م بأمر ملكي، وهو القانون الذي عرف نقاشا وجدالا طويلا، نظرا لما يحتويه من مسائل تمس صميم حياة الأفراد داخل الأسرة، حيث استجاب التقنين لضرورة توحيد التأويلات المتعلقة بتطبيق القانون وتسهيل مهمة القاضي.

وتضمن هذا القانون مجموعة من المقتضيات[1] الموضوعية والإجراءات الشكلية حيث تم اختيار إسم قانون الأسرة عوض الأحوال الشخصية لأنه ينظم المسائل المتعلقة بالزواج وآثاره، والفرقة وآثارها فقط، أما المسائل المدرجة ضمن ما يعرف بالأحوال الشخصية بما فيها الميراث والوصية وأحكامها فلم تتناوله نصوصه، ولقد جاءت المواد القانونية مقرة جملة من الحقوق للمرأة مع التركيز على تعزيز المركز القانوني لها لبلوغ التوازن مع مركز الرجل داخل الأسرة.

- فهل تمكن المشرع من الحفاظ على مقاصد الشريعة الإسلامية في تنظيمه لقانون أحكام الأسرة في البحرين؟
- وهل استطاع هذا القانون سد الفراغ التشريعي وبالتالي القضاء على الأحكام القضائية المتشابهة والتعسفية؟

هذا ما سنتطرق له من خلال قراءتنا لقانون الأحكام الأسرية بالرغم من أن صدوره جاء متأخرا بالمقارنة مع القوانين العربية.

الفقرة الثالثة: قراءة في النصوص القانونية لقانون أحكام الأسرة في البحرين

قام المشرع البحريني بإصدار قانون أحكام الأسرة في 145 مادة قانونية[2] وبالرغم ما يشوبه من نواقص طبيعية تحدث في سائر القوانين التي تصدر للوهلة الأولى؛ إلا أنه اعتمد على المرجعية الدينية في معالجته للأمور الجوهرية والمسائل العامة

[1] أحمد بخيت الغزالي وأحمد يعقوب العطاوي:" أحكام الأسرة في مملكة البحرين "(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، س 2012،مطبعة جامعة البحرين، ص 8و9.

[2] أحمد بخيت الغزالي وأحمد يعقوب العطاوي، نفس المرجع، ص 22.

وأحال قاضي الموضوع على المذهب المالكي والمذاهب الفقهية في الشريعة الإسلامية للبحث في الفروع والجزئيات[1]، أما من الناحية الشكلية فقد اعتمد على القانون الوضعي لصياغة الأحكام برؤية قانونية حديثة، ويمكن رصد هذه المميزات والمآخذ على مستوى الشكل وعلى مستوى المضمون.

- **من حيث الشكل**: استوفى النص الهيكلة الصحيحة في صياغة النصوص القانونية حسب المعايير المعتمدة في تكوين القوانين وترتيب موادها، وحرص المشرع على استخدام الكلمات ذات المعاني الفنية الواضحة ووضعها في إطار قانوني يوافق مقتضيات المجتمع الأسري، وفي حال كان اللفظ مما تتعدد معانيه، فقد عمد إلى تعريفه سدا لمنافذ الخلاف ويظهر ذلك جليا في تعريف الخطبة[2]، تعريف الزواج الصحيح[3]، والصداق[4] ثم الكفاءة[5] وأيضا في تعريف الزواج غير الصحيح[6] وفي النفقة[7].
- **ومن حيث الموضوع**: سن المشرع جملة من القوانين التي تحمي المرأة بصفة خاصة والعلاقة الزوجية بصفة عامة وتحافظ على الاستمرارية في ظل الاحترام المتبادل بين الزوجين وحسن المعاشرة.

ويمكن ملامسة أهم هذه المميزات من خلال:

- وجوب الرضا التام في الولاية استنادا للفصول (23 و24 و26).

---

[1] تنص المادة الثالثة من قانون الأسرة البحريني على ما يلي:"فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون يحكم القاضي بالمشهور في المذهب المالكي، فإن لم يوجد أخذ القاضي بغيره من المذاهب الأربعة لأسباب بينها في حكمه، وإذا تعذر ذلك طبق القاضي القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية.

[2] المادة 1 من قانون أحكام الأسرة.

[3] المادة (4 وأ/40) من قانون أحكام الأسرة.

[4] المادة 28 من قانون أحكام الأسرة.

[5] المادة 35/ب من قانون أحكام الأسرة.

[6] المادة 41 من قانون أحكام الأسرة.

[7] المادة 53 و 55 من قانون أحكام الأسرة.

- احترام الشروط المتضمنة في العقد تحت طائلة فسخ العقد أو التطليق في حالة عدم الوفاء.
- رفع الحيف عن المرأة في حالة حصول ضرر ناتج عن السكن مع الأهل حتى لو تضمن العقد هذا الشرط واعتبره باطلا طبقا للمادة 60 وهذه ميزة تدل على مدى احترام وتكريس مفهوم حقوق المرأة وإعطائها مكانتها الحقيقية التي منحها لها الإسلام.
- فرض قيود إجرائية على زواج ذوي الاحتياجات والفتاة الصغيرة والزواج المختلط اختزلها في النصوص (16 و21).
- صلاحية طلب التطليق للضرر طبقا للمادة 114عند امتناع الزوج المحكوم عليه بالسجن لمدة ثلاث سنوات فأكثر بعد مضي سنة على صدور الحكم.
- إقرار حماية قوية لفائدة الطفل المحضون وإحاطته بمنظومة قانونية متكاملة تبتدئ من يوم ولادته إلى أن يبلغ السن القانونية والتي تتمثل في 15 سنة بالنسبة للذكر و17 عشر سنة بالنسبة للفتاة من خلال مجموعة من الفصول(127 إلى 143).

وإذا كان قانون أحكام الأسرة حافل بالإيجابيات، فإنه لا يخلو من بعض المآخذ التي نلتمسها فيما يلي:

- عدم تطرق المشرع لوضع أحكام زجرية وعدم فرض جزاءات عند مخالفة بعض أحكامه؛ كالإخلال بإبلاغ الزوجات السابقات بالزواج الجديد.
- عدم الإشارة لمصير الإذن بالزواج من المحكمة الشرعية المختصة في حالة الزواج المختلط خصوصا إذا كان هناك تفاوتا كبيرا في السن بين الزوجين.
- وجود تناقض في بعض الأحكام فالمادة 53 تنص في فقرتها الثالثة على ما يلي:

"لا يثبت نشوز الزوجة إلا بامتناعها عن تنفيذ الحكم النهائي بمتابعة الزوج إلى بيت الزوجية"[1]، في حين تقضي المادة 54:

"بعدم جواز تنفيذ حكم المتابعة جبرا على الزوجة، وتعتبر بعد الحكم ناشزا وتسقط نفقتها ويحق لهما التفريق أو لأحدهما طلب التفريق واسترجاع ما أعطاها من صداق"[2].

وردا على المغالطات التي أثيرت حول جمود القانون، فالمادة الثانية من قانون (19 /2009م) تحيل على تدخل رأي لجنة من ذوي الاختصاص الشرعي مكونة من القضاة الشرعيين عند المطالبة بتعديل هذا القانون ويصدر تشكيلها بأمر ملكي.

نستنتج مما سبق أن المشرع اعتمد صياغة قانونية حديثة مع عبارات ذات مدلول قوي تعطي للعلاقة الأسرية مقاربة شمولية في خلق التوازن بين حقوق المرأة وحقوق الرجل والمسؤولية المشتركة في تربية الأبناء، ومنح الأسرة أبعادا إنسانية أساسها الاحترام وحسن التعامل والمعاشرة بالمعروف.

ومع أن القانون[3] لم ينظم إلا تلك المسائل المتعلقة بالزواج وآثاره، والفرقة وآثارها ولم يتناول بقية المسائل المدرجة ضمن ما يعرف بالأحوال الشخصية، فإنه ييسر للخصوم توقع الحكم في كل منازعة تناولتها نصوص القانون بلفظها أو بفحواها أو لم تتناولها، ولكن للمالكية فيها قولا مشهورا وباستقراء المنازعات الأسرية يمكن القول بأنه قل أن تكون هناك منازعة لم تنظمها النصوص وليس للمالكية فيها قول مشهور، وهذا معناه تيسير الإحاطة بالحقوق والواجبات الأسرية القانونية وتثقيف الأفراد قانونيا.

[1] المادة 53 من قانون الأسرة البحريني، انظر موقع وزارة العدل.
[2] المادة 54 من قانون الأسرة البحريني، انظر موقع وزارة العدل.
[3] أحمد بخيت الغزالي وأحمد يعقوب العطاوي، مرجع سابق، ص: 25.

المطلب الثاني: دور المرجعية الفقهية والمذهبية في نظام الأحوال الشخصية بالبحرين

من المعلوم أن المذهب المالكي نبع في المدينة المنورة[1]، موطن إمام دار الهجرة مالك بن أنس رحمه الله، ففيها تفجر ومنها انتشر وانتقل مع تلاميذ الإمام مالك الوافدين عليه من مختلف أقطار العالم الإسلامي، فالمدينة المنورة كانت قاعدة الانطلاق لهذا المذهب، ثم انتشر بعد ذلك في جهات مختلفة من الحجاز، ثم دخل مصر البلد الذي احتضنته بعد المدينة المنورة، وانتقل إلى العراق ودخل خرسان ودخل بلاد فارس والشام.

يقول بشار الحادي:" لا نعلم حقيقة متى دخل مذهب الإمام مالك [2]إلى البحرين لكنه قديم جدا وتشير الوثائق إلى أن دخوله تجاوز السبعة قرون ففي عصر الجبور أجود بن سيف العقيلي الجبري (821 هـ- 902هـ) كان هناك اهتمام كبير بالمذهب المالكي وبالعقيدة، فقد قال عنه الحافظ السخاوي في كتابه الضوء اللامع :

"وله إلمام ببعض فروع المالكية واعتناء بتحصيلهم"[3].

ومن العلماء الذين استقدمهم أجود بن سيف لنشر المذهب المالكي في البحرين من أهل المغرب من المالكية:

- العلامة الشيخ عبد الله بن فارس الجمال الطاغي البرنوسي التازي، أحد جلة المتكلمين المغاربة في عصره، وتوفي بمكة المكرمة سنة 894هـ رحمه الله.

---

[1] ترتيب المدارك، ج، 25/1، مصطفى الهروس:"التراث المالكي في الغرب الإسلامي"، سلسلة ندوات ومناظرات ، كلية الآداب والعلوم الإنسانية الدرالبيضاء، س، 1998 ، ص:207.

[2] المخطوطات تؤكد على قدم مذهب مالك: فقد ورد في فهرس مخطوطات البحرين للدكتور علي أبا حسين مانصه (1/106) ما نصه:" موطأ الإمام الجزء الأول والثاني الناسخ يحيى جمال الدين أبي المكارم محمد بن أبي أحمد الأندلسي سنة النسخ 707 "، وهذه المخطوطة تعد من أقدم مخطوطات موطأ مالك على مستوى الخليج إذ لها الآن أكثر من سبعمائة عام وقد اطلعت على هذه النسخة شخصيا وهي في حالة ممتازة"، من مدونة بشار الحادي.

[3] بشارة الحادي:" مدونة بشار الحادي "، صفحة تعنة بتاريخ البحرين والخليج العربي ، الثلاثاء 24 يونيو 2014، شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن السنحاوي، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع"، (831ه/902 ه).

- العلامة خليفة بن عبد الرحمن المتناني المالكي المذهب المغربي البجائي أحد الفضلاء الصلحاء قدم مع بني جبر حكام الحسا[1] في القرن التاسع الهجري[2].
- العلامة حسن بن عمر الأنصاري المغربي الأصل المدني المالكي ويعرف بابن زين الدين من علماء المالكية الذين استقدمهم الجبور إلى البحرين للقضاء ولتدريس المذهب المالكي[3].

ومن أهل البحرين من المالكية:

- الشيخ عبد الله بن محمود الأنصاري المالكي(1495- بعد 1536م).
- الشيخ أحمد بن حسن الأنصاري المالكي(1590- بعد 1620م) من أهل السنة والجماعة على مذهب الإمام مالك[4].

وبما أن المذهب المالكي مذهب رسمي في مملكة البحرين فإنه يلعب كذلك دورا تكميليا داخل قانون الأسرة البحريني، وعلى هذا الأساس سنتناول هذا المطلب كما يلي:

الفقرة الأولى: مذهب الإمام مالك مذهب رسمي بالبحرين

الفقرة الثانية: أصول المذهب المالكي التي تستوجب الرجوع إليها

الفقرة الثالثة: أقوال الفقهاء في المذاهب السنية الأربعة

الفقرة الرابعة: تسبيب الحكم

[1] مدينة توجد في المنطقة الشرقية بالمملكة العربية السعودية على حدود البحرين.

[2] الضوء اللامع السخاوي، 719.

[3] شمس الدين محمد بن عبدالرحمن السخاوي:"الضوء اللامع في أعيان القرن التاسع"، (831هـ - 902 ه)-.

[4] بشار أحادي:"الجذور التاريخية لسكان البحرين"، مخطوط بعنوان الروض الزاهر المستخلص من زيجي الديلمي والنجراني الفاخر لرئيس البحار سليمان بن أحمد المهري القضاعي المتوفى حوالي 1553م مكتبة الشيخ نظام يعقوبي الخاصة بالبحرين،والشيخين الجليلين عبد الله بن محمود الأنصاري المالكي وأحمد بن حسن الأنصاري المالكي من قبيلة الخزرج الأنصار الذين نزحوا من الجزيرة العربية وسكنوا جزيرة سماهيج من جزر البحرين.

الفقرة الأولى: مذهب الإمام مالك مذهب رسمي بالبحرين

منذ عام 1197 هـ عند دخول الفاتح إلى البحرين أصبح المذهب الرسمي لمملكة البحرين هو المذهب المالكي، فقد تولى قضاء المالكية العالم الفاضل القاضي الشيخ محمد بن راشد الحسيني قاضي المنامة، ثم تولى بعده القاضي الشيخ عبد اللطيف بن محمد آل سعد، ومما يؤكد على أن مذهب البحرين مالكي ما ورد في نص قانون أحكام الأسرة رقم(19 سنة 2009م)، حيث نصت المادة الثالثة على ما يلي:

"فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون يحكم القاضي بالمشهور في المذهب المالكي". هذه الإحالة المنصوص عليها في القانون تفترض في القاضي الشرعي إلمامه ومعرفتة بكيفية استنباط الأحكام الشرعية في النوازل المعروضة عليه من خلال الاعتماد على الأقوال الفقهية داخل كتب الفقه المالكي[1].

والرجوع إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك رضي الله عنه وفقا للنصوص التشريعية الأربعة المشار إليها أعلاه، مسألة قانونية يجب على قاضي النقض أن يراقب إعمالها من طرف قاضي الموضوع[2]، وهي قاعدة قانونية عامة، بمقتضاها يعتبر الفقه المالكي مصدرا تكميليا للمدونة وسندا يعتمد عليه القضاء في إعمال قواعد هذا الفقه، وتتخذ القواعد الفقهية المحال عليها، صفة قواعد قانونية غير مقننة يتعين الرجوع إليها[3].

- فما هي أصول الفقه المالكي التي يجب على القاضي الرجوع إليها؟

---

[1] العلم والفن والصياغة تتطلب الولوج الفعلي للمختبر للقيام بتشريح المسائل والوقوف على عللها قصد تقديم الجواب الشافي لتطلعات المستهدفين.

[2] - محمد الكشبور:" رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، عين الشق الدار البيضاء، سنة 1986، الجزء الأول ص: 127.

[3] - عبد المجيد غميجة، مرجع سابق، ص:310.

الفقرة الثانية: أصول المذهب المالكي التي تستوجب الرجوع إليها

للمذهب المالكي أدلة نقلية هي الكتاب والسنة وعمل أهل المدينة وفتوى الصحابي والإجماع، وله أدلة عقلية هي القياس والاستحسان والاستصحاب وسد الذرائع وله أدلته الخاصة التي فرضتها كثرة النقول[1]، والروايات والاجتهادات مع تباينها في العديد من الأحيان، وتتمثل هذه الأدلة في المتفق عليه والقول المساوي لمقابله، وفي الراجح والمشهور وفيما جرى به العمل.

يقول الأستاذ محمد الكشبور:" والذي نريد أن ننبه إليه أن الرجوع إلى الفقه المالكي لاعتماده بشأن تكملة ما سكتت عنه مدونة الأسرة، يقتضي الإلمام بأدلة المذهب من عامة وخاصة، وبدون الإلمام بتلك الأدلة التي تمثل أدوات المجتهد لا يكون هناك رجوع إلى ذلك المذهب وإنما هو الخبط العشوائي والجهالة الجهلاء[2].

وإذا كان المذهب المالكي يلتقي مع المذاهب الأخرى في أكثر الأصول، فإنه ينفرد ببعضها كعمل أهل المدينة، وإكثاره من العمل بالبعض الآخر، كالمصالح المرسلة، وسد الذرائع، وقد ذكر الشيخ الكتاني[3] أن خصائص مذهب مالك هي عمل أهل المدينة والمصلحة المرسلة وسد الذرائع، ومراعاة الخلاف.

ولهذا سنتطرق إلى الخصائص والأدلة التي يستند إليها المذهب المالكي في النوازل المعروضة أمامه

---

[1] الشاطبي، الموافقات، الجزء الثالث، ص 41.

[2] محمد الكشبور،مرجع سابق،ص 70.

[3] محمد أحمد شقرون:"مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية"، دار البحوث للدراسات وإحياء التراث، دبي، الطبعة الأولى1423ه /2002م ،ص،93.

عمل أهل المدينة:

ذهب مالك إلى أن المدينة هي دار الهجرة وبها تنزل القرآن، وأقام رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقام صحابته، وأهل المدينة أعرف الناس بالتنزيل، وهذه ميزات ليست لغيرهم، وعلى هذا الحق لا يخرج عما يذهبون إليه[1]، فيكون عملهم حجة يقدم على القياس، وعلى خبر الواحد [2].

وللمدينة المنورة اعتبار خاص، لا تشاركها فيه مدن الأمصار الأخرى، فهي دار السلام الأولى، ومهبط الوحي، وأرض ضمت جسد الرسول صلى الله عليه وسلم، ومركز الخلافة الراشدة، وموطن أكثر الصحابة الأجلاء علما وعملا ومنزل أفاضل العلماء من التابعين و تابعيهم[3]، وفوق هذه الأرض الطاهرة رأى الإمام مالك رضي الله عنه النور، وتعلم وعلم وتلقى من شيوخه الكرام ما لاحظوه من سابقيهم، ما حملوه عن النبي صلى الله عليه وسلم من مسائل العلم والعمل، فكانت هناك أمور تلقاها الإمام مالك ووعاها لم يتيسر الاطلاع عليها من غيره من الأئمة الآخرين وهذه الأمور هي التي اصطلح عليها بعمل أهل المدينة[4].

وعمل أهل المدينة هو ما اتفق عليه العلماء والفضلاء بالمدينة كلهم أو أكثرهم، في زمن مخصوص سواء أكان سنده نقلا أو اجتهادا[5]، فعمل أهل المدينة مؤلف من أمرين:

---

[1] مناع القطان، مرجع سابق، ص، 353.

[2] في كتاب الإمام مالك إلى الليث بن سعد :" إن الناس تبع لأهل المدينة، التي إليها كانت الهجرة ، وبها تنزل القرآن".مناع القطان، نفس المرجع، ص، 353.

[3] ترتيب المدارك للقاضي عياض، ج 1،ص ، 36، وما يليها/محمد أحمد بن شقرون ، مرجع سابق، ص، 286.

[4] عمر الجيدي:" العرف والعمل في المذهب المالكي"، مطبعة فضالة، المحمدية، دط، س 1407ه/1984م، ص 269.

[5] - نجيبة أغرابي:" القاضي برهان الدين ابن فرحون وجهوده في الفقه المالكي"، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1421هـ/2000م،ص،107.

- طريق نقلي مبني على الملاحظة والمشاهدة.
- طريق اجتهادي[1].

واستدل المالكية على اعتبار عمل أهل المدينة، وحجيته كمصدر من مصادر التشريع بأدلة من السنة والأثر والعقل، فمالك يرى تقديم عمل أهل المدينة ويأتي عنده في الدرجة الثانية للإجماع، ولا يشترط في الخبر الواحد أن يعضده الفعل، وإنما العمل عنده مقدم عليه، فإن لم يوجد عمل، وجب المصير إلى الخبر الواحد والعمل به مهما صح أو حسن لديه دون اشتراط شهرة أو غيرها[2].

1. المتفق عليه:

ويقصد به اتفاق أهل المذهب المالكي دون غيرهم من المذاهب الأخرى، ويتميز المتفق عليه في المذهب عن الإجماع، إذ الأول يشبه الإجماع داخل المذهب، وأما الثاني فهو عام لسائر المذاهب ومنه المذهب المالكي، وأنه أحد الأدلة العامة التي تؤخذ منها الأحكام[3].

ويقال عن الحكم إنه متفق عليه، إذا اتفق على القول به جميع فقهاء المذهب المعتد بهم، وكثيرا ما يعبرون عنه بقولهم: الحكم كذا اتفاقا، أو باتفاق، أما إذا أشاروا في بعض المسائل إلى الإجماع فإن المراد به اتفاق جميع العلماء[4].

---

[1] - أحمد محمد نورسيف:"عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين"، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثالثة، 1423هـ/2002م ، ص،114.

[2] عمر الجيدي ، المرجع السابق، ص:287.ومن أمثلة مسائل عمل أهل المدينة في الزواج والطلاق: أن الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث تطليقات، فمذهب الإمام مالك رحمه الله أن ذات الطلقة الواحدة والطلقتين ترجع إلى زوجها الأول بما عليها من طلاق، ولو تزوجت بعد تطليقها زوجا آخر، لأن الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث عند أهل المدينة بلا خلاف، وأيضا تأبيد الفرقة بين المتلاعنين، فمن لازم اللعان الفرقة بين الزوجين وهي عند الإمام مالك رحمه الله أبدية وإن أكذب الزوج نفسه، لعمل أهل المدينة بلا شك ولا اختلاف.مالك بن أنس، الموطأ، دار الحديث مصر، 1421هـ-2001، دون ذكر رقم الطبعة ص:411و422.

[3] محمد رياض، مرجع سابق،ص:471.

[4] عبد العزيز بن صالح الخليفي:" الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، مصطلحاته وأسبابه"، مطبعة الأهلي، قطر، الطبعة الأولى،س1414ه/1993م، ص،170نقلا عن، ابن علي ابن فرحون :"كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب"، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، س، 1990م، ص: 114.

فالقاضي حين يرجع إلى أمهات المذهب في الفقه والمصنفات المعتمدة في الفتوى يجب عليه مراعاة المنصوص عليها بلفظ الاتفاق أو اتفاقا، وبما يفهم منه عدم الاختلاف في المذهب وهذا هو السر الذي يفرض التأني وعدم العجلة في إصدار الفتوى، وكما يحصل للإمام مالك رضي الله عنه في تأنيه وتشبثه وقد أشير إليه في منهجيته في الفتوى[1].

2. القول المساوي لمقابله:

ويكون القول مساويا لمقابله حيث لا رجحان بينهما، وذلك إذا تعادل القولان من جهة الدليل أو من جهة القائلين بهما، أو أن يجد المقلد قولين، ولم يبلغه عن أحد من أئمة المذهب في بيان الأصح منهما، إما بصيغة الترجيح أو التشهير[2].

وقد قيل إنهما يتساقطان بمعنى أنه لا يعمل بأحد منهما، وقيل يقضي بأحدهما وخاصة متى ترجح لدى القاضي، وقيل إن القاضي لا بد أن يختار واحدا منهما يقضي به، شرط أن يبتعد عن الهوى[3]، تطبيقا لقول الله تعالى : ﴿**وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم**﴾[4].

3. الراجح

تعني كلمة الراجح في اللغة: القوي، والوازن، ورجحت الشيء: فضلته وقويته[5].

وأما في الاصطلاح، فحسب أكثر علماء المذهب هو ما قوى الدليل على أنه قول مالك، وإن قل عدد القائلين به، فقوته تنشأ من الدليل نفسه من غير نظر للقائل به[6].

---

[1] محمد رياض، مرجع سابق، ص، 471 و 472.

[2] - عبد العزيز بن صالح الخليفي، مرجع سابق، ص،186.

[3] - محمد رياض، مرجع سابق، ص،509، محمد الكشبور:"شرح مدونة الأسرة"، مرجع سابق، الجزء1،ص،53.

[4] - سورة المائدة الآية: 51.

[5] أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: "لسان العرب"، دار صادر بيروت، دط، دس، الجزء 2 ص، 445، مادة ، رجح.

[6] - محمد عرفة الدسوقي:" حاشية الدسوقي على الشرح الكبير"، دار الفكر دط،دس، الجزء الأول ص:20.

يرى جانب من الفقه أن الراجح ويقابله القول الضعيف هو الحكم الذي قوي الدليل على أنه رأي الإمام مالك، أو أنه المتأخر من أقواله أخذا بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأن المتأخر من الأحكام يلغي المتقدم منها عند التعارض فيما بينهما، غير أن الأمر قد يتجاوز ذلك عندما يكون الراجح ما له دليل قوي في الشريعة الإسلامية عموما[1].

4. المشهور:

المشهور في اللغة: الظاهر وجاء في لسان العرب: "الشهرة ظهور الشيء في شنعته حتى يشهره الناس.

وفي الحديث:"من لبس ثوب الشهرة ألبسه الله يوم القيامة ثوب مذلة"[2] وقال الجوهري الشهرة وضوح الأمر"[3].

وفي الاصطلاح: تعددت الأقوال في تعريف معنى المشهور، فقيل: ما قوى دليله فيكون بمعنى الراجح، وقيل: ما كثر قائله وهو المعتمد، وقيل، هو قول ابن القاسم في المدونة[4]، والذي رجحه ابن عرفة الدسوقي: ما كثر قائله أي لا بد أن يزيد قائله على ثلاثة، أي لا يقال في حكم إنه مشهور إلا إذا حكم به أكثر من ثلاثة من العلماء، ولذلك يسميه الأصوليون المشهور والمستفيض، ولا يراد به ما اشتهر على ألسنة الناس من العامة، بل الحديث الذي روته الجماعة ثلاثة أو أكثر[5].

---

[1] محمد الكشبور، مرجع سابق، ص، 71.

[2]- روي عن عثمان بن أبي زرعة، عن مهاجر، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من لبس ثوب شهرة ألبسه الله يوم القيامة، ثوب مذلة".

أخرجه ابن ماجة: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، المكتبة العلمية بيروت لبنان، دون ذكر الطبعة، والتاريخ الجزء 2 ص:32، باب من لبس شهرة من الثياب رقم الحديث 3606، أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، دار الحديث حمص سورية، الطبعة الأولى 1393هـ1973م. الجزء 4 ص: 314، باب في لب الشهرة، رقم الحديث: 4029.

[3] - ابن منظور، مرجع سابق، الجزء 4 ص:43، مادة شهر.

[4] - ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب، مرجع سابق، ص:62.

[5] - عبد العزيز بن صالح الخليفي، مرجع سابق، ص:173.

في حين يرى البعض الآخر أن المشهور هو الرأي الذي كثر القائلون به بغض النظر عن قوة أو ضعف الدليل الذي يستند إليه، حيث يعتبر المشهور غير الراجح وأدنى منه مرتبة وحجة، والكثرة هنا تقوم مقام الدليل لأنها مظنة له عند المقلد، وفي بعض الأحيان عند المجتهد أيضا[1].

5. ما جرى به العمل:

تطلق عبارة ما جرى به العمل من مذهب مالك غالبا على الاجتهادات القضائية والفقهية التي خالفت الراجح أو المشهور في المذهب لظروف اقتضت ذلك كدرء مفسدة أو جلب مصلحة[2].

فما جرى به العمل إذن هو العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف، رعيا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية أو هو اختيار قول ضعيف والإفتاء به بعد اختياره، لسبب اقتضى ذلك[3].

ويرى أغلب المهتمين بأن "ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك"، يجد سنده وأصله في أصول من الأصول المهمة التي ينفرد بها المذهب المالكي، ويتعلق الأمر هنا بعمل أهل المدينة الذي انبثق عنه فيما بعد عمل أهل قرطبة بالأندلس المسلمة ثم أهل فاس، فمراكش، فسوس بالمغرب"[4].

[1] ابن فرحون ، مرجع سابق، ص، 50.
[2] - محمد الكشبور، مرجع سابق، الجزء 1 ص،46.
[3] - عمر الجيدي، مرجع سابق، ص، 342.
[4] محمد الكشبور، نفس المرجع،ص 75.عبد السلام العسري، "نشأة نظرية الأخذ بما جرى به العمل عند فقهاء المغرب والأندلس "، مقال منشور بمجلة دار الحديث الحسنية، العدد الثالث،ص ، 321 و 322.

6. سد الذرائع

الذرائع ، جمع ذريعة، وعرفها القرافي في "الفروق"بأنها : هي الوسيلة إلى الشيء وعرفها الشاطبي في "الموافقات" بأنها: التذرع بفعل جائز إلى عمل غير جائز[1]، وقد أكثر مالك إكثارا شديدا من العمل بسد الذرائع حتى اعتبر بعض العلماء العمل بها من خصوصية مذهبه، يقول الشاطبي في "الاعتصام": وكان مالك رحمه الله شديد المبالغة في سد الذرائع.

وإفضاء الأمور الصالحة إلى مفاسد شيء شائع في كثير من الأعمال، بل ربما كان ذلك الإفضاء على الفاسد غير حاصل إلا عند كمال الأمور الصالحة، واعتبار الشريعة لسد الذرائع يحصل عند ظهور غلبة مفسدة المآل على مصلحة الأصل فهذه هي الذريعة الواجب سدها، لأن مقصد سد الذرائع مقصد تشريعي عظيم استفيد من استقراء تصرفات الشريعة في تشريع أحكامها وفي سياسة تصرفاتها مع الأمم[2].

ومن أمثلة عمل مالك بسد الذرائع أنه أفتى لمن رأى هلال شوال وحده ألا يفطر لئلا يكون ذريعة إفطار الفساق محتجين بما احتج به[3].

7. المصلحة المرسلة:

هي التي سكتت عنها النصوص الخاصة، فلا هي اعتبرتها، ولا هي ألغتها، وكانت ملائمة لتصرفات الشارع، بحيث يوجد لذلك المعنى جنس اعتبره الشارع في الجملة بغير دليل معين[4].

---

[1] وعامة ما ورد في معناها يؤولل إلى: ما كان ظاهره الإباحة، ويتوصل به إلى فعل فعل محظور، والمراد بسد الذريعة الحيلولة دونها، والمنع فيها، لأن ما يؤدي إلى المفسدة و= إن كان مباحا =يكون مفسدة، فيجب الامتناع عنه ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح.انظر، مناع القطان، مرجع سابق، ص: 355.

[2] محمد الطاهر ابن عاشور:" مقاصد الشريعة الإسلامية"، م س، ص: 32.

[3] مناع القطان، مرجع سابق، ص، 356.

[4]- محمد أحمد بوركاب، المصالح المرسلة وأثرها في مدونة الفقه الإسلامي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الطبعة الأولى، س، 1423ه/2002 م، ص:120.

والمالكية لا تأخذ بها على الإطلاق، بل تأخذ بها شريطة أن تكون ملائمة لمقاصد الشارع، قال القرافي: "وأما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا، وإذا تفقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا وجمعوا وفرقوا بين المسألتين، لا يطلبون شاهدا بالاعتبار، لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرقوا،[1] بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، فهي حينئذ في جميع المذاهب"[2].

الفقرة الثالثة: أقوال الفقهاء في المذاهب السنية الأربعة

نصت المادة الثالثة من قانون أحكام الأسرة على ما يلي:" .....فإن لم يوجد أخذ القاضي بغيره من المذاهب الأربعة لأسباب يبينها في حكمه"، والإحالة على مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي يكون نتيجة لغياب تقنين كلي ورسمي لقواعد الفقه الإسلامي في مادة الأحوال الشخصية[3]، وبذلك يكون إقرار الإحالة على المذاهب الأربعة قد هيأ للمشرع الأرضية المناسبة لرسم القاعدة القانونية لمعالجة النازلة، إما من خلال المذهب المالكي أو المذاهب الأربعة أو القواعد الفقهية، وهذه دلالة صريحة وواضحة على التوسعة التي أحاط بها المشرع البحريني نصوص قانون أحكام الأسرة من خلال وضعه لمنظومة شرعية قانونية متكاملة، فما على القاضي إلا أن يفرغ هذه المقتضيات وفق الوقائع مراعيا الإجراءات الشكلية للتقاضي إلى حين صدور الحكم.

---

[1] إدريس القرافي:"شرح تنقيح الفصول"، مكتبة الكليات الأزهرية،القاهرة مصر،الطبعة الأولى ،س، 1393ه/1973 م ، ص، 448.

[2] واتفق المالكية على اشتراط ضابطين لاعتبار المصالح المرسلة:

الأول: أن تكون معقولة المعنى في حد ذاتها، جارية على الأوصاف المناسبة بحيث إذا عرضت على أهل العقول السليمة تلقتها بالقبول.

الثاني: الملاءمة بين المصلحة المرسلة ومقاصد الشرع، بحيث لا تنافي أصلا من أصول ولا تعارض دليلا من أدلته القطعية، بل ينبغي أن تتفق مع المصالح التي يقصد الشارع إلى تحصيلها[2].

ويزيد الشاطبي شرطا ثالثا وهو أن يكون في الأخذ بها حفظ أمر ضروري أو رفع حرج لازم في الدين.

انظر،أبو إسحاق إبراهيم الشاطبي:" الاعتصام"، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، س، 1418هـ/1997م الجزء الثاني ،ص،632.

[3] - عبد المجيد غميجة، مرجع سابق، ص:310.

والقاضي عندما يقوم بذلك لتكميل عمل المشرع في إطار اجتهادي[1]، فهو لا يتحول إلى مشرع ولا يخرق مبدأ الفصل بين السلط، بل المشرع نفسه قد قرر صراحة أنه يجب على القاضي أن يصدر حكما في كل نازلة تعرض عليه، وأنه لا يمكنه أن يتذرع، لعدم إصدار ذلك الحكم، بسكوت المشرع أو بنقصان أو غموض النصوص، وإلا عد منكرا للعدالة[2].

فانفتاح قانون أحكام الأسرة [3]على بقية المذاهب[4] يهدف تحقيق الصالح العام، لأن في كل مذهب بعض المزايا والحلول قد لا توجد في غيره، فليس أحد من أئمة المذاهب عنده أحسن الفهوم الاحتمالية لنصوص القرآن والسنة النبوية والقواعد المستنبطة منهما، وما يضيق عن حله مذهب من المذاهب[5] قد يتسع له مذهب آخر.

فالرجوع إلى المذاهب لا يكون على سبيل المفاضلة فيما بينها أو لإقرار صواب مذهب على[6]غيره، بل لكل قواعده وأصوله التي تحكمه في استنباطه وكل منها لا يخرج عن دائرة الخطأ والصواب وهو ميزان الأئمة في تعاملهم مع اختلافات

---

[1] الاجتهاد: لغة استفراغ الوسع لتحصيل أمر شاق، واصطلاحا: استفراغ الفقيه وسعه لدرك حكم شرعي،ابن النجار الحنبلي،مرجع سابق، ص،231/ المصباح المنير، 1/ 155.

[2] - محمد الكشبور، أحكام الزواج والانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى، مرجع سابق، ص:113.

[3] زكي الدين شعبان:" مرونة الفقه الإسلامي وإبطال جموده"، مجلة الحقوق الكويتية، 1982، العدد 2، ص:232.

[4] المذاهب الفقهية التي ظهرت بعد عصر الصحابة وكبار التابعين يعدها بعضهم ثلاثة عشر مذهبا، وينسب جميع أصحابها إلى مذهب(أهل السنة) الذي كان وبقي مذهب جماهير المسلمين وعامتهم، ولكن لم ينل حظ التدوين سوى فقه ثمانية أو تسعة من هؤلاء الأئمة، وقد تباين ما دون من فقههم فحظ بعضهم بتدوين كل فقهه، على حين اقتصر على بعضه بالنسبة للآخرين، ومما دون لهؤلاء وهؤلاء عرفت أصول مذاهبهم ومناهجهم الفقهية وهؤلاء هم :أولا :الامام أبو سعيد الحسن بن يسار البصري توفي سنة(110 ه)، ثانيا: الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي توفي سنة (150ه) ثالثا: الأوزاعي أبو عمر عبد الرحمن بن عمرو بن محمد توفي سنة(157ه)، رابعا: الإمام سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري توفي سنة (160ه) ، خامسا: الإمام الليث بن سعد توفي سنة(179ه)، سادسا: الإمام مالك بن أنس الأصبحي توفي سنة(198ه)، سابعا: الإمام سفيان بن عيينة توفي سنة(198ه)، ثامنا: الإمام محمد بن إدريس الشافعي توفي سنة (204ه)، تاسعا: الإمام أحمد بن محمد بن حنبل توفي سنة(241ه)، وهناك الإمام داود بن علي الأصبهاني البغدادي المشهور بالظاهري نسبة إلى الأخذ بظاهر ألفاظ الكتاب والسنة توفي (241ه)، وغير هؤلاء كثير أما الذين تأصلت مذاهبهم وبقيت إلى يومنا هذا، ولا يزال لها الكثير من المقلدين في ديار الإسلام كلها، ولا يزال فقههم وأصوله مدار التفقه والفتوى –عند الجمهور- أولئك هم الأئمة الأربعة: أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد، جابر فياض العلواني:" أدب الاختلاف في الإسلام"، الطبعة الأولى، سلسلة فصلية تصدر عن المحاكم الشرعية والشؤون الدينية، جمادى الأولى 1405ه، ص: 89و90و91.

[5] ويقال:|"أن حوادث الخلائق على اختلاف مواقعها وتشتتاتها مرموقة بعينها أو ما يدل عليها، بل قد تكلم الفقهاء على أمور لا تقع أصلا، أو تقع نادرا، وأما ما لم يكن منصوصا فنادر.... أو يقال المراد بالفقه ما يشمل مذهبنا وغيره، فإنه لا يجوز إحداث قول خارج عن المذاهب الأربعة"، در المحتار على الدر المختار المعروف، حاشية ابن عابد بن محمد أمين بن عمر عبد العزيز بن عابدين صححها مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي ط 1419،،1998، ص: 131،م، 1 لبنان.

[6] عبد الله أبو عوض، مرجع سابق، ص: 118.

الصحابة رضوان الله تعالى عنهم، فقد ذهب القاسم بن محمد إلى أن اختلافهم في ذلك إنما هو اختلاف توسعه، وأن أي قول من أقوالهم وأي عمل من أعمالهم أخذ به المسلم فهو حسن، وذهبت طائفة أخرى كالإمام مالك والليث بن سعد والأوزاغي وغيرهم إلى أن اختلافهم فيه الخطأ والصواب، وهذا يدفع بالقاضي إلى أن يرى في اختلاف المذاهب أنه من قبيل التوسعة لكن من جهة اجتهاداتهم لا من جهة التقليد لأن" التوسعة[1] في اختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم توسعة في اجتهاد الرأي، فأما أن تكون توسعة لأن يقول الإنسان بقول واحد منهم من غير أن يكون الحق عنده، ولكن اختلافهم يدل على أنهم اجتهدوا فاختلفوا".

الفقرة الرابعة: تسبيب الحكم

يقصد بتسبيب الحكم القضائي ذكر الأسباب[2] والعلل التي أدت إلى قناعة القاضي بما حكم به، وقد حرصت القوانين الحديثة على تطبيق هذا المبدأ وحثت عليه القضاة.

فما هو التسبيب؟ وهل القوانين الحديثة هي التي شرعت هذا المبدأ أم الفقهاء هم السباقون إلى ذلك؟

أولا: التأصيل الشرعي لتسبيب الحكم القضائي

التسبيب لغة مأخوذ من السبب، وهو كل ما يتوصل به إلى غيره كما يطلق على الحبل[3].

---

[1] الإمام الحافظ أبي عمر يونس بن عبد البر النمري القرطبي الأندلسي، جامع بيان العلم وفضله، مطبعة دار الفكر، م 2، ص، 100.
[2] ذياب عبد الكريم عقل وحسن تيسير:" ضمانت تحقيق العدالة القضائية المتعلقة بإصدار الحكم القضائي في الشريعة الإسلامية والقانون"، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، ص، 506.
[3] محمد الرازي:"مختار الصحاح"، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، س،1979، ص، 281.

يقول ابن منظور:"[1] والسبب هو الحبل الذي يتوصل به إلى الماء ثم استعير لكل ما يتوصل به إلى شيء".

وفي الاصطلاح:"هي المسألة الشرعية التي بني عليها الحكم، والشهادة والإقرار واليمين أو النكول عن اليمين والمبني عليه الحكم الواقع، ومن الفقهاء من عرف تسبيب الحكم الذي يصدر عن القاضي بأنه:"عبارة عن القواعد والأسباب التي تعين كيفية إظهار الحق وإثباته"[2].

فالتسبيب في الفقه الإسلامي ضرورة حتمية لإضفاء الصبغة الشرعية على الحكم وعند النظر في كتب الفقهاء، نجد أنهم سبقوا القوانين المعاصرة في استعمالهم هذا المبدأ.

يقول الإمام الشافعي رحمه الله[3]:" وأحب للقاضي إذا أراد القضاء أن يجلسه، ويبين له ويقول له احتججت عندي بكذا، وجاءت عليك البينة بكذا واحتج خصمك بكذا، فرأيت الحكم عليك من قبل كذا ليكون أطيب لنفس المحكوم عليه، وأبعد عن التهمة وأحرى إن كان القاضي قد غفل من ذلك عن موضع فيه حجة أن يبينه".

ويقول الماوردي رحمه الله:" فإذا استكتب القاضي من وصفنا، وأحضره مجلس حكمه، أجلسه في الاختيار عن يساره؛ ليثبت ما يحكم به من إقرار، أو سماع بينة أو تنفيذ حكم يذكر فيه المحكوم له والمحكوم عليه بأسمائهما وأنسابهما، وبقدر ما حكم به، وسبب حكمه من إقرار أو بينة"[4].

---

[1] ابن منظور:" لسان العرب"،(1/459).
[2] علي حيدر:" درر الحكام شرح مجلة الأحكام"، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، س1423ه، ص(4/208).
[3] النووي:" روضة الطالبي، ج11، ص، 162.
[4] الرملي:" نهاية المحتاج"، ج8، ص، 240-241، الهيتمي/ تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج10، ص 114-115.

ثانيا: أهمية التسبيب في تحقيق العدالة القضائية

يهدف تسبيب الأحكام القضائية إلى الارتقاء بمفهوم مبدأ تحقيق العدالة القضائية وتسخير كل الوسائل والآليات لتكريس حفظ الحقوق وتجنب التعسف والشطط في استعمال الحق لبناء مجتمع ديموقراطي وتحقيق العدل والإنصاف على النحو التالي:

- في تسبيب الحكم تكريس لحقوق الإنسان وتحقيق الأمن القانوني والقضائي للدولة.
- يشعر المحكوم[1]عليه بالطمأنينة، لأنه يعرف أن القاضي حينما أصدر حكمه؛ إنما أصدره بناء على أسباب حقيقية مقنعة وبالتالي يكون بعيدا عن تهمة المحاباة والظلم.
- ضمان إجراءات المحاكمة العادلة وتمكين المحكوم من الاضطلاع على الوقائع والحيثيات.
- تمكين محكمة النقض من المراقبة القانونية على الأحكام.

ولقد نص قانون الأسرة البحريني[2] رقم (2009/19) على وجوب أن يبين القاضي الأسباب والدوافع وراء إصدار الحكم، كما جاء في النص القانوني للمادة الثالثة:"..... فإن لم يوجد أخذ القاضي بغيره من المذاهب الأربعة لأسباب يبينها في حكمه"[3].

ويقول العلامة الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله تعالى:" ونحن نرى أن استخلاص قانون من الشريعة لم يعد أمرا سائغا فقط، بل أن يدخل بلادنا قانون أجنبي لم ينبع

[1] ذياب عبد الكريم عقل وحسن تيسير ، مرجع سابق، ص 507/ ابن نجيم:" البحر الرائق"، ج6، ص، 303.
[2] المادة الثالثة من قانون الأسرة البحريني، انظر موقع وزارة العدل.
[3]وتتلخص كيفية كتابة وتسبيب الحكم القضائي في أنه يبدأ بعرض الوقائع المتعلقة بموضوع الدعوى، ثم تعرض الأدلة المقدمة على صحة تلك الوقائع، وعلى المحكمة أن تحترم القواعد الموضوعية والإجرائية في الإثبات، بعدها تذكر مبررات رفض الدعوى وتورد القواعد القانونية المتعلقة بواقعة الدعوى، ثم تذكر القاعدة القانونية الموضوعية مع تبيان سبب الأخذ بهذه القاعدة القانونية ورفض ماعداها من قواعد تمسك بها الخصوم أو دفعوا بها، وأن تكون هذه الأسباب صحيحة وكافية لتبرير ما انتهى إليه الحكم، محمد خليفة حامد خليفة:" الرقابة القضائية على الأحكام الجنائية"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، س، 2011،ص،51.

من الإسلام، وبين أيدينا العبر، فمصر عندما تقاصر علماؤها عن أن يجمعوا قانونا من المذاهب الأربعة أدخل واليها إسماعيل القانون الفرنسي، ولا تزال مصر الإسلامية خاضعة لسيطرة ذلك القانون، ومع الأسى والأسف أخذ المبدأ يسري إلى البلاد العربية الإسلامية الأخرى إلا شبه الجزيرة العربية، فإنها إلى الآن بمنجاة فهلا سارع القائمون عليها، واتقوا الشر قبل وقوعه، ووضعوا القانون المسطور من الشريعة، إنه يجب العمل فالزمن يسير والقافلة تسير، ولا يصح أن تكون الجزيرة من المتخلفين[1]".

الفقرة الخامسة: القواعد الفقهية

نصت المادة الثالثة من قانون أحكام الأسرة على الرجوع إلى القواعد الفقهية وفق ما يلي:".....وإذا تعذر ذلك طبق القاضي القواعد الفقهية العامة في الشريعة الإسلامية".

ويقول زكي الدين شعبان:" فالأفضل من وجهة نظرنا عدم التقيد بمذهب واحد، لأن في كل مذهب بعض المزايا والحلول قد لا توجد في غيره، فليس أحد من أئمة المذاهب وأتباعهم معصوما ومحتما أن يكون عنده الصواب وعند غيره الخطأ، أو أن يكون عنده أحسن الفهوم الاحتمالية لنصوص القرآن والسنة النبوية والقواعد المستنبطة منهما، فعند كل منهم ما هو فاضل ومفضول، وما يضيق عن حله مذهب من المذاهب قد يتسع له مذهب آخر"[2].

فلا مناص إذن من الرجوع إلى الفقه الإسلامي[3] في كتبه المعتمدة لاستعراض أقوال الفقهاء وآرائهم استعراضا شاملا قصد الاستئناس بها، مع الاستعانة أيضا بقواعدهم

---

[1] محمد الزحيلي:" التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي"، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، س، 1432 ه/ 2003 م، ص، 217، عبد الرحمن عبد العزيز القاسم:" الإسلام وتقنين الأحكام في البلاد السعودية"، من تقديم الكتاب.

[2] زكي الدين شعبان:" مرونة الفقه الإسلامي وإبطال جموده"، مجلة الحقوق الكويتية، عدد 2، س، 1982، ص، 232.

[3] وهذا المعنى الأخيروالمقصود في نص المادة الثالثة، بل إن المنصوص عليه في المذكرة التفسيرية للوثيقة الدستورية التي تقول(....هذه النصوص قد جاءت لتؤكد ضرورة أن تكون الشريعة الإسلامية، بمعنى الفقه الإسلامي مصدرا رئيسيا للتشريع، وهي

الفقهية والأصولية، والمقارنة بما توصلوا إليه من أحكام في قضايا مشابهة، تقريبا من الحلول المتوخاة للقضايا المستجدة التي نبحث عن حلها[1].

ومن المؤسف حقا ما نلاحظه من أن الفقه الإسلامي أصبح معزولا عن الحياة العملية في البلاد الإسلامية جلها، وذلك فيما سوى أحكام العبادات والأحوال الشخصية، وحلت محله قوانين مدنية وضعية مستوردة مخالفة في كثير منها لقواعد ومبادئ شريعتنا السمحاء، ولعل من أهم أسباب ذلك قلة المشتغلين بالفقه وضعف مستواهم العلمي والفكري، فكانوا[2] غير قادرين على مواجهة متطلبات الاجتهاد وحل مشكلات العصور، وكانت الحلول المستوردة بما لها وما عليها هي الملاذ.

المطلب الثالث: تشكيل المحاكم الشرعية بالبحرين

تنقسم أنواع المحاكم في مملكة البحرين بحسب قانون السلطة القضائية إلى نوعين: محاكم القضاء المدني، ومحاكم القضاء الشرعي، حيث تختص محاكم القضاء المدني بالفصل في جميع المسائل التي ترفع إليها طبقا للقانون في المواد المدنية والتجارية والإدارية، وفي المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين وفي الجرائم[3]، وتختص محاكم القضاء الشرعي بالفصل في جميع المنازعات المتعلقة بأصول التركة وتصفيتها والتي تختص بنظرها المحكمة المدنية المختصة نوعيا[4].

وتنص المادة الرابعة من قانون 19 لسنة 2009 م من أحكام الأسرة البحريني على أنه:" بمراعاة أحكام المادتين 13و14 من السلطة القضائية الصادر بقانون رقم 42 لسنة 2002 م تسري أحكام هذا القانون على كافة المنازعات التي تدخل في ولاية

التي توجه المشرع وجهة إسلامية أساسية....أخ"، الغزالي أحمد بخيت، والمحيميد ياسر، نشر وزارة العدل والشؤون الإسلامية بمملكة البحرين 2011،ص، 41/28، والمراجع المثبتة هناك.

[1] عبد السلام السليماني:" الاجتهاد في الفقه الإسلامي"، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، س، 1996،ص، 454.

[2] محمد المهدي:" فلسفة نظام الأسرة مقاربات في ضوء الفقه والقانون والعمل القضائي"، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر،س، 2011، الرباط، ص: 26و27.

[3] المادة السادسة من قانون السلطة القضائية تحت رقم (2002/42م).

[4] علي عبد الله العرادي :"ترتيب المحاكم واختصاصاتها في مملكة البحرين"، بحث منشور بالنت، ص:2.

الدوائر القضائية الشرعية السنية"، حيث تنظمان اختصاص المحاكم الشرعية في البحرين، والتي تدخل في ولايتها منازعات الأحوال الشخصية للمواطنين المسلمين فيما عدا المنازعات المتعلقة بأصول التركة وتصفيتها فتختص بنظرها المحكمة المدنية المختصة نوعيا، أما المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية لغير المسلمين سواء كانوا من الأجانب أو من المواطنين، فقد عقد قانون المرافعات الصادر بقانون 12 لسنة 1971 م الاختصاص بنظرها للمحكمة الكبرى المدنية[1]، وتمتد ولاية القضاء البحريني على الأجانب وفق قواعد الاختصاص الدولي[2].

واستنادا إلى المادة 13[3] تتألف المحاكم الشرعية من:

- محكمة الاستئناف العليا الشرعية.
- المحكمة الكبرى الشرعية.
- المحكمة الصغرى الشرعية.

وتؤلف كل محكمة منها من دائرتين:

- الدائرة الشرعية السنية.
- الدائرة الشرعية الجعفرية.

الفقرة الأولى: اختصاصات المحكمة الصغرى الشرعية

تختص المحكمة الصغرى الشرعية بالنظر في الدعاوي المرفوعة أمامها وفق ما يلي:

- نفقة الزوجة ونفقة الصغير –بجميع أنواعها– والنفقات بين الأقارب وطلبات زيادتها أو إنقاصها أو إسقاطها.

[1] المادتان 1و 10 من قانون المرافعات، الصادر تحت رقم (1980/9م).
[2] المادتان 14و19من قانون المرافعات الصادر تحت رقم (1980/9م).
[3] المادة 13 من قانون السلطة القضائية، الصادر تحت رقم(2002/42م).

- حق الحضانة والطفل والحفظ والانتقال بالصغير إلى بلد آخر.
- إثبات الوراثة والإيصاء والوصية والهبة وضبط علامات الوراثة (الفريضة الشرعية).
- ضبط الحجج الشرعية والإشهادات بأنواعها وتوثيق المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية وكذا حجج الوقف وما يدخل عليها من تعديلات، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام قانون التوثيق.

الفقرة الثانية: اختصاصات المحكمة الكبرى الشرعية

- تختص المحكمة الكبرى الشرعية استنادا إلى الفصل[1] 18 بالحكم ابتدائيا في جميع الدعاوي المتعلقة بالأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الصغرى الشرعية.
- تختص المحكمة بالحكم النهائي فيما يستأنف إليها من أحكام صادرة من المحكمة الصغرى الشرعية

الفقرة الثالثة: اختصاصات محكمة الاستئناف العليا الشرعية

طبقا للمادة 19 [2]تخول لمحكمة الاستئناف العليا الشرعية بالفصل فيما يستأنف إليها من أحكام صادرة من المحكمة الكبرى الشرعية بصفة ابتدائية.

ويكون اختصاص محاكم القضاء الشرعي على أساس مذهب المدعي وقت رفع الدعوى، واستثناء من ذلك يكون الاختصاص في القضايا المترتبة على عقود الزواج على أساس المذهب الذي تم إبرام عقد الزواج على مقتضى أحكامه، ويتحدد ذلك حسب الدائرة الشرعية أو مأذونها الذي وثق عقد الزواج.

[1] المادة 18 من قانون السلطة القضائية الصادر تحت رقم(2002/42م).
[2] المادة 19 من قانون السلطة القضائية.

ويكون الاختصاص على أساس مذهب الزوج وقت إبرام عقد الزواج وذلك إذا لم يوجد عقد زواج موثق، أو إذا تم توثيق العقد خارج مملكة البحرين ولم يصدق عليه من أي من الدائرتين، ويكون الاختصاص بنظر المسائل المتعلقة بالميراث والهبة والوصية والوقف على أساس مذهب المورث أو الواهب أو الموصي أو الواقف.

المبحث الثالث: النظام القانوني لأحكام الأسرة في باقي دول مجلس التعاون الخليجي.

إن معظم قوانين الأحوال الشخصية في دول الخليج العربي لا تختلف في موادها القانونية كثيرا عن بعضها البعض بحكم الموقع الجغرافي الذي يعيشون فيه وتشابههم في أسلوب الحياة المحافظ، كما أن سريان نفس التوجه الفكري وطغيان الموروث الشعبي سواء في المأكل والملبس، أدى إلى اعتبار الخليج العربي مكانا واحدا يسكنه شعب واحد، أما بالنسبة لوحدة العقيدة والتاريخ والحضارة لم تكن الرابط الوحيد الذي يجمع بينهم، فقد مرت دول الخليج بنفس الظروف الاقتصادية والاجتماعية قبل مرحلة النفط مما دفع المجتمع الخليجي إلى إنشاء مجلس التعاون الخليجي في مايو/أيار من عام 1981م كتنظيم إقليمي ودولي جمع دول الخليج الستة (المملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة وقطر ومملكة البحرين والكويت وسلطنة عُمان)، ويهدف المجلس إلى تحقيق التنسيق والتكامل والترابط بين دولهم في جميع الميادين وصولاً إلى وحدتها، وفق ما نص عليه النظام الأساسي للمجلس في مادته الرابعة التي أكدت أيضا على تعميق وتوثيق الروابط والصلات وأوجه التعاون بين مواطني دول المجلس.

وجاءت [1]المنطلقات واضحة في ديباجة النظام الأساسي التي شددت على ما يربط بين الدول الست من علاقات خاصة، وسمات مشتركة، وأنظمة متشابهة أساسها العقيدة الإسلامية، وإيمان بالمصير المشترك ووحدة الهدف، وأن التعاون فيما بينها إنما يخدم الأهداف السامية للأمة العربية حيث جاء في المادة الرابعة من النظام الأساسي لمجلس التعاون أن المجلس يرغب في تحقيق التنسيق والتكامل والترابط في كافة المجالات الاقتصادية والاجتماعية والتعليمية والبحثية والثقافية والتشريعية والمواصلات، مع وضع أنظمة متماثلة فيما يتعلق بهذه المجالات، وفي هذا الإطار ظهرت فكرة توحيد قانون الأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي بهدف تنظيم التشريع الأسري الخليجي، حيث تم سن قانون للأحوال الشخصية ملائما لواقع وخصوصية المجتمع الخليجي بتقاليده وأعرافه.

فقد[2] صدر عن الأمانة العامة لمجلس التعاون لدول الخليج العربي قانون الأحوال الشخصية الذي سمي بوثيقة مسقط للنظام الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، والتي أقرها وزراء العدل بدول المجلس والنظام يتكون من 282 مادة اشتملت على الأحكام المتعلقة بالأسرة لكن هذه الوثيقة لم يتم تفعيلها إلى الآن.

المطلب الأول: التشريع الأسري في الكويت والإمارات العربية المتحدة

كانت شبه الجزيرة العربية على موعد تاريخي مع استكشاف حقول النفط، حيث أحدثت هذه التطورات تحولا شاملا تمثل في ازدياد الموارد المالية، وأثرت على مستوى الوضع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي لدول الخليج بشكل كبير ساهم في تسريع عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

[1] وقع المعرفة، مجلس التعاون الخليجي.
[2] وثيقة مسقط للقانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي .

وبما أن التشريع يعتبر أحد أهم الجوانب الاجتماعية، فقد ظهرت الأفكار الداعية إلى مراجعة الأحكام المنظمة للأحوال الشخصية منذ بداية القرن الماضي، ولقد صدرت[1] معظم القوانين العربية نتيجة للموازنة بين المرجعية الدينية الفقهية وبين المرجعيات القانونية الوضعية الحديثة ولم تكن تلك الموازنات فقهية أو أكاديمية بل كانت تحدث ضمن سياقات سياسية واجتماعية.

الفقرة الأولى: النظام القانوني لأحكام الأسرة في الكويت

أولا: صدور قانون 51 لسنة 1984

لقد عرفت فترة السبعينات غياب إطار تشريعي وطني ينظم قانون الأحكام الأسرية في الكويت إلى غاية فترة الثمانينات، حيث صدر قانون الأحوال الشخصية تحت رقم 51 لسنة 1984م يشتمل على 157 مادة، لكن كأي قانون يصدر لأول مرة لوحظ فيه مجموعة من الثغرات من بينها تقليصه لدور السلطة التقديرية للقاضي.

ويقول المحامي علي الرشيدي:"....ومن أهم الأسباب التي جعلت هذا القانون يبدو ظالما في أعين الناس أنه لا يأتي بقضية واحدة مدمجة وشاملة لا بل تتبعه عدة قضايا، وهذا ما يوسع دائرة الخلاف بين الأزواج ويعكر صفوهم لو كان لديهم نية في الإصلاح، والغريب بالأمر أن في قانون الأحوال الشخصية يتم إحالة الطرفين للصلح بعد رفع الدعوى للطلاق وهذا ليس من المنطق أبداً، فما دام الطرفان متفقين على الطلاق فلا داعي للصلح إن وصلا إلى عتبات المحاكم والصلح يجب أن يكون قبل رفع دعوى الطلاق".

وبعد القيام بمجموعة من المطالب من طرف النخب الفكرية ومن الباحثين القانونيين، أحالت الحكومة الكويتية إلى مجلس الأمة مشروع قانون بشأن تعديل

[1] موقع مؤمنون بلاحدود:"قوانين الأحوال الشخصية في الوطن العربي بين المرجعيات الدينية ومتطلبات العصر".

بعض أحكام قانون محكمة الأسرة، وأصدر المشرع الكويتي مجموعة من التعديلات بموجب القوانين تحت أرقام 61 لسنة 1996و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007[1].

ثانيا: صدور قانون 12 لسنة 2015

لقد كشف[2] التطبيق العملي لقانون الأحوال الشخصية 51 لسنة 1984 عن عدم كفايته لتحقيق أهداف وغايات التشريع الأسري والذي يتمثل في تحقيق الأمن والاستقرار الأسري في المجتمع، كما اتضح أيضا بعد الممارسة العملية لإجراءات التقاضي في المحاكم الشرعية عدم ملائمة نظر قضايا الأحوال الشخصية مع غيرها من القضايا الجزائية والمدنية في مكان واحد بدور العدالة وذلك لما يتسم به هذا النوع من القضايا بالخصوصية والحساسية التي تخص الأمور الأسرية الخاصة بالزوجين والأولاد.

ثالثا: مستجدات القانون 12 لسنة 2015

يحتوي هذا القانون على 17 مادة ويهدف إلى إزالة العراقيل والموانع التي تعترض طريق المرأة الكويتية في اقتضاء حقوقها الشرعية والمالية، والقانون خطوة حضارية تعكس حرص الكويت على الاهتمام بالمرأة وتقديرها للدور الذي تقوم به في المجتمع ومن أهم هذه المستجدات ما يلي:

- إنشاء محكمة للأسرة تختص بالنظر في جميع مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس والولاية على المال.
- إنشاء نيابة متخصصة بشؤون الأسرة تتولى المهام المخولة للنيابة العامة أمام محاكم الأسرة.

---

[1] انظر موقع وزارة العدل بالكويت.

[2] طارق عبد الرؤوف صالح رزق:" شرح قانون محكمة الأسرة الكويتي الجديد رقم 12 لسنة 2015"، الطبعة الأولى، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، س، 2017، ص: 7.

- إنشاء مكاتب لتسوية المنازعات الأسرية بدائرة كل محكمة جزئية تشكل من ذوي الخبرة من القانونيين والأخصائيين الاجتماعيين والأخصائيين النفسيين.
- إنشاء إدارة لتنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية مزودة بعدد كاف من مأموري التنفيذ ويشرف عليها قاض للتنفيذ من قضاة محكمة الأسرة تختاره الجمعية العمومية.
- استحداث قاضي الأمور الوقتية بمحكمة الأسرة وكل إليه أمر استصدار عريضة من المسائل المهمة على سبيل المثال: منح الإذن برؤية المحضون واستخراج جواز السفر، والسفر به خارج البلاد.
- إنشاء صندوق تأمين الأسرة لتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عن محكمة الأسرة من نفقة المطلقة أو الأبناء أو الأقرباء.

الفقرة الثانية: النظام القانوني لأحكام الأسرة في الإمارات العربية المتحدة

لقي موضوع الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة تجاذب فقهي بين علماء الإمارات الذين يرون أن التدوين سيؤدي إلى جمود أحكام الشريعة الإسلامية وسيغلق باب الاجتهاد، ويجعل القاضي رهين النصوص الواردة في النظام، رغم توفر كنز هائل في كتب الفقه الإسلامي والقائمة على نظام مؤسس على قواعد مضبوطة ومرنة قابلة للتطبيق في كل حين مهما اختلفت الأزمان وتنوعت البيئات، وبين تيار آخر فكري إيديولوجي حديث يرى أن التدوين سيؤدي إلى تحديد الحقوق والواجبات بشكل علني ومسبق، حيث يعرف كل شخص ما له وما عليه، ولا يترك مجالاً للاحتمالات والتعسفات.

فبعد المخاض العسير الذي خاضه مختلف التيارات تم إعداد أكثر من مشروع لقانون الأحوال الشخصية كان آخرها سنة 2002م لكنها باءت بالفشل إلى غاية سنة

2005م التي طبعت ميلاد أول قانون للأحكام الأسرية في الإمارات[1]، وقد جاء هذا القانون شاملا لمسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ووصية وميراث ضمن 363 مادة على النحو التالي:

- المواد من 1- 16 تناولها الكتاب الأول (الزواج المسائل المتعلقة به) .
- المواد من 17 -97 تناولها الكتاب الثاني (فرق الزواج).
- المواد من 159- 273 تناولها الكتاب الثالث (الأهلية والولاية).
- المواد من 274-363 تناولها الكتاب الرابع (التركات والمواريث).

والملاحظ على قانون الأحوال الشخصية الإماراتي أنه لم يلتزم بمذهب معين بل أخذ المشرع من المذاهب الأربعة.

المطلب الثاني: التشريع الأسري في سلطنة عمان وقطر

إن كل أمة من الأمم تسعى جاهدة من أجل سن قوانين واستحداث نظم من بيئة المجتمعات التي تعيش فيها، أما في سلطنة عمان وقطر، فالقوانين تستمد من الفقه الإسلامي الذي يعتبر خلاصة النظم وقمة القوانين لأنه يخاطب أبناء الدين والثقافة الإسلامية ويتناسب مع متطلباتهم وهو الأقرب إلى حل مشكلاتهم، فالدعوة إلى تقنين الفقه هي خدمته وترغيب الناس فيه وإخراجه من بطون الكتب إلى الفضاء الواسع.

الفقرة الأولى: النظام القانوني لأحكام الأسرة في سلطنة عمان

لعل قانون الأحوال الشخصية العماني هو من بواكير القوانين المستمدة موادها من الفقه الإسلامي في عمان، وقد صدر قانون الأحوال الشخصية العماني بمرسوم سلطاني رقم 32/ 97، وكان صدوره بتاريخ 28 من شهر محرم سنة 1418هالموافق 4 من يونيو سنة 1997م.

[1]ماجد أبو رخية وعبد الله محمد الجبوري، مرجع سابق، ص، 16و17.

ويحتوي قانون الأحوال الشخصية العماني على 282 مادة، ومقسم إلى خمسة كتب جاءت كما يلي:

- الكتاب الأول: الزواج ويشتمل على 79 مادة تناقش ما يتعلق بأحكام الخطبة، وأركان وشروط الزواج، ثم المحرمات على التأبيد، والمحرمات على التأقيت من النساء، ثم حقوق الزوجين.
- الكتاب الثاني: الفرقة بين الزوجين، ويبدأ من المادة 80 وينتهي بالمادة 137 ويناقش موضوع الطلاق والخلع والفسخ، وآثار الفرقة بين الزوجين من عدة وحضانة.
- الكتاب الثالث: الأهلية والولاية والرشد ويبدأ من المادة 138 إلى 197 ويعالج وضعية الغائب والمفقود.
- الكتاب الرابع: الوصية ويبدأ بالمادة 198 ويختتم بالمادة 231، ويتطرق المشرع إلى أركان وشروط الوصية، ثم الصيغة والموصي والموصى له.
- الكتاب الخامس: الإرث مع تحديد الورثة وحقوقهم ويبدأ هذا الكتاب من المادة 223، وينتهي في المادة 282.

الفقرة الثانية: النظام القانوني لأحكام الأسرة في قطر

يعد التشريع الوسيلة الأساسية لتنظيم شؤون المجتمع، وهو الأداة الرئيسية في تحقيق الضبط الاجتماعي اللازم لجميع المؤسسات، فالقانون يحدد الحقوق والواجبات للأفراد والمؤسسات، حيث يسعى إلى حماية الأسرة وأفرادها، وعلى غرار باقي دول الخليج العربي مر قانون الأحكام الأسرية في قطر بمجموعة من المراحل إلى غاية خروجه إلى حيز الوجود.

أولا: مشروع قانون الأحوال الشخصية في قطر

نظمت مجموعة من الندوات والأوراش العلمية مشتركة بين المجلس الأعلى للأسرة ومركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، وثم الاتفاق على أن الفقه مصدر رئيسي ومرجعية ضرورية في بنود قانون الأحوال الشخصية [1]ومن بين الإسهامات التي قدمها المجلس لإثراء بنود مشروع القانون تتمثل فيما يلي:

- تحديد السن الأدنى لتوثيق زواج الفتى ب18 سنة والفتاة ب16 سنة.
- وضع بعض الضوابط التنظيمية لتعدد الزوجات وأهمها توافر القدرة المالية عند الأزواج وتوثيقه في عقود الزواج مع إخطار الزوجة الأولى أو الزوجات بالإضافة إلى التأكد من القدرة المالية حفاظا على كيان الأسرة.
- ضرورة إجراء الفحص الطبي قبل الزواج واعتماد شهادة من الجهة الطبية المختصة لتوثيق العقد وخلوه من الأمراض الوراثية.
- منح القاضي سلطة إيقاع الطلاق خلعا إذا تعذر الصلح بين الزوجين خلال ستة أشهر.

ثانيا: صدور قانون الأسرة رقم 22لسنة 29 / 6 / 2006م

يعد قانون الأسرة لعام 2006م في دولة قطر من الانجازات التشريعية العربية والإسلامية المميزة حيث قدم معنى موسعاً لمفهوم الأحوال الشخصية، وتضمن العديد من المواد التي من شأنها معالجة كثير من القضايا الأسرية، كما أنه يحمل في طياته روح المواثيق والعهود الدولية.

ويحتوي قانون الأحكام الأسرية في قطر على 307 مادة مقسمة إلى خمسة كتب وجاءت كما يلي:

[1] جريدة الوطن، س، 2005/24/2.

- الكتاب الأول : مقدمات الزواج وأحكامه من المادة 5 إلى المادة 100.
- الكتاب الثاني: الفرقة بين الزوجين من المادة 101 إلى المادة 188.
- الكتاب الثالث: الأهلية والولاية من المادة 189 إلى المادة 190.
- الكتاب الرابع: الهبة والوصية من المادة 191 إلى 240.
- الكتاب الخامس: الإرث من المادة 241 إلى 301.

ولقد صدر هذا القانون بعد سنوات من الدراسة الموسعة والمناقشات المستفيضة التي وضعت في اعتبارها بناء وخصائص وعلاقات الأسرة.

وكما تم الالتزام بثوابت الشريعة الإسلامية، واختيار أقوى الأقوال الفقهية وأدلتها المناسبة لظروف القرن الحالي المكانية والزمانية دون عصبية مذهبية، فهذا القانون صالحا للاحتكام به لجميع المسلمين وأيضا لمن يرغب من غير المسلمين المقيمين في دوله قطر.

المطلب الثالث: الأنظمة القانونية للزواج المختلط بدول مجلس التعاون الخليجي وفي المملكة المغربية

إن الشريعة الإسلامية أعطت أهمية بالغة للأسرة سواء من حيث القواعد الأساسية والضوابط الشرعية للعلاقات الأسرية التي تنشأ بين أفرادها، رجالا ونساء وأطفالا أو من حيث النصوص القانونية لدول مجلس التعاون الخليجي الذي يؤكد على تعزيز دور الأسرة وحماية بقائها كنواة رئيسية تساهم في المحافظة على تماسك المجتمع مما يستوجب حمايتها من طرف الدولة، وبما أن الزواج المختلط يشكل وحدة اجتماعية ويسعى إلى تأسيس مشروع قانوني يتمثل في إنشاء أسرة متكونة في بنيتها من أطراف مختلفة من حيث الدين والعرق والجنس متباينة في انتمائها الفكري وقناعاتها الثقافية وتلعب العادات والتقاليد التي يحملها كل طرف في هذه العلاقة

الاجتماعية النبيلة والمكرمة من طرف كل الأديان لدليل على استمراريته خصوصا إذا كانت العلاقة الأسرية تقوم على نفس المبادئ والقيم والثوابت الإسلامية والعادات والتقاليد النابعة من الدين الإسلامي الحنيف كما هو الحال بدول مجلس التعاون الخليجي وبدولة المغرب.

وعلى هذا الأساس سيتم معالجة هذا المطلب من خلال التعرف على الدول التي تتطلب تصريح من وزارة الداخلية كالمملكة العربية السعودية ودولة قطر وسلطنة عمان، والدول التي تتطلب تصريح من نوع خاص كمملكة البحرين والإمارات العربية المتحدة ودولة الكويت.

وللإحاطة بالمنظومة القانونية لهذه الدول سنتطرق إلى النظام القانوني للزواج المختلط في دول مجلس التعاون الخليجي **(الفقرة الأولى)**، ثم النظام القانوني للزواج المختلط في المملكة المغربية**(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: الإطار القانوني للزواج المختلط في دول الخليج

الزواج ظاهرة اجتماعية حضارية نصت عليه كل الشرائع السماوية والفلسفات الباحثة عن سعادة الفرد والجماعة والتزام المتزوج أمام الله ورسوله على إقامة علاقة زوجية متينة تجلب السرور والفرح ويكون للمودة فيها مكانة كبرى تكفي لتضييق الفجوة بين الطباع الإنسانية شديدة الاختلاف، وهو مسؤولية تستوجب الاستقرار المادي والمعنوي كدعامة وركيزة لبناء مقدس يقوم على التفاهم والتبادل والحفاظ على استمراريته وتحصينه من الانهيار.

وسواء أكان زواجا عاديا أو مختلطا فهو يحمل في طياته نفس المبادئ النبيلة والأسس المتينة التي تهدف إلى الأمن والاستقرار ومن أهم مقومات نجاحه وأكبر عوامل ديمومته هو تحقيق التوافق الثقافي والنفسي والاجتماعي.

ولقد قيدت بعض الدول الخليجية زواج المواطن الخليجي من أجنبية بضرورة الحصول على تصريح إجباري صادر من وزارة الداخلية كما هو الشأن بالنسبة للمملكة العربية السعودية ودولة قطر وسلطنة عمان، أما فيما يخص المواطن البحريني والكويتي فيستوجب عليهما لإتمام شروط الزواج من أجنبية ضرورة الحصول على تصريح صادر من وزارة العدل يتم استلامه من المحكمة السنية أو الجعفرية إذا كان شيعيا، أما إذا كان المواطن عسكريا سواء أكان إماراتيا أو بحرينيا أو كويتيا فيستوجب إجبارية الحصول على تصريح من وزارة الدفاع.

أولا: الدول التي تتطلب تصريح وزاري

استنادا إلى القرار الوزاري رقم 6874 بتاريخ هـ1420/12/20هـ نظم المشرع السعودي لائحة زواج السعودية بغير السعودي والسعودي بغير سعودية في 6 مواد قانونية، كما وضع المشرع القطري قانون بشأن تنظيم الزواج من الأجانب تحت رقم (1919/21) يتكون من 13 مادة قانونية أيضا نظم المشرع العماني المرسوم السلطاني رقم 93/58 لأحكام تنظيم زواج العمانيين من أجانب والذي يتكون من 5 مواد قانونية.

أ- المملكة العربية السعودية

افتتحت المادة الأولى[1]من اللائحة القانونية المنظمة لزواج المواطنة السعودية من أجنبي أو المواطن السعودي من أجنبية:

- منع الوزراء ومن في مرتبتهم وأعضاء السلك القضائي.
- موظفو الديوان الملكي ومجلس الوزراء وأعضاء مجلس الشورى.

[1] القرار الوزاري رقم 6874 بتاريخ ه1420/12/20ه ،لائحة زواج السعودي بغير سعودية والسعودية بغير السعودي

- موظفو وزارة الخارجية الدبلوماسيون والإداريون ومنسوبي القوات المسلحة في وزارة الدفاع والطيران العاملون في المباحث والاستخبارات العامة عسكريين أو مدنيين.
- جميع الطلاب الذين يدرسون في الخارج.
- أعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام و موظفو الجمارك وآخرون يشغلون وظائف ذا أهمية خاصة وفقا لما تراه مراجعهم.

واستنادا إلى المادة الثانية فإن الموافقة على طلبات الزواج التي تقدم من غير الفئات الواردة في المادة الأولى بإذن من وزير الداخلية أو من يفوضه من جنسيات الدول العربية والإسلامية، كذلك يسمح بالزواج بين السعوديين ومواطني دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، بشرط ألا يكون من الفئات المشمولة بالمنع في حين أجازت المادة الرابعة للمولودات في المملكة من أمهات سعوديات وآباء غير سعوديين تتميم إجراءات توثيق زواجهن من السعوديين في المملكة بشرط ألا يكون السعودي راغب الزواج من الفئات المشمولة بالمنع.

كما أجازت المادة الخامسة للسعودي بالزواج من غير سعودية مولودة في المملكة من أبوين غير سعوديين، بشرط أن تكون شهادة ميلادها صادرة من سجل المواليد طبقا لنظام الأحوال المدنية وأن تحمل إقامة سارية المفعول أو تحمل تصريحا خاصا وألا يكون طالب الزواج من الفئات الممنوعة.

فالزواج الصحيح حسب القانون السعودي يشترط في الزوجة الأجنبية أو الزوج الأجنبي ألا يكون من غير المرغوب فيهم لأسباب تتعلق إما بشخصيته أو ديانته ويشمل ذلك الأشخاص المنتمين إلى المعتقدات التي لا تقرها الشريعة الإسلامية.

ب- دولة قطر

طبقا للمادة الأولى من قانون بشأن تنظيم الزواج من الأجانب فإنه يحظر على كل قطري أو قطرية فيما عدا مواطني دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية الزواج[1] من أجنبية وهم:

- الوزراء ووكلاء الوزارات ورؤساء مجالس إدارة المؤسسات.
- موظفو السلكين الدبلوماسي والقنصلي.
- ضباط وأفراد القوات المسلحة والمخابرات العامة والشرطة.
- طلاب البعثات الدراسية الدين يدرسون بالخارج.

ويجوز لمجلس الوزراء أن يضيف بقرار منه إلى الفئات المشار بعض المناصب العامة والوظائف الأخرى تبعا للصالح العام.

واستنادا للمادة الثالثة فإنه لا تطبق الشروط المنصوص عليها في المادة الأولى في الحالات الآتية:

- إذا كانت المرشحة للزواج تنتمي بجنسيتها إلى إحدى[2] دول مجلس التعاون لدول الخليج.
- إذا كانت المرشحة للزواج ابنة عم أو خال أو عمة أو خالة القطري الراغب في زواجها.
- إذا كانت المرشحة للزواج قد ولدت لأم قطرية.

---

[1] قانون قطر بشأن تنظيم الزواج من الأجانب تحت رقم 1919/21 م.

[2] رسالة دورية رقم: 2/33247 بتاريخ 10 شتنبر 1986حول موضوع " زواج القطري الجنسية بمواطنة مغربية(فقد أحالت علينا وزارة الشؤون الخارجية والتعاون نسخة من كتاب مؤرخ في 2 غشت 1986 بحيث تنص على انه لا يعقد القطري الجنسية إلا على امراة قطرية أو امراة تحمل جنسية إحدى دول الخليج العربي (السعودية- الكويت- البحرين- الإمارات العربية – عمان)، كما تنص على أنه إذا تعلق الأمر بامراة غير قطرية لا تنتمي لدول الخليج العربي تعين في هذه الحالة على الزوج القطري الحصول على إذن مسبق من وزارة الداخلية القطرية.

بينما اشترطت المادة الثانية ضرورة الحصول على موافقة من وزير الداخلية لطالب الزواج من الأجنبية.

- **بالنسبة للقطري طالب الزواج من الأجنبية ومن بينها.**

- أن تكون هناك أسباب اجتماعية تدعو إلى ذلك الزواج.
- أن يكون فارق السن بين الزوجين مناسبا.
- أن يكون خاليا من الأمراض المانعة من الزواج.
- ألا تكون في عصمته أكثر من زوجة واحدة.
- ألا يكون قد سبق له تطليق أكثر من زوجة واحدة.
- ألا يكون قد صدر ضده حكم بعقوبة مقيدة للحرية في جناية أو في جريمة ماسة بالشرف أو بالأمانة.
- أن يكون قادرا ماليا على إعالة الأسرة.

- **بالنسبة للمرشحة للزواج من قطري**

- أن تكون خالية من الأمراض المانعة من الزواج.
- ألا يكون قد صدر ضدها حكم بعقوبة مقيدة للحرية في جناية أو في جريمة ماسة بالشرف أو الأمانة.
- ألا تكون من المدرجين بقوائم الممنوعين من دخول البلاد.

في حين وضعت المادة الرابعة نفس الشروط بالنسبة للقطرية التي تريد الزواج من أجنبي والتي تتمثل في ضرورة الحصول على تصريح من وزارة الداخلية بالإضافة إلى وجوب إذن الولي الشرعي بهذا الزواج وأن تتوفر في الأجنبي المرشح للزواج مجموعة من الشروط والتي تتمثل فيما يلي:

- أن يكون خاليا من الأمراض المانعة من الزواج

- ألا يكون قد صدر ضده حكم جنائي بعقوبة مقيدة للحرية من جناية، أو في جريمة ماسة بالشرف والأمانة.
- ألا يكون من المدرجين في قوائم الممنوعين من دخول البلاد.
- أن يكون قادرا ماليا على إعالة الأسرة.

أ- سلطنة عمان

جاء في المادة الأولى[1] على أنه يشترط لزواج العمانيين من أجانب الحصول على تصريح بذلك من وزارة الداخلية ويصدر التصريح المشار إليه إذا توافرت في طلبه الشروط الآتية :

- أن تكون هناك أسباب اجتماعية أو صحية تدعو إلى الزواج.
- أن يكون طالب الزواج من غير عمانية قادرا ماليا على تكاليف الزواج وتوفير المسكن المناسب وإعالة الأسرة.
- ألا يكون متزوجا بعمانية ما لم تكن غير قادرة على القيام بواجبات الزوجية وفي جميع الأحوال يجب أن يسبق الموافقة على التصريح بالزواج بحث اجتماعي.
- وطبقا للمادة الثالثة والتي أجازت للعمانيين الزواج من أجانب إما بموافقة من وزير الداخلية أو بقرار التصريح من نفس الجهة وذلك وفق الحالات الآتية:

- موافقة وزير الداخلية:

- إذا كان المرشح أو المرشحة للزواج ينتمي بجنسيته إلى إحدى دول مجلس التعاون الخليج العربي.
- إذا كان المرشح أو المرشحة للزواج بعماني قد ولد في عمان لأم عمانية وحافظ على إقامته فيها مدة ثمانية عشر عاما.

[1] المرسوم السلطاني رقم 93/58 لأحكام تنظيم زواج العمانيين من أجانب

- إذا كانت المرشحة للزواج من أرملة أو مطلقة من زوج عماني ولها منه أبناء.

- **بقرار من وزير الداخلية**

- إذا كان طالب الزواج من القاطنين في المنطقة الحدودية ويرغب في الزواج من مواطني المناطق المجاورة في الدولة الأخرى.
- إذا كان طالب الزواج من المواطنين العمانيين بالتجنس.
- بالإضافة إلى أن المادة الرابعة اشترطت في جميع الحالات:
- أن يكون طرفا الزواج خاليين من الأمراض المعدية.
- أن يكون فارق السن بينهما مناسبا.
- يثبت شرط الخلو من الأمراض المعدية بتقرير طبي صادر من جهة حكومية مختصة.

ثانيا: الدول التي تتطلب تصريح من نوع خاص

لا تطلب دولة الكويت والبحرين والإمارات ضرورة الحصول على تصريح من وزارة الداخلية كما هو الشأن بالنسبة للسعودية وقطر وعمان والتي تشددت كثيرا في إجراءات الزواج من أجانب، فإذا لم يتم الزواج بالطريقة القانونية لا يكتسب عقد الزواج الصفة الرسمية وبالتالي يتعرض أصحابه لمشاكل لا حدود لها والتي تتمثل:

- في عدم اعتراف الجهات الرسمية بشرعية الزواج.
- تعرض الزوجة للأمراض النفسية.

أ- مملكة البحرين

بالرجوع إلى قانون الأسرة البحريني لا نجد قانون ينظم الزواج من أجانب كما هو الحال في الدول التي تستوجب تصريح من وزارة الداخلية فزواج المواطن البحريني أو

المواطنة البحريني يستوجب الحصول على ترخيص من وزارة العدل يتم استلامه من المحكمة السنية إذا كان ينتمي إلى المذهب السني أو من المحكمة الجعفرية إذا كان ينتمي إلى المذهب الشيعي، وإذا كان المواطن عسكريا حينئذ يستوجب عليه الحصول على تصريح من وزارة الدفاع، وبناء على الترخيص يتم استلام شهادة الأهلية للزواج من سفارة مملكة البحرين بالإضافة إلى إرفاقه بباقي الوثائق والتي تتمثل في شهادة حسن السيرة والسلوك مسلمة من الإدارة العامة للمباحث والأدلة الجنائية و شهادة الراتب أما إذا كان تاجرا فيجب عليه أن يحضر إقرار موثق أمام السلطات المختصة عن دخله الشهري.

ب- دولة الكويت

تسري نفس الإجراءات القانونية البحرينية لتنظيم الزواج من أجنبية بالنسبة للمواطن الكويتي فبعد الحصول على التصريح من المحكمة يتم استلام شهادة الأهلية مصحوبة بعبارة:

"**أنه ليس هناك مانع في قانون بلده من الزواج**" تسلم له من سفارة بلدة بناء على الوثائق التي قدمها ومرفقة بمجموعة من الوثائق من بينها شهادة الراتب وشهادة الحالة الجنائية مسلمة من الجهات المختصة، وموافقة الزوجة الأولى في حالة التعدد موقعة وموثقة أمام الجهة الرسمية المختصة بتوثيق العقود.

ج- دولة الإمارات العربية المتحدة

يحق للمواطنين الإماراتيين المدنيين العاملين في وزارة الداخلية حرية الزواج دون طلب إصدار شهادة الكفاءة في الزواج من البعثة أو من وزارة الخارجية، كما يستوجب على العاملين في القوات المسلحة ووزارة الداخلية (العسكريين) من إحضار شهادة عدم المانعة من جهة عملهم لإتمام إجراءات عقد الزواج، بالإضافة إلى

شهادة الراتب أيضا شهادة بحث الحالة الجنائية مسلمة من القيادة العامة للتحريات والمباحث الجنائية.

الفقرة الثانية: الإطار القانوني للزواج المختلط في المغرب

الزواج المختلط حسب القانون المغربي هو الزواج المبرم بين مغربية[1] والذي يكون طرفه الآخر مسلما من أية جنسية كانت، وبالنسبة للمغربي الذكر فإنه بالإضافة إلى صحة زواجه من امرأة مسلمة من جنسية أخرى، فإنه أبيح له الزواج بالكتابية مع شرط الإحصان من غير المتخذات أخدان، وعليه فالزواج المختلط بين المغاربة والأجانب يخضع لشرط أساسي هو شرط الدين، على اعتبار أن يكون الزوج مسلما بالنسبة للمرأة المغربية وأن تكون المرأة المرغوب الزواج بها مسلمة أو كتابية وهذا الشرط الآخر يصعب التحقق منه فإن الأغلب في الغرب حاليا هو عدم انتماء الفرد إلى أي دين إن لم تكن ملحدة.

أولا: خضوع الزواج المختلط لمدونة الأسرة

يتأسس الزواج المختلط على مبدأ اختلاف جنسية الزوجين، مع العلم أن المغرب كبلد إسلامي لا يستبعد تأثير عنصر الديني في هذا المجال.

أ- الزواج المختلط في إطار ظهير 4 مارس 1960

يبدو أن إعادة الاعتبار للنظام العام المغربي، وخاصة احترام بعض الأسس ذات الطبيعة الدينية المستمدة من الشريعة الإسلامية، كانت سببا رئيسيا في سن ظهير 4 مارس 1960م، ويتضمن هذا الظهير من خلال فصوله الثلاثة، أربعة قواعد أساسية نوجزها فيما يلي :

[1] لطيفة شايل : "ظاهرة الزواج المختلط في المغرب أسبابها و نتائجها على الأسرة"،مجلة البحوث، العدد الأول، مارس 2002.م، ص: 184.

يجب لصحة الزواج المختلط المبرم في المغرب أن تحترم بصدده المبادئ الدينية المستقرة، ومن ثم يمتنع بكيفية مطلقة إبرام زواج مغربية مسلمة بأجنبي غير مسلم مثلا، خلافا لما حدث في عهد الحماية وباركه القضاء آنذاك (البند الرابع من المادة 39 من مدونة الأسرة) .

يجب أن تحترم بشأن الزواج المختلط كل الشروط التي تفرضها مدونة الأحوال الشخصية المغربية والتي حلت محلها مدونة الأسرة في الوقت الراهن ".

إن الزواج المختلط الذي استجمع أركانه وشروط صحته كلها وتم الإشهاد عليه من جانب العدلين، وخاطب عليه قاضي التوثيق، ويمكن إعادة صياغته حسب مقتضيات الحالة المدنية أمام ضابط الحالة المدنية، لإمكانية الاحتجاج به في الخارج، وخاصة في بلد لا تقبل فيها عقود الزواج المبرمة على الطريقة المغربية المستمدة من الشرع الإسلامي.

"كل زواج مختلط أبرم بالمغرب قبل صدور ظهير 4 مارس 1960، وروعيت بشأنه المبادئ المضمنة في قانون الأحوال الشخصية الخاصة بالزوج المغربي يعتبر زواجا صحيحا مرتبا لكافة آثاره.

نستخلص أن ظهير 4 مارس 1960 على أن الزواج المختلط [1]بين مغاربة وأجانب في الحالة التي لا يكون فيها محظورا يجب أن يدون أولا طبقا للشروط الجوهرية والشكلية التي تنطبق على الطرف المغربي في الزواج ويمكن إشهاره بناءا على طلب الزوجين لدى ضابط الحالة المدنية .

كما أن ظهير 4 مارس 1960 نص على جواز إبرام الزواج المختلط " ما لم يكن ممنوعا في قانون الأحوال الشخصية الجاري على الزوج" دون أن يشير إلى نفس

[1] منشور عدد 12/60 بتاريخ 28 ابريل 1960، الموضوع النكاح بين المغاربة والأجانب.

الشرط بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الجاري للزوج الأجنبي " قصد دون شك الاكتفاء بصحة الزواج بالنسبة لقانون الزوج المغربي ليعتبره صحيحا في المغرب بالنسبة للزوجين معا".[1]

إذن بالنسبة للقانون الدولي الخاص المغربي فإن الزواج المبرم لدى العدلين وفق الشروط المقررة يكون زواجا صحيحا ولو لم يراعي الشروط المتطلبة في قانون الزوج الأجنبي (كالتعدد مثلا الذي يعتبر مانعا في القوانين الغربية).

د- الزواج المختلط في مدونة الأسرة

تعتبر مؤسسة الزواج من أقدم المؤسسات التي عنيت بالفرد ومحيطه الاجتماعي على حد أن وصفها الله تعالى في كتابه الكريم بالميثاق الغليظ، وهذه المؤسسة من أولى نواتها هو إبرام الزواج بين رجل وامرأة وبفعل ما تلعبه الأسرة داخل المجتمع من الناحية الاجتماعية والاقتصادية والتربوية فقد حظيت مؤسسة الزواج بالاهتمام الكبير في قوانين دول المعمور، حيث أحيطت بزخم من الضمانات وكثير من الإجراءات الموضوعية والشكلية ليس الغرض منها تعجيز الأفراد على الزواج بل لكي تصبغ بتاج من الهيبة والاحترام داخل المجتمع، فاستنادا إلى المادة الثانية من مدونة الأسرة تسري أحكام هذه المدونة على :

- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى.
- اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليو لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين.
- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا.
- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

[1] المادة الثانية من مدونة الأسرة.

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية.

ولإبرام الزواج المختلط وضع القانون نوعين من الشروط:

شروط جوهرية وشروط شكلية:

تشمل الأولى:

- الأهلية.
- الرضا.
- الولي عند الاقتضاء.
- والصداق.
- الخلو من الموانع الشرعية.

تشمل الثانية:

والتي تتمثل في الشروط الشكلية أو بعبارة أخرى الإجراءات الإدارية لإبرام عقد الزواج فهي المنصوص عليها في المادة 65 والتي نجملها فيما يلي:

أولا: يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية وهي:

- مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل.
- نسخة من رسم الولادة ويشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية إلى تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج.
- شهادة إدارية لكل واحد من الخطيبين تحدد بياناتها بقرار مشترك لوزيري العدل الداخلية.

- شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة.

الإذن بالزواج في الحالات الآتية وهي:

- الزواج دون سن الأهلية.
- التعدد في حالة توفر شروطه المنصوص عليا في هذه المدونة.
- زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية.
- زواج معتنقي الإسلام[1] والأجانب.
- شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب أو ما يقوم مقامها.

ثانيا : يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج قبل الإذن على الملف المستندات المشار إليه أعلاه ويحفظ برقمه الترتيبي في كتابة الضبط.

ثالثا : يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج.

رابعا : يضمن العدلان في عقد الزواج، تصريح كل واحد من الخطيبين هل سبق أن تزوج أم لا ؟

وفي حالة وجود زواج سابق يرفق التصريح بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد المزمع إبرامه.

ثانيا: شكليات الزواج المختلط والمناشير المعمول بها في مدونة الأسرة الجديدة

إن المسطرة المطبقة على الزواج المختلط هي تلك المحددة في بعض المناشير الوزارية مع تأثير طفيف لبعض بنود مدونة الأسرة، كما أنها تتم بواسطة الإدلاء بمجموعة من الوثائق وفق الشكل الآتي:

[1] منشور رقم 6404/ق ر ع /2/م ح بتاريخ 27 يونيو 1975 ، حول موضوع "زواج المغربيات بالأجانب معتنقي الإسلام" و منشور رقم 845 بتلريخ 17 ماي 1979 حول موضوع "زواج معتنقي الإسلام".

- طلب موجه إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج الذي توجد بدائرته القضائية المرأة المغربية المراد الزواج بها يبين فيه الأجنبي رغبته في الزواج المطلوب والأسباب الداعية إلى ذلك ويتعين أن يتضمن اسم المعنيين بالأمر وعنوانهما.
- شهادة السكنى للمرأة المغربية تحمل صورتها[1]والجهة التي سلمتها لمعرفة محل إقامتها بالضبط.
- شهادة عدم السوابق العدلية مسلمة للأجنبي من السلطات الوطنية لبلده أو بلد إقامته.
- شهادة من السجل العدلي المركزي الخاص بالأجانب تسلم له من المصلحة المختصة بوزارة العدل، والغاية من الشهادتين هو معرفة الجانب الأخلاقي للأجنبي طالب الزواج، وسوابقه العدلية قبل منحه الإذن بالزواج تجنبا للمشاكل الاجتماعية التي قد تتعرض لها الأسر المغربية إلى جانب ما تتعرض له الزوجة من ضياع لمستقبلها.
- شهادة تثبت مهنة الأجنبي ودخله الغرض منها التأكد من أن له عملا قارا وشريفا وشرعيا يؤمن للطرف الآخر حياة زوجية مستقرة وآمنة.
- أربع صور فوتوغرافية حديثة.
- صورة من بطاقة التعريف الوطنية.
- شهادة الإقامة إن كان مقيما بالمغرب أو ببلد غير بلده الأصلي مع مراعاة مدة صلاحيتها، وذلك بهدف التأكد من إقامته الشرعية.
- شهادة الكفاءة في الزواج، أو شهادة الموافقة على ثبوت الزوجية عند الاقتضاء تسلم من طرف قنصلية أو سفارة البلد الذي ينتمي إليه تحمل تأشيرة وزارة الخارجية.

[1] محمد الشتوي:"الإجراءات الإدارية و القضائية لتوثيق الزواج، الطبعة الأولى، سنة 2004، ص: 171.

- نسخة من عقد الولادة مطابقة للحالة المدنية للأجنبي الغرض منها إطلاع المخطوبة ووليها على البيانات المتعلقة بالخاطب من سن ومكان ولادة....
- نسخة من عقد الزواج أو الطلاق أو حكم انتهائي بالتطليق إذا تعلق الأمر بزواج سابق.
- شهادة طبية تفيد خلو المعني بالأمر من الأمراض المعدية.

وفي مقابل الوثائق المدلى بها من طرف الأجنبي تلزم المخطوبة بالإدلاء بالوثائق التالية:

- موافقة الولي على إقامة الزواج عند الاقتضاء مع مراعاة المادة 24 من مدونة الأسرة التي تجعل الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها، وطبقا للمادة 25 التي تعطي للراشدة أن تعقد بنفسها أو تفوض ذلك لأحد أقاربها، ويجب أن تكون الموافقة عند ممارستها مكتوبة ومصححة الإمضاء.
- شهادة الخطوبة تحمل طابع الجهة المختصة وتتضمن مجموعة من البيانات أهمها بيان الحالة العائلية.
- نسخة من عقد الولادة، على أن يشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية إلى تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج.
- شهادة السكنى تحمل صورتها لمعرفة محل إقامتها بالضبط حتى يسهل إجراء البحث حولها أيضا.
- شهادة طبية.
- شهادة السكنى تحمل صورتها لمعرفة محل إقامتها بالضبط حتى يسهل إجراء البحث حولها أيضا.
- صورة من البطاقة الوطنية.

- أربع صور فوتوغرافية حديثة العهد.
- نسخة من رسم الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو وفاة الزوج عند الاقتضاء.
- شهادة السجل العدلي تسلم من طرف المحكمة الابتدائية الموجودة بدائرة محل ولادة المخطوبة تثبت حسن سلوكها.

بعد تسجيل الطلب بكتابة ضبط قاضي الأسرة المكلف بالزواج في سجل خاص حسب تاريخ وروده، ويفتتح له ملف خاص به يحمل رقما جديدا حسب التسلسل الوارد بالسجل.

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في التشريع الأسري المغربي والخليجي وفي الاتفاقيات الدولية

تعتبر المرأة شريان الحياة داخل النسيج الأسري، فقد منحها الله منزلة رفيعة تليق بمقامها، ونظرا للأهمية البالغة التي يحظى بها الزواج في الإسلام اعتبر حق تأسيس الأسرة من أهم الحقوق التي منحها الله سبحانه لعباده مصداقا لقوله تعالى﴿**ومن آياته [1]أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**﴾، وبما أن مؤسسة الزواج نظمت بشكل ينسجم ومقتضيات الشريعة الإسلامية الغراء، من مبادئ العدل والإنصاف إلى جانب الإعلانات والمواثيق الدولية، وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فإن التشريعات الوضعية لم تكن بمعزل عن هذا التشريع الرباني، حيث شكل قانون أحكام الأسرة نقلة متميزة في النهوض بالوضعية القانونية للمرأة داخل العلاقة الأسرية.

وعقد الزواج يعتبر من أهم العقود المدنية، حيث ذهب بعض من الفقه إلى اعتباره عقدا مدنيا واستندوا فيما ذهبوا إليه إلى أن القانون المنظم للأحوال الشخصية هو فرع من فروع القوانين الوضعية، في حين نجد من اعتبره عقدا شرعيا لورود النصوص الشرعية الواصفة والمحددة له ولكيفية إبرامه. فهذا [2]العقد يتميز عن باقي العقود في كونه يؤسس العلاقة بين رجل وامرأة على وجه الدوام، ويستمر باستمرارهما على قيد الحياة وليس لمصلحة مادية لأن ما يجمعهما هو رابطة العيش المشترك والتعاقد على تدبير الحياة المشتركة بينهما، وهذه مقتضيات أوردتها مدونة الأسرة المغربية

[1] سورة الروم، الآية 21.

[2] خالد برجاوي:"قانون الزواج في المغرب بين المدونة ومقتضيات لاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان"، دار القلم 2001 ،الطبعة الثالثة.

ومعظم التشريعات الخليجية في بنود قانون أحكام الأسرة وتنفرد المملكة العربية السعودية التي أحالت أحكام الأسرة إلى المذهب الحنبلي.

- فإلى أي حد استطاع كلا المشرعين الحفاظ على المركز القانوني للمرأة في ظل الثوابت الدينية والمواثيق الدولية ومدى انسجامها مع الواقع الاجتماعي؟

وللإحاطة بالحقوق والواجبات المتبادلة بين أطراف العلاقة الزوجية لتحقيق التوازن الأسري في التشريع الأسري الخليجي والمغربي، ارتأينا الوقوف وملامسة حقوق المرأة في النظام الأسري على الشكل التالي:

الفصل الأول: الوضعية القانونية للمرأة عند إبرام عقد الزواج في النظام الأسري الخليجي والمغربي وفي الاتفاقيات الدولية

الفصل الثاني: الوضعية القانونية للمرأة عند إنهاء عقد الزواج في التشريع الأسري الخليجي والمغربي وفي الاتفاقيات الدولي

الفصل الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على المركز القانوني للمرأة عند إبرام عقد الزواج في التشريع الخليجي والمغربي

لقد حرص المشرع الخليجي والمغربي على ترسيخ مقومات الأسرة العربية بأعرافها وتقاليدها وفق الشريعة الإسلامية، فالإسلام دين عقيدة ونظام يقوم على سلسلة من الشرائع والأحكام التي تنظم حياة المسلم في علاقته مع ربه ومع أخيه الإنسان وللنهوض بمؤسسة الزواج وضع المشرع الأسري منظومة شرعية وقانونية متكاملة مع الحفاظ على الخصوصية الدينية والانفتاح على مستجدات الواقع المعاش، إلى جانب الإعلانات والمواثيق الدولية، وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة مع التركيز على مبادئ العدل والإنصاف، وبالتالي استطاعت المرأة الحصول على مجموعة من المكتسبات ضمانا لمساواتها مع الرجل سواء عند تكوين عقد الزواج من خلال إقرار أهليتها القانونية لإبرام عقد الزواج مع التعبير عن رضاها بدون إكراه أو بعد إنشاء العقد من خلال المساواة في الحقوق والواجبات الأسرية.

فهذه الحقوق والمكتسبات التي ناضلت المرأة من أجل الحصول عليها كانت محط تجاذب واختلاف بين كثير من المهتمين بقضايا المرأة، ومنها رفع سن الزواج إلى 18 سنة، كما سمح المنظم الأسري للقاصر بإبرام عقد الزواج في حدود ضيقة تقتضيها المصلحة العامة، وجعل الولاية في المغرب مسألة اختيارية ترجع لإرادة الفتاة المقبلة على الزواج، أما في الخليج فقد أبقى المشرع على إذن الولي في العقد لكن مع الأخذ برضا الفتاة المقبلة على الزواج.

- فهل حافظ المشرع الخليجي والمغربي على المركز القانوني للمرأة في تطبيقه لمقتضيات قانون أحكام الأسرة؟

- وما هي أوجه التعارض والاتفاق بين أحكام الفقه الإسلامي ومقتضيات القانون الوطني والشرعية الدولية بخصوص الأهلية وسن الزواج والولاية؟

ولتأصيل ومناقشة هذه المكتسبات سنتطرق لموقف الفقه الإسلامي والتشريع الوطني المغربي والخليجي ومدى توافقها مع الاتفاقيات الدولية.

وعليه ستتم دراسة هذا الفصل على الشكل التالي:

المبحث الأول: القواعد المنظمة للرابطة الزوجية في النظام الأسري المغربي والخليجي.

المبحث الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على أهلية المرأة في النظام الأسري المغربي والخليجي.

المبحث الثالث: وضعية المرأة في نظام الولاية بين التشريع الأسري المغربي والخليجي وفي الاتفاقيات الدولية.

المبحث الأول: القواعد المنظمة للرابطة الزوجية في النظام الأسري المغربي والخليجي

أولى الإسلام لعقد الزواج اهتماما كبيرا، وأحاطه بمنظومة شرعية متكاملة، وجعل أطراف العلاقة الزوجية يعرفون حقوقهم وواجباتهم في إطار من المودة والرحمة مصداقا لقوله تعالى ﴿**وأخذنا**[1]**منكم ميثاقا غليظا**﴾، فممارسة هذا العقد تقتضي التقيد بأحكام ومقتضيات صارمة تهدف إلى الحفاظ على المركز القانوني للمرأة، وحماية الاستقرار الأسري وبناء مجتمع حداثي ديمقراطي شامل والذي تعد المرأة أهم مكوناته.

للإحاطة بالموضوع ومعرفة شروط وتفاصيل مقتضياته، سنتناول مفهوم الزواج وحكمه الشرعي من خلال **(المطلب الأول)**، ولأحكام الخطبة باعتبارها مشروع تمهيدي للدخول في الرابطة الزوجية في التشريع المغربي والخليجي في **(المطلب الثاني)**، في حين سنتعرض للتعويض عن آثار العدول عن الخطبة في النظامين الخليجي والمغربي في **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول: مفهوم الزواج وحكمه الشرعي

يعتبر عقد الزواج مؤسسة قانونية يجد مصدره وثوابته في الشريعة الإسلامية وينطلق[2]حسب الأصل من تعاقد شرعي بين رجل وامرأة، ويشهد عليه عدلان منتصبان للإشهاد موضوعه تأسيس أسرة يقومان معا برعايتها، على ما يستفاد من المادة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية الصادرة بالقانون رقم 03-70 ومن المذهب الحنبلي في المملكة العربية السعودية في كل ما يتعلق بأحكام الأسرة كمصدر فقهي

[1] سورة النساء، جزء من الآية21 .
[2] محمد الكشبور، مرجع سابق،ص:31.

شرعي وإلى الاجتهادات القضائية، وللمادة الرابعة من قانون الأسرة البحريني رقم 19 لسنة 2009م.

ولذلك تمت إحاطته بترسانة قانونية شرعية متكاملة مع فتح باب الاجتهاد الفقهي والقضائي عند حصول منازعات أسرية سواء من طرف التشريع الخليجي أو في مدونة الأسرة المغربية.

ولهذا ارتأينا أن نخصص **(الفقرة الأولى)** للتعريف بعقد الزواج والحكمة من مشروعيته **(الفقرة الثانية)**، ثم الحكم الشرعي للزواج **(الفقرة الثالثة)**.

الفقرة الأولى: تعريف عقد الزواج

أولا- الزواج في اللغة:

الاقتران أي اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى، مصداقا لقوله تعالى﴿ **وزوجناهم بحور عين**[1]"﴾، أي جعلنا [2]لهم قرينات صالحات، وزوجات حسنا من الحور العين وقوله عز من قائل﴿ **أو يزوجهم ذكرانا وإناثا**[3] ﴾، أي يقرنهم[4].

ثانيا - الزواج في الاصطلاح الشرعي:

ولقد اختلف الفقهاء في تعريفه ومن أهم هذه التعريفات ما يلي:

عرفه الشافعية: "بأنه عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ النكاح أو التزويج أو ترجمته"[5].

---

[1] سورة الطور، جزء من الآية 20.
[2] أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي (774/700ه): "نفسير القرآن العظيم"، دار طيبة، الجزء السابع، ص: 432.
[3] سورة الشورى، جزء من الآية 50.
[4] لسان العرب،117/3.
[5] محمد الخطيب الشربيني:" مغني المحتاج"، دط،دار الفكر ، بيروت،دس، ج3،ص123/ فتح الوهاب(30/2).

وعرفه الحنفية: "بأنه عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا"، والمراد: وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له، وخرج بقوله قصدا ما لو اشترى أمة ولو للتسري فإن ملك المتعة فيها أي الحل جاء ضمنا، بخلاف النكاح فإن المتعة مقصودة قصدا أوليا[1].

وعرفه الغرياني المالكي: "بأنه عقد بين الرجل والمرأة يبيح استمتاع كل منهما بالآخر ويبين ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات، ويقصد به حفظ النوع الإنساني"[2].

وعرفه الحنابلة: "بأنه عقد التزويج"[3].

يراد بالزواج في عرف المحدثين [4]والفقهاء النكاح بمعنى العلاقة الناشئة بين زوجين بعقد شرعي يستوفي شروطه وأركانه كالولي والصداق والشاهدين العدلين ويتم بإيجاب وقبول، أو هو عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع[5].

ولقد عرفه محمد أبو زهرة: "بأنه ما يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، لما يحقق ما يقتضيه طبع الإنسان وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات"[6].

في حين عرفه الفقيه المغربي محمد الكشبور: "بأنه مؤسسة قانونية تنشأ بواسطة عقد يبرم بين رجل وامرأة، تؤطره موضوعيا نصوص قانونية، تجد أساسها في كتاب الله

---

[1] البحر الرائق(30/3)،وابن عابدين(2/ 258، 260) وتبين الحقائق (2/ 94).

[2] الصادق عبد الرحمن الغرياني:"مدونة الفقه المالكي وأدلته"، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، بيروت، س، 1423 ه/ 2002 م، ج2، ص، 491.

[3]ابن المفلح إبراهيم محمد بن عبد الله الحنبلي:" المبدع"، دط، المكتب الإسلامي، بيروت، س1400ه، ج7، ص3.

[4] عبد رب النبي علي الجارحي:" الزواج العرفي المشكل والحل"، دار الروضة للنشر والتوزيع، دط،القاهرة، دس، ص، 12.

[5] عبد المجيد مطلوب:" الوجيز في أحكام الأسرة"، معهد الدراسات الإسلامية، القاهرة، س،1995م، ص،8.

[6] محمد أبو زهرة: "محاضرات في عقد الزواج وآثاره"، دار الفكر العربي، 1977، القاهرة ، ص،44.

تعالى وفي سنة رسوله صلى ﷺ وفي تقريرات المجتهدين من فقهاء الشريعة الإسلامية"[1].

وكما يطلق على هذا العقد لفظ الزواج يطلق عليه أيضا لفظ النكاح بل هذا اللفظ الأخير هو الأكثر شيوعا في الشريعة والفقه ومن ذلك قوله عز من قائل﴿ **ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن**﴾.

ومن خلال التعريفات السابقة أخلص إلى تعريف الزواج بأنه: "عقد تراض شرعي بين رجل وامرأة أساسه المودة والإحصان ويهدف إلى حفظ النسل وتكوين ورعاية أسرة على وجه التأبيد ويترتب على إبرامه حقوقا وواجبات قانونية اتجاه الطرف الآخر".

ثالثا: التعريف القانوني للزواج

جاء في المادة الرابعة من قانون أحكام الأسرة البحريني:

"الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة لتكوين أسرة بشروط وأركان مع انتفاء الموانع تترتب عليه حقوق وواجبات شرعية متبادلة"[2]، وقد نصت دولة الإمارات في المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الاتحادي على ما يلي:

"الزواج عقد يفيد حل استمتاع أحد الزوجين بالآخر شرعا، غايته الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج، على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة[3]"، كما تناولته المادة 9 من قانون الأسرة القطري وفق ما يلي:

[1] محمد الكشبور، مرجع سابق، ص، 141.
[2] المادة الرابعة من قانون الأسرة البحريني، انظر موقع العدل.
[3] المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، انظر موقع العدل.

" الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستدامة، غايته السكن والإحصان[1]" وجاء في المادة الأولى من قانون الأسرة الكويتي على أن:" الزواج عقد بين رجل وامرأة، تحل له شرعا، غايته السكن والإحصان وقوة الأمة".

أما سلطنة عمان فجاء تعريفها في المادة الرابعة من قانون الأسرة العماني كما يلي:

"الزواج عقد شرعي، بين رجل وامرأة، غايته الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوج، على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة"[2].

إلا أن المادة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية كانت أكثر وضوحا وتميزا من التعاريف السابقة، حيث نصت على أن: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة"[3].

نلاحظ أن أغلب التعاريف جاءت متقاربة فيما بينها كما تحقق نفس المقاصد التي يهدف إليها الزواج وتقضي بذلك على أنه بمجرد إبرام عقد الزواج يحل لكل من الزوجين الاستمتاع بالآخر في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، إلا أن رعاية الأسرة جعلها المشرع العماني والإماراتي والسعودي تحت مسؤولية الزوج وحده دون الزوجة، شأنها في ذلك مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة والتي تتعارض والاتفاقية المناهضة لكل أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م، في حين لم يتطرق المنظم الكويتي والقطري إليها، حيث أعطوا تعريفا عاما، أما بالنسبة للمشرع المغربي والبحريني فقد رتب على الزوجين حقوق وواجبات.

[1] المادة 9 من قانون الأسرة القطري، انظر موقع وزارة العدل.
[2] المادة الرابعة من قانون الأسرة العماني، انظر موقع وزارة العدل.
[3] المادة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية، انظر موقع وزارة العدل.

نستنتج مما سبق أن الزوجة طرف رئيسي في العلاقة الزوجية، وعن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته.....والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها..... » متفق عليه[1]، وبذلك فالتعاريف السابقة غير مواكبة للمبادئ الكونية لحقوق الإنسان والاتفاقيات التي تلغي كل أشكال التمييز ضد المرأة.

كما أن فقه أحوال الأسرة ينبغي أن يكون فقه واقع سيما وأن واقع مجتمعاتنا يتغير فالسياقات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية المحيطة بالأسرة أثرت وتؤثر في أدوار ومكانة أفرادها وبخاصة المرأة، إذ لا يعقل أن تستمر التصورات والمفاهيم التي ربما كانت مناسبة لفترات تاريخية[2]، أن تظل سارية المفعول في ظل ظهور المنظومة الكونية لحقوق المرأة، فالتهميش والحيف التي تعاني منه المرأة لا أصل له في الشريعة الإسلامية وإنما هي نتيجة لآراء بعض الفقهاء المتشددين أو لبعض التقاليد الرجعية التي أفرزت ترسبات اجتماعية ساهمت في بناء علاقة غير متوازنة بين الزوجين.

وهكذا فمتى تم إنشاء عقد الزواج الصحيح، جعل له نظاما يحدد فيه علاقة كل من الزوجين وجعلهما شركاء في تحمل الرابطة الزوجية، وجعل بينهما المودة والرحمة ومن أساسياته دوام العلاقة الزوجية، ويترتب على هذا العقد حقوق وواجبات لكل منهما على الآخر، ومن ثم الحد من انتشار بعض الأنكحة الفاسدة التي تحدث الخلل والمرض العضال الذي يفتك بالمجتمع.

أما فيما يخص مدونة الأسرة المغربية فتدل كلمة ميثاق عند المشرع المغربي على المكانة المقدسة التي تجسدها مؤسسة الزواج داخل المنظومة القانونية المغربية

[1] الإمام النووي:"رياض الصالحين"، الطبعة الأولى، س1412ه/1992م، المكتب الإسلامي، بيروت،ص"161.
[2] محمد المهدي: مرجع سابق، ص، 5.

مصداقا لقوله عز من قائل﴿ **وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا**[1]﴾، وقال المفسرون أي أخذن منكم عهدا وثيقا وهو حق التضحية والمعاشرة، وتعريف عقد الزواج اشتمل على مصطلحات متناسبة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث حقق التوازن بين المرجعية الدينية المتمثلة في المذهب المالكي والصياغة القانونية.

كما أن التغييرات التي عرفتها مدونة الأسرة تعد حدثا تاريخيا هاما في المنظومة القانونية المغربية، حيث يهدف هذا القانون إلى تكريس الحماية القانونية والقضائية لمؤسسة الأسرة بمختلف مكوناتها وترسيخ قواعد قوية للأسرة المغربية مبنية على العدل والإنصاف والمساواة في نطاق استيعاب القواعد الجديدة التي يعرفها المجتمع المغربي[2].

ونتيجة لهذا المعطى صححت المدونة المفاهيم الخاطئة لمدونة الأحوال الشخصية وتجاوزت بذلك مفهومي الطاعة والقوامة اللذان فسرا بطريقة تحط من كرامة وإنسانية المرأة نتيجة لآراء بعض الفقهاء المتشددين، ولتفشي ظاهرة العادات والتقاليد السلبية تبنت صياغة حديثة ووضعت منهجا تشريعيا مختلفا ثم أعادت الاعتبار للمرأة حيث جعلت مسؤولية الأسرة تحت رعاية الزوجين، فلا إكراه في الحياة الزوجية، ولا طاعة عمياء تلف هذه الحياة، وإنما هو التراضي الذي يشعر الفرد بوجوده وبمسؤولياته[3] فإذا أحس بأن القاعدة المؤطرة لسلوكه لا تتفق مع قيمه الأساسية وعاداته وأعرافه أو هي مضرة له، فإنه يعمد إلى لفظها والتمرد عليها وانتهاكها بشكل مباشر[4].

---

[1] سورة النساء، آية 20 و21.

[2] سناء زعيمي: "الوضع القانوني للمرأة المغربية بين الكونية والخصوصية"، جامعة سيدي محمد بن عبد الله رسالة لنيل الماجسير س،2006/2005، ص،111.

[3] ادريس حمادي:" البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة"، دط، افريقيا الشرق، المغرب، الدار البيضاء، س 2005م، ص،175.

[4] محمد المهدي، مرجع سابق، ص، 5.

الفقرة الثانية: حكمة مشروعية الزواج

تظهر الحكمة الربانية في مشروعية الزواج لأغراض نبيلة تهدف إلى صرف الناس عن ممارسة شهواتهم ونزواتهم بطريقة حيوانية تهوي بهم إلى تفشي ظاهرة الفساد ونشر الأمراض المعدية التي تؤدي إلى اختلاط الأنساب وبالتالي تفكك العلاقات الأسرية.

ويرجع الأصل في حكمة مشروعية الزواج إلى الكتاب والسنة والإجماع.

أ- أما الكتاب:

فقوله تعالى﴿ **فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع**[1]﴾، وقوله سبحانه﴿ **وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم**[2]﴾، وتدل الآيتين على أن الله تعالى أمر فيها بالنكاح فتبثث مشروعيته، إذ لو لم يكن مشروعا لما أمر به الله تعالى والأصل في هذا الأمر أن يكون للوجوب فيكون النكاح واجبا[3].

ب- أما السنة:

فقول النبي ﷺ «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»[4].

ج-أما الإجماع:

فقد أجمع المسلمون على مشروعية النكاح[1].

---

[1] سورة النساء، الآية 3.

[2] سورة النور، الآية 23.

[3] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي:" بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، (ت587ه)، مطبعة العاصمة، مصر،309/3 ،تحقيق، أحمد مختار عثمان،.

[4] محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي:" الجامع الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، المسمى صحيح البخاري، تحقيق : مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة،الطبعة الثالثة،جامعة دمشق، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، س، 1407ه/ 1987م، 5/ 1950،رقم (4778)، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم، (من استطاع منكم الباءة .....).

وللزواج فوائد أخرى تتمثل فيما يلي:

د- فوائد نفسية ودينية عظيمة:

الزواج يجسد مشاعر الألفة والمحبة ويساير الفطرة التي تؤدي إلى صفاء السريرة، يحقق فيه الزوجين إشباع الرغبة الجنسية في ظل الثوابت الدينية، وبما أن الأسرة هي الخلية التي تتربى فيها الأجيال فاستقرارها يؤدي إلى تكوين مجتمع قوي وسليم وأسر صالحة ومتماسكة.

هـ- المحافظة على النسل واستمراره:

الزواج ميثاق مقدس أساسه المودة والرحمة تتأسس فيه العلاقة الزوجية وفق ضوابط شرعية وهو ضرورة إنسانية لحفظ النوع الإنساني وبقائه وتكاثره على الوجه الصحيح لقوله تعالى﴿ **فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم**﴾[2].

و-تعمير الأرض:

إن العمارة في الأرض لا تتحقق بفرد واحد مهما كانت قوته ومكانته فلابد له من النصف الثاني لتحقيق التوالد والتكاثر في ظل نظام الزواج الشرعي الصحيح لقوله عز من قائل﴿ **هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها**﴾[3].

ز-خلافة الله في الأرض:

يعتبر الزواج الشرعي الوسيلة المأمونة لتحقيق الخلافة وبقاء الحياة على الأرض واستعمارها وخلود الأثر، مصداقا لقوله تعالى﴿ **وهو الذي جعلكم خلائف الأرض**﴾[4].

---

[1] أبي الحسن ابن القطان الفاسي:"الإقناع في مسائل الإجماع"، الطبعة الأولى، س، 1424ه/2004م، مطبعة الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، ص:5.

[2] سورة البقرة،آية 187.

[3] سورة هود، آية 61.

[4] سورة الأنعام،آية 165.

الفقرة الثالثة: الحكم الشرعي للزواج

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزواج سنة وإليه ذهب الحنفية في الأصح عندهم والمالكية واستدلوا بقول الرسول ﷺ «[1] لكني أصوم وأفطر وأرقد وأصلي وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني»، كما ذهب أحمد بن حنبل وبعض الحنفية إلى أن الزواج واجب على كل قادر على الوطء والإنفاق[2].

وللزواج حكم شرعي يختلف باختلاف الأحوال، ويتصف طبقا لهذه الأحوال بالأحكام التكليفية الخمسة وهي: الوجوب، الندب، الإباحة، الكراهة، الحرمة[3]، ويكون الزواج واجبا في حق من يخاف على نفسه الوقوع في محظور إن ترك النكاح، وهذا قول عامة الفقهاء؛ لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها من الحرام[4].

ويكون[5]الزواج حراما بالنسبة لمن يريد الزواج وهو على يقين أنه سيرتكب الحرام لعدم قدرته على الإنفاق على زوجته وأولاده، أو أن زواجه بأخرى سيؤدي إلى إلحاق الظلم بها نتيجة عدم العدل بينها وبين زوجته الأولى، تزوجها بغرض إذلال أهلها في شخصها، فيكون الزواج حراما لأن ما يؤدي إلى الحرام حرام، أما إن كان وقوعه في الظلم مظنونا لا متيقنا فالزواج بالنسبة له مكروه فقط.

المطلب الثاني: أحكام الخطبة في التشريع الأسري المغربي والخليجي

تعتبر الخطبة من المراحل التمهيدية لمؤسسة الزواج، فقد لقيت اهتماما بالغا من الشرع والقانون، واعتبرها الفقه الإسلامي مجرد وعد بالزواج وليست بعقد شرعي[6]

---

[1] صحيح البخاري، باب الترغيب في النكاح، الحديث 4776،ج5، مكتبة ابن كثير، اليمامة، بيروت، 1407 ه، ص: 1949.
[2] الصادق عبد الرحمن الغرياني، مرجع سابق، 491.
[3] عبد الرحمن الجزيري:"كتاب الفقه على المذاهب الأربعة"، ج4، كتاب النكاح والطلاق، الطبعة الثانية، س، 1424ه/2003م، دار الكتب العلمية، بيروت، ص:10.
[4] موقع الشيخ الدكتور عبد المجيد بن عبد العزيز الدهيشي، حكم الزواج وأهميته.
[5] الغزالي أحمد بخيت:" الوسيط في أحام الأسرة"، دار النهضة العربية،س، 1999، ص، 32-40.
[6] إذا كان الفقه الإسلامي قد وضع مجموعة من التفسيرات، فإن الفقه الفرنسي عرف الخطبة كما يلي:

واختلفوا في تفسيرها؛ فاعتبرها فريق بأنها وعد غير ملزم وهذا ما أفتى به الرأي الراجح في الفقه على أساس أن من شروط عقد الزواج مبدأ الرضا بين الطرفين وما دام هناك عدول من المخطوبين فلا يجوز إجبارهما[1].

أما من الناحية القانونية فقد نظم التشريع الأسري الخليجي والمغربي أحكام الخطبة في مجموعة من المواد، ومن خلالها سنتعرض لمفهوم الخطبة وشروطها(**الفقرة الأولى**)، وللطبيعة القانونية للخطبة في النظام الأسري الخليجي(**الفقرة الثانية**) وفي مدونة الأسرة المغربية (**الفقرة الثالثة**).

الفقرة الأولى: مفهوم الخطبة وشروطها

أولا: تعريف الخطبة

الخطبة بكسر الخاء وسكون الطاء هي: طلب الرجل المرأة للزواج أو طلب المرأة الرجل[2]، وهي مستحبة عند بعض الفقهاء، وقال آخرون بالجواز ولم يصرحوا بالاستحباب[3].

شرع الله أحكام الخطبة؛ وهي أن يطلب الرجل المرأة للزواج بها. ولما كان الغرض من مؤسسة الزواج العشرة الدائمة بين الزوجين للتوالد والتعاون على شؤون الحياة وحاجات الإنسان، كان لا بد لمن أرادا التزاوج أن يكون كل منهما على بينة من أمر الآخر قبل الارتباط بعقدة الزواج حتى لا يكون الاقتران على عمى، ولهذا ومع كون

Les fiançailles sont définies comme étant une promesse mutuelle de mariage généralement entourée d'un certain cérémonial(familial ou mondain) qui ne constitue pas un engagement contractuel G.CORNU«VOCABULAIRE JURIDIQUE».PUF.PARIS, 1989.

[1] جاء في الحاوي للفتاوى:" الظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي وإن تخيل كونها عقدا فليست بعقد".الحاوي للفتاوى، ج1، ص، 549.

[2] أرسلت السيدة خديجة رضي الله عنها، إحدى صويحباتها خفية إلى نبينا محمد ﷺ بعد أن رجع في عيرها من الشام فقالت: قلت يا محمد، ما يمنعك أن تتزوج؟ فقال: ما بيدي ما أتزوج به. قلت:فإن كفيت ذلك ودعيت إلى المال والجمال والشرف والكفاية، فمن هي؟ قلت خديجة. قال: وكيف لي ذلك؟ قالت: قلت على وأنا أفعل. فذهبت وأخبرتها، فأرسلت إليه أن ائت لساعة كذا وكذا فأرسلت إلى عمها عمرو بن أسد ليزوجها، فحضر، ودخل رسول ﷺ في عمومته،فزوجه أحدهم ، محمد أحمد:" دراسات في أحكام الأسرة"،س، 1981، ص، 153، نقلا عن البلتاجي و وأحمد يعقوب العطاوي.

[3] روضة الطالبين(30/7)، وفتح الوهاب(33/2).

المخطوبة أجنبية من خاطبها، ندب الشارع له أن يبصر مخطوبته وجهها وكفيها وقدميها، ويكرر هذا الإبصار إذا دعت الحال لذلك، ولكن لا يباح له أن يبصر مخطوبته مختليا بها بل لا بد أن يكون معهما محرم لها كأبيها أو أخيها أو عمها[1].

ويروى في ذلك أن المغيرة بن شعبة خطب امرأة ليتزوجها فقال النبي ﷺ « أنظرت إليها؟ قال: لا، فقال عليه السلام:"انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»[2] وروى جابر أن رسول الله ﷺ قال« إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل»[3].

ومما يستدل به على جواز النظر إلى المخطوبة قبل التزويج: حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال لي رسول الله ﷺ «أريتك في المنام يجيء بك الملك في سرقة من حرير فقال لي هذه امرأتك فكشفت عن وجهك الثوب، فإذا أنت هي، فقلت: إن يكن هذا من عند الله يمضه»[4].

قال صاحب الفتح: "في الاحتجاج بهذا الحديث للترجمة نظر، لأن عائشة إذ ذاك كانت في سن الطفولة فلا عورة فيها البتة، ولكن يستأنس به في الجملة في أن النظر إلى المرأة قبل العقد فيه مصلحة ترجع إلى العقد"[5].

ويجوز للمرأة أن تتقدم بالخطبة إلى رجل رأت فيه من الصلاح والكفاءة والمروءة ما يشرفها بأن يكون زوجا لها وليس في هذا الأمر ما يعيب، فأم المؤمنين خديجة بنت

---

[1] عبد الوهاب خلاف :"أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم"، الطبعة الثانية،س1410ه/ 1990م، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ص، 18.

[2] محمد ناصر الدين الألباني: "صحيح سنن الترمذي"، المجلد الأول، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، س، 1420ه/2000م، ص:552.

[3] محمد ناصر الدين الألباني:"صحيح سنن أبي داوود"، باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، الطبعة الأولى، س، 1419ه/1998م، المجلد الأول، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ص:573.

[4] أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري: "صحيح البخاري"، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج، الطبعة الأولى، دار ابن كثير للطباعة والنشر، س: 1424ه/2002م،ص:1306.

[5] الحافظ بن حجر العسقلاني: "فتح الباري شرح صحيح البخاري"، الجزء التاسع، ص: 181و182.

خويلد رضي الله عنها خير مثال على ذلك، ولقد اختارت الرسول ﷺ زوجا لها، وهي التي تميزت بالجمال والشرف والمال وحسن النسب وطيب الخلق حيث كانت تدعى في الجاهلية بالطاهرة.

كما يجوز[1]للولي أن يعرض من يلي أمرها على رجل صالح، ويحرص على أن يضعها في أيد أمينة، فقد ورد أنه لما توفي زوج حفصة بنت عمر بن الخطاب عرضها عمر على عثمان بن عفان، وقال له: إن شئت أنكحتك حفصة، فقال عثمان: سأنظر في أمري، فمرت أيام، ثم قابله عمر، فقال: بدا لي ألا أتزوج يومي هذا. فقابل عمر أبا بكر فقال له: إن شئت أنكحتك حفصة. فصمت أبو بكر ولم يقل شيئا. ثم خطبها رسول الله ﷺ بعد ذلك فأنكحها إياه، ثم قابل أبو بكر عمر فيما بعد، وأعلمه أنه كان يعلم أن الرسول ﷺ سيخطبها[2].

وقد ثبت كذلك أن إحدى الصحابيات جاءت إلى النبي ﷺ فقالت«[3]جئت أهب نفسي، فقامت طويلا، فنظر وصوب فلما طال مقامها، فقال رجل: زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، قال« عندك شيء تصدقها».

وقد تناولت السنة الشريفة مسألة إخفاء الخطبة لما فيها من الضرر، فالعدول عن المخطوبة يؤدي إلى الحديث عنها وبالتالي مس كرامتها وعرضها، وتعرض سمعتها للإساءة قد يكون سببا رئيسيا في تراجع الخطاب عن خطبتها وبالتالي ضياع مستقبلها، وقال رسول الله ﷺ « أظهروا النكاح وأخفوا الخطبة».

والزواج يعني[1]المصاهرة بين عائلتين لإنشاء علاقات الألفة والاندماج بينهما، خاصة في المجتمعات المحافظة، حيث ترغب كل عائلة في أن لا تربط نفسها بالتصاهر

---

[1] ليلى بن سدرين، مرجع سابق،ص، 197و198.

[2] رواه البخاري.

[3]سهل بن سعد:" كتاب النكاح"، رواه البخاري، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح تحت رقم، 5871، ومسلم تحت رقم 1425،

مع عائلة أخرى قبل التعرف عليها، ويعتبر الفقه الإسلامي خط الدفاع الأول لمؤسسة الزواج، ونظرا لمكانة وأهمية الخطبة في العلاقة الزوجية، جعلها الأرضية المناسبة التي يشيد عليها أسس الحياة الزوجية، واعتبرها مجرد وعد بالزواج ونفى إلزامية العقد، كما أعطى الصلاحية للخاطبين في مسألة حق العدول متى اقتضت المصلحة ذلك، وهذا ما تم تجسيده في أحكام قانون الأسرة الخليجي والمغربي، حيث نصت جميع النصوص القانونية بأن الخطبة طلب الزواج والوعد به ويحق للخاطبين الرجوع فيها[2]، وندبت كلا الخاطبين والأهل أن يتعرفوا على بعضهم ضمن ضوابط وشروط معينة حتى يكتمل الزواج على أسس مبنية على التوافق والاحترام والتعاون.

كما خصصوا لها أحكاما ضمن نصوصها القانونية، ولقد أعتبر بعض الفقهاء المعاصرين الخطبة نظاما وعقدا ملزما، واعتبره البعض الآخر عقدا غير ملزم والحقيقة أن التصور العقدي للخطبة أخذ جدالا واسعا من حيث التكييف القانوني لأن آثار العقود من حيث المبدأ تحددها إرادة الطرفين بحرية، لكن الفقه تأثر بالأنظمة القانونية والأعراف الاجتماعية لتحديد الطبيعة القانونية للخطبة، ولقد انقسمت الآراء الفقهية بين مؤيد ومعارض لمبدأ الإلزام العقدي، فالاتجاه الذي اعترف بالنظرية العقدية، اعتبره عقدا[3] ملزما للطرفين يترتب عند الإخلال به مسؤولية عقدية على الطرف المخل، وقد تبنى هذا الطرح الفقيه الفرنسي جوسران الذي يرى أن الوعد

---

[1]أحمد الخمليشي:" الخطبة إجراء تمهيدي للزواج"، مجلة الأمن الوطني، السنة السادسة والثلاثون، العدد 186، س،1417هـ/1995م، ص، 16.

[2] الوعد لا يأخذ قوة وإلزامية العقد وهذا ما قاله السيوطي رحمه الله في الحاوي: "وهل الخطبة ليست بعقد شرعي؟ وهل هو عقد جائز من الجانبين أم لا؟ والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي، وإن تخيل كونها عقدا، فليس بلازم أم جائز من الجانبين قطعا ".الحاوي للفتاوي، الجزء الأول،ص178.

[3] فالخطبة من هذا المنطلق، تشتمل على كل الأركان التي يقوم عليها العقد بصفة عامة ومن ذلك : تطابق إرادتي المرأة والرجل أو من ينوب عنهما قانونا على الاتفاق على الخطبة من أجل إبرام عقد زواج، إذ ينبغي أن يكون كل من الإيجاب والقبول صحيحين، وصحة ذلك تقتضي أن تكون إرادتهما سليمة، وغير معيبة بأحد العيوب التي قد تمس رضاهما من (غلط، تدليس، غبن أو إكراه)، إضافة إلى ذلك يتوجب احترام أهلية التعاقد في الخطيبين أو من ينوب عنهما قانونا، ثم إن المحل وكغيره من العقود يمكن أن يكون موجودا، مع إمكانية وجوده في المستقبل، شريطة أن يكون مشروعا، وغير مخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة، ويكمن المحل في الخطبة في التواعد بالزواج، أما سببه فيكمن في الإعداد لذلك الزواج، والتمهيد له خلال فترة من الاختبار يمارسها الطرفان،[3] وبالتالي يمكن القول بأن كل الشروط المتطلبة في سائر العقود الأخرى متوافرة في عقد الخطبة، وفي هذا تأكيد على الطبيعة العقدية للخطبة، والتي تترتب عليها في حال الإخلال بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه في هذا العقد مسؤولية عقدية، محمد المنصف بوقرة : "خواطر حول الطبيعة القانونية للخطبة"، المجلة القانونية التونسية، عدد خاص، ص، 1983.

بالزواج له قيمة العقد، فهو يؤسس لحقوق وواجبات بين طرفيه تكون ملزمة للخطيبين، إضافة إلى أنه يمهد لعقد ملزم يتمثل في عقد الزواج المراد إبرامه في المستقبل، وهذا يعني حسب هذه النظرية أن الوعد بالزواج يلزم الخطيبين ويحملهما التزامات متبادلة بالقيام بعمل ألا وهو إبرام عقد الزواج في المستقبل، وهو نفس الموقف الذي تبناه الفقيه الفرنسي توليي، إلا أن جوسران ذهب إلى إمكانية فسخ عقد الخطبة عن طريق موافقة متبادلة، بتراضي الخطيبين على إنهاءها، كما أنه قال بإمكانية إبطال الخطبة أو فسخها من جانب واحد بالإرادة المنفردة متى كانت هناك أسباب مشروعة تبرر ذلك، على أن يتابع ذلك كله بمراقبة حول التعسف في استعمال الحق.[1]

وبخلاف النظرية الأولى فإن النظرية غير العقدية اعتبرت الخطبة مجرد وعد ليست له أي قوة إلزامية، بل فقط مجرد التزام أخلاقي وأدبي لا ينتج أي أثر أو خرق قانوني بين الطرفين بل الأثر السلبي الذي يخلفه يكون دينيا بالدرجة الأولى، وهناك من اعتبره عقد يتعارض مع مبدأ الحرية وبما أنه مجرد وعد بالزواج فالأصل فيه الإباحة.

والخطبة عقد حقيقي يلتزم فيه الطرفان بالقيام بعمل، ويتميز هذا العقد بإمكان إنهائه من جانب واحد، ولكن هذا الحق من جانب واحد ليس مطلقا وإنما يمكن أن يرد عليه التعسف، وبالتالي فهو مقيد بالحكمة الغائية التي شرعت من أجلها، ويكون العدول تعسفيا متى لم يكن مستندا إلى أسباب مشروعة، كما أن الخطبة تعتبر عقدا من

[1] - Jean Hanser et Danièle Huet-Weiller sous la direction de Jacques chestin « Traité de droit civil » « la famille , fondation et vie de la famille » ; op.cit p:30

العقود غير المحددة المدة التي تحتمل الإنهاء من جانب واحد حيث يوجد مجال لتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق بالنسبة للخطبة.[1]

ثانيا: شروط الخطبة

يشترط لجواز الخطبة شرطان.

- ❖ الشرط الأول: أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية التي تحول دون زواجه منها في الحال سواء أكانت الحرمة مؤبدة؛ كالبنت والخالة والعمة والأخت أو كانت الحرمة مؤقتة؛ كالمعتدة من طلاق أو المتزوجة أو في حالة الجمع بين أختين.

واستثنى معتدة الوفاة من هذا الحكم فإنه تباح خطبتها بطريق التعريض فقط ولا تباح بالتصريح، ودليل هذا الاستثناء قوله تعالى في سورة البقرة: "ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا"[2].

وهنا جاء الاستثناء احتراما ومراعاة لشعور ورثة المتوفى لأن زوجة مورثهم لا تزال في عدته، ونظرا لحال الحزن والحداد التي عليها المتوفى عنها زوجها حظر التصريح بخطبتها واكتفى بإباحة التعريض بها فقط[3]، أما المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، فيجوز التعريض بها ولا يوجد خلاف بين الفقهاء في هذه المسألة.

---

[1] توفيق حسن فرج:"الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية تصدرها كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، س، الحادية عشرة،1962/1961 العددان الثالث والرابع ، ص:44

[2] سورة البقرة، آية 235.

[3] عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق،ص، 20.

أما المطلقة طلقة بائنة بينونة صغرى فتحرم خطبتها لأنها تعلق بها بعض الحقوق بالنسبة للغير ولكن الخلاف يثور حول مسألة التعريض بالخطبة، ومن أجل ذلك اختلف الفقهاء.

فذهب الحنفية: إلى أن المعتدة من طلاق بائن لا يجوز التعريض بخطبتها، واستدلوا على ذلك بأن مثل هذا التعريض قد يفتح الباب أمام المرأة للادعاءات الكاذبة، فقد تدعي بأن عدتها قد انتهت بمجرد سماعها التعريض، كما أن في حل الخطبة قطع الطريق على المطلق الذي له الحق في الطلاق البائن بينونة صغرى في إرجاع زوجته[1].

أما المالكية والحنابلة: فإنهم منعوا خطبة المعتدة من طلاق بائن وأجازوا التعريض بهذه الخطبة[2] بالتعبير غير الصريح أو حتى بالإهداء لها[3] لعموم قوله تعالى﴿ **ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء...** ﴾. ومدونة الأسرة المغربية تلتقي مع ما ذهب إليه الفقهاء الحنابلة من أن الطلاق البائن بغير ثلاث، وإن كان يزيل العلاقة الزوجية، فإنه لا يمنع من تجديد العقد، في حين أن الطلاق الثلاث يحول دون تجديد العقد، إلا بعد إنهاء عدتها من زوج آخر بنى بها فعلا بناء شرعيا، وهذا ما أخذت به السعودية[4].

وللشافعية قولان: أحدهما يوافق الحنفية في المنع من التعريض، والثاني يوافق المالكية والحنابلة في قولهم بإجازة التعريض[5].

---

[1] حاشية رد المحتار، 619/2.

[2] المغني، 525/7، الفقه المنهجي، 50/4، نهاية المحتاج، 199/6، جواهر الإكليل، 276/1، الاختيار لتعليل المختار، 118/3.

[3] صالح عبد السميع الآبي الأزهري: "جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك"، المجلد الأول، الجزء الأول، المكتبة الثقافية، بيروت،ص:276

[4] خالد بن محمد آل الشيخ،مرجع سابق،ص،172.

[5] مصطفى شلبي :"دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون"، دط،س، 1977، ص، 56.

❖ الشرط الثاني: تستوجب الخطبة ألا تكون المخطوبة[1] سبقت خطبتها للغير خطبة شرعية مستوفية الشروط أي أن المخطوبة أجابت بالقبول صراحة لأن في خطبتها مضرة واعتداء على حق الغير وقد جاء النهي في حديث رسول الله ﷺ، عن ابن عمر[2] رضي الله عنهما، كان يقول «نهى النبي ﷺ أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب»[3].

الفقرة الثانية: الخطبة في التشريع الخليجي

لم ينظم الشارع الإسلامي مقدمات العقود عامة بأحكام خاصة بها، ولكنه اختص الزواج من بينها بأحكام تخص مقدمته لأنه أخطر عقد، وهو عقد يعقد على نية الدوام والبقاء ما بقي كلا الزوجين على قيد الحياة وهذا ما يؤكده الشيخ محمد أبو زهرة بقوله ما يلي: "الخطبة ليست عقدا بل هي وعد بالعقد، وليس للوعد بعقد الزواج قوة العقد حتى على رأي الفقهاء الذين يعتبرون الوعد ملزما لإنشاء العقد، وذلك لتوافر حرية الاختيار كاملة فإن ذلك من مصلحة العاقدين ومن مصلحة المجتمع لأنه عقد الحياة والتروي فيه أمر لا بد منه .....[4]".

ولقد شهد التكييف القانوني للخطبة مخاضا عسيرا خصوصا في التشريعات الوطنية التي لم تفرد للخطبة مواد قانونية، بل الأكثر من ذلك التشريعات التي لا يوجد لها قانون أحكام الأسرة ممكن الرجوع إليه كالمملكة العربية السعودية التي اعتمدت في قانون الأحوال الشخصية على الفقه الحنبلي، أما قانون[5] أحكام الأسرة البحريني استهل مواده باستعراض أحكام الخطبة، فنص على أكثرها وسكت عن بعضها، ووفقا

[1] بداية المجتهد لابن رشد،3/2،دار المعرفة،بيروت، والمهذب للشيرازي،47/2،دار الفكر، بيروت.
[2] أخرجه البخاري في كتاب النكاح تحت رقم 5142، ومسلم تحت رقم 1412.
[3] متفق عليه
[4] محمد أبو زهرة:" محاضرات في عقد الزواج وآثاره"، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي،دس، ص، 55.
[5] أحمد يعقوب العطاوي و أحمد بخيت الغزالي، مرجع سابق، ص، 42.

للقاعدة المقررة بالمادة الثالثة من القانون 19 لسنة 2009م فإنه يعمل بالمنصوص عليه، وفي حال عدم النص يقضي بالمشهور في مذهب الإمام مالك، فإن لم يوجد فبغيره من المذاهب الأربعة لأسباب يبينها القاضي في حكمه، وإذا تعذر وجود قول في المذاهب الأربعة طبق القاضي القواعد الفقهية العامة في الفقه الإسلامي[1].

كما كيفت المادة الأولى من قانون أحكام الأسرة البحريني الخطبة أنها طلب للزواج ووعد به في حين نصت المادة الثانية أنه يجوز للطرفين العدول عنها.

ويتضح مما سبق أن المشرع البحريني حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم حيث أجاز لكلا الطرفين العدول عن الخطبة.

أما في باقي التشريعات الخليجية، فقد أقر مشرع قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان بالخطبة، وأفرد لها الباب الأول من الكتاب الأول، فنص في المادة الأولى على أن: "الخطبة طلب التزوج والوعد به"[2]، فإذا صدرت الموافقة على الخطبة تصريحا أو تعريضا صارت المرأة مخطوبة لهذا الخاطب، ويكون الاثنان أمام وعد بالزواج إلا أن هذا الوعد لا يقيد أحدهما –فهو ليس عقدا– بمعنى أنه يجوز لكل الخطبين أن يعدل عن الخطبة وفقا لما تضمنته المادة الثالثة من القانون فقرة (أ) بقولها:" لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة"[3]، وهذا دليل على جواز العدول سواء من الخاطب أو المخطوبة أو من وليه، كما عرف المشرع في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الخطبة من خلال الفقرة الأولى من المادة 17: "بأنها طلب التزوج والوعد به ولا يعد ذلك نكاحا....[4]"، وبالتالي (الخطبة – قراءة الفاتحة –

[1] المادة الثالثة من قانون الأسرة البحريني، انظر موقع وزارة العدل.
[2] المادة الأولى من قانون الأسرة العماني، انظر موقع وزارة العدل.
[3] المادة الثالثة من قانون الأسرة العماني، انظر موقع وزارة العدل,
[4] المادة 17 من قانون الأحوال الإماراتي، انظر موقع وزارة العدل

تبادل الهدايا) ليست إلا تمهيداً للزواج وبالتالي يخول القانون لكلا الطرفين العدول عن الخطبة.

وعلى غرار باقي دول الخليج أكد المشرع القطري على أن الخطبة لا ترتب أي آثار قانونية وهذا دليل على انتفاء صفة الإلزام التي تجبر الطرفين على إتمام العقد كما نصت على ذلك في المادة الخامسة التي جاءت وفق ما يلي: "الخطبة هي طلب التزويج، والوعد به صراحة أو بما جرى به العرف، ولا يترتب عليها أي أثر من آثار الزواج"[1].

وأخيرا ذهب المشرع الكويتي[2] إلى نفس ما قررته باقي التشريعات الأخرى من اعتبار الخطبة وعد بالزواج، حيث نص في المادة الأولى على: أن "الخطبة لا تلزم بالزواج ومثلها الوعد به"[3]، وهو بهذا جردها من كل اعتبار قانوني، وجعلها من العقود الغير الملزمة، وبالتالي ليست لها صفة العقد، وليست لها أي صبغة إلزامية إذ بإمكان طرفيها العدول عنها حيث نصت المادة الثالثة على ما يلي: "لكل من طرفي الخطبة أن يعدل عنها[4]".

الفقرة الثالثة: الخطبة في مدونة الأسرة المغربية

أما بالنسبة لمدونة الأسرة المغربية فقد خصصت للخطبة خمسة مواد قانونية، حيث نصت في الفقرة الأولى من المادة الخامسة على ما يلي: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج. تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد

[1] المادة الخامسة من قانون الأسرة القطري، انظر موقع وزارة العدل
[2] المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد الثامن، سنة 1988، ص ، 527.
[3] المادة الأولى من قانون الأسرة الكويتي، انظر موقع وزارة العدل
[4] المادة الثالثة من قانون الأسرة الكويتي، انظر موقع وزارة العدل

على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا"[1].

ويتضح مما سبق أن الخطبة[2] مجرد وعد وليست بعقد ملزم، كما أشارت إليه المادة السادسة من مدونة الأسرة والتي نصت على ما يلي:

" الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها"[3].

وبذلك يساير قانون الأسرة المغربي معظم القوانين الخليجية بما في ذلك الفقه الإسلامي، فالخطبة التامة في الفقه الإسلامي هي وعد بالزواج وليست عقدا وإن تمت برضا الطرفين[4]، ويعرفها الفقيه المغربي محمد الكشبور:"بأنها طلب الرجل التزوج من امرأة معينة لا يحرم عليه الشرع أن يتزوجها، أو هي إعلان الرجل رغبته في الزواج من امرأة خالية من الموانع الشرعية بالنسبة إليه، فإذا أجيبت هذه الرغبة بقبول من المرأة أو ممن له صفة شرعية في النيابة عنها، تمت الخطبة بينهما"[5].

في حين عرفها الدكتور أحمد الخمليشي:"بأنها عرض الرجل رغبته في الزواج من امرأة وعدم رفض هذه الأخيرة للعرض، وتواعدهما على إبرام عقد الزواج الرسمي، وتتم الخطبة عادة بين عائلتي المعنيين بالأمر، أو بين الرجل وبين عائلة الخطيبة[6]".

---

[1] المادة الخامسة من قانون الأسرة المغربي.

[2] ويلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع المغربي في المدونة الجديدة قد حاول التخلص من الثقافة التي كانت سائدة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والتي كرست لبعض المفاهيم الذكورية وهو ما كان يتجلى في الفصل الثاني من مدونة الأحوال الشخصية والذي يعتبر الخطبة وعدا بالزواج و ليست بزواج، فرغم كون الفصل يحسم في عدم اعتبار الخطبة زواجا بشكل صريح إلا أنه اعتبرها وعدا صادرا من الواعد الذي هو الخاطب دائما، وهو ما يجعل المخطوبة موعودا لها دائما، لطيفة الجبابدي: "الأبعاد الاجتماعية في مدونة الأسرة :، مداخلة في الندوة الوطنية لمدونة الأسرة نظمتها كلية الحقوق بطنجة يوم الجمعة 20فبراير 2004.

[3] انظر المادة السادسة من مدونة الأسرة المغربية

[4] جاء في البهجة: "..رجل خطب يتيمة من أخيها واتفقوا على الزواج بعدد معلوم وحوائج وحضروا بمجلس واحد وأكلوا دون أن تقع بينهم شهادة، وأعطاها العصفة وألقتها في رأسها ثم إن الرجل قد فقد أو أسر هل يصح لغيره العقد عليها أم لا؟ فقال: لا نكاح بينهما ولا توارث ولا عدة وبهذا جرت عادة المفتين وأنه لم يقع إشهاد فلا نكاح."
ـ أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي : البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة تحفة الحكام لابن عاصم الغرناطي، دارالفكر ، ص: 240

[5] محمد الكشبور، مرجع سابق،ص، 168.

[6] احمد الخمليشي، مرجع سابق، ص 39.

وإذا كان نظام أحكام الأسرة في دول الخليج العربي قد سكت عن أهمية قراءة الفاتحة أثناء الخطبة وما تضمنتها من أعراف وتقاليد، فالمشرع المغربي نص عليها في قانون الأسرة واعتبرها من أساسيات الخطبة في المجتمع المغربي.

ومع ذلك فهي لا تضفي عليها أي صبغة قانونية بل تظل مجرد وعد بالزواج يفتقد لصفة الإلزام، فجمهور الفقهاء يذهب إلى أن الخطبة لا تعدو كونها وعدا بالزواج غير ملزم، فالخطبة لا تعد عقدا ولا يترتب عليها أي أثر من آثار العقد، وكذلك قراءة الفاتحة، وإنما هي تراكن وميل ولكل واحد الحرية التامة في فسخها عن نفسه[1].

المطلب الثالث: التعويض عن أضرار العدول عن الخطبة في التشريع الخليجي والمغربي

بما أن الخطبة تمهيد لعقد الزواج، فالعدول عنها حق كفله القانون لكلا الطرفين لذلك نظمته معظم التشريعات بمقتضيات قانونية في حالة إذا ما تعذر إتمامه، وتخول لأطرافه بناء حياة أسرية أساسها تحصين النفوس والاستمرارية في الحياة الزوجية وفي هذا الإطار نجد أن المشرع قد وضع أحكاما لمعالجتها وإقامة العدالة بين أطراف الخطبة.

وللوقوف على آثار العدول عن الخطبة سنتناولها من خلال **(الفقرة الأولى)** في حين نتعرض للتعويض عن أضرار العدول عن الخطبة في **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: آثار العدول عن الخطبة في التشريع الخليجي والمغربي

يقول الفقيه محمد الكشبور:"إن مسألة العدول عن الخطبة قاعدة تتصل بجوهر النظام العام، بحيث لا يمكن النزول عنها أو الاتفاق على ما يخالفها بالنسبة للرجل

[1] أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي:"البهجة في شرح التحفة "على الأرجوزة المسماة تحفة الحكام لابن عاصم الغرناطي، م س، ص: 240.

والمرأة على حد السواء.لأن هذا العدول إنما تقرر لأسباب اجتماعية تسمو على مصالح الأفراد الخاصة"[1].

وقد يرافق غالبا في الخطبة [2]تقديم هدايا أو دفع مهر، ثم يتم العدول من قبل الطرفين، كما ينتج عن هذا الفسخ آثار مالية ويصاحبه أضرار نفسية، ولهذا نظم المشرع أحكام لمعالجتها، وإذا كانت إمكانية العدول هاته مقررة للطرفين معا، باعتباره حقا مطلقا أجازه الشرع لهما تفاديا من أي ارتباط قد تكون له آثار وخيمة في المستقبل فما هو موقف الفقه الإسلامي من إمكانية استرداد المهر والهدايا المقدمة أثناء فترة الخطبة؟

- **أولا: في المهر**

لا يوجد خلاف بين الفقهاء في مسألة استرداد الصداق في حال العدول عن الخطبة، باعتباره حقا خالصا شرعا للزوجة وأثرا من آثار العقد الصحيح تستحقه بمجرد إتمام الرابطة الزوجية.

فإن كان المهر[3] مثليا استرد مثله، وإن كان قيميا استرد عينه إن كان قائما وقيمته إن هلك أو استهلك، وتعتبر الشبكة بمقتضى العرف جزءا من المهر"لأن المهر يزيد أو ينقص بحسب نوع الشبكة وقيمتها"[4].

وإن كان المهر بستانا فعليها إعادة البستان مع قيمة ثماره، وإن كان مواشي فعليها إعادة المواشي مع مواليدها، ويحق لها أن ترجع على خاطبها بما أنفقته لإطعام

---

[1] محمد الكشبور، مرجع سابق، ص، 183.

[2] أحمد بخيت الغزالي، مرجع سابق،ص 63.

[3] انظرالشرح الكبير،219/2، جاشية بن عابدين، 2/ 364-365، الإنصاف8/ 296، منار السبيل198/1، إعانة الطالبين3/ 335،والأحوال الشخصية ، محمد أبو رهرة ،ص، 37، أحكام الأحوال الشخصية لعبد الوهاب، ص، 23، شرح قانون الأحوال الشخصية، عبد الزجمن الصابوني، 44/1.

[4] شمروخ حامد :" أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون"،الطبعة الثانية، س، 1992،ص،25.

المواشي وصلاح الثمر، وأما ما يفقد من المواشي، وما يتلف من الثمار، فلا تضمن منه شيئا إلا في حالة التعدي[1].

أما إذا توفى الخاطب في مرحلة الخطوبة أي قبل إتمام عقد الزواج، فيحق للورثة استرداد ما قدم لخطيبته كلا أو جزءا منه، وقد عالجت المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية الكويتي موضوع المهر وفق ما يلي:

أ- "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة، فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه.

ب- يعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه.

ج- إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازا، ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر، أو تسليم ما يساويه كلا أو بعضا من الجهاز وقت الشراء".

كما أشارت المادة 9 من مدونة الأسرة المغربية لموضوع الصداق على أنه: "إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه.

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

- **ثانيا: في الهدايا**

إن الناظر في الاجتهاد الفقهي يرى أن الفقهاء ليسوا على قول واحد في تكييف الهدايا وفي استردادها.

[1] انظر بداية المجتهد،3/2-6،وانظر،محمد قهر شقفة:"شرح أحكام الأحوال الشخصية"،126/1.

- فالحنفية قد اعتبروها من الهبات، والهبات تسترد ما لم تهلك أو تستهلك، أو تزيد زيادة متصلة بها لا تقبل الفصل[1].
- أما رأي الشافعية: فالهدايا قدمت على أساس تمام الزواج، وقد حال العدول دون تمامه، وباعتبار غرضها فإنها تأخذ حكم المهر، أي تسترد إن كانت قائمة، ويلزم مثلها أو قيمتها إن هلكت أو استهلكت[2].
- وعول المالكية على الجانب النفسي للمتهادين ما لم يكن شرط أو عرف بمعنى أن في العدول إحداث ألم بالمعدول عن خطبته، وفي الغرامة إحداث بالغارم، فلا يجمع على المعدول عنه بين ألمين، ألم العدول وألم الغرامة.

وعلى قول المالكية فإنه:

❖ إن كان ثمة شرط أو عرف عمل بمقتضاه.

❖ وإن لم يكن شرط أو عرف فإن العادل يلتزم برد ما قدم إليه من هدايا وليس له أن يسترد ما قدمه هو من هدايا حتى لا يجمع على الطرف الآخر ألم العدول عن الخطبة[3]، وألم رد الهدايا، وعلى الملتزم بالرد أن يرد عين الهدايا إن كانت قائمة، ومثلها أو قيمتها إن هلكت أو استهلكت.

أولا: في التشريع الخليجي

لقد عالجت المادة الثالثة من القسم الأول من قانون أحكام الأسرة البحريني لأحكام الهدايا وفق ما يلي:

[1] ابن عابدين محمد أمين:" حاشية ابن عابدين على الدر المختار"، مطبعة دار إحياء التراث العربي، 3/168، الشيخ أبو زهرة، ص، 38.

[2] فرحات محمد محمد:" أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي"، دار النهضة العربية،س 1991،ص32، ونحوه عند الحنابلة، انظر : كشاف القناع، 5/ 2543.

[3] محمد عليش:" فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك، مطبعة دار الفكر، 1/ 404، 408.

- يرد من عدل عن الخطبة دون مقتص الهدايا التي حصل عليها بعينها إن كانت قائمة، وإلا فمثلها أو قيمتها يوم قبضها، ما لم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها.
- إن كان العدول باتفاق الطرفين رد كل منهما ما قبض من هدايا الطرف الآخر على النحو المشار إليه في الفقرة السابقة.
- إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض قهري حال دون الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا[1].

أما قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[2] فالعدول عن الخطبة حق مكفول بقوة القانون نظرا لارتباطه بمبدأ حرية الشخص في الزواج ولقد ناقش هذه المسألة بتفصيل من خلال المادة 18 على النحو التالي:

- لكل من الطرفين العدول عن الخطبة، وإذا ترتب ضرر من عدول أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتضى كان للطرف الآخر حق المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل.
- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو مات يسترد المهر الذي أداه عينا أو قيمته يوم القبض إن تعذر رده عينا.
- إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو ببعضه جهازا ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء.
- يعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه.

---

[1] ويقول أحمد يعقوب العطاوي: إن حاصل ما تفيده المادة الثالثة أنه:
يعمل في استرداد ما قدم من هدايا بالمفتى به في مذهب مالك رحمه الله، وهو قول بعض الشافعية والحنابلة، وإليه يميل أكثر المعارين، حتى لا يجمع على المعدول عن خطبته ألم العدول وألم الاسترداد، ولأن إبطال العمل تم من جانبه، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، وأخذ في الفقرة(ج) بمذهب الحنابلة، ومبناها كما هو واضح على العذر وانتفاء قصد العدول.أحمد يعقوب العطاوي، مرجع سابق، ص، 65.

[2] قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شرط أو عرف، فإن كان بغير مقتضى فلا حق له في استرداد ما أهداه.
- إذا كان العدول بمقتضى فله أن يسترد ما أهداه إن كان قائما أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا وليس للآخر أن يسترد.
- إذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه أو بعارض حال دون الزواج فلا يسترد شيئا من الهدايا.
- إذا انتهت الخطبة بعدول من الطرفين استرد كل منهما ما أهداه للآخر إن كان قائما.

والملاحظ في قانون الأحوال الشخصية[1] الإماراتي أنه أخذ بالرأي القائل بالتعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة سواء كان الضرر معنويا أو ماديا، وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون أن الضرر بسبب العدول عن الخطبة قد يلحق المخطوبة، وقد يلحق الخاطب وعلى المتسبب إزالة هذا الضرر، ثم بينت المذكرة أن للقاضي تقرير التعويض عن العدول بشرط التحقق من حصول الضرر المادي أو المعنوي والتحقق أيضا ممن كان السبب في حصوله[2].

أما بالنسبة للمشرع القطري فقد نصت المادة السابعة من قانون الأسرة على أنه :"لكل من طرفي الخطبة العدول عنها، وإذا سلم الخاطب لمخطوبته قبل العقد مالا على أنه من المهر، ثم عدل أحد الطرفين عن الخطبة، أو مات أثناءها فيحق له أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم القبض.....".

[1] ماجد أبو رخية وعبد الله محمد الجبوري، مرجع سابق، ص، 32 و33,
[2] المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ص، 144.

ولقد حدد المشرع القطري في هذه المادة بأن العدول عن الخطبة حق كفله القانون لكل من الخطيبين، وبالتالي فإن استعماله لا يترتب عليه أي جزاء قانوني مادام لا يوجد تعسف في استعمال حقه.

وبالرجوع إلى المادة الثامنة نلاحظ أن المشرع القطري فرق بين العدول بمقتض أو بدون مقتض وأعطى حكما مغايرا في حالة انتهاء الخطبة بالوفاة أو بأسباب وعوارض تحول دون إتمام الزواج كل ذلك في حالة ما لم تكن الهدايا مما يستهلك بطبيعتها أو كان العرف يقضي بخلاف ذلك.

ففي حالة العدول عن الخطبة دون مقتض: يرد من عدل عن الخطبة ما أهداه بعينه إن كانت قائمة أو قيمتها يوم القبض.

أما في حالة العدول عن الخطبة بمقتض: يسترد ما أهداه بعينه أو قيمته يوم القبض.

وأما بالنسبة للمشرع الكويتي فإلزام الطرفين بإتمام العقد أمر غير مستساغ قانونا وذلك لأن الهدف الأساسي من الخطبة هو إتمام الزواج وما دمنا أمام حياة مستقبلية ستدوم بدوام حياة الزوجين، فإذا ظهرت أسباب تحول دون إتمامها أجاز الشرع للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة احتراما لمبدأ الحرية في الزواج والمكفول بقوة القانون طبقا لما يقضي به منطوق المادة الثالثة والتي نصت على ما يلي:" لكل من طرفي الخطبة أن يعدل عنها"، أما فيما يخص استرداد الهدايا فقد سار على نفس المقتضيات القانونية التي نظمها المشرع القطري.

أما بالنسبة للمشرع العماني فقد عالج مسألة إنهاء الخطبة وذكر بأن هذا العدول يرتب آثارا، لأننا نتحدث عن حالة فسخ أي إنهاء الوعد الذي كان قائما ونص في الفقرة (ب) من المادة الثالثة بقوله:

"يرد من عدل عن الخطبة دون مقتض الهدايا بعينها، إن كانت قائمة وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض، ما لم يقض العرف بغير ذلك، أو كانت مما تستهلك بطبيعتها" ويلاحظ هنا أن القانون لم يطلق حق العدول في الخطبة –فاشترط العدول أن يكون له مقتض– فإذا لم يكن للخاطب مقتض في عدوله طبق النص في شأن الهدايا[1].

ثانيا: في التشريع المغربي

كما حدد المشرع المغربي في المادة الثامنة من مدونة الأسرة الحالة التي ترد فيها الهدايا وفق ما يلي:

"لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من الهدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله، ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال".

أما إذا أنكرت الخطيبة الحصول على الهدايا في هذه الحالة يجب الاعتماد على قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر، ثم الرجوع إلى المادة 400 من مدونة الأسرة[2].

الفقرة الثانية: التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة

لقد أولت الشريعة الإسلامية أهمية كبيرة للزواج، فشرعت له مقدمات من تعارف وخطبة، ووضعت له ضوابط شرعية، وهي ما سماها الفقهاء بأحكام الخطبة، حتى يقوم الزواج على أسس متينة من حسن الاختيار، ورضا وموافقة بين الطرفين.

---

[1] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص، 15.

[2] ومن النزاعات التي عرضت بهذا الصدد على القضاء المغربي بإرجاع الهدية للخاطب وتتمثل الوقائع فيما يلي:
خطب السيدع.ز. الآنسة خ.ف, من عائلتها قصد الزواج بها، واستجابت الفتاةلهذه الخطبة التي أعلنت وذاع أمرها بين الناس، وفي أثناء فترة الخطبة تبرع الخاطب على مخطوبته بقطعة أرضية مساحتها عشرة هكتارات وهي من أجود الأراضي الموجودة بضواحي مدينة فاس وقد سجلت تلك البقعة باسمها في السجل العقاري، بعد ذلك عمدت الفتاة المخطوبة إلى الزواج من رجل آخر غير المتبرع.
ورفع الخاطب الأول دعوى على المتبرع إليها خ.ف. يطلب من خلالها من القضاء الحكم له برجوعه فيما سبق له أن تبرع به، واستند في دعواه على مقتضيات الفصل الثالث من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وقد حكم القضاء المغربي في ه1ه النازلة بأحقية الخاطب في استرجاعه لهديته، عندما تبين له أن ما قامت به المخطوبة هو عمل مشوب بسوء نية، واستخلص من ذلك أن العدول كان من جانبها وليس من جانبه.محمد الكشبور، مرجع سابق، ص، 187.

فما دامت الخطبة لا تعد عقدا في الشريعة الإسلامية، ولا حتى في القانون لأنها مجرد وعد بالزواج وليس للوعد قوة إلزام في القانون، لذا لا يترتب على رجوع أحد الخاطبين أي أثر قانوني وهذا ما أكده التشريع الأسري سواء في الخليج أو في المغرب.

ولكن التساؤل الذي يطرح هنا إن قام الخاطب باستئجار منزل وشراء الأثاث أو تكبد مصاريف حفلة أو في حالة ما بادرت المخطوبة باتفاق مسبق مع الخطيب بترك وظيفتها أو ضحت بدراستها من أجل مشروع الزواج وتربية الأولاد في المستقبل، ثم يحصل أن تفسخ الخطبة من أحدهما فيلحق ضررا بالآخر سواء أكان هذا الضرر ماديا أو معنويا نتيجة لما يسببه الانفصال من أثر نفسي أو اجتماعي على سمعة الخطيبة خصوصا إذا اشتهرت الخطبة بينهما.

وفي هذه الحالة يمكن إقامة دعوى للمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية إذا توفرت أركانها والتي تتمثل فيما يلي:

- الخطا
- والضرر
- والعلاقة السببية بينهما..

وجبر الأضرار بالتعويض أمر مقرر بالشريعة الإسلامية شرط ارتباطه بمبدأ حسن النية وقد لخص الدكتور عبد الرزاق السنهوري ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الصدد مؤكدا على أن القضاء في مصر قد استقر على أن الخطبة ليست بعقد ملزم وأن مجرد العدول لا يرتب شيئا وأنه إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ألحقت الضرر بالطرف الآخر جاز الحكم بالتعويض، مؤسسا هذا الحكم على قواعد المسؤولية

التقصيرية، أما حالة الإغواء فإن الدكتور لا يراها سببا للتعويض إلا عند اصطحابها بالخديعة والغش أو بواسطة الضغط الأدبي[1].

ويرى الدكتور محمد مصطفى شلبي ما يلي:

"ينظر للضرر المترتب على العدول إن كان للطرف الآخر دخل فيه بسبب حصل منه حكم بالتعويض، كما إذا تركت المرأة الموظفة وظيفتها بتحريض من الخاطب لتتفرغ لشؤون البيت بعد الزواج، أو قامت بإعداد الجهاز اللازم بإيعاز منه ثم عدل عن الخطبة فإنه يلزم بالتعويض.

ومثل ذلك إذا قام الخاطب بإعداد بيت الزوجية بإيعاز من مخطوبته ثم عدلت عن الخطبة حكم عليها بالتعويض، لأن الضرر الذي لحقه كان بسبب تغريرها.

أما إذا فعل كل منهما ذلك دون إيعاز من الآخر، ثم فسخت الخطبة فيكون الضرر اللاحق بأحدهما نتيجة اغتراره هو لعدم تريثه في الأمر فلا تعوض؛ لأنه هو الذي جلب على نفسه الضرر"[2].

ويرى الشيخ محمد أبو زهرة أنه للحكم بالتعويض من عدمه، نفرق بينما إذا كان هناك تغرير أو اغترار، فالأول يجوز التعويض لأن أحدهما قد غرر بالطرف الآخر والتغرير يوجب الضمان، أما إذا كان هناك اغترار بأن أقدم أحدهما على تجهيز البيت بنفسه دون أن يطلب منه ثم حدث العدول فلا ضمان على الطرف الآخر لأن الاغترار لا يوجب الضمان[3].

ولقد ذهب الشيخ وهبة الزحيلي إلى إمكانية إقرار التعويض في الفقه الحديث، فالفقه الإسلامي حسب هذا الرأي غني بالقواعد المستمدة من الشريعة العامة والتي تتسع

---

[1] عبد الرزاق السنهوري:"الوسيط في شرح القانون المدني"، ج الأول، ص، 830.
[2] محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص، 89و99.
[3] محمد أبو زهرة :"الأحوال الشخصية"، الطبعة الثالثة، س ، 1957، ص:37.

لمسألة التعويض من أمثلتها "التغرير يوجب الضمان" وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" "والضرر يزال" و"إيجاب الضمان"، وما يترتب عليها من تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق[1]، والتي أخذ بها المالكية والحنابلة وأولى لها أبو حنيفة أهمية كبيرة في كثير من فروع الفقه ومسائل الولاية على القاصر وحقوق العلو والجوار[2]، كما يمكن تأصيل مبدأ التعويض قياسا على مبدأ الإلزام في المشهور من الأقوال في الفقه المالكي[3].

وبالرجوع للمادة الخامسة من مدونة الأسرة يمكن القول بأن المنظم المغربي ألغى صفة الإلزام عن الخطبة، وفي هذه الحالة يصعب تطبيق قواعد المسؤولية العقدية لحل هذا الإشكال خصوصا بأن آثار هذا العدول قد نجم عنه ضررا للطرف الآخر.

وبالرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لقد نصت المادة 77 من قانون الالتزامات المغربي على ما يلي:"كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

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

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

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

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

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

ولقد سوى المشرع المغربي الضرر المادي والمعنوي حيث اعتبرهما موجبين للتعويض، وذهب الأستاذ أحمد الخمليشي إلى إمكانية التعويض في حالة توافر الشرطين التاليين:

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

ب- أن يكون له دور في إنجاز التصرف المضر بالطرف الآخر، كما إذا استعجلت الخطيبة حفلة الزواج، وعندما هيأ لها الخاطب أعلنت عن انتهاء الخطبة، وكأن يطلب الخاطب من خطيبته الانقطاع عن الدراسة أو التخلي عن وظيفتها، فتفعل ذلك استجابة لرغبته ثم يتراجع عن الخطبة بدون سبب معقول[1].

نستنتج مما سبق أن المشرع المغربي[2] استثنى التعويض عن مجرد العدول وهذا هو المبدأ، إلا أنه أجاز المطالبة بالتعويض في حالة صدور فعل سبب ضررا للطرف الآخر، إذ تقضي المادة السابعة من مدونة الأسرة على ما يلي:

" مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض. غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"، وللقاضي السلطة التقديرية في تكييف النزاع المعروض أمامه هل يستوجب العدول عن الخطبة التعويض أو لا.

[1]- أحمد الخمليشي، مرجع سابق، ص، 56.

[2] عكس مدونة الأحوال الشخصية الملغاة التي لم تنص عن الأضرار الناتجة عن العدول عن الخطبة وأمام هذا الفراغ التشريعي ومع انعدام وجود اجتهادات قضائية يتم الرجوع إلى الفقه المالكي والقانون المدني لسد الثغرات الناجمة عن هذا النقص وحل الإشكال المطروح.

المبحث الثاني: أهلية المرأة في النظام الأسري المغربي والخليجي وفي الاتفاقيات الدولية

يعتبر الفقه الإسلامي مؤسسة الزواج ميثاق غليظ نظرا لقدسية هذا العقد ولما يترتب عليه من حرمة نسب ومصاهرة، كما جعله السبيل الوحيد لتحصين النفس، ولقد أكدت الشريعة الإسلامية على ضرورة وجود رضا الزوجين عند إبرام العقد حرصا منها على تكوين أسرة متماسكة مبنية على أساس من المحبة والمودة والتعاون.

وبما أن القران الكريم هو دستور المسلمين فإنه يخاطب الرجال كما يخاطب النساء في بناء المجتمع، لذلك قد شملت أحكامه الجنسين معا، والمرأة في نظر الإسلام إنسان مكلف يتمتع بكامل الأهلية، فهي تمثل نصف المجتمع، كما تسهر على تربية ورعاية النصف الآخر، وبالتالي فإنها تشكل محوره وكيانه. ولابد لهذا النصف من أن يشارك نصفه الآخر في بناء مجتمع يقوم على مبادئ العدل والإنصاف، إلى جانب الإعلانات والمواثيق الدولية وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وذلك بتكريس مجموعة من الحقوق من غير المحاباة بين جنسي الذكور والإناث، سواء عند إنشاء عقد الزواج من خلال إقرار حقها في أن تكون أهلا لإبرام عقد الزواج إلا إذا كانت قاصرة، فيجب الحصول على إذن من القاضي للسماح لها باستكمال الإجراءات القانونية لعقد الزواج، وفي التعبير عن رضاها كاملا دون أي ضغوط أو إكراهات مع التحمل بالواجبات المترتبة عن هذا العقد ومنحها الصلاحية المطلقة في فرض شروط اتفاقية في عقد الزواج.

ولقد أقرت التشريعات الدولية والوطنية مجموعة من الأحكام والمقتضيات لنصرة قضية المرأة، حيث تجسد ذلك من خلال تكريس مجموعة من الحقوق، ضمانا لمساواتها مع الرجل، كما حرصت على توفير الحماية لها قبل إبرام عقد الزواج من

خلال إقرار حقها في أن تكون لها الأهلية الكاملة لإبرام هذا العقد(**المطلب الأول**)، وفي تحديد سن الزواج في التشريع الأسري الخليجي(**المطلب الثاني**)، وفي مدونة الأسرة المغربية (**المطلب الثالث**) وفي الاتفاقيات الدولية (**المطلب الرابع**).

المطلب الأول: أهلية المرأة في التشريع الأسري وفي الاتفاقيات الدولية

من أهم مصادر الالتزام نجد التصرفات القانونية ويعتبر العقد من أهم تلك التصرفات ولا يقوم إلا إذا توافر على أهلية تامة مما جعل التشريعات تهتم بكمال الأهلية وتضع لها ضوابط شرعية، وبما أن عقد الزواج ينفرد بميزة خاصة عن باقي العقود لأنه يعنى بالشخص نفسه عكس العقود الأخرى التي تهدف إلى القيام بعمل أو الامتناع عن العمل، كما يكون محل العقد أشياء بذاتها سواء أكان استغلال أو استهلاك أو غيره، ويكون التصرف القانوني خاضع لإرادة أطراف العقد ولهذا سنتطرق للأهلية في النظام الأسري (**الفقرة الأولى**)، وللمساواة بين الجنسين في النظامين(**الفقرة الثانية**)، ولتحديد سن المرأة في الزواج في الفقه الإسلامي(**الفقرة الثالثة**).

الفقرة الأولى: الأهلية في النظام الأسري المغربي والخليجي

يعتبر الزواج في التشريع الأسري من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عنه من التزامات مالية وواجبات اجتماعية عائلية، ولما كان الزواج من التصرفات القانونية التي تحتاج إلى إدراك اعتبارا لما يترتب عليه من آثار فإنه يفترض توفر العاقدين على أهلية الزواج، هذه الأهلية لا تكتمل إلا بإتمام الفتى أو الفتاة 18 سنة الذي يعتبر سن الرشد القانوني، [1]ومن شروط أهلية[2] التعاقد في

[1] محمد الشتوي:" الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج"،مطبعة الوراقة الوطنية ،مراكش، س، 2004، ص8.

[2] نص الفصل الثامن من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه: «"تكتمل أهلية النكاح في الفتى في تمام الثامنة عشر، فإن خيف العنت رفع الأمر إلى القاضي، وفي الفتاة بتمام الخامسة عشر من عمرها ».

ومن الملاحظ أن المدونة في هذا الفصل ميزت في سن الزواج بين الجنسين وجعلته الثامنة عشرة سنة بالنسبة للفتى والخامسة عشرة بالنسبة للفتاة، إلى جانب تحديد سن أهلية الزواج أوجبت المدونة في فصلها السادس:« أن يكون كل من الزوجين عاقلا بالغا»

إلا أنها لم تحدد السن التي يقع فيها البلوغ، والواقع أن تحديد سن الزواج يغني عن شرط البلوغ طالما أن المدونة ترى أن البلوغ يتحقق قبل هذا السن.

الزواج أن يكون كل واحد من العاقدين أهلا لمباشرة العقد وذلك حتى يكون كل منهما فاهما لمقاصد الزواج ومراميه وعارفا بأحكامه وآثاره وملما بحقوقه وواجباته وقادرا على الاختيار الحر وهذا يقتضي أن يتوفر لهما العقل والإدراك اللازمين، فيلزم باتفاق العلماء أن يكون العاقد بالغا عاقلا فلا يصح عقد فاقد الأهلية لجنون أو صغر[1].

فالأهلية في اللغة: هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور، مصداقا لقوله عز من قائل﴿[2]**وألزمهم كلمة التقوى وكانوا أحق بها وأهلها**﴾، وكذلك قوله ﴿ **هو أهل التقوى وأهل المغفرة**﴾[3].

أما في الاصطلاح: فهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شانها أن تكسبه حقا، أو تحمله التزاما على وجه يعتد به قانونا.

ولقد نصت المادة 206 من مدونة الأسرة المغربية على أن الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء.

فأهلية الوجوب capacité de jouissance :عرفتها المادة 207 من مدونة الأسرة على أنها:" صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون.. "، وهي تثبت له منذ أن يكون جنينا في بطن أمه وإلى حين وفاته.

ويقول الفقيه الأستاذ أحمد الخمليشي في هذه المسألة على أن النص على البلوغ والسن معا جاء نتيجة للمزج بين التقليد والتجديد، فالبلوغ يذكره الفقهاء كشرط في الزواج الذي يتولى العقد بنفسه، وتحديد سن أدنى للزواج اقتبسته المدونة من القوانين المقارنة. وبهذا التقليد والاقتباس تم الجمع بين البلوغ وبين السن كشرطين مستقلين لأهلية الزواج، مع أن أحدهما يغني عن الآخر، والجمع بينهما يخلق ارتباكا في التطبيق العملي، أحمد الخمليشي: "التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، مطبعة المعارف،الرباط،س،1987، الطبعة الثانية ، الجزء الأول، ص، 59.

[1] ذهبت محكمة النقض المصرية إلى اعتبار قول الجمهور ، فأبطلت عبارة المجنون وقضت بأن عبارة المعتوه كعبارة المميز تتوقف على إجازة الولي الأقرب فإن أجازتها جازت وإلا ردت، نقض أحوال شخصية في الطعن،رقم 7 بجلسة 14/2/1987، أحمد بخيت الغزالي، مرجع سابق،ص،74.

[2] سورة الفتح، آية 26.

[3] سورو المدثر، آية 56.

أما أهلية الأداء capacité d'exercice: فهي وفق المادة 208 من مدونة الأسرة "صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته". ولقد حددت هذه المادة شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها.

وبالتالي فأهلية الأداء إذن هي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرف الذي من شأنه أن يرتب له الحق أو يحمله بالالتزام، والأهلية بنوعيها نظمها المشرع المغربي في الكتاب الرابع من مدونة الأسرة.

كما أن الأهلية تنظمها قوانين مختلفة مثل الأهلية الجنائية التي تخضع الشخص أمام المسؤولية الجنائية، والأهلية المدنية ومجالها العقود ثم الأهلية التجارية وهي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التجارية ويحكمها القانون التجاري[1]، وإذا كان الأصل في الشخص كمال الأهلية، فإن هذا الأصل ترد عليه استثناءات من جملتها أن الشخص يصير محجورا عليه لنقصان أهليته، خصوصا وأن عقد الزواج يرتب مجموعة من الالتزامات على عاتق الزوج من دفع المهر وتهيئ مستلزمات بيت الزوجية ونفقة الزوجة التي تستوجب بمجرد البناء بها.

وطبقا للمادة 19 من مدونة الأسرة المغربية، تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعتين بقواهما العقلية ثماني عشرة سنة شمسية كاملة.

ويبقى للقاضي السلطة التقديرية في منح الترخيص بالزواج إذا اقتضت الضرورة والمصلحة ذلك بعد التأكد من القدرة الجسمانية والعقلية للطرفين على تحمل الحياة الزوجية، وفي شروح مختصر خليل أن علامة البلوغ الاحتلام في الرجال، وفي

[1] إدريس الفاخوري:"الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات"، الطبعة الخامسة ،دار الجسور،وجدة ،س، 1997، ص: 99.

النساء الحيض أو الحمل، أو أن يبلغ أحدهما من السن، أقصى سن من لا يحتلم وهو ثماني عشرة سنة في المشهور[1].

أما بالنسبة للأهلية في النظام الأسري الخليجي، فلقد درج في بعض المجتمعات الخليجية أن يتم العقد قبل الزفاف، وتسمى الفترة بين العقد والزفاف بالخطبة مع أن تلك الفترة تكون بالحقيقة داخلة ضمن العقد الشرعي وتكون المرأة في تلك الحالة زوجة شرعية للعاقد، ونلاحظ أن قوانين الأحوال الشخصية في الخليج سايرت مدونة الأسرة المغربية فلم تربط الأهلية بالبلوغ وإنما ربطتها بسن معينة، وأجازت للقاضي أن يزوج من بلغ دون هذا السن إن رأى مصلحة في ذلك، وعند الحنابلة يجوز للأب أن يزوج ابنه البالغ المجنون جنوناً مطبقاً، وكذلك المعتوه، وإن لم تتوفر لديه شهوة النكاح وللأب أو وصيه أن يزوجه بدون إذنه والمرأة المجنونة يجوز تزويجها إن بدت عليها مظاهر الرغبة في النكاح أو الحاجة للزواج، وذلك دفعاً للأضرار التي قد تنتج عن شهوتها وصيانة لها من الفجور، وقد حدد الحنابلة مظاهر الشهوة لدى المجنونة في تتبعها للرجال والميل إليهم[2]، وكذلك من كلامها وهذا ما أخذت به المملكة العربية السعودية في معالجتها لقضايا الأهلية في ظل عدم وجود قانون للأحوال الشخصية وبالتالي فهي لم تحدد سنا معينا للزواج كباقي التشريعات لوجود معارضة شديدة من طرف هيئة كبار العلماء وهذا ما سنأتي على مناقشته في الفقرة القادمة.

وقد اشترطت المادة24 من قانون الأسرة الكويتي في الأهلية العقل والبلوغ حيث أعطت الصلاحية للقاضي حق الإذن بزواج المجنون أو المعتوه، ذكرا كان أو أنثى إذا ثبت بتقرير طبي أن زواجه يفيد في شفائه ورضا الطرف الآخر بحالته.

[1] الخطاب"مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل"، الجزء4، دار الفكر، بيروت، ط،1398،2ه، 1978م،ص،59.
[2] منصور البهوتي: "منتهى الإرادات"، ج3، م س،ص، 14و 513.

في حين انحازت المادة 20 من قانون الأسرة البحريني والمادة 8 من وثيقة مسقط والمادة 9 من القانون العماني والمادة 16 من القانون القطري إلى قول الشافعي حيث توجب ألا يأذن القاضي بزواج المحجور عليه لسفه إلا بعد موافقة وليه، فإذا امتنع الولي تقدم بطلب الموافقة من القاضي خلال مدة يحددها له، فإذا لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار زوجه القاضي[1].

وتنزل بعض القوانين الخليجية كالقانون العماني من خلال المادة 10 القاصر البالغ من العمر دون الثماني عشر سنة منزلة السفيه، كما نصت المادة الثامنة من نفس القانون في الفقرة (أ) "لا ينعقد زواج المجنون إلا من وليه بعد صدور إذن من القاضي بذلك"، والولي في الزواج هو ولي النفس الذي حددته المادة 159 من القانون.

أما قانون الأحوال الشخصية الإماراتي فقد نص في المادة 30 على ما يلي:

- تكتمل أهلية الزواج بالعقل والبلوغ وسن البلوغ تمام الثامنة عشرة من العمر لمن لم يبلغ شرعا قبل ذلك.
- لا يتزوج من بلغ ولم يكمل الثامنة عشرة من عمره إلا بإذن من القاضي بعد التحقق من المصلحة[2].

في حين حددت المادة 17 من قانون الأسرة القطري زواج من لم يبلغ أهلية الزواج حيث جاء فيها ما يلي:" لا يوثق زواج الفتى قبل تمام ثماني عشرة سنة، والفتاة قبل

[1] أحمد بخيت الغزالي، مرجع سابق،ص،74و75.

[2] يلاحظ أن قوانين الأحوال الشخصية لم تأخذ برأي الفقهاء القاضي بصحة زواج الصغير والصغيرة، وأن الصغير المميز إذا عقد العقد كان عقده موقوفا على إجازة الولي، ولذلك كان تحديد سن الزواج منسجما مع ما جرى عليه العمل في هذه القوانين، ماجد محمد أبو رخية وعبد الله محمد الجبوري، مرجع، سابق،ص،51.

تمام ست عشرة سنة، إلا بعد موافقة الولي والتأكد من رضا طرفي العقد، وبإذن من القاضي المختص"[1].

أما بالنسبة للقوانين الأجنبية فهناك اختلاف في تحديد السن التي يكون فيها الزوجان أهلا لتحمل أعباء الحياة الأسرية، ففي القانون الفرنسي لا يمكن عقد الزواج قبل بلوغ الفتى ثمانية عشرة عاما، والفتاة خمسة عشرة عاما إلا بإذن خاص من رئيس الجمهورية أما في القانون الألماني[2] لا يجوز زواج المرء قبل بلوغ الحادية والعشرين من عمره ولا الأنثى قبل وصولها إلى السادسة عشرة من عمرها، ويجوز للمحكمة أن تجيز للقاصر الزواج إذا رأت في ذلك مصلحة له.

وفي القانون السويسري[3] لا يجوز للذكر قبل بلوغه العشرين، والأنثى قبل بلوغها الثامنة عشرة أن يعقد النكاح، ويجوز لحكومة المقاطعة أن تأذن بزواج الذي بلغ ثمانية عشرة عاما والأنثى التي تجاوزت السابعة عشرة بعد موافقة الولي أو الأقرباء إذا كانت هناك أسباب ذات أهمية.

في حين نصت المادة الأولى من القانون الصادر عام 1938 في النمسا على أنه لا يجوز لمن لم يتجاوز الحادية والعشرين من عمره إذا كان ذكرا، والسادسة عشرة إذا كانت أنثى أن يعقد الزواج، ويجوز لمن بلغ الثامنة عشرة من عمره أن يعقد الزواج إذا كان متحررا من سلطة والديه أو وصايتهما.

وعلى غرار باقي التشريعات لقد ربطت الاتفاقيات الدولية سن إبرام عقد الزواج بإدراك سن البلوغ كما جاء في المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي نص على:"أن للرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ حق التزويج".

---

[1] المادة 17 من قانون الأسرة القطري، انظر موقع وزارة العدل.
[2] المادة 303 من القانون المدني الألماني.
[3] الزواج ومقارنته بقوانين العالم، ص، 161 ، 166.

ويتضح مما سبق أن النظام الأسري الخليجي حقق التوافق والانسجام مع المواثيق الدولية خصوصا اتفاقية حقوق الطفل التي صادقت عليها أغلب التنظيمات الخليجية والتي تجعل من كل شخص لم يبلغ ثمان عشرة عاما طفلا. فالتوجهات الكبرى التي جاءت بها هذه الاتفاقيات كان لها وقع على التشريعات الوطنية المغربية والخليجية لذا فقد قدمت الضمانات القانونية المقدمة للطفل إطارا عالميا يضمن له حقوقه ويعزز مكانته داخل المجتمع.

وبالرغم من أن مبدأ تحديد سن الزواج يعتبر مسألة غير مطلقة، لذلك واستثناءا أجاز المنظم الأسري في الخليج لقاضي الأسرة المكلف بالأحوال الشخصية بصلاحية منح الترخيص بالزواج، بعد الاضطلاع على العوامل والظروف الاجتماعية والخبرة الطبية، وسماع الأسباب المبررة من ولي القاصر أو نائبه والتحقق من وجود مصلحة في زواج القاصر تقتضي ذلك.

الفقرة الثانية: المساواة بين الرجل والمرأة عند تكوين عقد الزواج

يتجسد الأصل العام في البشر في حكمة الله سبحانه وتعالى الذي خلق جميع البشر وكل منهم يتمتع بذات الحقوق والحريات، وعلى قدم المساواة،[1] فالكل أمام الخالق سواء، لا فضل لأحد على أحد إلا بالتقوى والعمل الصالح، مصداقا لقوله عز من قائل ﴿**يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء**﴾"[2]، وقال سبحانه وتعالى ﴿**يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا**﴾[3].

إن هذه الآيات وغيرها الكثير في القرآن الكريم تؤكد حكمة الله في خلق الإنسان من مصدر واحد، ولقد اهتمت مختلف الشرائع والمجتمعات بكيفية خاصة بتنظيم طرق

[1] أنور أحمد أرسلان"الحقوق والحريات العامة في عالم متغير"، دار النهضة العربية، القاهرة، دط،س، 1993م،ص، 54و55.
[2] سرة النساء، آية 1.
[3] سورة الحجرات، آية 13.

عيش الأفراد بما يحقق مصلحتهم وذلك من خلال وضع مجموعة من المؤسسات التي لها دورها في تأطير العلاقات الإنسانية فيما بين الأفراد، فلم تجعل الإنسان كغيره من باقي الكائنات الأخرى، يدع غرائزه تنطلق دون وعي بل وضعت نظاما يحفظ شرفه ويصون كرامته.

كما[1] انتصرت كذلك مفاهيم حقوق الإنسان في السنوات الأخيرة واجتاحت أجزاء واسعة من الكرة الأرضية, وأحدثت انقلاب كبير في مضمون القوانين الدولية والإنسانية، فعالمية حقوق الإنسان تكرس حقيقة أن كل من الحرية والمساواة حقان لصيقان بالإنسان رجل كان أو امرأة ولم يعد أحد في التاريخ الحديث يجرؤ على أن ينكر على الناس حقهم في أن يكونوا أحراراً ومتساويين في الحقوق والواجبات بغض النظر عن الأصل أو اللون أو العقيدة الدينية أو الذكورة والأنوثة, ذلك أن كل المفاهيم الإنسانية تبقى ناقصة وتفقد الكثير من قيمتها إذا كانت مخصصة لفائدة بعض البشر دون غيرهم, كأن تخدم علو مكانة الرجل على حساب المرأة أو تبرر لدونيتها في ظروف معينة.

إلا أن[2]تنظيم مؤسسة الزواج يثير عدة خلافات وتجاذبات ذات أبعاد دينية وأخرى ثقافية واجتماعية ومن ذلك زواج القاصر، حيث يثور التساؤل حول مدى ملائمة استمرار القبول به على ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ومن منطلق ما تقضي به الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، وبما أن التشريع الأسري سواء في المغرب أو في الخليج يستمد مرجعيته من الفقه الإسلامي فقد جاء بمقتضيات أساسية ومهمة لعبت دورا فعالا في حماية زواج القاصرين.

[1] مدونة الدكتورة هدى علي علوي:"إشكالية المواءمة بين الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية.
[2] وزارة العدل المغربية، ورقة حول زواج القاصر، ص،1.

الفقرة الثالثة: تحديد سن زواج المرأة في الفقه الإسلامي

إن النظرة التقليدية التي ترى في زواج الفتاة تحت سن 18 ضرورة مفادها أنه الأكثر ضمانا للعفة، اعتبره بعض الباحثين اعتداءا صارخا على حقوقها، فالصغيرة لن تقوى على تحمل الأعباء المادية والمعنوية للزواج الذي هو مؤسسة لتدبير الشأن الأسري تدبيرا حكيما لن يقوى الصغار على تحمل المسؤوليات الناجمة عنه[1].

وبالتالي حرمانها من التمتع بطفولتها مما يشكل انتهاكا جسيما لحقوق الطفل بصفة عامة، حيث تكمن أبرز مسبباته في الجانب الاقتصادي والاجتماعي الذي يرجع إلى عوامل الفقر المدقع وغياب التوعية والتأهيل الثقافي والاجتماعي للقاصر ولأهلها. فالإحصائيات[2]الرسمية واستقراءات الواقع، وحتى النظريات الطبية أثبتت أن الزواج المبكر يبوء بالفشل في غالب الأحيان ومحفوف بعدة أخطار اجتماعية وصحية[3].

وبما أن المرأة تمثل نصف المجتمع باعتبارها أحد أهم الموارد البشرية التي تساهم في تطوره، فعند انعدام الاستقرار النفسي والروحي اللذان يعتبران أحد أهم مقاصد الزواج في الإسلام والتي يتحقق بهما المودة والأنس والسكينة لطرفي العلاقة الزوجية مما يؤثر سلبا على سير الحركة التنموية للنهوض بالمجتمع.

وبالنسبة للفقه الإسلامي فلا يوجد نص قطعي في تحديد سن الزواج بالنسبة للفتاة لا في القرآن ولا في السنة، بل إن أحكامه الظاهرة تقضي بجعل البلوغ الجنسي الطبيعي علامة على أهلية الزواج[4]، ولقد خصص الإمام ابن قيم الجوزية فصلا كاملا في كتابه:"إعلام الموقعين عن رب العالمين"، ويتعلق بتغير الفتوى واختلافها

---

[1] أحمد الخمليشي:" التعليق على قانون الأحوال الشخصية " ،مرجع سابق ، ص ، 130.

[2] يشير الإحصاء الذي تم إجراءه من قبل مركز الدراسات والأبحاث في سنة 1995 تحت عنوان:"الزواج المبكر والاستراتيجيات العائلية "، والذي بين أن نسبة طلاق النساء المتزوجات قبل 15 سنة هي الأكثر ارتفاعا، فمن أصل مائة امرأة متزوجة في هذا السن أصبحت 30% منهن مطلقات، عبد السلام حادوش ، " إدماج المرأة في التنمية في محك السياسة الشرعية " .

[3] عبد السلام حادوش:" إدماج المرأة في التنمية في محك السياسة الشرعية " مطبعة طوب بريس، الطبعة الأولى،طنجة، س، 2001م ، ص،281.

[4] مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص، 39.

بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد، حيث اعتبر أن الشريعة عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده...[1]".

أما المذاهب الفقهية فقد اكتفت بالتطرق للبلوغ ولسن البلوغ في غياب علاماته البيولوجية، وبقي بذلك الموضوع محط اجتهاد الفقهاء وخاضعا للعرف، ومن تم فهو من الجوانب التنظيمية التي يلعب تطور المجتمع دورا في تحديدها وتوزن بميزان المصلحة العامة[2]، ويعرف البلوغ في الفقه الإسلامي بوصول الفتى أو الفتاة لمرحلة من العمر تكتمل فيها أهليتهما لتحمل التكاليف الشرعية أي الأوامر والنواهي مصداقا لقوله عز من قائل﴿ وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا ﴾[3]، فالمسؤولية الدينية لا يتحملها الشخص إلا إذا أدرك مرحلة البلوغ، كما أن أهلية التصرفات والإلزام بالعقود والمعاوضات تتوقف على البلوغ والرشد[4].

فالبلوغ يكون بأشياء خمسة، ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء وهي الاحتلام والسن المخصوص ونبات الشعر الخشن على العانة، واثنان مختصان بالنساء وهما الحيض والحمل[5]، وقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبار الإنبات من علامات البلوغ أم لا[6]، وقد روي عن الإمام الشافعي رحمه الله أنه اعتبر الإنبات دليلا على البلوغ،

---

[1] ابن القيم الجوزية:"إعلام الموقعين عن رب العالمين"،المجلد الثاني، دار الحديث،س2002،ص:5.

[2]دليل من أجل المساواة في الأسرة المغاربية، منشورات م مجموعة 95 من أجل المساواة المغاربية، ماي، 2003 م،ص:38.

[3] سورة النور، آية 59.

[4] الحسين الموس" زواج القاصر دراسة شرعية على ضوء مدونة الأسرة المغربية"، مجلة المذهب المالكي، عدد /18،ص، 53.

[5] الفخر الرازي:" التفسير الكبير"، المجلد الثالث، الطبعة الثانية، س، 1997 م، ص: 498.

[6] محمد علي الصابوني:" روائع البيان"، تفسير آيات الأحكام من القرآن، ج2،ط1، س، 2001 م، مطبعة المكتبة العصرية، ص، 201.

واستدل بما روي عن عطية القرطبي أنه قال:عرضنا على رسول الله ﷺ يوم قريضة فكان من أنبت قتل ومن لم ينبت خلي سبيله، فكنت فيمن لم ينبت فخلي سبيلي[1].

ونتيجة لما سبق يتضح أن[2]الفقه الإسلامي لم يحدد سنا للزواج بل أحكامه العامة قاضية ببلوغ الرشد حين البلوغ الجنسي فعلا أو تقديرا بخمسة عشرة سنة. وإذا لم تتوفر هذه العلامات أو تأخرت عن الظهور على اعتبار أن بلوغ الإنسان يختلف بحسب الأجواء وأماكنها، ففي البلاد الحارة يقع نمو الفتى ولا سيما الفتاة في أمد أقل مما حدده العلماء، وفي غيرها يصل إلى ثمان عشرة حولا، ولم نعلم أحدا تجاوز ذلك لا غلاما ولا جارية ولعل ذلك ما راعاه المالكية[3].

المطلب الثاني: تحديد سن الزواج في التشريع الأسري الخليجي

يعتبر القانون الزواج من التصرفات التي تقضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من الالتزامات المالية والواجبات الاجتماعية العائلية، ونظرا[4] لخصوصية عقد الزواج وأهميته، وجسامة المسؤولية المترتبة عنه، وخطورة الآثار الناشئة عنه، فإن أغلب التشريعات تحدد سنا معينا لأهلية الزواج لا يجوز عقده قبل بلوغها إلا على سبيل الاستثناء وبقيود معينة، وكما هو معلوم فدول مجلس التعاون الخليجي صادقت على العديد من المواثيق الدولية التي تتضمن بين طياتها مقتضيات هي من حيث جوهرها قواعد تتصل بقانون الأسرة.

فكيف تعاملت التشريعات الأسرية الخليجية مع موضوع تحديد سن الزواج وما صادقت عليه في إطار المواثيق الدولية في ظل الحفاظ على المرجعية الدينية والواقع

---

[1] الإمام المحدث أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني:" سنن بن ماجة، مجلد 3، كتاب الحدود، حديث رقم، 2541، ط1، س، 1997، مطبعة دار الفكر العلمية، بيروت، لبنان، ص:225.

[2] مصطفى السباعي، مرجع سابق،ص: 59.

[3] علال الفاسي:" التقريب، شرح مدونة الأحوال الشخصية" الكتابان الأول والثاني، الطبعة الثانية،ماي، س، 2000، مطبعة الرسالة، ص: 129.

[4]فوزية عبد الستار :"حقوق المرأة في إنشاء عقد الزواج"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد، 7،س،2003 م، ص: 254.

المعاش؟ في المملكة العربية السعودية (**الفقرة الأولى**) وفي مملكة البحرين(**الفقرة الثانية**) وفي باقي دول الخليج العربي(**الفقرة الثالثة**).

الفقرة الأولى: سن الزواج في المملكة العربية السعودية

نصت المادة 26 من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية على ما يلي:"تحمي الدولة حقوق الإنسان وفق الشريعة الإسلامية"، وقد جاء في المادة الأولى من لائحة دور الملاحظة الاجتماعية إلى أن الطفل هو الذي لا يقل عمره عن سبع سنوات ولا يتجاوز ثماني عشرة سنة"، كما جاء في الفقرة (4) من المادة الثالثة من نظام الجنسية على أن :"القاصر هو الصغير والمجنون والمعتوه"، في حين نصت الفقرة(5) على أن:"سن الرشد ما نصت عليه أحكام الشرع الإسلامي" ولقد اختلف الفقهاء في جواز تحديد سن للزواج وتقييده بسن معينة وهو ما ذهب إليه جلة من علماء الفقه الأجلاء في السعودية ومنهم:

سماحة مفتي المملكة الشيخ عبد العزيز آل الشيخ، قائلا:"إن زواج الفتيات دون سن الخامسة عشرة جائز ولا شيء فيه"، وفضيلة الشيخ ابن عثيمين رحمه الله[1] والشيخ العلامة عبد المحسن العبيكان[2]والدكتور ناجي العربي[3]، بينما عارض المذهب الثاني جواز تحديد سن معينة للزواج ومنهم: فضيلة الشيخ ابن باز[4]والدكتور مصطفى السباعي[5]، ويرجع سبب الخلاف في مسألة جواز تحديد سن معينة للزواج أو عدمه للأسباب التالية:

- اختلافهم في استحقاق ولي الأمر تقييد المباح لمصلحة يراها هو، أم أنه لا يحق له ذلك.

---

[1] عالم وفقيه سعودي وعضو هيئة كبار العلماء في السعودية .
[2] عضو هيئة كبار العلماء في السعودية ومستشار الديوان الملكي.
[3] أستاذ مساعد بجامعة البحرين، كلية الآداب، قسم اللغة العربية والدراسات الإسلامية.
[4] فقيه سعودي، انظر: موقع الإسلام العتيق، فتوى لفضيلة الشيخ ابن باز بعنوان"لا يجوز تحديد سن الزواج".
[5] المرأة بين الفقه والقانون، مرجع سابق،ص،59.

- اختلافهم في زواج النبي ﷺ من عائشة رضي الله عنها هل هو من خصوصياته أم أن فعله شرع له ولأمته.

ولقد استدل المجيزون من القرآن الكريم بقول الله عز وجل﴿ **وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم...**﴾، والمقصود من قول الله تعالى إذا بلغوا "النكاح" هو صلاحية كل من الزوج والزوجة للزواج[1] وتحمل مسؤولياته وتبعات، وهذا ما ذهب إليه عدد من المفسرين، كما ذهبوا إلى أن البلوغ كما يكون بالعلامات الطبيعية فكذلك يكون بالسن.

ومن السنة النبوية: ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال« لا تنكح البكر حتى تستأذن ولا الثيب حتى تستأمر" فقيل يا رسول الله كيف إذنها؟ قال إذا سكتت»[2].

ووجه الدلالة من الحديث هو عدم جواز تزويج الفتاة القاصر التي لم تبلغ خمس عشرة سنة فلا بد أن تكون بالغة راشدة حتى يتسنى أخذ إذنها ومشورتها، وذلك لا ينطبق على من لا تبلغ خمس عشرة سنة[3].

أما المعارضون فقد استدلوا من قول الله تعالى﴿ **ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن**[4] ﴾، فالآية الكريمة حثت على الزواج ورغبت فيه دون تحديد سن معينة له حيث أفادت جواز تزويج اليتيمة وهي من لم تبلغ سن البلوغ[5].

---

[1] البيضاوي، تفسير البيضاوي149/2،الخلوتي تفسير روح البيان، 172/2، المراغي ، تفسير المراغي، 188/4.
[2] اخرجه البخاري: "صحيح البخاري، كتاب الحيل"، باب في النكاح، ح 6968 ، 309/4.
[3] جمال السيد:" هل من حق الحاكم تحديد سن الزواج"، مقال منشور بموقع مدارك.
[4] سورة النساء، آية 127.
[5] ابن باز :" مجموع فتاوى ومقالات متنوعة"، ملاحظات حول مشروع قانون الأحوال الشخصية في بعض الدول العربية ، 4/ 126.

ومن السنة النبوية حديث زواج النبي ﷺ من أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وفيه: أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا[1]"، والحديث يدل على أن النبي ﷺ تزوج بأم المؤمنين عائشة رضي الله عنها وكانت قاصر لم تبلغ الخامسة عشر من عمرها وبالتالي جواز تزويج القاصرات دون تحديد سن معينة وفعله تشريع لأمته[2].

وطرحت[3] وزارة العدل السعودية مشروع ضبط وتقييد الإذن بزواج القاصرات أمام مجلس الشورى تحاول من خلاله التوفيق بين الفتوى الشرعية والرأي الاجتماعي من خلال إقرار آلية مناسبة تقصر زواج من هن دون السادسة عشرة على المحاكم المختصة، ومنع المأذونين من تولي ذلك إلا بموافقة خطية من قبل المحكمة المختصة، ويتضمن المشروع قيد الدراسة منذ ثلاث سنوات ألا يسمح بهذا الزواج إلا بعد استيفائه لثلاثة شروط:

أولا: أن يتقدم ولي الفتاة المقبلة على الزواج لقاضي المحكمة بطلب استثناء ابنته من السن المعتبر بالمشروع.

ثانيا: إحضار ولي الفتاة تقريراً طبياً من لجنة مختصة تتكون من أخصائية نساء وولادة، وأخصائية نفسية، وأخصائية اجتماعية، يثبت اكتمال الصغيرة من الناحية الجسمية والعقلية، وأن زواجها لا يشكل خطراً عليها.

ثالثا: موافقة البنت ووالدتها على هذا الزواج لدى قاضي المحكمة إذا كانت الأم مطلقة.

---

[1] أخرجه البخاري" صحيح البخاري كتاب النكاح"، ح 5133، 357/3.

[2] قد يكون من خصوصياته صلى الله عليه وسلم.

[3] فهد البكران،المتحدث الرسمي لوزارة العدل، صحيفة الشرق الأوسط،5/03/2013 م.

كما تضمن المشروع التأكيد على ولي الفتاة بعدم إتمام زواجها بعد عقد قرانها مباشرة وإنما تعطى الفرصة الكافية لتهيئتها من الناحية النفسية وتدريبها لمتطلبات الحياة الأسرية، ولازالت المطالبات النسائية مستمرة إلى حد كتابة هذه الأسطر، حيث قدم أعضاء وعضوات مجلس الشورى مقترحا يقضي بمنع نكاح الفتيات القاصرات انطلاقا من القاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار، وأن حفظ النفس البشرية من الضرر مقدم على ما سواه حيث جوبهت مع الأسف بالرفض من طرف لجنة الشؤون الإسلامية بمجلس الشورى بحجة أن زواج القاصرات من اختصاص هيئة كبار العلماء وهو مطروح أمامها.

في حين وصفت الدكتورة موضي الخلف رفض لجنة الشؤون الإسلامية بالشورى بأنه مصادرة لحق مجلس الشورى كجهاز استشاري ومسؤول عن رفع الاقتراحات للملك مؤكدة تمسكهم بالتوصية وطرحها أمام المجلس كمقترح كونه لا يوجد مانع شرعي لمناقشته. وأشار أصحاب التوصية إلى أن موضوع الزواج أمر دنيوي وليس تعبديا وأن كثيرا من الدول الإسلامية تضع سنا أدنى للزواج فضلا عن الأضرار الصحية المترتبة عنه مثل الإجهاض والاضطرابات النفسية للأمهات القاصرات والتسرب من التعليم كما أن السماح بزواج القاصرات فيه مخالفة للاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها المملكة[1].

الفقرة الثانية: سن الزواج في مملكة البحرين

ناذرا ما نجد تقنينا [2]أخذ بمطلق قول الجمهور في العقد على الصغار، بل إن كثيرا من التشريعات الأسرية أخذت بصريح قول ابن شبرمة ومن معه، ومن ذلك قانون أحكام الأسرة البحريني الذي قيد زواج الصغيرة بإذن القضاء، حيث نصت المادة 18

[1] لجنة شورية ترفض توصية لتنظيم زواج القاصرات،جريدة 10،2017/07/24.
[2] أحمد بخيت الغزالي وأحمد يعقوب العطاوي، مرجع سابق، ص،160.

على:"أن تزوج الصغيرة التي يقل سنها عن ست عشرة سنة بموافقة المحكمة الشرعية المختصة بعد التحقق من ملائمة الزواج".

في حين يكمل نص المادة 10 من لائحة المأذونين الشرعيين الحكم المقرر بالمادة 18 ومنطوقه: "لا يجوز إجراء عقد الزواج ولا المصادقة عليه ما لم يكن سن الزوجة خمس عشرة سنة، وسن الزوج ثماني عشرة سنة وقت العقد ما لم يكن ثمة ضرورة ملجئة تبرر الزواج لمن هم أقل من هذه السن وبشرط الحصول على إذن المحكمة المختصة.

ونستخلص من النصين ما يلي:

- لا يزوج الفتى قبل الثامنة عشرة من عمره إلا بإذن المحكمة المختصة لما ثبت أمامها من ضرورة ملجئة.
- لا يزوج المأذون السني[1]، أو القاضي الفتاة إلا إذا بلغت السادسة عشرة من عمرها، فإن دعت إلى زواجها دون هذه السن مصلحة راجحة جاز بشرط إذن المحكمة السنية بعد تحققها من ملائمة الزواج لهذه الفتاة.

ويقول الدكتور أحمد بخيت الغزالي[2]:"يبدو لنا أن غرض القوانين هو مجرد وضع العراقيل في طريق زواج الصغار، دون أن تصل بذلك إلى حد تحريمه، وإبطاله إن وقع"، ويعزز قوله بما جاء في الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية والذي جاء فيه ما يلي:

"من يعقد عقدا مستوفيا شروطه الشرعية الأساسية–مهما تكن سنه–فعقده صحيح ديانة، بل وصحيح قانونا في غير ما نص على اعتباره فيه، وهو مجرد عدم سماع

[1] كما يسري نفس الحكم على الدائرة الجعفرية وفق ما يلي:"لا يزوج المأذون الجعفري الفتاة ما لم تبلغ الخامسة عشرة من عمرها، فإن قل سنها عن ذلك لا تزوج إلا لضرورة ملجئة تقدرها المحكمة المختصة التي تقرر الإذن بزواجها في هذه الحالة".
[2] أستاذ التعليم العالي في جامعة البحرين.

الدعوى به، لأنه لو لم يكن كذلك لاعتبرت مقاربة الزوج للزوجة الصغيرة هتك عرض معاقبا عليه.... وهذا لا يستطيع أن يقول به أحد[1]".

كما يرى الدكتور ماجد [2]محمد أبو رخية :"....إن تأخير سن الزواج في قوانين الأحوال الشخصية لا مبرر له ويبدو أن الأمر لا يعدو أن يكون تنفيذا لسياسة عالمية لا تريد بالمسلمين إلا شرا فعلى سبيل المثال سن الزواج للفتيات في كل من فرنسا ورومانيا وبلجيكا وغيرها هو في الخامسة عشرة، وإذا كان الأمر كذلك فلماذا الدعوة المستمرة إلى تأخير سن الزواج في البلاد العربية والبلاد الإسلامية وهل يقصد من ورائها إلا فتح الباب لمزيد من الفساد والانحلال وما الذي يمنع شرعا من زواج البالغ والبالغة إذا توفرت شروط الزواج؟[3]

الفقرة الثالثة: تحديد سن الزواج في باقي دول الخليج

إن جميع التشريعات الأسرية المقارنة، تتفق حول مفهوم عقد الزواج، أي الغاية منه لكنها تختلف في طريقة إبرام هذا العقد، ونظرا لأهمية هذا العقد الذي يعتبر مؤسسة قانونية تنشأ بعقد تؤطره نصوص قانونية وله مفهوم محدد وأركان وشروط يغلب عليها الطابع الآمر، حيث تقتصر حرية المتعاقدين على إبرامه، وهذا ما نصت عليه المادة 30 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، حيث جاء فيها ما يلي:"لا يتزوج من بلغ ولم يكمل الثامنة عشرة من عمره إلا بإذن من القاضي بعد التحقق من المصلحة"[4]، وجاء في المادة 26 من قانون الأسرة الكويتي: "يمنع توثيق عقد الزواج أو المصادقة عليه ما لم تتم الفتاة الخامسة عشرة، ويتم الفتى السابعة عشرة من العمر وقت التوثيق[5]"، كما نصت المادة 17 من قانون الأسرة القطري: "لا يوثق

[1] حكم النض المصري، منشور بمجلة المحاماة الشرعية، س، 11، ع،6، ص،603،نقلا عن أحمد بخيت الغزالي، مرجع سابق ، ص:161.

[2] أستاذ التعليم العالي بجامعة الشارقة بالإمارات العربية المتحدة.

[3] ماجد محمد أبو رخية وعبد الله محمد الجبوري، مرجع سابق، ص: 51.

[4] المادة 30 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، انظر موقع وزارة العدل.

[5] المادة 26 من قانون الأسرة الكويتي، انظر موقع وزارة العدل.

زواج الفتى قبل ثماني عشرة سنة، إلا بعد موافقة الولي، والتأكد من رضاء طرفي العقد وبإذن من القاضي المختص[1]"، في حين نصت المادة 10 (الفقرة ج) من قانون الأسرة لسلطنة عمان على ما يلي: "لا يزوج من لم يكمل الثامنة عشرة من عمره إلا بإذن القاضي وبعد التحقق من المصلحة"[2].

نستنتج مما سبق أن الزواج في جميع الشرائع لم يفرض[3] بحكم القانون وإنما ترك لاختيار الأشخاص، غير أن الأفراد لا يتمتعون بهذه الحرية بلا قيد ولا شرط فتقضي القواعد القانونية أن يكون راغب الزواج أهلا لها.

وبما أن مسألة رفع سن الزواج وإقرار المساواة فيه بين الزوجين كانت إحدى النقط التي أثارت جدلا واسعا، فالدكتور ماجد أبو رخية يقف ضد المعارضين للزواج المبكر معللا قوله وفق ما يلي:

جاء في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بشأن الشباب في العالم لعام 2005م في الفقرة 64 :"فالاستثمار في صحة الشباب والتعليم وتطوير المهارات وتمكين الفتيات من البقاء في المدارس وتأخير الحمل والزواج المتأخر تعد من التدخلات الرئيسية التي يمكن أن تحسن من فرصهم في أن يصبحوا مواطنين منفتحين"، وجاء في الفقرة 60 من التقرير ما يلي: "ويبدو أن العلاقات الجنسية أخذت في الازدياد ورغم الاتجاه إلى تأخير الزواج في كثير من بلدان العالم، فلا يزال يتوقع زواج ملايين الفتيات وحملهن في سن المراهقة، وغالبا قبل أن يكن مستعدات لذلك".

ويقول كذلك:" إن الإصرار على الدعوة إلى تأخير سن الزواج والعمل على إصدار التشريعات المتعلقة بها من شأنه تفجير الطاقات الجنسية في غير ما أحل الله الأمر

[1] المادة 17 من قانون الأسرة القطري، انظر موقع وزارة العدل.
[2] المادة 10 من قانون الأسرة العماني، انظر موقع وزارة العدل.
[3] جيلالي تشوار:"سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 38، طبع الديوان الوطني،س، 2001 م، ص،75.

الذي ينذر بكارثة إنسانية متمثلة في زيادة مرض نقص المناعة (الإيدز) وغيره من الأمراض التي ما زالت الحكومات عاجزة عن علاجها المادي عداك عما تؤدي إليه من فساد أخلاقي واجتماعي".

والذين عارضوا هذا المقتضى رأوا فيه فتحا لباب الفساد الأخلاقي، غير أن هذا التبرير يبقى محل نظر، لأن الزواج ليس الهدف منه إشباع الرغبات الجنسية فقط بل هو أسمى من ذلك بكثير، فهو نواة لمجتمع أكبر أهم عناصره الأطفال الشيء الذي يتطلب قدرا كافيا من الإحساس بالمسؤولية فلا يمكن الزج بفتاة في زواج في سن الرابعة عشر مثلا بحجة الخوف عليها من براثين الفساد لتجد نفسها أمام مسؤوليات جسام لا تقدرها حق قدرها[1]، ويقول الفقيه علال الفاسي رحمه الله في هذا الصدد ما يلي :

"إن تحديد[2] السن إنما هو استحسان، لمقاومة الزواج الباكر الذي يعوق مواصلة الدراسة، ولا يضمن الوفاء بواجبات الأسرة، ويعرض إلى الندامة من الزوجين أحيانا بعد بلوغهما".

ومن[3] المقاصد الحسنة التي سعى لها المشرع حين اشترط ثمان عشرة سنة لأهلية الزواج حفظ الجانب الصحي والنفسي للنشئ، بخلاف ما كان يسود في ظل أغلب القوانين، أصبح الزوج القاصر سواء كان رجلا أو امرأة، [4]يكتسب الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، فبموجب هذا الترشيد أصبحت الزوجة القاصرة تتمتع بحقوق وضمانات، ولم تبق تحت وصاية وليها، بما قد ينتج عن ذلك الوضع من إهدار لحقوقها وحقوق أولادها.

---

[1] محمد المهدي:"المقتضب في أحكام الأسرة من خلال قانون الأسرة بالمغرب"، ، الطبعة الأولى، الجزء الأول، مطبعة ربانيت ،س، 2004. م، ص،36.

[2] علال الفاسي، مرجع سابق، ص، 132.

[3] الحسين الموس، مرجع سابق،ص،57.

[4] محمد الشافعي، مرجع سابق،ص،61.

ومن هنا كانت أهلية الزواج من بين الموضوعات الوثيقة الصلة بحياة الأفراد والتي حددها الفقه الإسلامي بطريقة انفرد بها، وقيدتها التشريعات الوضعية الحديثة سواء في التشريع الأسري المغربي أو الخليجي أو في المواثيق الدولية بضرورة توافر سن معينة. ومسألة جواز تزويج الصغيرة[1] ليست حكما ثابتا من أحكام الشريعة، وإنما هي من أحكام الفقه ومعلوم أن الشريعة هي القواعد والمبادئ التي لا تقبل التغيير إن ظهر ما يفوقها حجية لأنها محض استنباط قابل للصواب والخطأ، لذلك فحتى وإن كان جمهور الفقهاء أجازوا ذلك الزواج إلا أن هناك رأيا فقهيا منع تزويج الصغيرة وهو رأي ابن شبرمة خاصة وأن صغر سن الفتاة لا يحقق الغاية والمقصود من عقد الزواج، الذي لا تظهر آثاره إلا بعد البلوغ، وقد جعل الله سبحانه بلوغ النكاح هو الحد الفاصل بين القصور والرشد.

المطلب الثالث: سن الزواج في مدونة الأسرة

عانت المرأة في ظل مدونة [2]الأحوال الشخصية من أشكال غير مقبولة من التمييز تتجلى على مستويات عدة، فهذه المدونة كانت تجعل من الرجل السلطة الأعلى في الأسرة وما المرأة إلا تابعة له، وهذا يتنافى مع الدور الحقيقي الذي تضطلع به المرأة داخل الأسرة، كما أنها كانت تميز بين الجنسين في تحديد السن القانونية التي تؤهلهما لإبرام عقد الزواج، وبمجرد إتمام الفتى 18 سنة يحق له الزواج في حين سمحت للفتاة بالارتباط في سن مبكرة مما يظهر جليا الحيف الذي كان يمارس عليها من طرف المشرع الأسري، لذا كانت مسألة رفع سن الزواج إلى الثامنة عشرة سنة وتحقيق المساواة فيه بين الجنسين أحد المطالب الأساسية للحركات النسائية، وكان

[1] محمد الحبيب التجكاني:"قضية مدونة الأحوال الشخصية بالمغرب"، المجلة المغاربية للكتاب،عدد خاص رقم2، س،2002، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،ص،319.

[2] فعلى مستوى تعريف الزواج، كانت عبارة "تحت رعاية الزوج" تكرس استمرارية مفهوم الأسرة الأبيسية التقليدي، وترجح كفة الرجل داخل الأسرة على حساب المرأة، ومجسدة للامساواة بينهما، وأنها متسمة بالطابع الرجولي وتكرس دونية المرأة، مما يعد انتهاكا صارخا لحقوق المرأة، ومخالف للمبادئ التي أرستها العديد من الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب، خالد البرجاوي، مرجع سابق، ص، 14.

الإعلان عن مشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية فرصة لتضمين هذا المطلب ضمن المقترحات الرامية إلى تعزيز القدرات الذاتية للنساء في المجال القانوني، وذلك من خلال اقتراحه رفع السن القانونية للزواج بالنسبة للفتاة من 15 سنة إلى 18 سنة[1].

وفي إطار تحقيق وتجسيد لمبدأ المساواة بين الجنسين، جاءت مدونة الأسرة بمجموعة من المكتسبات التي تصب في صالح المرأة، نظرا للانتقادات التي طالت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، حيث قامت بتوحيد سن الزواج وجعلت من مبدأ الرضائية عامل أساسي لإتمام عقد الزواج. كما تجاوزت شرط البلوغ بالعلامات البيولوجية إلى شرط البلوغ بالسن فحددته في سن 18 سنة، إذ نصت المادة 19 من مدونة الأسرة على أنه: "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية"، غير[2] أن المتفق عليه بين العلماء أن كل تكليف شرعي لا يكون إلا بشرط العقل، ولما كان العقل وصفا باطنيا يحصل للإنسان بالتدريج، كان لا بد من وضع أمر منضبط يكون علة ومناطا لاستكماله، ولهذا كان شرط التكليف بلوغ المكلف من غير خلل في عقله، والتكليف في الإسلام أساسه العقل والقدرة البدنية، ولا يوجد ما يمنع شرعا من اعتماد السن دليلا على أهلية التصرفات. ويشهد لذلك أن النبي ﷺ أجاز عبد الله بن عمر للجهاد وهو من أخطر الأعمال، بالنظر إلى سنه دون السؤال عن العلامات الطبيعية للبلوغ، وروى البخاري عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ« عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزي، ثم عرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني. قال نافع فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو خليفة فحدثته هذا الحديث

[1] محمد عبكار:" المساواة بين الزوجين في مدونة الأسرة، الزواج نموذج"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن،كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة عبد المالك السعدي طنجة، الموسم الجامعي 2006/2005، ص،29 .

[2] عبد الله السوسي التناني، مرجع سابق، ص، 83.

فقال: إن هذا لحد بين الصغير والكبير، وكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة»[1]، وأشار أبو زهرة إلى أن السن التي اعتمدها الشافعية والصاحبان هي السن التي تنتهي فيها الولاية على النفس، وهي أيضا بحسبه سن الزواج[2]، الذي هو تكليف ديني ينطبق عليه ما ينطبق على كل [3]تكليف شرعي بالأحكام، وبالارتباط مع المذهب المالكي نجد أن أهلية الزواج تكتمل فيه بالبلوغ.

ويرى محمد الكشبور على: "أن الزواج يحمل الزوجين مسؤوليات أخرى كبيرة لا علاقة لها بالمال تفرض عليهما، على الأقل. أن يكونا راشدين، يدركان معنى الزواج ويفهمان آثاره والمسؤوليات التي تترتب عليه"[4].

وتتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد. وهذا ما أكدته المادة 20التي نصت على ما يلي:

"لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون السن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي"، فالخبرة يجب أن تبنى على جوانب تربوية، ونفسية واجتماعية تمكن القضاة من إصدار حكم أقرب إلى مصلحة الفرد والمجتمع خصوصا، وأن هناك بعض القضاة منهم من يتساهل في منح الإذن بالزواج دون السن القانوني لأي قاصر وبدون إجراء أي بحث اجتماعي أو طلب خبرة طبية وهذا دليل على عدم التزام القضاء بالمقتضيات القانونية لمدونة الأسرة، إلا أن منهم من يبرر بأن قبولهم للطلبات يتم بناء على معايير ومحددات اجتماعية أصبحت سائدة

---

[1] صحيح البخاري، باب بلوغ الصبيان وشهادتهم، حديث، 2664،الفتح،609/5، صحيح مسلم: "كتاب الأمارة"، باب بيان سن البلوغ، حديث1868 ،12/13 .

[2] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص، 442، الحسين الموس، مقال سابق،ص:54.

[3] عبد الهادي بوطالب، مرجع سابق، ص: 91.

[4]محمد الكشبور، مرجع سابق، ص، 226.

داخل الأوساط القروية ومن بين هذه المسببات الاجتماعية اختلاف البنية الجسمانية والعامل الثقافي والاجتماعي من منطقة إلى أخرى، بالإضافة إلى عدم وجود برامج اجتماعية تنموية تساعد الفتيات القاصرات على تحسين مستوى العيش خصوصا بعد انقطاعهن عن الدراسة حيث يصبحن عبئا على أوليائهن، فالمصلحة الفضلى لهؤلاء القاصرات تكمن في الزواج الذي يمثل الحل الأمثل للهروب من التهميش والفقر.

أما بالنسبة لزواج المصاب بإعاقة ذهنية فيتوقف على مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

- تقرير من طرف طبيب خبير بشأن الإعاقة وأثرها على الزواج.
- يطلع القاضي الطرف الآخر في عقد الزواج على التقرير.
- يجب أن يكون الطرف الآخر في الزواج كامل الأهلية.

ولا يمنح القاضي المكلف بشؤون الأسرة الإذن للمعاق ذهنيا إلا بعد تحققه من الشروط المنصوص عليها في مدونة الأسرة، وهذه الإجراءات تعتبر بمثابة ضمانات يجب على القضاء تفعيلها على أرض الواقع[1].

نستنتج مما سبق حرص المشرع الأسري المغربي على منح المرأة مجموعة من المكتسبات التي تصب في صالحها، لتحقيق وتجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين، حيث قام بتوحيد سن الزواج وجعل من مبدأ الرضائية عامل أساسي لإتمام عقد الزواج.

[1] وزارة العدل المغربية

المطلب الرابع: أثر الاتفاقيات الدولية على تحديد سن الزواج

يعرف الزواج المبكر[1] وفق العرف الدولي: "إكراه الفتيات أو السماح أو التغاضي عن زواجهن في سن يقل عن سن الرشد المقرر قانونيا للتمتع بالأهلية القانونية والنضج الكافي لاتخاذ قرار اختيار الشريك أو القبول"، وتعتبر الأمم المتحدة أن الأسباب المؤدية إلى الزواج المبكر متعددة، منها الفقر ورغبة الأهل في حماية الفتيات من الوقوع في الرذيلة، والحاجة إلى الاستقرار في فترات عدم الاستقرار الاجتماعي.

فمعظم التشريعات العربية سواء في الخليج أو في المغرب تتماشى مع المرجعية الدولية لحقوق الإنسان والمرأة، فتحديد سن الزواج في 18 سنة يتوافق مع الإعلانات الأممية والمواثيق الدولية، وفقا لما جاء في المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي نص على: "أن للرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ حق التزويج"، وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الكريم الطالب:

"فالأهلية[2] تتحدد بس معينة ثابتة(18سنة)، وهي مرتبطة إلى حد بعيد بممارسة الحقوق المدنية .....أما البلوغ فلا يتحدد ببلوغ سن محددة وإنما ببروز علامات فيزيولوجية تختلف بحسب الطفل.....فإذا كانت المواثيق الدولية تقصد بالبلوغ الأهلية فقد جانبت الصواب، وإذا كانت تعني به البلوغ الفيزيولوجي للإنسان فهي والحالة هذه لم تشترط بلوغ 18 سنة كما حددتها المدونة، إلى جانب أنه من حسن الصدف أن تسير الاتفاقيات الدولية وما جاء به الفقه الإسلامي في الأهلية حيث العبرة لديه بالبلوغ لا بسن محددة للأهلية".

---

[1] نهى القاطرجي:"دور الاتفاقيات الدولية في الوقوف في وجه الزواج المبكر"،بحث مقدم إلى المؤتمر الخامس للشريعة والقانون، 1436ه/2015م.

[2] عبد الكريم الطالب:"التوجهات المدنية لمدونة الأسرة مغانم ومغارم عشر سنوات من التطبيق"،الطبعة الأولى،المطبعة والوراقة الوطنية، الداوديات،مراكش،س،س،يونيو،2014،ص:61و62.

وأكدت المادة السادسة من نفس الإعلان على أن :"لكل إنسان في أي مكان الحق في أن يعترف له بالشخصية القانونية"، فبالرغم من عمومية نصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المتعلقة بحقوق المرأة، فإنها لا تخلوا من أهمية[1]. ويرجع السبب في عدم تحديد سن الزواج لأن الأمر كان موكولا للتشريع المحلي لكل دولة على حدة، إلا انه تم تدارك هذه الثغرة مع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتحديدا في الفقرة الثانية، التي نصت بشكل صريح على منع زواج الأطفال، حيث جاء فيها:"لا يكون لخطوبة الطفل[2] أو زواجه أثر قانوني وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما فيها التشريع لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا".

كما نلاحظ أن المواد المذكورة أعلاه والتي تتعلق بمنح الإذن للزواج لمن هم دون السن القانونية لإبرام عقد الزواج تنسجم مع ما جاء في اتفاقية الرضا[3] بالزواج والحد الأدنى للزواج [4]وتسجيل عقود الزواج، حيث أكدت على ضرورة قيام الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج، ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما، وقد جاءت هذه الاتفاقية للحد من انتشار ممارسة زواج الأطفال أو الزواج بدون رضى المرأة، لذلك فقد نصت ديباجتها على ما يلي:

"يتأتى على كافة الدول...أن تتخذ جميع التدابير المناسبة مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة القضاء على تلك الأعراف والقوانين القديمة والممارسات عن طريق

---

[1] Fatiha Bennis : la condition de la femme en droit international public mémoire pour le diplôme d'étude supérieurs, université Mohamed V, Faculté des sciences juridiques économiques et sociales Rabat ; 1983.

[2] نص المادة الأولى من الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نو فمبر 1989:""يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه".

[3] المادة الثانية لاتفاقية الرضا بالزواج وتسجيل العقود.

[4] مليكة نايت لشقر:"الاتفاقيات الدولية حول الأسرة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح، الدار البيضاء،س،2017،ص،211

تأكيد...كامل الحرية عند اختيار الطرف الآخر، والقضاء بالكامل على زواج الأطفال وخطبة الفتيات الصغيرات قبل سن البلوغ، وإنزال عقوبات ملائمة أينما يتطلب الأمر، وإقامة سجل مدني أو غيره يتم خلاله تسجيل كافة الزيجات"[1].

كما أكدت على ضرورة قيام الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج، ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما.

ولقد ذكرت إحدى دراسات اليونيسيف[2] أن زواج فتاة منتمية إلى أفقر الأسر هو أكثر احتمالا من زواج فتاة منتمية إلى أغنى الأسر بثلاث أضعاف وتبين دراسة عن المراهقين أعدها صندوق الأمم المتحدة للسكان أن 80% من أفقر الفتيات يتزوجن قبل بلوغ الثامنة عشرة من العمر مقارنة بسن 22% من أغنى الفتيات في نيجيريا.

ونستخلص مما سبق أن الحد من الزواج المبكر لا يتأتي بالتدخل التشريعي من خلال منع زواج القاصر، وإنما بإصلاح النظام الاجتماعي والاقتصادي لتوعية المواطنين بالمخاطر التي قد تنجم عنه، ولقد جاء في تقرير للمؤتمر العالمي الرابع المقام ببكين سنة 1995م والمعني بالمرأة في الفقرة 107:

"إعطاء الأولوية إلى كل من البرامج التعليمية الرسمية وغير الرسمية، التي تدعم المرأة وتمكنها من تنمية احترام الذات، واكتساب المعرفة، واتخاذ القرارات وتحمل المسؤولية فيما يتعلق بصحتها مع التركيز بصورة خاصة على البرامج الموجهة إلى

[1] أمال عبد الهادي :" حقوق النساء من العمل المحلي إلى التغيير العالمي"، منشورات مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، 2004 م ص، 55.

[2] فولنارا شاهينا:"تقرير المقررة الخاصة المعنية بأشكال الرق المعاصرة بما في ذلك أسبابه وعواقبه"، الجمعية العامة، مجلس حقوق الإنسان، الدورة 21، تقرير مواضيعي عن الزواج الاستعبادي، 10 تموز، 2012، ص، 15.

كل من الرجل والمرأة، والتي تؤكد على القضاء على الزواج المبكر بما في ذلك زواج الأطفال".

المبحث الثالث: أحكام الولاية بين التشريع الأسري والاتفاقيات الدولية

لم [1]ينبغ المسلمون في علم كما نبغوا في علم أصول الفقه، الذي ابتكروه وأبدعوا فيه إبداعا، بما وضعوه من قواعد للتشريع، وكشفوا عنه من مقاصد للشريعة الإسلامية جعلت قواعدها معللة، موصولة بأسبابها وغاياتها السامية، التي ترمي إلى تحقيق المنافع المادية والمعنوية للبشر، بحيث لا نجد أمرا أو نهيا أو حراما أو حلالا إلا وهو منوط بعلة تدفع إليه وقصد يستدعيه، ويعرف أصول[2] الفقه أصحابه بأنه قواعد يتوصل بها، إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية، من أدلتها التفصيلية، والمقصود منه هو التوصل إلى معرفة الأسس التي بنيت عليها الأحكام الشرعية، والمقاصد التي ترمي إلى تحقيقها، والقدرة على استنباط الأحكام الشرعية، والغاية التي توخاها المشرع في الإسلام، فيما يحلله ويحرمه ويضعه من ضوابط والتي تتمثل في درء المفاسد وجلب المنافع للناس وتكميلها، ولا يمكن التوصل إلى تحقيق هذه المصالح إلا بالامتثال إلى أوامر الشارع واجتناب نواهيه[3].

والولاية مفهوم أصيل في الفقه الإسلامي، ولقد أثار جدل بين الفقهاء منذ قديم الزمن حيث اختلفت الآراء والأقوال في جواز عقد المرأة زواجها بنفسها أو عدم جوازه فأجاز فريق وأنكر فريق آخر، وكل فريق قدم حجج وبراهين من الكتاب والسنة يبررون ويدعمون من خلاله موقفهم.

---

[1] أحمد باكو:"الولاية في الزواج"، مطبعة سوماكرام، الدار البيضاء، المكتبة الجامعية، س، 1416 ه/ 1995 م، ص:57.
[2] علي حسب الله:"أصول الشريعة الإسلامية"، الطبعة الرابعة، س، 1391 ه/ 1957 م، ص:3 و8
[3] أحمد باكو، م س، ص: 58 و59.

- فما هو موقف الفقه الإسلامي من الولاية وهل اعتبرها سلطة بيد الرجل يمارسها على المرأة أم هي سلطة بيد المرأة تمارسها بنفسها أو تفوضها لغيرها؟ **(المطلب الأول)**.
- وهل أخذت قوانين الأسرة والأحوال الشخصية في دولة المغرب وفي دول مجلس التعاون الخليجي بولاية الإجبار أم بولاية الاختيار؟ **(المطلب الثاني)**.
- وما مدى انسجامهم مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية؟ **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من الولاية

إن الإسلام يكفل للمرأة حقوقها ومنها حقها في اختيار زوجها وهذا لا يتم إلا بتراضي طرفي العلاقة الزوجية تجسيدا لمبدأ حق المساواة الذي يجد سنده في الثوابت الإسلامية وكذلك في الاتفاقيات الدولية، ولقد اختلفت الآراء الفقهية وتباينت اجتهاداتهم في تولي المرأة عقد قرانها بنفسها دون أخذ الإذن من وليها.

فما هو موقف الآراء الفقهية من اشتراط الولاية من عدمه؟ وما هي حججهم في ذلك؟

أولا: تعريف الولاية

الولاية في اللغة: بفتح[1]الواو بمعنى النصرة والتولي مصداقا لقوله عز من قائل﴿ **ما لكم ولايتهم من شيء**[2] ﴾.

الولاية في الاصطلاح: هي قوة[3] شرعية يملك صاحبها النظر في شؤون غيره وتنفيذ القول عليه عن طريق الإلزام، وقد عرفها البعض بأنها سلطة شرعية بموجبها يكون

[1] انظر: "لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور الافريقي،مادة "ولي"،(8/4920)، دار المعارف.
[2] سورة الأنفال،آية72.
[3] البهجة في شرح التحفة.

للولي على المولى عليه ولاية النفس والمال معا، أو النفس فقط أو المال فقط بغرض الحفظ والصيانة المشروعة[1].

ويرى الدكتور إبراهيم بن صالح[2]:"أن هناك ترابط وانسجام ظاهر بين معنى الولاية في اللغة والاصطلاح، إذ أن الولي القائم على شؤون المولى عليه يكون في العادة قريبا منه غير بعيد عنه، محققا لمعاني التدبير والقدرة والرعاية، وجلب المصالح ودرء المفاسد، في الأعمال التي يمارسها والتصرفات التي يقوم عليها لأجل حق موليته".

والملاحظ في التعريفات السابقة أنها جميعها تعتبر حق ولاية التزويج سلطة في يد من تثبت له بصرف النظر عن صاحبة الحق ورغبتها في إبداء رأيها خصوصا إذا كنا أمام مسألة عضل الولي.

إلا أن تعريف الأستاذ الفقيه الخمليشي هو الأقرب للصواب حيث عرف الولاية على أنها: "صلاحية[3] الولي في تزويج المرأة المولى عليها، وهذه الصلاحية تعني من ناحية سلطة قبول أو رفض الزواج، كما تعني من ناحية أخرى انفراد الولي بتولي الإجراء الشكلي إبرام العقد، وهو التصريح بالإيجاب أو القبول أمام العدليين، وسلطة القبول أو الرفض قد ينفرد بها الولي دون اعتبار رأي المرأة وتسمى بذلك ولاية إجبار وقد يشترك فيها مع المرأة دون أن يفرض أحدهما رأيه على رأي الآخر وتسمى ولاية اختيار".

وقد درج الباحثون على تقسيم الولاية إلى قسمين ولاية على النفس وولاية على المال.

---

[1] نصر فريد واصل: "الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مطبعة دار الشروق، س، 2002 م، ص، 9.

[2] أستاذ مساعد في قسم الفقه بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بالإحساء في السعودية، كتاب: "ولاية التأديب الخاصة بالفقه الإسلامي".

[3] أحمد الخمليشي "التعليق على قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق،ص،204.

❖ الولاية على النفس: هي التي تجعل للولي القدرة على التصرف في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، كتربيته على القيم والمبادئ الدينية والأخلاقية وإعداده ليكون مواطنا صالحا وعضوا نافعا في مجتمعه, حتى يصبح قادرا على القيام بشؤونه هو بنفسه والإشراف على زواجه واختيار من يتزوج بها.

والولاية على الزواج جزء من الولاية على النفس تثبت بسببين:

- القرابة النسبية: وهي ولاية بعض الأقارب على بعض إما بقرابة قريبة كالأب والجد والابن أو بقرابة بعيدة كابن الخال وابن العم ويتم ترتيب درجة القرابة في عموم النسب.
- الإمامة: وهي ولاية الحاكم ومساعديه من القضاء وغيرهم عندما يتعذر الولي بالقرابة والرسول ﷺ يقول (السلطان ولي من لا ولي له).

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي: "الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا[1]".

وتنقسم الولاية على النفس إلى قسمين:

- الولاية الجبرية: أو [2]ولاية الإجبار وهي التي يكون فيها للولي الحق في أن يزوج غيره بمن يختاره رضي الغير بذلك أو أبى.
- الولاية الاختيارية: وهي الولاية التي تمكن صاحبها من إنشاء عقد الزواج بناء على اختيار المولى عليه، وهذه الولاية تثبت لكل الأولياء عموما لا فرق بين ولي وولي فلا يراعى الترتيب بين الأولياء فيها، والخيار لها غير أنه

[1] الأحكام السلطانية،أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، ص،15.
[2] غسان غشا:"الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام"، الطبعة الأولى، س، 2004، المطبعة العربية دار الساقي، ص،24.

يستحسن أن تستشير وليها وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا توصف المرأة بالخروج عن الأعراف والتقاليد[1].

❖ الولاية على المال:

هي السلطة التي تخول للولي الإشراف والمحافظة على حقوق المولى مع حق إجراء التصرفات القانونية من بيع وشراء ورهن بما تقتضيه مصلحته وحاجاته.

ثانيا: موقف التشريع الإسلامي من الولاية

إن موضوع الولاية في الزواج من القضايا التي أثارت خلافا شديدا بين الفقهاء منذ بزوغ الفقه الإسلامي، تبعا للنصوص الواردة في مجالها، من حيث الثبوت أولا ثم من حيث الدلالة ثانيا، حيث اعتبر أغلب الفقهاء الولاية ركنا من أركان عقد النكاح بينما اكتفى البعض باعتبارها شرطا فقط[2]، كما أن خلو الكتاب والسنة من نص صريح يخص مسألة الولاية جعل الجدل[3]كثير ومتشعب حول مؤسسة الولي أهي ولاية إجبار أو ولاية اختيار.

➢ القول الأول: ليس للمرأة أن تزوج نفسها بنفسها ولا غيرها، ولا توكل غير وليها في تزويجها، إن فعلت شيئا من ذلك، فهو باطل يفسخ في كل حال، إن أذن لها وليها بذلك فهو باطل يفسخ في كل حال، صغيرة كانت أم كبيرة، بكرا أم ثيبا وسواء زوجت نفسها من كفء أم من غيره. وقد روى عن عمر وعلي وابن عباس وأبي هريرة وعائشة وابن عمر رضي الله عنهم وإليه ذهب سعيد

[1] بلحاج العربي: "الوجيز في شرح قانون الأسرة"، الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ص،199.

[2] الشيخ الخمار البقالي:"عضل الولي في بلاد الغرب صوره وأحكامه"، بحث مقدم إلى الدورة الثانية عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، س، م2004،ص:2.

[3] ويفسر ابن رشد هذا الاختلاف في حكم الولاية بقوله: "وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل لأن الأصل براءة الذمة ، بداية المجتهد.

بن المسيب والحسن البصري وجمهور المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية[1].

أدلة القول الأول:

❖ فمن الكتاب:

- قوله تعالى﴿ **وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن[2] أن ينكحن أزواجهن** ﴾[3]، فهذه الآية من أظهر ما يحتجون به، فهي في نظرهم خطاب للأولياء يحمل نهيا لهم عن العضل، وما كانوا لينهوا عنه لو لم يكن لهم حق الولاية، وفي هذا دليل قاطع على أن ولاية النكاح للأولياء، ولا تصح مباشرة المرأة عقد النكاح[4].
- وقد نقل عن الشافعي[5] أنه قال : "إن هذه الآية دليل على اعتبار الولي، وإلا لما كان لعضله معنى، إنما يؤمر بأن لا يعضل من له سبب إلى العضل، بأن يكون يتم به له نكاحها من الأولياء، وهذا أبين ما في القرآن من أن للولي مع المرأة في نفسها حقا، وأن على الولي أن لا يعضلها إذا رضيت أن تنكح أي زوجها بالمعروف.
- قوله تعالى﴿ **وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم**﴾[6]، فالإنكاح هو تولي إنشاء العقد وقد خاطب الله عز وجل به الأولياء ولم يخاطب به النساء[7]، فكأنه قال: أنكحوا أيها الأولياء الأيامى منكم والصالحين وأن الله عز وجل قد خاطبهم بصيغة الأمر الدال على الوجوب، فدل على

---

[1] تهذيب التهذيب، الطبعة الأولى،الهند،م طبعة دار المعارف النظامية.
[2] لا تمنعوهن من الرجوع إلى أزواجهم.
[3] سورة البقرة، جزء من الآية 232.
[4] أحمد الصويعي شليبك"الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في بلاد غير إسلامية، بحث منشور، بكلية الشريعة، الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة،ص،46.
[5] حسين محمد يوسف: "آداب العقد والزفاف في الإسلام"، دار الاعتصام، دت، ص،73، نقلا عن القسطلاني، إرشاد الساري،ل شرح صحيح البخاري،49/8.
[6] سورة النور، جزء من الآية32.
[7] ابن قدامة ،أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي.

أنهم هم المكلفون بتزويجهم، وكذلك فإن الله تعالى أمرهم بإنكاح عبيدهم وإمائهم، مما يدل على أن إنكاح الحرائر إلى الأولياء وأن إنكاح الأرقاء إلى أسيادهم، ولذلك قال ابن تيمية رحمه الله: فخاطب الله الرجال بإنكاح الأيامى، كما خاطبهم بتزويج الرقيق[1].

❖ ومن السنة:

- عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول ﷺ«لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها».
- فهذا الحديث له دلالة واضحة على أن عبارة المرأة في عقد الزواج غير معتبرة، فلا يجوز لها أن تتولى عقد التزويح لنفسها أو لغيرها، لا بولاية ولا بوكالة سواء أذن لها الولي أو لم يأذن، والتي تزوج نفسها تعتبر كزانية، وهذا من باب التشنيع.
- وعن عائشة [2]رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له».
- وعن أبي موسى[3] رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ«لا نكاح إلا بولي»، فالنبي ﷺ من خلال هذين الحديثين نفى النكاح الذي يكون بدون ولي، وهو نفي للحقيقة الشرعية، أي لا نكاح شرعي –أو موجود – في الشرع إلا بولي، وهذا دليل بالنص على عدم صحة النكاح بغير ولي، ويقابل الصحة البطلان فيكون النكاح بغير ولي باطلا[4].

---

[1] الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، الطبعة الثانية، بيروت، المكتب الإسلامي، س،1399ه/1979م..
[2] صحيح ابن حبان، كتاب النكاح.
[3] صحيح البخاري، كتاب النكاح.
[4] محمد المهدي :"فلسفة نظام الأسرة"، مرجع سابق، ص، 34.

- وعن زينب أم المؤمنين رضي الله عنها أنها كانت تفخر على أزواج النبي ﷺ«زوجكن أهاليكن، وزوجني الله تعالى من فوق سبع سموات ».إن قول زينب رضي الله عنها يدل على العرف المعروف في عهد النبي ﷺ وهو إنما ينكحهن أوليائهن، ولو كان خلاف ذلك لأشارت إليه.

❖ ومن فعل الصحابة:

استدل ابن حزم [1]بأن الصحابة ردوا نكاح من تزوجت بغير ولي، فعمر بن الخطاب رد نكاح امرأة نكحت بغير إذن وليها، وفي امرأة تزوجت بغير إذن وليها أنه جلد الناكح والمنكح ورد نكاحها، وأن أبا هريرة قال «ليس للنساء من العقد شيء، لا نكاح إلا بولي، لا تنكح المرأة نفسها، فإن الزانية تنكح نفسها، أن ابن عباس، قال: البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير الأولياء».

فالزواج من العقود التي تراد لأغراض ومصالح لا تتحقق مع كل زوج، بل لابد فيه من العناية والدقة والدراسة الوافية لأحوال الرجال، ومعرفة هذا الصنف من الرجال غير متيسرة للنساء لقلة خبرتهن وسرعة تأثرهن وانخداعهن بالمظاهر، وذلك لعدم تمكنهن من الاطلاع على أحوال الرجال، ولعدم تحكيمهن للعقل فلهذا لا تتحقق مقاصد الزواج إذا باشرته بنفسها[2].

القول الثاني: للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها وغيرها، بكرا كانت أو ثيبا، فلها أن تنشئ العقد بعبارتها من غير إشراك وليها، وإن كان من المستحب عندهم أن يتولى العقد الولي صونا لها عن التبذل إذ هي تولت العقد بمحضر من الرجال الأجانب عنها، وأن يكون راضيا، كما أن لها أن تتولى عقد زواج غيرها، لكنها إذا تولت عقد

[1] مصطفى شلبي "أحكام الأسرة في الإسلام"، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة الثانية، دار النهضة، بيروت لبنان،ص،252.

[2]ابن قدامة"المغني"،ج6،ص،450، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، الطبعة الثانية، بيروت، المكتب الإسلامي،س،1979/1399،علي حسب الله:" الزواج في الشريعة الإسلامية"،ص،129/128،محمد أبو زهرة :"الأحوال الشخصية"، بيروت دار الفكر،ص،129.

زواجها ولزومه أن يكون الزوج كفئا، وألا يقل عن مهر المثل، فإن زوجت نفسها من كفء وبمهر المثل صح الزواج وكان لازما رضي الولي بذلك أو لم يرض، أما[1] إذا زوجت نفسها من غير كفء، ولم يكن وليها قد رضي بذلك قبل الزواج، فللولي حق الاعتراض غلا إذا سكت حتى حملت أو ولدت، فإن حقه يسقط محافظة على الولد من الضياع ولأن حق الولد أقوى من حق الولي، فإذا لم يكن للمرأة ولي عاصب وزوجت نفسها، كان زواجها صحيح لازما، حتى ولو كان الزوج غير كفء لها وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة[2].

أدلة القول الثاني:

❖ فمن الكتاب:

- قال تعالى﴿ **والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير**﴾[3]، وجه الدلالة من الآية: أن الحق تبارك وتعالى أضاف النكاح والفعل إليهن، وذلك يدل على صحة عبارتهن ونفاذها، لأنه أضاف إليهن على سبيل الاستقلال إذ لم يذكر معها غيرها وهي إذا زوجت نفسها من كفئ بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف، فلا جناح على الأولياء في ذلك، ولهم الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع.

---

[1] والذي عليه الفتوى والعمل في المذهب الحنفي هو رواية الحسن بن أبي حنيفة في أن المرأة البالغة العاقلة إذا زوجت نفسها بغير إذن الولي، أن العقد فاسد وليس موقوفا على إذن الولي، المبسوط ج5،ص،13،البحر الرائق،ج3،ص،139.

[2] برهان الدين علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني:"الهداية شرح البداية"،دمشق، المكتبة الإسلامية،ج،1،ص،196،ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج،3،ص، 55،ابن الهمام:" شرح فتح القدير"، ج، 3،ص، 157،علاء الدين أبو بكر الكاساني:" بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، مصر، مطبعة الإمام، ج،3،ص،1364،الموصلي:"الاختيار:"،ج، 3،ص،90،ابن نجيم:"البحر الرائق"، ج،3 ،ص، 117،عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان:"مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر"،بيروت، دار الطباعة العامرة، ج،1،ص، 167 ،أحمد بن علي الرازي الجصاص:"أحكام القرآن"،الاستانة، مطبعة الأوقاف الإسلامية، 1335 /1910،ج،1، ص،401،محمد بن علي الشوآاني"نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار"، بيروت، دار القلم، ج 6،ص،119.

[3] سورة البقرة، آية 234.

- قوله سبحانه وتعالى﴿ **وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن**[1]﴾، فالآية[2] أضافت النكاح إلى النساء، ونهت عن منعهن منه، لأنه خالص حقهن، فصح منهن ما يدل على جواز الزواج بعبارتهن.
- قوله تعالى﴿ **فإن**[3] **طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله**﴾، فالآية أضافت النكاح إلى المرأة، وهذه الإضافة هي إضافة مباشرة وليس لمباشرة النكاح لفظ أبين من هذا[4].

❖ فمن السنة:

- عن عبد الله بن عباس رضي الله عنه أن رسول ﷺ قال «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها»، فهذا الحديث أثبت الحق للمرأة الأيم[5] في نفسها، كما أشار إلى حق الولي أيضا، فالعقد [6]يصح منها هي أيضا على اعتبار أن الحق ثابت لكليهما، ولكن السياق اللغوي يفيد أن حقها مقدم على حقه، وأحقيتها هنا تقتضي العموم، أي سواء كانت بكرا أو ثيبا[7].
- ورواية أخرى عن عبد الله بن بريدة عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت «جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ، فقالت يا رسول الله إن أبي زوجني ابن أخيه يرفع بي خسيسته، فجعل الأمر إليها قالت فإني قد أجزت ما صنع أبي،

---

[1] سورة البقرة،آية 232.

[2] مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص، 260.

[3] سورة البقرة،آية،230.

[4] أبو بكر محمد ابن العربي: "أحكام القرآن"، تحقيق علي محمد البجاوي، عيسى البابي الحلبي وشركاؤه، الطبعة الثانية،ج198/1،س، 1968.

[5] المرأة التي لا زوج لها.

[6] قال النووي رحمه الله قوله ﷺ"أحق بنفسها" ،يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق من وليها في كل شيء من عقده وغيره، كما قال أبو حنيفة وداود ويحتمل أنها أحق بالرضى، أي لا تزوج حتى تنطق بالغذن بخلاف البكر ولكن لما صح قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي "،مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي تعين الاحتمال الثاني، وأعلم أن لفظه أحق هنا للمشاركة، معناه أن لها في نفسها في النكاح حقا ولوليها حقا، وحقها أوكد من حقه، فإنه لو أراد تزويجها كفؤا وامتنعت لم تجبر، ولو أرادت أن تتزوج كفؤا فامتنع الولي أجبر، فإن أصر زوجها القاضي، فدل على تأكيد حقها ورجحانه.

[7] محمد المهدي، مرجع سابق،ص،36.

أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء»[1].وجه الاستدلال في هذه الرواية أن النبي ﷺ في قوله « أجيزي ما صنع أبوك»، يدل على أن عقده عليها غير نافذ، وليس حقا ثابتا للآباء وقوله «فاذهبي فانكحي ما شئت» قد أضاف النكاح إليها على سبيل الاستقلال فدل على نفي ولايتهم، وأن الأمر في نكاحهن إليهن دونهن، كما أنه لم ينكر على هذه المرأة ما قالته له: «ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء»، فعلم أن هذا الحكم ثابت لها، إذ لو لم يكن ثابتا لما سكت عنه.

القول الثالث: للمرأة العاقلة[2] أن تزوج نفسها من غير إذن وليها ويكون النكاح موقوفا على إجازة الولي، فإن أجازه جاز وإلا فلا، سواء زوجت نفسها من كفء أو من غير كفء، بمهر المثل أم لا، وإلى هذا ذهب محمد بن الحسن من الحنفية وأبو ثور وابن سيرين وغيرهم.

- عن عائشة رضي عنها: أن النبي ﷺ قال «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل»، إن شرط إذن الولي في النكاح، ومفهومه يدل على صحته بإذنه أي صحة الزواج بإذن الولي، وإنما المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح بسبب سوء اختيارها الذي هو مظنة الوقوع في المفسدة لقصور عقلها، فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة وهذا مأمون فيما إذا أذن فيها وليها[3]".

[1] مسند الإمام أحمد،ج6،ص:136.

[2] محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: "المبسوط"، بيروت ،دار المعرفة، الطبعة الثانية ،ج،ف5،ص،10،ابن الهمام: "شرح فتح القدير"، ج3 ،ص، 157،ابن عابدين" حاشية ابن عابدين"، ج 3 ،ص، 55،إبراهيم ابن علي بن يوسف الفيروز آبادي:" المهذب في فقه الإمام الشافعي"، مطبعة عيسى ألبابي الحلبي، مصر، ج2 ،ص، 35 ،علي بن أحمد بن سعيد بن حزم:" المحلى"، تحقيق أحمد شآر،القاهرة، دار التراث، ج 9 ،ص، 455.

[3] الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي" بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، مصر، مطبعة الإمام.

- وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال "لا نكاح إلا بإذن ولي، فمن نكح أو أنكح بغير إذن ولي فنكاحه باطل"، فالمرأة[1] من أهل التصرف وإنما كان منعها من الاستقلال بالعقد لمظنة المفسدة ولتعلق حق الولي وهو الإذن، فإذا حصلت على إذن الولي بالموافقة في نكاحها حينئذ انتفت المفسدة المظنونة لمشاركة الولي إياها في الرأي، كالعبد إذا أذن له سيده في النكاح".

القول الرابع: التفريق بين الثيب والبكر، فالمرأة الثيب يجوز لها أن تولي أمرها من تشاء من المسلمين ليزوجها، وليس للولي من ذلك اعتراض، أما البكر فلا نكاح لها إلا بولي، فليس لها أن تزوج نفسها بل يعقد عليها وليها بإذنها ورضاها، وإلى هذا ذهب داود الظاهري رحمه الله تعالى[2].

واستدل داود الظاهري على اشتراط الولي في البكر، وعدم اشتراطه في الثيب بحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال« الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"، وفي رواية "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأمرها أبوها»، ولقد فرق النبي ﷺ بين الثيب والبكر في الولاية، حيث جعل الثيب أحق بنفسها من وليها في النكاح، واعترض على هذا الاستدلال على اعتبار أن الأدلة لم تفصل ولم تفرق بين البكر والثيب استنادا لقوله ﷺ«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» عام لكل امرأة ثيبا كانت أم بكرا .

بعد ذكر أقوال العلماء وكثرة الأدلة المعتمدة المتضافرة والتي يقوى بعضها على بعض ورجحان رأي الجمهور بفرضية الولاية في النكاح وأنا أشاطره الرأي، فلا يجوز للمرأة أن تنكح نفسها بنفسها والأكثر من ذلك حتى في المغرب حيث سمحت مدونة

[1] النسائي، أحمد بن شعيب بن علي النسائي:"سنن النسائي"،بيروت، مكتبة المطبوعات الإسلامية، الطبعة الثانية،س ،1986 /1406.
[2] ابن حزم، المحلى، ج9،ص،455،ابن رشد:"بداية المجتهد"،ج2،ص، 8،محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني:"،سبل السلام"، الرياض، مطبوعات جامعة الإمام، ج3،ص192 ،الشوآاني"نيل الأوطار"، ج6 ،ص، 119.

الأسرة للمرأة التي بلغت سن الرشد أن تولي عقد زواجها بنفسها لكن عند الاستفسار لم نسمع قط بامرأة تزوجت من دون ولي طبقا للأعراف والتقاليد الإسلامية التي لا تسمح بذلك لما للولي من هيبة ووقار على الفتاة المقبلة على الزواج أمام زوجها وعائلته.

المطلب الثاني: الولاية في النظام الأسري الخليجي والمغربي

إن فكرة الولاية تمتد جذورها في عمق التاريخ، ولما جاء الإسلام أقر مبدئيا فكرة الولاية باعتبارها مساعدة وتكريم للمرأة[1]، وظاهرة من مظاهر التماسك العائلي ومؤشرا على استمرار علاقة المرأة بعائلتها بعد الزواج، ولقد كان لولي المرأة[2]في زواجها دور كبير على مدار القرون الماضية، وإن كانت أهمية هذا الدور قد قلت في العقود الأخيرة في بعض المجتمعات العربية والإسلامية، فمعظم قوانين الأحوال الشخصية قد نصت بوضوح على سلطة وليها في الزواج، مع أن الإسلام منح للولي سلطة أدبية ضمن الأعراف الاجتماعية السائدة تتجلى في الوقوف إلى جانب المرأة وتقديم النصح والاستشارة دون أن يذهب إلى فعل شيء خارج عن إرادتها ودون موافقتها. بالإضافة إلى عرقلة زواجها بحجج واهية كمسألة عضل الولي، حيث لا زالت بعض النساء في الخليج يعانون من مطل وتعسف الولي في زواجهن وفي هذا إهدار لحق المرأة وكرامتها ومس بإنسانيتها، عكس المرأة المغربية التي ناضلت بقوة وخاضت صراع تكلل بالنجاح وبذلك استطاعت انتزاع حقها بإلغاء قيد الولاية بقوة القانون بعد بلوغها سن الرشد.

---

[1] محمد الأجراوي:"الولاية الشرعية وموقف مدونة الأسرة من ولاية الزواج"، مجلة منبر الجامعة، العدد5،منشورات جامعة مولاي إسماعيل، س،فبراير2004، مكناس،ص، 71 و72و 73.

[2]شيماء الصراف:"أحكام المرأة بين الاجتهاد والتقليد"، دراسة مقارنة في الشريعة والفقه والقانون وعلم الاجتماع ،الطبعة الأولى،مطبعة بيروت، لبنان،مؤسسة الانتشار العربي،س،2008 م،ص،11و17.

وعلى هذا الأساس سنتناول الولاية في التشريع الأسري الخليجي **(الفقرة الأولى)** وفي مدونة الأسرة المغربية **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: الولاية في النظام الأسري الخليجي

لقد اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون ومختلف التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية على أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج، ونجد أن معظم التشريعات العربية قد سارت في هذا النهج، وكمثال عن ذلك المشروع العربي الموحد لقانون الأحوال الشخصية حيث نص في مادته 23 على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام ..."، فالإسلام يكفل للمرأة حقوقها ومنها حقها في اختيار زوجها وهذا لا يتم إلا بتراضي طرفي العلاقة الزوجية تجسيدا لمبدأ المساواة الذي يجد سنده في الثوابت الإسلامية وكذلك في الاتفاقيات الدولية، ولقد اتفق الفقهاء[1]على اشتراط الولي في عقد زواج الصغير والصغيرة واتفقوا على عدم اشتراط الولي في زواج العاقل البالغ الذكر.

ويقول الدكتور أحمد يعقوب العطاوي: "إن[2]من أضرار الأخذ بمذهب الحنفية مطلقا انتشار ظاهرة الزواج العرفي، وفي إهدار مذهب الحنفية مطلقا باب لإبطال زيجات نشأت صحيحة وفقا لقانون محل إبرامها، وإسقاط لمبدأ فقهي مستقر هو مبدأ مراعاة الخلاف وخلاصته أن يترتب على التصرفات التي نشأت صحيحة، وفقا لأحد الأقوال الفقهية المعتبرة آرائها بعد وجودها، حتى وإن كان قانون القاضي أو مذهبه الفقهي لا يقر هذه النشأة، وعلى فرض أن امرأة ما لم تحتط لنفسها في تزويج نفسها فتدارك الأولياء الأمر ممكن، عن طريق الفسخ أو الحسبة كما يقول العلامة ابن رشد[3]".

---

[1] ماجد محمد أبو رخية، مرجع سابق،ص،59، نقلا عن البيان،ج9،ص،222.

[2] أحمد يعقوب العطاوي، أحمد بخيت الغزالي، مرجع سابق،ص،117.

[3] بداية المجتهد 217/4 وما بعدها، وراجع في مسألة(مراعاة الخلاف)،الشاطبي، ابراهيم بن موسى،الموافقات في أصول الشريعة بتحقيق محمد عبد القادر الفاضلي، الطبعة الأولى،المكتبة العصرية،بيروت 122/2002،4 وما بعدها، وبحث الدكتور حسن الشاذلي، الموسوم(الخروج من خلاف العلماء في المعاملات)، ضمن سلسة محاضرات العلماء البارزين،ع25 نشر الإسلامي للبحوث

وبهذا الحل الوسط أخذ قانون أحكام الأسرة البحريني في المادة 26 ومضمونها:

- أن الولي شرط في صحة البالغة العاقلة، مع مراعاة قيد إذن القاضي المختص في زواج من لم تبلغ السادسة عشرة من عمرها.
- الزواج خارج البحرين بغير مباشرة الولي يقضي في حكمه على أساس قانون محل إبرامه، فإن كان باطلا بموجب قانون محل العقد حكم ببطلانه، وإن كان صحيحا وفق هذا القانون يحكم بصحته، ولكن لا يلزم إلا بالدخول فيه.
- إذا صح العقد بموجب قانون محل الإبرام، وكانت الزوجة بحرينية فإنه لا يلزم إلا بشرطين:

أولهما: الدخول فيه

والثاني: رضا الولي عند التصديق عليه من قبل المحكمة المختصة.

والتدريب، وبحث محمد سنيني بجامعة أدرار(جزائري) بمجلة، حوليات التراث، مستغانم الجزائر، العدد 4، س، 2005، والموسوم(تجذر الغيرية في أصل مراعاة الخلاف في الاجتهاد المالكي)، انظر،يحيى سعيدي:" مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ، ، بحث لنيل الماجستير، نشر مكتبة الشد، الطبعة الأولى،س،م2004.

بمعنى[1]أن لكل من الطرفين والولي الفسخ قبل الدخول، أما بعد الدخول فالعقد لازم للزوجين، ولكنه لا يلزم الولي إلا بإعلان رضاه عند التصديق عليه من المحكمة البحرينية، وهذا معناه أن الولي:

يعتبر شرط انعقاد في زواج فاقد الأهلية.

- شرط صحة في زواج البالغة العاقلة، متى عقد العقد في البحرين أو في بلد يأخذ بقول الجمهور في ولاية الزواج.
- شرط لزوم في حال ما إذا عقد العقد خارج مملكة البحرين، وكان قانون محل العقد يأخذ بقول أبي حنيفة.

وأوضح قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة 32 على أن:

"الولي في الزواج هو الأب ثم العاصب بنفسه على ترتيب الإرث ابنا ثم أخا ثم عما فإذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرط جاز، ويتعين من أذنت له المخطوبة"[2]، ويلاحظ أن المشرع الإماراتي قدم الأب في الولاية على الابن أخذا بمذهب الشافعية والحنابلة لما يتوافر فيه من الشفقة وكثرة الخبرة وهذا ما أخذت به المملكة العربية السعودية، وقانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان في المادة 11 والمادة 26 من قانون الأسرة القطري، وفي حالة استواء أكثر من واحد في الولاية فإن العقد يصح إذا تولاه أي واحد منهم إلا إذا عينت المخطوبة واحدا منهم فإن الولاية تنحصر فيه، وهذا يعني أن المخطوبة لا تملك حق تعيين الولي البعيد مع وجود الأقرب[3].

[1] أحمد بخيت الغزالي،مرجع سابق،ص:119.
[2] المادة 32 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، انظر موقع وزارة العدل.
[3] انظر المادة 11من قانون الأسرة العماني، والمادة 26 من قانون الأسرة القطري.

أما في الكويت فلا يحق للمرأة أن تزوج نفسها إلا إذا كانت أرملة أو بلغت الخامسة والعشرين من عمرها ويشترط القانون موافقة ولي الأمر، بمعنى انه لا يحق لها مباشرة إجراءات عقد الزواج بدون الولي نيابة عنها، استنادا إلى ما نصت عليه المادة 30 من قانون الأسرة الكويتي: "الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأي لها في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها"، واستثناء[1] من الفقرة السابقة يجوز للثيب أن تطلب من قاضي التوثيقات الشرعية أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، وذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه.

نستنتج مما سبق أن المشرع أخذ في قانون الأحوال الشخصية في دول الخليج العربي برأي جمهور الفقهاء في اشتراط الولي واعتبر النكاح بلا ولي باطل، كما أنه أخذ برأي الحنفية الذي يعتبر الولاية مسألة اختيارية وليست إجبارية، فالعقد مسؤولية خطيرة تتنافى وقدرة المرأة على تحمل أعبائها والمرأة مجبولة على الحياء والعقد معناه إباحة الاستمتاع فكيف تعقد لنفسها دون حرج أو خجل! وقد جرى العرف في[2] كل زمان ومكان أن كرامة المرأة أن تتقوى بأوليائها، ليكون الولي المرجع في المنازعات فترفع نفسها عن الدونية، ولهذا فلا بد من الولي حتى لا تزوج نفسها ممن ليس بكفء لها أو قد تنحرف المرأة عن الطريق السوي فتزوج نفسها بأكثر من شخص، ولا يجوز قياس تولي المرأة لعقد زواجها على جواز توليها للعقود المالية وذلك لأن الأمور المالية لا تحدث خطرا كما هو الشأن في عقد الزواج، وإزالة آثار العقود المالية سهلة، والغبن فيها لا يؤثر على نهج الحياة كالزواج.

وقد ذكر فضيلة الشيخ عطية صقر قوله: "وإذا كان القانون المصري يأخذ برأي أبي حنيفة للتيسير، فإن المرأة المصرية التي تريد أن تثبت وجودها، وتتمتع بحريتها

[1] تم إضافة هذه الفقرة في المادة الأولى بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٤.
[2] عبد الملك بن يوسف المطلق:"الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية"، دراسة فقهية واجتماع ونقدية، الطبعة الأولى، س،006 م، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، ص، 77.

واستقلالها، استغلته استغلالا سيئا ورأينا بنات يخرجن عن طاعة أوليائهن ويتزوجن من يردن، وتعرضن بذلك إلى أخطار جسيمة، وأرى العودة إلى رأي الجمهور فهو أقوى وأحكم[1]"، فالمشرع الخليجي جمع بين رأي الجمهور ورأي الحنفية وهذا ما تؤكده الفقرة الثانية من المادة 15 من قانون أحكام الأسرة البحريني والتي نصت على ما يلي: "ليس للولي أن يزوج موليته من نفسه إلا برضاها وبإذن من القاضي[2]"، كذلك المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي والتي جاء فيها ما يلي:

"يتولى ولي المرأة البالغة عقد زواجها برضاها ويوقعها المأذون على العقد، ويبطل العقد بغير ولي"[3].

أما إذا امتنع الولي من تزويج موليته بدون سبب والمنع في مثل هذه الحالة يعد تعسفا في استعمال الحق وتسمى هذه الحالة عضل الولي لقوله تعالى ﴿**فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن**﴾[4]، فقد صدرت فتوى في المملكة العربية السعودية[5] من هيئة كبار العلماء على أحد الأشخاص الذي منع ابنة عمه من الزواج بغيره وقام بتهديد أبيها والشخص الذي يريد الزواج بها لأنه يرى أنه أحق بالزواج من ابنة عمه أو قريبته من غيره، حيث أوضح سماحة مفتي عام المملكة الشيخ عبد العزيز آل الشيخ قائلا:"....من يصر على تحجير الأنثى ويريد أن يقهرها ويتزوجها أو يزوجها بغير رضاها فإنه عاص لله ولرسوله ومن لم ينته عن هذه العادة الجاهلية التي أبطلها الإسلام تجب معاقبته بالسجن وعدم الإفراج عنه إلا بعد تخليه عن مطلبه المخالف للشرع"، وفيما يتعلق بموضوع الكفاءة في النسب فإن بعض التطبيقات القضائية كالتفريق بين الزوجين، أو فسخ عقد زواجهما على أساس عدم الكفاءة في

---

[1] عطية صقر:"الفتاوى، من أحسن الكلام في الفتاوى والأحكام، رئيس لجنة الفتوى بالأزهر، المكتبة التوفيقية، دط،دس،197/2.

[2] المادة 15 من قانون الأسرة البحريني ، انظر موقع وزارة العدل.

[3] المادة 39من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، انظر موقع وزارة العدل.

[4] سورة البقرة، جزء من الآية 232.

[5] القرار رقم 153 صادر عن مجلس هيئة كبار العلماء، بتاريخ 1409/8/4 ه إلى 1409/8/15 ه ، إمارة منطقة عسير، رقم8226 وتاريخ 1409/2/10ه.

النسب تتعارض مع الاتفاقيات الدولية وخصوصا الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، كما أن ذلك يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية السامية انطلاقا من كون الناس سواسية، لا فضل لعربي على أعجمي، ولا أبيض على أسود إلا بالتقوى، كما أن ذلك يتعارض مع ما نصت عليه المادة 12 من النظام الأساسي للحكم حيث نصت على أن تعزيز الوحدة الوطنية واجب، وتمنع الدولة كل ما يؤدي للفرقة والفتنة والانقسام[1].

وفي إطار سلسلة الإصلاحات التي تقوم بها المملكة العربية السعودية للنهوض بأوضاع المرأة تم إلغاء الولاية عليها في الأمور التجارية وأصبح بمقدورها الاستثمار في المشاريع الخاصة وفتح سجل تجاري بدون إذن زوجها إذا كانت متزوجة أو أحد أقاربها الذكور إذا كانت عازبة أو أرملة أو مطلقة.

الفقرة الثانية: الولاية في التشريع الأسري المغربي

تعتبر الولاية من المواضيع التي أسالت مدادا كثيرا، حيث اعتبرتها الحركات النسائية مثال لممارسة العنف القانوني على الفتاة، وهناك من ذهب إلى القول:"بأن[2]المرأة كانت في ظل مدونة الأحوال الشخصية قاصرة أمام القانون في مجال تزويج نفسها وأن المدونة اتسمت بالإجحاف والظلم في حق نصف المجتمع، فبالرغم من اختراق المرأة كل المستويات والمجالات والمناصب السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية ظلت غير مؤهلة لإبرام عقد زواجها"، ولقد ذهبت مدونة الأحوال الشخصية الصادرة سنة 1957م إلى العمل برأي الجمهور وخاصة رأي الإمام مالك الذي

[1] محمد معروف الدواليبي:"الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان"، ندوات علمية في الرياض وباريس والفاتيكان ومجلس الكنائس العالمي، فيما بين فريق من كبار علماء المملكة العربية السعودية وبين آخرين من كبار رجال الفكر والقانون في أوربا ، الطبعة الثالثة، دار الشواف، الرياض، س، 1993م، ص: 36 و37.

[2] عبد السلام أديب:"المرأة المغربية بين مدونة الأسرة والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان"، سنة بعد مرور مدونة الأسرة، لا جديد، الجمعية المغربية لحقوق الإنسان، الرباط،الطبعة الأولى،س،2005،مطبعة RABAT NET MAROC، ص،8.

اعتبر الولاية شرط في صحة عقد الزواج ولا تصح إلا بتوفرها، فقد نص البند الثاني من الفصل 12 من نفس المدونة على ما يلي:

- لا تباشر المرأة العقد ولكن تفوض لوليها أن يعقد عليها.
- توكل المرأة الوصي ذكرا تعتمده لمباشرة العقد على من هي تحت وصايتها.
- لا يسوغ للولي ولا للأب أن يجبر ابنته البالغ- لو بكرا- على النكاح إلا بإذنها ورضاها إلا إذا خيف على المرأة الفساد، فللقاضي الحق في إجبارها حتى تكون في عصمة زوج كفء يقوم عليها"، مما[1]يعني أن الولاية شرط في صحة عقد الزواج لا يصح إلا بتوفرها وأنها ولاية اختيار لا يمكن للولي أن يعقد عليها إلا برضاها وبتفويض منها لكنها يمكن أن تتحول إلى ولاية إجبار كما نص البند الرابع "لا يسوغ للولي ....".

وبالرغم من إلغاء المشرع المغربي لسلطة الإجبار إلا أنه اشترط مبدأ الرضائية في عقد الزواج، ومع ذلك بقيت الفتاة المغربية تعاني من عدم تمكينها من إبرام عقد زواجها بنفسها حتى لو بلغت سن الرشد القانوني، فلا بد لها أن تفوض وليها.

ويقول الأستاذ محمد الروكي:"[2]رغم أن الولاية كانت ضرورية في الزواج، إلا أنها كانت تعتبر حقا للمرأة لا للولي، وهذا ما تفيده النصوص الشرعية إذا جمعنا بينها ونظرنا إليها نظرة شمولية متكاملة في نسق واحد ومنظومة واحدة، ذلك أن هناك نصوصا تعتبر الزواج باطلا إذا تم بغير ولي، كما أن هناك نصوصا وسننا فعلية تعتبره باطلا إذا تم بإكراه المرأة، فالجمع بين الطائفتين من هذه النصوص والأدلة الشرعية النقلية يفضي إلى القول بأن الولاية معتبرة شرعا في الزواج، لكنها حق للمرأة لا للولي".

---

[1] عبد الله أبو عوض "أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة"، م،س،ص:201.

[2] محمد الروكي: "ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي المعاصر "،مقال في كتاب الاجتهاد الفقهي، أي دور وأي جديد؟، منشورات كلية الآداب والعلوم الانسانية بالرباط، سلسلة ندوات ومناظرات، رقم53، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996،ص:160.

ولكن بمقتضى تعديلات 10 شتنبر 1993م تم إلغاء العمل بمؤسسة الولي بالنسبة للرشيدة التي لا أب لها، وهذا ما صرحت به الفقرة الرابعة من الفصل 12 المعدل بقولها: "للرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء" وقد لوحظ أن هذا التعديل خلق نوعا بين التمييز بين المرأة ذات الأب وبين الفاقدة له، وهو ما لم يقل به أي مذهب من المذاهب الفقهية، مما اعتبره البعض قولا ملفقا من مذهبين، مذهب الأحناف الذين يجيزون عقد المرأة لنفسها ومذهب الجمهور الذين لا يجيزون لها ذلك[1]".

فبالرغم من الثغرات والعيوب التي طالت تعديل 1993 م إلا أنه يبقى خطوة هامة نحو تدعيم حقوق الإنسان في المغرب ومحاولة ناجحة لتكسير القدسية التي كان البعض يحيط بها نصوص المدونة خاصة مع تزايد متطلبات تطبيق مقتضيات الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والتي صادق المغرب على العديد منها ،[2]خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ولجعل مقتضيات المدونة أكثر توافقا مع نصوص هذه الاتفاقيات ظلت المنظمات النسائية تدعو وتتشبث بباقي المطالب التي لم تتم الاستجابة لها.

وفي ظل هذا المعطى عمل المشرع المغربي على إعادة النظر في مجموعة من المقتضيات القانونية، حيث تم إصدار مدونة الأسرة لتحل محل مدونة الأحوال الشخصية التي استمر تطبيقها منذ سنة 1957م، كما تم تكريس كل تلك المعطيات عند صياغة مدونة الأسرة بأسلوب حداثي تم الأخذ فيها بمقاصد الإسلام السمحة فلم تعد تعتبر الولاية شرط صحة في الزواج كما كان ذلك منصوص عليه في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة وهكذا نجد المادة 13 تنص على ما يلي:

[1] محمد الروكي،مرجع سابق،ص،161.
[2] إدريس الفاخوري،مرجع سابق،ص،18.

"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزوج والزوجة.
- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق.
- ولي الزوج عند الاقتضاء.
- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه.
- انتفاء الموانع الشرعية".

كما نصت المادة 24 على ما يلي: "الولاية حق للمرأة تمارسه الرشيدة حسب اختيارها ومصلحتها"[1].

ونصت كذلك المادة 25 على ما يلي: "للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها"[2].

والواقع أن السماح للمرأة بزواج نفسها بنفسها جاء تحت إلحاح المطالب النسائية أخذا بالاتفاقيات التي صادق عليها المغرب, فالراشدة لها أن تزوج نفسها بنفسها أو أن تفوض ذلك لأهلها أو أحد أقاربها, فالأول هو الأصل والثاني هو الاستثناء.

ويؤكد الواقع المعيش بأن رأي الأبوين بصفة خاصة وأفراد الأسرة بصفة عامة مسألة أكيدة وواقعية في جل حالات الزواج بالنسبة للرجل والمرأة على حد السواء، وأن المرأة المغربية قلما تنفرد باتخاذ قرار الزواج من شخص دون استشارة أفراد أسرتها وبصفة خاصة والدها الذي يعتبر أقرب الناس إليها إلى جانب والدتها، والخروج من هذه القاعدة أمر نادر والنادر لا حكم له خاصة وأن جميع المبررات التاريخية والاجتماعية والعائلية والتي كانت تبرر فرض ولاية الزواج على المرأة لم يعد لها وجود الآن، كما أن القول باعتبار ولاية الزواج اختيارية وليست إلزامية أمر وارد في

[1] المادة 24 من مدونة الأسرة.
[2] المادة 25 من مدونة الأسرة.

الفقه الإسلامي ومن القائلين به الأئمة أبو حنيفة والأوزاغي وللإمام مالك آراء خاصة في الموضوع، وإن جميع الأدلة المستشهد بها في اعتبار الولاية من عدمها لا تفيد قطعا وجود حكم ثابت للولاية في الزواج[1].

ولكن يبقى السؤال المطروح.

- هل هذا النهج التوفيقي الذي سلكه المشرع المغربي لمحاولة إرضاء جميع الأطراف يصب في مصلحة المرأة المغربية؟
- وهل سيساعد في استقرار التوازن الأسري؟

فباستقراء أراء بعض الفقهاء والباحثين المغاربة لقد حافظ المشرع المغربي، على المركز القانوني للمرأة باعتبارها إنسانا كامل الأهلية، وراعى مسألة القيم الاجتماعية للأسرة ومكانة الأب فيها، وأعطى الصلاحية للفتاة المقبلة على الزواج إمكانية تفويض العقد للأب أو من يقوم مقامه، فبمراعاتها[2] للجانب الاجتماعي للأسرة ولمكانة الأب تكون قد سايرت الواقع والتطورات التي يعرفها المجتمع المغربي وأنها قامت بحماية حق المرأة في اختيار الزوج الذي ترغب في تكوين أسرة معه.

والملاحظ كذلك أن المشرع أكد على جديته في الوفاء بما التزم به من مواثيق ومعاهدات دولية وخصوصا المادة 16 من اتفاقية سيداو، كما تجاوز الإشكاليات التي كانت تطرحها بعض العقود عند تذييلها أمام المحاكم الأجنبية، حيث تقوم بإبطالها بحجة عدم وجود رضا الزوجة في العقد والذي اعتبرته دليل قاطع على ممارسة الولي سلطة الضغط والإجبار على الزوجة وبالتالي عدم احترام حقوقها

[1] ادريس الفاخوري:" قانون الأسرة المغربي"، الجزء الأول، طبعة2016، دار نشر المعرفة، الرباط،ص،197.
[2] أمال ناجي:"المركز القانوني للزوجين من خلال مدونة الاسرة والاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية2015/2014،ص،55,

وانتقاص واضح من أهليتها المدنية، وقد صدر في هذا الشأن قرار من محكمة الاستئناف بنانسي جاء فيه ما يلي:

"القانون المغربي الذي يجعل زواج المرأة بيد الولي يخالف النظام العام الفرنسي الذي يعتبر الزواج شأنا شخصيا لا يتم إلا بالقبول التام والصريح للمتعاقدين"[1].

ونستنتج مما سبق أن التأييد المطلق للولاية في الزواج, ينتج عنه أثار خطيرة على الأسرة والأولاد, لأن عقد الزواج هو ميثاق غليظ، فالمصلحة تقتضي توخي الحذر حيث يحتاج هذا العقد إلى خبرة واسعة بأحوال الرجال، ولا يصح الزواج بدون ولي خصوصا وأن المشرع المغربي لم يشر إلى مسألة الكفاءة وترك المجال مفتوحا في الزواج، عكس مذهب أبي حنيفة الذي قيد زواج المرأة بنفسها بضرورة توفر عنصر الكفاءة وشرط المهر وأعطى للولي حق الاعتراض وخول له صلاحية التدخل في حالة تخلف هذا الشرط وذلك لما فيه مصلحة للفتاة المقبلة على الزواج.

المطلب الثالث: المركز القانوني للولاية بين الفقه الإسلامي والشرعية الدولية

لقد [2]ساوى الإسلام بين المرأة والرجل في الحقوق المدنية لا فرق بين وضعها قبل الزواج وبعده، فإذا بلغت المرأة لها حق التعاقد والتوكل، ولها حق فسخ الوكالة، ولها حق اختيار الزوج ضمن المواصفات الخاصة بها، كأن يكون رجلا صالحا وسيما وجميلا في نظرها لأن النساء يحببن ما يحبه الرجال سواء بسواء، كما حرم عليها أن تتزوج دون موافقتها ورضاها، وقال فقهاء الشافعية: "القبيح الصورة ليس كفئا للجميلة والشيخ ليس كفئا للشابة"، ويقول في هذا الصدد شيخ الإسلام ابن تيمية في فتاويه[3]:

---

[1] قرار محكمة الاستئناف بنانسي صدر،س، 1989/6/23 نقلا عن موحى ولحسن ميموني، وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد منشور بمجلة الملف، العدد، 4 ،شتنبر 2004، ص،123.

[2] منال محمود المشني:"حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي"، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، س، 1432 ه/ 2011 م، ص:114 و115.

[3] مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية، ج25، ص: 22و25.

"إن استئذان البكر البالغة واجب على الأب وغيره، وأنه لا يجوز إجبارها على النكاح وأن هذا هو الصواب"، وقال أيضا: "وأما أن تزوج الفتاة مع كراهيتها لذلك فهو مخالف للأصول والعقول، والله لم يسوغ لوليها أن يكرهها على بيع أو إجازة إلا بإذنها، ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده!! فكيف يكرهها على مباضعة ومعاشرة من تكره معاشرته؟!! والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، فإذا كان لا يحصل إلا مع بغضها له، ونفورها منه فأي مودة ورحمة في ذلك".

ولقد اعتبر بعض الباحثين بأن الولاية موضوع يسوده ظلم اجتماعي يقع على الفتاة المقبلة على الزواج، وأنا لا أشاطر هذا الرأي، لأن النبي ﷺ وإن أقر مسألة الولاية باعتبارها معطى اجتماعيا يوفر الدعم والسند للمرأة، حيث قال«لا نكاح إلا بولي»، وقوله أيضا ﷺ« لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح[1] البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال أن تسكت» إلا أن مقابل هذا الإقرار لم يجعل الأمر مبنيا على الإجبار والإكراه بل مؤسسا على الإرادة الحرة للمخطوبة[2]، وهذا ما أخذت به المملكة العربية السعودية وقد أوضحنا سابقا من خلال الفتوى الصادرة من كبار هيئة العلماء والتي تفيد عدم تحجير[3] الفتاة المقبلة على الزواج.

فهذه الأحاديث وغيرها مما ورد في معناها دالة بوضوح على أن المرأة العاقلة البالغة لا تجبر على الزواج من إنسان بعينه، لأن الإجبار إكراه والإكراه عيب من عيوب الإرادة، ولأن أهلية المرأة كاملة وإجبارها على الزواج سلب لهذه الأهلية[4] فالولي أب أو جد يشترط أن لا يتعسف في استعمال الحق المخول له فيعامل ابنته

[1] صحيح البخاري،كتاب النكاح،م س، حديث رقم 5136.
[2] مليكة نايت لشقر، مرجع سابق، ص،137.
[3] منع الفتاة من الزواج إلا من قريبها وحجزها له وهي عادة من عصر الجاهلية ولازالت بعض القبائل في الخليج تحافظ عليها.
[4] غبد الله محمد الجبوري وماجد محمد أبو رخية، مرجع سابق، ص، 64.

كسلعة مربحة أو وسيلة يحقق بها مصالحه بدليل أن الإسلام منع الأولياء من عضلها ومنحها حق اللجوء إلى المحاكم الشرعية لرفع الحيف والظلم عنها.

في حين اعتبر البعض الآخر أن الولاية قيد يكبل حرية المرأة في الزواج، فهي غير حرة في اختيار الشريك الذي يناسبها وفقا لمعايير شخصية ذاتية طالما أن هناك من يشاطرها هذا الاختيار بقوة القانون، عكس الرجل الذي يقرر وحده ولا يتدخل معه أحد في عملية الاختيار[1]، إلا أن الموضوع مختلف تماما[2] في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، حيث لا تكتفي بضرورة توافر مبدأ الرضا فقط في إبرام عقد الزواج وإنما تؤكد كذلك على منح الحرية للمقبلين على الزواج في الإفصاح عن رغبتهما في الارتباط شخصيا دون تدخل طرف ثالث أو توليه إبرام العقد بالنيابة عن أحدهما أو كلاهما معا وخصوصا بالنسبة للمرأة مما يعتبرونه تمييزا في حقها وإنقاصا من أهليتها القانوني، وما يجهله المجتمع الدولي أن الولاية في المجتمع الإسلامي تعتبر من الأنماط والقيم الثقافية الإجبارية ومن الأعراف الاجتماعية المحمودة والتي لا يمكن العيش من دونها، لأنها تصون حقوق المرأة وتحفظ كرامتها

[3]كما أن المواثيق الدولية تتعامل في تشريعاتها مع المرأة كفرد مستقل خارج إطار الأسرة، بينما الأحكام الشرعية في الإسلام موجهة للمرأة والرجل من خلال مؤسسة الأسرة، وترتبط تشريعات الأسرة المسلمة بالمصلحة العامة للمجتمع، وتدور الحريات في فلك حفظ مصالح كل من الفرد والمجتمع معاً.

[1]فريدة بناني: "وضعية المرأة بالمغرب بين القوانين والمواثيق الدولية"، مقال في مؤلف جماعي:" المرأة العربية، الوضع القانوني والإجتماعي "،منشورات المعهد العربي لحقوق الانسان، الطبعة الأولى، س،1996،ص،257.

[2] محمد عبكار: "المساواة بين الزوجين في مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ،السنة الجامعية، 2006/2005،ص،47.

[3] نورة بنت عبد الله بن عدوان، مرجع سابق..

فلولا[1] الخصوصيات المختلفة للشعوب لما طرح مبدأ الكونية وهو لا ينفيها، فكل العهود والصكوك الدولية تؤكد على ضرورة الاعتراف باختلاف الثقافات على المستوى العالمي، فليس هناك تعارض أو تقابل بين الخصوصية والكونية بل بينهما علاقة جدلية، فالخصوصيات الثقافية هي التي بنت منظومة حقوق الإنسان، وهذه الأخيرة هي الضامن لحماية الحقوق الثقافية والاعتراف بهذه الخصوصيات، وفي إطار ملائمة التشريعات الوطنية مع مقتضيات المواثيق الدولية التي لا تتعارض ومقاصد الشريعة الإسلامية في المجال الأسري، وانسجاما [2]مع مبدأ الرضا الذي أكدت عليه أصول الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، فقد تم إدراجه بشكل صريح في بعض القوانين الأسرية سواء في الخليج أو في المغرب، ولقد نصت المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية المعدلة سنة 2004م على ما يلي:

"ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا"، كما نصت الفقرة الثانية من المادة 15 من قانون الأسرة البحريني على ما يلي:

- "ليس للولي أن يزوج موليته من نفسه إلا برضاها وبإذن القاضي.
- لا يجوز للولي تزويج من له الولاية عليها جبرا، ثيبا كانت أو بكرا، صغيرة كانت أو كبيرة".

ونصت كذلك المادة 23 من نفس القانون: "يشترط في الزوجين ..... رضاهما بالزواج". بينما أكدت المادة 28 من قانون الأسرة القطري على أن:"يتولى ولي المرأة عقد زواجها برضاها"، ولقد أكدت عدد من الاتفاقيات الدولية على ضرورة حصول

[1] خديجة رياضي:"حقوق المرأة بين الخصوصية و الكونية "، مؤلف جماعي، "المراة و المواطنة و المساواة"، منشورات الجمعية المغربية لحقوق الإنسان، س،2001، ص، 24.
[2] مليكة نايت لشقر، مرجع سابق،ص،142.

التراضي بين طرفي العلاقة الزوجية عند إبرام عقد الزواج[1]، وهكذا نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في الفقرة الثانية من المادة 16 على أنه:

"لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه"، كما نص العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية في مادته 23 على أن: "للرجل والمرأة ابتداء من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة، وأنه لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه"، كما نصت المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على:

"أن تتخذ دول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة في عقد الزواج ونفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر الكامل".

فهذه الاتفاقية تدل على ارتباط نصوصها بحقوق المرأة وحدها بصفة انفرادية وحصرية، مما يدل على اهتمام المجتمع الدولي بالمرأة وحقوقها في مواجهة الرجل والأسرة والمجتمع الداخلي، لذا يبدو من موضوع الاتفاقية أن هناك مسببات قانونية لتلك التسمية الحصرية للاتفاقية، وأن هناك من الدول من يقيم علاقة تمييزية بين المرأة والرجل في بعض الحقوق والواجبات، الأمر الذي يحاول المجتمع الدولي إصلاحه من خلال إقرار مبدأ المساواة بين عنصري المرأة والرجل على حد سواء ومن خلال التزام الدول بأحكام ومبادئ اتفاقية منع التمييز ضد المرأة[2].

[1] السعدية بلمير:"الاتفاقيات الدولية والأحوال الشخصية من خلال الاجتهادات القضائية" ، مؤلف جماعي ، مركز التوثيق والإعلام ، س،2002م، ص: 193.

[2] صالح محمد محمود بدر الدين:"تقييم تحفظات الدول العربية علي اتفاقية القضاء علي كافة أشكال التمييز ضد المرأة"، ندوة اتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة والشريعة الإسلامية،خلال الفترة من 19 إلى20 نوفمبر 2012 م الدوحة، قطر.

ولقد انضمت المملكة العربية السعودية[1]إلى هذه الاتفاقية في12 ديسمبر 2000م وأوردت تحفظا عاما على أي نص من نصوص الاتفاقية يخالف الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/90) وتاريخ 1412/8/27هـ على أنه: "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة"، وبذلك ألغت صفة الإلزام، في تحفظاتها على الشروط الاتفاقية التي تعارض الثوابت الإسلامية، وانطلاقا من هذا المعطى أعلنت عدة دول تحفظها على بعض مواد هذه الاتفاقية كالبحرين[2] والمغرب[3]، وذلك لأن الحقوق [4]في هذه الدول تعتمد مرجعية إسلامية بينما تعتمد المواثيق الدولية الأسس العلمانية التي لا تعترف بالأديان وتسعى لإلغاء تشريعاتها في المجتمعات الإنسانية، كما أنها تعطي المرأة حقوقًا وتكلفها بواجبات، في حين أن المواثيق الدولية تركز على حقوق المرأة دون ذكر للواجبات.

وكما تعرف[5]التحفظات على المعاهدات الدولية بأنها إجراءات قانونية تلجأ إليها إحدى الدول المنضوية في تلك المعاهدات لإبداء الرغبة في عدم التقيد بأحد نصوصها، أو لتحديد وجهة نظرها في تفسير ما أبهم من بنودها سواء تم ذلك عند التوقيع على المعاهدة أو التصديق عليها أو الانضمام إليها وتعرف بأنها إعلان رسمي تعلن بموجبه الدولة عند التوقيع على المعاهدة عدم التقيد بتطبيق نصوص معينة في هذه المعاهدة، فهناك موقف يرى أن الاتفاقية الدولية لا تصبح جزءا من التشريع الداخلي إلا عندما يتدخل المشرع بمقتضى نص داخلي مصوت عليه من

---

[1] تنص المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم على أن:"المملكة العربية السعودية دولة إسلامية ذات سيادة تامة، دينها الإسلام ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، ولغتها هي اللغة العربية، وعاصمتها مدينة الرياض".

[2] المادة الثانية من دستور مملكة البحرين تنص على أن"دين الدولة الإسلام والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع ولغتها الرسمية هي اللغة العربية.

[3] المادة الثالثة من دستور المملكة المغربية ينص على أن:"الإسلام دين الدولة والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية".

[4] نورة بنت عبد الله بن عدوان:"حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية"، منشورات، جامعة الملك سعود، الرياض

[5] محمد الغمري:"واقع المرأة المصرية في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة"، الطبعة الأولى 2003، منشورات قضايا المرأة المصرية، ص،31.

طرف البرلمان من أجل إحلال المقتضيات المخالفة للتشريع الداخلي من المقتضيات الواردة في الاتفاقيات الدولية، وإذا كانت بعض الدول قد تجاوزت هذا الإشكال وضمنت دساتيرها، إشارات تقضي بسمو الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي وتنص صراحة على أن القاضي حينما يكون أمام اتفاقية دولية مصادق عليها ومعترف بها. وتخالف مقتضياتها أحكام القانون الداخلي فإنه يكون ملزما بإعطاء الأولوية للتشريع الدولي، ومن الأمثلة على هذا النوع من الدساتير، الدستور الجزائري الذي يعتبر الاتفاقيات الدولية أسمى من القوانين الداخلية، والملاحظ أن الدستور المغربي لم يتضمن مقتضيات مماثلة، واكتفى بالإعلان عن كون المملكة المغربية جزء من المنظومة الدولية، وعلى تشبثه بحقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالميا، دون أن يحدد مكانة هذه الحقوق داخل المنظومة القانونية المغربية[1]. ولا يجب أن يفهم من هذا أن كل خطاب حول الخصوصية هو معاد بالضرورة لحقوق[2] الإنسان، فمن المعلوم أن تعددية وعدم تجانس المجتمع الدولي يفسران، بل ويفرضان قبول التحفظات قصد إشراك أكبر عدد ممكن من الدول في المواثيق الدولية.

أما بالنسبة للمملكة العربية السعودية فاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة هي عبارة عن مجموعة التزامات تخاطب الدولة المنضمة إليها وتحثها على اتخاذ تدابير من أجل حماية حقوق المرأة من التمييز.

- فما مدى إمكانية الاحتجاج بهذه الاتفاقية أما القضاء الوطني السعودي؟

يتعذر على القاضي الاستناد إلى أحد نصوص الاتفاقية مباشرة لتأسيس حكمه فنصوص الاتفاقية تلزم الدولة باتخاذ تدابير مناسبة وتترك بالتالي لها حرية تحديد طبيعة هذه التدابير من أجل حماية حقوق المرأة من التمييز، فالقاضي لا يمكن أن

[1] محمد القري اليوسفي، مقالة بدون عنوان، منشور بمجلة منبر الجامعة العدد الخامس،س،2004 م ،ص، 91.
[2] محمد المهداوي :" الأمم المتحدة ودعم حقوق المرأة في المغرب"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، س، 2000/2001، ص،24.

يحل محل الدولة ويقوم هو باتخاذ هذه التدابير[1] ويعزز هذه النتيجة ما جاء في الفقرة (و) من المادة الثانية من الاتفاقية نفسها والتي تقضي بالتزام الدولة: "باتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريعي منها لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزا ضد المرأة"، إذ يستفاد من هذا النص أن القاضي السعودي لا يستطيع أن يطبق مباشرة نصوص الاتفاقية التي تتعارض مع نصوص الأنظمة الداخلية.

والجدير بالذكر[2] في هذا الصدد أن السلطة القضائية في أي دولة عربية تطبق نص اتفاقية سواء باعتباره جزء من النظام التشريعي أو باعتبارها تعلو عليه ويعود ذلك إلى ضعف الثقافة القانونية وإلى إشكالية الملائمة بسبب ربطها في كثير من الأحيان بمسائل السيادة والاستقلال والتعاطي مع مضمون الاتفاقية على أساس أن الاتفاقية تعتبر رؤية مصدرة وأحكام مفروضة بحكم الضغوطات والإملاءات التي تمارسها دول الديمقراطيات الكبيرة على شعوب العالم لتلقينها دروس في احترام حقوق الإنسان، فالمنطق[3] والأخلاق الدولية تقضي بألا يكون التصديق مجرد مسألة شكلية ذلك أن الدولة التي لا ترغب في إخضاع قوانينها الداخلية لأحكام المعاهدات التي ارتضتها وقبلتها وانضمت إليها، لم تكن ملزمة ابتداء بالارتباط بها وتطويق نفسها بها طالما أن المبدأ الدولي وهو حرية الانضمام لا يمكن أن يمس به.

ونستنتج مما سبق أن الالتزامات الواردة بالاتفاقية موجهة للدولة وهي التي ينبغي عليها اتخاذ التدابير اللازمة في المجال الداخلي لوضع الاتفاقية موضوع التنفيذ وتفعيل التزاماتها.

---

[1] انظر موقع جمعية حقوق الإنسان السعودية.

[2] مدونة الدكتورة هدى علي علوي:"إشكالية المواءمة بين الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية.

[3] محمد السيد سعيد:"مقدمة لفهم منظومة حقوق الانسان"، منشورات مركز القاهرة لدراسات حقوق الانسان، القاهرة، 1997م، ص: 78 وما بعدها.

المطلب الرابع: الإجراءات القانونية لتوثيق عقد الزواج في النظامين

يعتبر عقد الزواج من أهم القرارات التي تتخذها الفتاة المقبلة على الزواج، فهو القرار الذي يغيّر حياتها بشكل جذري، وهو مفتاح الحياة الجديدة والنواة الأولى لتكوين الأسرة. وعند اتّخاذ هذا القرار يجب عليها أن تتأنّى وتأخذ وقتها في اختيار الزوج الصالح الذي ستبني معه أسرة متماسكة، لذلك وجب عليها توثيق عقد زواجها.

وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا المبحث الإجراءات القانونية والإدارية لإبرام عقد الزواج في التشريع الأسري المغربي **(الفقرة الأولى)**، وفي النظام الأسري الخليجي**(الفقرة الثانية)** ثم سنتطرق للحقوق الزوجية في **(الفقرة الثالثة)**، في حين سنتعرض لمسألة التعدد في **(الفقرة الرابعة)**.

الفقرة الأولى: توثيق عقد الزواج في التشريع المغربي

نظم [1]المشرع المغربي الإجراءات الإدارية والشكلية لعقد الزواج من المادة 65 إلى المادة 69 من مدونة الأسرة، ومن المستجدات التي جاءت بها المدونة ضرورة تهيئ ملف يتضمن العديد من الوثائق ويحفظ بكتابة الضبط، فلإبرام عقد الزواج يجب الحصول على الإذن بتوثيقه لدى عدلين من قاضي الأسرة المكلف بالزواج لمحل إبرام العقد مرفقا بالوثائق التالية:

- طلب الإذن بتوثيق الزواج موقع من طرف صاحبه ،أو وكيله عند وجوده.
- نسخة من رسم الولادة لكل واحد من الخطيبين.
- شهادة إدارية لكل واحد منهما.
- شهادة طبية لكل واحد منهما.

[1] محمد الكشبور "الوسيط في شرح مدونة الأسرة"، مرجع سابق،ص359.

- ♦ الترخيص بالزواج بالنسبة للعسكريين، وأفراد الدرك الملكي، وموظفي الإدارة العامة للأمن الوطني، وأفراد القوات المساعدة من الجهة المختصة، ويجوز– بصفة استثنائية– لمن تعذر عليه الحضور لدى العدلين لإبرام عقد الزواج أن يوكل عنه غيره ليقوم مقامه في إبرامه.

وبعدما[1] يضطلع القاضي المكلف بالزواج على ملف الزواج والوثائق المضمنة يقوم بالتأشير عليها بعد التأكد من سلامتها ثم يقوم بإصدار إذن للعدلين المنتصبين للإشهاد على عقد الزواج وتوثيقه، مع أخذ تصريح كل واحد من الخطيبين بوضعه القانوني بمعنى إذا سبق لهما أو لأحدهما الزواج من قبل فيجب عليه أن يثبت ذلك.

❖ أما بالنسبة لزواج المغاربة المقيمين بالخارج:

فرعيا لظروف المغاربة المقيمين بالخارج، يمكن لهم إبرام عقود زواجهم، إما لدى مصالح بلد الإقامة، أو لدى المصالح التوثيقية بالسفارات، والقنصليات المغربية على أن يتم إيداع نسخة منها داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه بالمصالح القنصلية التابع لها محل إبرام العقد، وإذا لم توجد هذه المصالح ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية.

- ▪ إبرام عقود الزواج لدى مصالح بلد الإقامة:

قد يرغب بعض المغاربة المقيمين بديار المهجر، في إبرام عقود الزواج في بلد إقامتهم، ويتم ذلك وفق الإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، وحتى تصبح هذه العقود مكتسبة لقوتها القانونية، جاءت مدونة الأسرة بهذا المقتضى الجديد الذي فرض توفر الشروط الموضوعية المشار إليها في المادة 14 من هذه المدونة، والتي تنص على ما يلي:

[1] محمد الشتوي: مرجع سابق،ص، 31،انظر محمد الكشبور نفس المرجع السابق.

"يمكن للمغاربة المقيمين بالخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان، مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده".

وانطلاقا من نص المادة أعلاه، يتضح على أن بإمكان المغاربة المقيمين بالخارج أن يبرموا عقود زواجهم، طبقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، شريطة أن تتوفر الأركان والشروط الآتية:

- الإيجاب والقبول، والأهلية، والوالي عند الاقتضاء.
- أن تنتفي الموانع الشرعية.
- أن لا يتم التنصيص على إسقاط الصداق.
- أن يحضره شاهدان مسلمان.

وتنص المادة 15 من المدونة على وجوب إيداع نسخة من عقد الزواج بالمصالح القنصلية المغربية، التابع لها محل إبرام هذا العقد، داخل أجل أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه.

وإذا لم توجد مصالح قنصلية في بلد الإقامة، يجب إرسال النسخة المذكورة داخل نفس الأجل – ثلاثة أشهر– إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية والتعاون بالمملكة المغربية، وتتولى هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة كل من الزوجين بالمغرب، وإذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة به، توجه النسخة المذكورة إلى قسم قضاء الأسرة، وإلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

أما إذا تم إغفال شرط من الشروط المشار إليها، فيمكن تداركه بملحق فيه النقص الحاصل في العقد المدني، وخاصة حضور الشاهدين المسلمين، ويضم هذا الملحق بعد تضمينه في السجل المعد لذلك إلى العقد المنجز، طبقا للإجراءات القانونية المحلية، كما يوجه كل من العقد والملحق به، إلى ضابط الحالة المدنية، وإلى قسم قضاء الأسرة، وفق الكيفية السابقة، ويعتمد في تسجيل الأبناء بسجلات الحالة المدنية، عقد الزواج المدني المتوفر على الشروط التي نصت عليها المادة 14 من مدونة الأسرة.

- إبرام عقود الزواج بالسفارات والقنصليات المغربية بالخارج:

يستطيع المغاربة المقيمين بالخارج، إبرام عقود زواجهم لدى المصالح التوثيقية بالسفارات، أو القنصليات بالخارج مع مراعاة الاتفاقيات إن كانت وذلك بعد الإدلاء بالوثائق التالية:

- طلب الإذن بتوثيق الزواج، موقع من طرف صاحبه.
- نسخة من رسم الولادة لكل واحد من الخطيبين.
- شهادة طبية لكل واحد منهما.
- الإذن بالزواج في الحالات الآتية:
  - الزواج دون سن الأهلية.
  - التعدد في حالة توفر شروطه، مع مراعاة القانون الداخلي لبلد الإقامة.
  - زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية.
  - صورة من جواز السفر، ومن بطاقة الإقامة إن كانت.

ويأذن القاضي بتوثيق عقد الزواج، وبعد إنجازه، يسلم الأصل للزوجة ونظير منه للزوج، ويوجه ملخصه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، وإذا لم يكن

الزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، يوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

الفقرة الثانية: توثيق عقد الزواج في التشريع الخليجي

من المعلوم أن الزواج هو ميثاق ومؤسسة اجتماعية ترتقي بالإنسان إلى مستوى العلاقات الروحية لما يتميز به من ربط الأسرة برباط وثيق قائم على المودة والرحمة ونظراً للأهمية التي يتمتع بها هذا العقد، فإن الفقهاء الحنابلة اشترطوا في الأحكام الفقهية توافر مجموعة من الشروط أثناء مجلس العقد، وتفاوت الأكاديميون والفقهاء السعوديين في تصنيفها، فمنهم من تناولها في إطار الشروط الشكلية، ومنهم من تناولها باعتبارها جوهرية، وبما أن التقنين موضوع حديث في السعودية، فإنه وبعد مجهود من ولاة الأمر أصبح الزواج يتطلب إنجاز ملف يتوفر على مجموعة من الوثائق المرفقة لعقد الزواج، ولا يزال ولاة الأمر يجتهدون عبر قراراتهم في تقنين هذا الجانب[1].

وتتمثل الإجراءات الشكلية في الإيجاب والقبول باعتبارهما ركنان أساسيان في عقد الزواج ويجب أن يصدران في مجلس العقد وبالصيغة المتعارف عليها، وإذا كان المقبل على الزواج أخرسا فيجوز له التعبير بالإشارة أو بالكتابة، أما بالنسبة لشرط انتفاء الموانع الشرعية فيجب التأكد من عدم وجود محرمات سواء من نسب أو مصاهرة أو رضاع مع ضرورة القيام بفحص طبي يقضي بسلامة المقبلين على الزواج من الأمراض المعدية والوراثية التي تحول دون إتمام عقد الزواج.

ولقد اشترط المشرع السعودي عدة إجراءات وترتيبات إدارية لإبرام عقد الزواج وذلك باعتبار أن عقد الزواج من العقود التي تتطلب التسجيل بصفة نظامية لإضفاء

[1] خالد بم محمد آل الشيخ، مرجع سابق،ص،217.

الرسمية على وثيقة العقد ولكي ترتب آثارها القانونية وهذه الشروط الإدارية يمكن التطرق إليها في النقاط التالية:

إذا كان الزوجان سعوديان فيكون إجراء العقد لدى مأذون أنكحه على النحو التالي:

- قبل إجراء عقد النكاح يتحقق المأذون من توفر الأركان والشروط وانتفاء الموانع في الزوجين وتوفر تقرير طبي للزوجين ساري المفعول.
- إذا كان الولي غير الأب فإن المأذون يتحقق أنه أقرب ولي بالاطلاع على صك حصر الإرث أو ما يدل على انتقال ولاية التزويج إليه ويشير على ذلك في الضبط.
- إذا كان عقد النكاح يجري بموجب وكالة من الطرفين أو أحدهما فيتأكد المأذون من أن الوكيل مخول بالتزويج من الولي الشرعي أو من الراغب في النكاح.
- في حال عدم وجود ولي شرعي للمرأة فإن إجراء عقد النكاح يكون من قبل المحكمة المختصة.
- إذا كان العقد على إحدى بنات الأسرة المالكة مع غيرهم فيلزم موافقة المقام السامي.
- ويعتمد في إجراء عقد النكاح للمطلقة على أصل صك الطلاق ويرسل للمحكمة التابع لها لتقوم ببعثه لجهة إصداره للتهميش على سجله بذلك. وفي حال عدم وجود صك الطلاق لفقده فيعتمد على صك بدل مفقود موثق من المحكمة مصدرة الصك، كما يجب على المأذون قبل إجراء العقد على المتوفى عنها زوجها التأكد من وفاة زوجها بالاطلاع على صك حصر ورثته والإشارة إليه في الضبط.

- يحرر عقد النكاح على الوثائق المخصصة لذلك من وزارة العدل بخط واضح مع التنبيه على ما قد يقع من شطب أو تعديل أو إضافة أو غير ذلك مع التوقيع عليه وختمه.
- تدون كافة البيانات في دفتر الضبط مع أخذ توقيع طرفي العقد والولي والشاهدين وإخراج الوثيقة من واقعه بعد سماع موافقة الزوجة على هذا الزواج.
- تصادق المحكمة على صحة ختم وتوقيع المأذون بعد التحقق من سلامة إجراء المأذون ومدى تقيده بما ورد في اللائحة من خلال ما دون في وثيقة عقد النكاح.

أما بالنسبة للمواطنين البحرينيين فقد نصت المادة 24 من لائحة المأذونين على أنه: "يجب توثيق جميع المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية التي يكون طرفاها أو أحدها من البحرينيين ويسري على هذه المحررات كافة القواعد والإجراءات المنصوص عليها في هذه اللائحة سواء قام بتحريرها المأذون الشرعي أو القاضي المختص بحسب اللائحة".

كما تفرق المادة 25 و26 من نفس اللائحة بين عقود زواج المسلمين البحرينيين وعقود زواج الأجانب المسلمين، أو تلك التي يكون أحد طرفيها بحرينيا والآخر مقيما، حيث يتولى المأذون الشرعي المرخص له تحرير عقود الزواج بين المسلمين البحرينيين، غير أن كلا من المأذون الشرعي والقاضي المختص حسب الأحوال يحرر عقود الزواج وفقا للمادة 28 من اللائحة في مجلس العقد من ثلاث نسخ على الاستمارات المخصصة لذلك بالدفاتر التي تعدها الوزارة لهذا الغرض وتقدم الاستمارة إلى المحكمة المختصة لإصدار وثيق عقد الزواج على النحو الوارد بالمادة 9 من لائحة المأذونين.

وتشتمل الوثيقة الصادرة عن وزارة العدل والشؤون الإسلامية على البيانات التالية:

- الرقم المتسلسل.
- تاريخ العقد باليوم والشهر والسنة هجريا وميلاديا.
- بيانات الزوج كاملة.
- بيانات الزوجة.
- مقدار الصداق المتفق عليه مع التنصيص على المعجل منه والمؤجل، وكيفية ما قبض منه.
- بيان الشروط إن وجدت.
- ذكر أسماء الشهود وأرقامهم الشخصية، أو أرقام جوازات سفرهم.
- اسم وتوقيع من أجرى صيغة العقد.

ووفقا للمادة 9 من اللائحة فإنه: "يجب على المأذون الشرعي أن يحرر عقد الزواج بنفسه، وأن يدون ذلك في نموذج طلب إصدار وثيقة عقد الزواج المخصصة لذلك من الوزارة، بخط واضح دون شطب أو كشط أو تحشير وأن يستوفي كافة بيانات الاستمارة المذكورة، وعلى الأخص مقدار الصداق، عاجله وآجله، وشروط الزوجين كلاهما أو أحدهما والتي يضمنها العقد، وكتابة تاريخ إجراء العقد ورقمه ومكان انعقاده، وبيان أسماء الولي والزوج والزوجة والشاهدين، مع مراعاة التوقيع على الاستمارة منه ومن الشاهدين وممن يعقد بإذنه في صحة العقد". وتحرر الاستمارة المذكورة من ثلاث نسخ منها، ويسلم المأذون كل زوج نسخة منها، ويحتفظ بالثالثة ليسلمها إلى الإدارة المختصة خلال أسبوع من تاريخ إجراء العقد. وعلى الزوج تقديم الاستمارة المسلمة إليه إلى المحكمة الشرعية المختصة لإصدار وثيقة عقد الزواج على النموذج المخصص لذلك من الوزارة، وتسلم المحكمة التي أصدرت وثيقة عقد

الزواج نسخة منها إلى الزوج الذي قدم إليها الاستمارة خلال أسبوع من تاريخ تقديم تلك الاستمارة[1].

وبما أن [2]توثيق عقود الزواج له أهمية بالغة في حفظ الحقوق الزوجية المادية منها والمعنوية ولطالما ضاعت حقوق وتهدمت أسر نتيجة لما يعرف بالزواج العرفي الذي لا يوثق فيه الزواج رسميا، فقد نصت المادة 27 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على ما يلي:

"يوثق الزواج رسميا ويجوز اعتبارا لواقع معين إثبات الزواج بالبينة الشرعية".

يتضح مما سبق أن التشريعات السابقة اكتفت بالنص على توثيق عقود الزواج ولم تنص على أي إجراء يتخذ حالة عدم التوثيق خلافا لما عليه العمل في القانون الأردني الذي نص في المادة 7 والتي جاء فيها ما يلي:"وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في القانون الأردني وهي الحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تزيد عن ستة أشهر وبغرامة على كل منهم لا تزيد على مائة دينار"، كما نص في المادة نفسها فقرة(د) على ما يلي: "وكل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم يعاقب بالعقوبتين المشار إليهما في الفقرة السابقة مع العزل من الوظيفة".

الفقرة الثالثة: حقوق المرأة بعد إبرام عقد الزواج

الزواج هو مؤسسة قانونية تنشأ بواسطة عقد يبرم بين رجل وامرأة، تنظمه موضوعيا نصوص قانونية تجد أساسها في كتاب الله عز وجل وفي سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فهو وسيلة للاستمرار في الحياة وتعمير الأرض، فإذا ما استوفى أركانه وشروطه تترتب عليه مجموعة من الآثار.

[1] أحمد يعقوب العطاوي، مرجع سابق،ص149و150.
[2] عبد الله محمد الجبوري، مرجع سابق،ص73.

وللإحاطة أكثر سنتناول الحقوق الزوجية في النظام الأسري الخليجي **(أولا)** وفي التشريع الأسري المغربي **(ثانيا)**، ثم سنتعرض إلى مسألة التعدد في النظامين **(ثالثا)**.

أولا: حقوق الزوجين في التشريع الأسري الخليجي

إن الحق[1] في الزواج وفي تأسيس عائلة حق اجتماعي عام باعتباره من الغرائز التي فطر عليها البشر، والحق في الزواج هو العمود الفقري لتأسيس الأسرة التي تلعب دور أساسي في المجتمع وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر استطاعته، وإلى جانب الحقوق والواجبات المادية التي تنشأ بموجب عقد الزواج تترتب التزامات أدبية متبادلة أهمها حسن المعاشرة والمعاونة والمساعدة والمعيشة المشتركة بين الزوجين والتي لا تتحقق إلا بالمحبة وحسن التعاون والمتابعة الزوجية التي تعتبر التزام تقضي به طبيعة هذا العقد المقدس الذي يربط بين الزوجين وقد أوضح الدستور الإماراتي على أن الأسرة هي أساس المجتمع ودعامته وهذا جاء في المادة 15 حيث نصت على ما يلي: "الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن يكفل القانون كيانها ويصونها ويحميها من الانحراف"، واستنادا إلى المادة 55 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[2]الذي ينص على حقوق الزوجة على زوجها والتي تتمثل فيما يلي:

- النفقة.
- عدم منعها من إكمال تعليمها.
- عدم منعها من زيارة أصولها وفروعها وإخوتها واستزارتهم بالمعروف.
- عدم التعرض لها ماديا أو معنويا.

[1] إجلال حلمي: "الأسرة في الإمارات"، بحوث الندوة العلمية التي نظمتها جمعية الاجتماعيين في 22 ديسمبر 1994 م، الطبعة الأولى، الشارقة ،ص:64.

[2] قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم (2005/28)، في الفصل السادس من المادة 54 إلى 56.

- العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة.

أما بالنسبة لقانون الأسرة البحريني فقد نصت المادة 38 على حقوق الزوج على الزوجة والتي تتمثل فيما يلي:

- العناية به وطاعته بالمعروف باعتباره رب الأسرة.
- رعاية أولاده منها وإرضاعهم إلا إذا كان هناك مانع شرعي.
- أن تحفظه في نفسها وماله وبيته إذا حضر أو غاب.
- عدم امتناعها عن الإنجاب إلا بإذنه أو لعذر شرعي.[1]

كما نصت المادة 57 من قانون الأسرة القطري[2]فيما يخص الحقوق المشتركة للزوجين والتي تتمثل فيما يلي:

- حق استمتاع كل منهما على الوجه الشرعي.
- إحصان كل منهما الآخر.
- المساكنة الشرعية.
- حسن المعاشرة وتبادل الاحترام والرحمة والمودة والمحافظة على خير الأسرة.
- العناية بالأولاد وتربيتهم بما يكفل تنشئتهم تنشئة صالحة.
- احترام كل منهما
- لأبوي الزوج الآخر وقرابته.

وتنص المادة 74 من قانون الأسرة الكويتي[3] على ما يلي:

تجب النفقة للزوجة على زوجها بالعقد الصحيح، ولو كانت موسرة، أو مختلفة معه في الدين، إذا سلمت نفسها إليه ولو حكما.

---

[1] قانون الأسرة البحريني، رقم (2009/19)، في الباب الرابع من المادة 36 إلى 38.
[2] قانون الأسرة القطري، رقم (22 / 2006)، في الباب الخامس من المادة 55 إلى 58.
[3] قانون الأسرة الكويتي،رقم (1984/51)، في الباب الخامس من المادة74 إلى 91.

ثانيا : حقوق الزوجين في التشريع الأسري المغربي

يقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء، وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية، فبعد المخاض العسير الذي عرفته مدونة الأحوال الشخصية إثر إجراء مراجعة جوهرية لمقتضياتها والتي كان من أهدافها إنصاف المرأة وحماية حقوق الطفل وصيانة كرامة الرجل، أسفر عنه ولادة مدونة الأسرة التي تمت صياغتها بأسلوب قانوني فقهي حديث متطابق مع الثوابت والمقاصد الإسلامية السمحة.

وبخلاف المدونة الملغاة التي كانت تميز[1] من خلال هذه الآثار بين الحقوق والالتزامات المشتركة بين الزوجين، وحقوق الزوجة على زوجها وحقوق الزوج على زوجته، فإن مدونة الأسرة وفي إطار توجهها الجديد المتعلق بالمساواة بين الزوجين قد نصت فقط على حقوق وواجبات متبادلة بين الطرفين لا غير، واستنادا إلى المادة 51 من مدونة الأسرة التي نصت على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين وهي:

- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد وإحصان كل منهما، وإخلاصه للآخر بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل.
- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة.
- تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال.
- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.

[1] محمد الكشبور:" الوسيط في شرح مدونة الأسرة"، الطبعة الثانية 2009-1430، ص418و419.

- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف.
- حق التوارث بينهما.

ثالثا: التعدد في النظام الأسري الخليجي والمغربي

يعد تعدد الزوجات واحد من أبرز الموضوعات التي طالما شكلت نقطة أساسية من النقاط التي دار حولها جدال واسع منذ ظهور الإسلام وإلى اليوم بين جميع الفرقاء الدينيين والسياسيين، حيث ما فتئ[1] دعاة المنع المطلق للتعدد يوجهون سهامهم للمشرع ويؤلبون ضده وطنيا ودوليا ويشهرون به ويستعدون عليه في مختلف المناسبات والمحافل الدولية والوطنية، وتقاطعت دعواتهم مع مثيلاتها لدعاة التشدد في تقييد التعدد، وإن[2] معظم ما كتب في مجتمعاتنا سواء كانوا ضد أو مع تعدد الزوجات هو رد فعل لموقف الغرب الرافض لهذا النظام فهو يستنكره ويستهجنه.

وقد فاتهم[3] أن نظام التعدد ليس من ابتكار الإسلام، وإنما هو نظام معروف منذ زمن بعيد، وجده الإسلام قائما في المجتمعات السابقة[4] بصورة غير إنسانية، فنظمه وحدده في أربع زوجات بعد أن كان مباحا بأكثر من ذلك ودون حدود أو قيود، بل ووضع له آدابا وأحكاما تحفظ للمرأة كرامتها.

ولقد أجمع الفقهاء كقاعدة عامة على أن التعدد هو أن يجمع الرجل [5]الواحد في عصمته أكثر من امرأة واحدة لكن من غير أن يتجاوز الحد المسموح به، وقد أجاز

---

[1] البشير عدي"تعدد الزوجات في مدونة الأسرة والعمل القضائي"، مجلة القضاء المدني، العد8، خريف 2008،ص:119.د

[2] شيماء الصراف:"أحكام المرأة بين الاجتهاد والتقليد"،الطبعة الأولى،مطبعة الانتشار العربي،س، 2008،بيروت،ص،45.

[3] عبد السلام الترمانيتي:" الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، كتاب عالم المعرفة"، دراسة مقارنة، العدد 80، س، 1984 م، ص، 183.

[4] لقد عرف التعدد كما هو معلوم سابقا عند السكان الأصليين في استراليا وأمريكا والصين والقبائل القديمة كالجرمانيين والصقالية قبل مجيء المسيحية، كما عرف عند الفرس وقدماء المصريين وعرب الجاهلية وغيرهم قبل الإسلام ومارسوه على نطاق واسع من غير تحديد للعدد، ولا اشتراط للعدل بين الزوجات، محمد المهدي: المطالبة بإلغاء تعدد الزوجات نتيجة سوء فهم أم سوء قصد، مقالة منشورة في مجلة الوعي الإسلامي، العدد 505، رمضان 1428 ه، ص، 72.

[5] محمد الشتوي: مرجع سابق، ص181.

الشارع الحكيم التعدد في عدد من آياته البينات منها سورة النساء عند قوله تعالى: "وان خفتم أن[1] لا تقسطوا في اليتامى، فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا".

وقد أجمع العلماء على أنه لا يجوز[2] للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات واستدلوا على ذلك بالآية المذكورة والتي تفيد أنه يباح للرجل أن ينكح امرأة واحدة أو اثنين أو ثلاثة أو أربعة، ذلك أن الواو في الآية الكريمة تفيد التخيير وليس الجمع.

❖ تعدد الزوجات في دول الخليج العربي

يعتبر موضوع تعدد الزوجات من المواضيع الإسلامية الحساسة التي كثر حولها الجدال منذ زمن بعيد، وتفاقم هذا الجدال في واقعنا المعاصر بشكل أكثر حدة خاصة في محيط النساء، ولطالما استغل هذا الموضوع استغلالا فاحشا من قبل أعداء الدين قصد الطعن في الإسلام، ليظهروه للناس في صورة العاجز الجريح الذي لا يتماشى مع متطلبات العصر ومع قيم المدينة الحديثة[3].

وعلى هذا الأساس انقسمت مواقف التشريعات العربية فمنها من تبنت نظام التعدد بدون شروط ولا قيد ومن البلدان العربية الإسلامية التي سمحت به بشكل مطلق نجد المملكة العربية السعودية معتمدة في ذلك على ما جاء في الكتاب والسنة، وقد سئل سماحة الشيخ عبد العزيز بن باز مفتي عام المملكة رحمه الله عن الأصل في الزواج هل هو التعدد أو الإفراد؟ فأجاب سماحته: بأن الأصل في ذلك شريعة التعدد لمن استطاع ذلك ولم يخف الجور، لما في ذلك من المصالح الكثيرة في عفة فرجه وعفة من يتزوجهن، والإحسان إليهن وتكثير النسل الذي به تكثر الأمة، ويدل على ذلك قوله تعالى ﴿**وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء**

[1] الآية 3 من سورة النساء.
[2] رواه أحمد وابن ماجة والترمذي.
[3] محمد المهدي" النظام القانوني لتعدد الزوجات"، مجلة القانون المغربي، العدد 14، س، 2009، ص، 5.

مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا﴾[1]، ولأنه ﷺ: تزوج أكثر من واحدة وقد قال الله تعالى ﴿**لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجوا الله واليوم الآخر وذكر الله كثيرا**﴾[2]، وقال ﷺ« لما قال بعض أصحابه، أما أنا فلا آكل اللحم، وقال آخر: أما أنا فلا أتزوج النساء، فلما بلغ ذلك النبي، ﷺ: خطب الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال« إنه بلغني كذا كذا ولكني أصوم وأفطر وأصلي وأنام، وآكل اللحم، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني»[3]، وهذا اللفظ العظيم منه ﷺ يعم الواحدة والعدد، والله ولي التوفيق.

وسئل أيضا: هل تعدد الزوجات مباح في الإسلام أو مسنون؟

فأجاب سماحته: تعدد الزوجات مسنون مع القدرة عليه لقوله تعالى ﴿**وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا**﴾[4]، ولفعله ﷺ فإنه قد جمع تسع نسوة ونفع الله بهن الأمة وهذا من خصائصه، أما غيره فليس له أن يجمع أكثر من أربع، وتعدد الزوجات يحصل به للجميع غض الأبصار وحفظ الفروج وكثرة النسل.

وسئل أيضا: هل يشترط رضا الزوجة الأولى قبل التزوج بالثانية؟

فأجاب سماحته ليس بفرض على الزوج إذا أراد أن يتزوج ثانية أن يرضي زوجته الأولى، لكن من مكارم الأخلاق وحسن العشرة أن يطيب خاطرها بما يخفف عنها الآلام التي من طبيعة النساء في مثل هذا الأمر.

---

[1] سورة النساء، آية 3.
[2] سورة الأحزاب، آية 21.
[3] صحيح البخاري، م س، باب الترغيب في النكاح، حديث رقم 5036، ص:1292.
[4] سورة النساء، آية 3.

وعلى الرغم من ذلك بقي تعدد الزوجات[1] مباحا كما هو مسطر في الشريعة الإسلامية في جل الدول العربية والإسلامية إلى أن ظهرت حركة تدوين قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية، حيث أدخلت بعض التعديلات في مجال التعدد، فالزواج من امرأة ثانية أصبح مقيدا إما بشروط مرتبطة بالوازع الديني، أو خاضعة لرقابة القضاء الذي لا يأذن بالزواج من امرأة ثانية إلا إذا تحقق من أن الراغب في هذا الزواج قادر على نفقة كل من الزوجين أو لديه الكفاية المالية وأن هناك مصلحة مشروعة تبرر اللجوء إلى التعدد، كالمملكة المغربية، حين اشترط المشرع [2]على مريد التعدد التوفر على الموارد المالية الكافية لإعالة أسرتين وبذلك يكون المشرع قد رفع عن التعدد وصف الإباحة، وقيده بقيود جعلتها أغلب التطبيقات القضائية شروطا تعجيزية يستحيل معها التعدد مهما كانت وجاهة السبب الداعي إليه ولو على حساب تفكيك الأسرة القائمة بسلوك مسطرة التطليق للشقاق التي ابتكرها مشرع المدونة حلا ناجعا لمعضلة إصرار الزوج على طلب التعدد وتمسك الزوجة بالرفض، وبالعكس لم تشترط بعض القوانين الأخرى استئذان القاضي في هذا المجال، بل نصت فقط على وجوب العدل في المعاملة بين مختلف الزوجات وهذا ما أخذت به باقي دول مجلس التعاون الخليجي.

وقال شيخ الإسلام بن تيمية رحمه الله في هذا الصدد: "أما[3] العدل في النفقة والكسوة فهو السنة أيضا اقتداء بالنبي ﷺ فإنه كان يعدل بين أزواجه في النفقة كما كان يعدل في القسمة"، وقال بن القيم رحمه الله: "وكان[4] يقسم ﷺ بينهن في المبيت والإيواء والنفقة....ولا تجب التسوية في ذلك أي الحب والجماع لأنه مما لا يملك".

[1] توفيق العطار"تعدد الزوجات من النواحي الدينية والاجتماعية والقانونية"، القاهرة، 2008،نقلا عن، محمد الشافعي: "قانون الأسرة في دول المغرب العربي"، مرجع سابق، ص، 84.
[2] البشير عدي، مرجع سابق، ص، 120.
[3] مجموع الفتاوي، (269/32).
[4] زاد المعاد، (151/1).

وبذلك جاءت الفقرة (5) من المادة 37 للقانون [1]المنظم لأحكام الأسرة البحريني وفق ما يلي: "ومن حقوق الزوجة على زوجها....د- العدل في المبيت والإنفاق عند الجمع بين اثنين فأكثر، وأكد قانون الأحوال الشخصية الإماراتي [2]في البند السادس من المادة 55 على العدل بينها وبين بقية الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة، كما تطرق قانون الأسرة القطري [3]في المادة 57 إلى مسألة العدل بين الزوجات، أيضا نص المرسوم السلطاني لدولة [4]عمان من خلال المادة 37 والتي أكدت على العدل بين الزوجات إن كان للزوج أكثر من زوجة.

في حين اشترط قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 85 على أنه ليس للزوج أن يسكن مع زوجته [5]ضرة لها في مسكن واحد بغير رضاها، فهذه الدول لم تقيد التعدد بأي شرط ماعدا عدم تجاوز أربع زوجات وإقامة العدل في حدود ما شرع الله وشرط السكن بالنسبة للكويت.

ويتضح أن التشريعات الخليجية اعتبرت تعدد الزوجات أمرا مسلما به على الإطلاق وهو القاعدة تبعا لما ذهب إليه قلة من فقهاء الشريعة من أن تعدد الزوجات في الإسلام هو أمر مستحب، بحيث يثاب على فعله ولا يعاقب على تركه وبالتالي تكون خصوصية من الخصوصيات الدينية في الإسلام.

❖ التعدد في المملكة المغربية

قطع المشرع المغربي الحالي شوطا بعيدا في تقييد التعدد لدرجة اقترب به من المنع حيث جاء تحت إصرار المطالب النسائية وضغوط الفعاليات السياسية والمدنية خصوصا وأن أحكام الاتفاقيات الدولية المنظمة لوضعية المرأة، وخاصة منها اتفاقية

[1] قانون الأسرة البحرينة، رقم: 19/ 2009 في المادة 37 .
[2] قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم: 28 /2006 في المادة 57.
[3] قانون الأسرة القطري، رقم:22 /2006 في المادة 55.
[4] المرسوم السلطاني لدولة عمان، رقم: 32/ 97 في المادة 37.
[5] قانون الأحوال الشخصية الكويتي، رقم: 51 / 1984في المادة 85.

القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تقف هاجسا أمام المساواة بين الرجل والمرأة.

ومدونة الأسرة المغربية أخذت [1]بأحكام الشريعة الإسلامية السمحة ورخصت بالتعدد بصفة شرعية لضرورات قاهرة وبضوابط صارمة وبإذن من القاضي بدل اللجوء للتعدد الفعلي الغير الشرعي.

وبالقراءة المتأنية للمواد 40 إلى 46 من مدونة الأسرة نستخرج الأحكام الآتية، تنص المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها"، وبغض النظر عن موقف الفقه الإسلامي من الشرط المنصوص عليه في المادة 40 أعلاه فيمكن تأصيله بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المتعارف عليها شرعا وقانونا كما نصت عليها الفقرة [2]الأولى من المادة 42 من نفس المدونة، وهكذا فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، فإن عدم إمكانية التعدد تكون قد حسمت منذ البداية، إذ الزوج في هذه الحالة يمنع من التعدد مادام مرتبطا بالزوجة المستفيدة من الشرط، إذ القاعدة أن المسلمين على شروطهم، وبالتالي فالتعدد في مدونة الأسرة يشترط فيه:

أولا: إثبات المبرر الموضوعي الاستثنائي استنادا إلى البند الأول من المادة 41

ثانيا: وجود الموارد الكافية لإعالة أسرتين طبقا للبند الثاني لنفس المادة أعلاه.

وقد ذهب الفقيه محمد الكشبور إلى أن المقصود بالمبرر الموضوعي ما لا تستقر بغيره جوانب مادية أو معنوية من حياة الإنسان، ومن ذلك أن تكون المرأة عاقرا أو

[1] حسن عجمي:"التعدد والشقاق على ضوء أحكام المادة 45 من مدونة الأسرة"، عرض منشور ضمن قضايا الأسرة من خلال المجلس الأعلى.
[2] المادة 42 في الفقرة الأولى: "في حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد، يقدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك إلى المحكمة".

تنفر كثيرا من الاتصال الجنسي، أو أن لا تكون لها الرغبة فيه مطلقا، أو أن تكون مصابة بمرض عضال يقعدها عن الفراش، ويرى أن التكييف الراجع أمره بهذا الشأن للمحكمة يتعين التضييق فيه لأن الأمر يتعلق برخصة تحمل طابع الاستثناء[1].

يتضح مما سبق أن الدول الخليجية أكثر الدول تحفظا على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وخاصة في مسائل الزواج، إذ أبقت على أحكام التعدد كما هي في الفقه الإسلامي[2]، بينما بادرت معظم الدول الإسلامية بما في ذلك المغرب إلى إدخال بعض التعديلات التي أخضعت تعدد الزوجات إلى سلطة القاضي، حيث لا يمكن إبرام عقد الزواج على أكثر من واحدة إلا بعد استصدار رخصة مسبقة من القاضي المختص، وقد جاء في النقد الذاتي للأستاذ علال الفاسي [3]ما يلي نصه: "إن هذه الأحكام صريحة الدلالة، ومجمع عليها من طرف المذاهب الإسلامية كلها وهي منع التعدد مطلقا عند الخوف من الظلم، وإباحته حتى الأربعة عند التيقن بالعدل، لكن الذي مضى عليه عمل المسلمين هو ترك هذا الأمر لوجدان الرجل الذي يحكم على نفسه هل يقدر على التعدد أولا، وذلك هو الأصل في تطبيق الشرائع كلها، لأن الدين توجه قبل كل شيء إلى الأفراد وضمائرهم لكن التجربة التي لاحظناها طوال التاريخ الإسلامي تدل على أنه باستثناء العصور الأولى، فإن المسلمين استعملوا التعدد في غير موضعه الشرعي".

[1] محمد الكشبور، سرح مدونة الأسرة، مرجع سابق،ص، 213.
[2] بومدين محمد: "سلطة القاضي في منح رخصة تعدد الزوجات"، مجلة الفقه والقانون، العدد 14، دجنبر 2013، ص، 62.
[3] علال الفاسي: "النقد الذاتي"، مطبعة الرسالة، الطبعة الخامسة، 1979م ص، 291.

الفصل الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الوضعية القانونية للمرأة عند إنهاء الرابطة الزوجية في التشريع الخليجي والمغربي

إن الزواج آية من آيات الله تعالى، ونعمة من نعمه عز وجل، شرع أبديا وجعل من سنن الإسلام، وبني على المودة والرحمة وحسن المعاشرة[1]، وبما أن الزواج عقدٌ مقدس فمن لوازم قدسيته المحافظة عليه[2]، لكن هذه الرابطة قد تعتريها حالات لا تتوفر فيها المحبة بين الزوجين ولا يستقيم فيها معنى التعاون على شؤون الحياة والقيام بما أمر الله سبحانه وتعالى[3]، وقد تتسرب المشاكل وتتفاقم الخلافات بين الزوجين ويستعصى التحكم بزمام الأمور العائلية، ويستحيل معه الوفاق بين الزوجين، ثم يتحول الحب إلى جفاء وتنقلب الحياة الزوجية من المودة والاحترام إلى الخلاف، وبالتالي يدب الشقاق بين الزوجين وعندما يستفحل النزاع وتشتد حدته ينتج عنه سوء المعاملة، وبذلك يستحيل استكمال العلاقة الزوجية، إلا[4] أن هذا الحل لا يكون إلا بعد إجراء محاولات الإصلاح بين الزوجين علها تثنيهما عن الطلاق، وبما أن قضايا انحلال العلاقة الزوجية تهدد استقرار التوازن الأسري، إلا أنها تحتفظ في طياتها بخصوصيات أشد حساسية ودقة، وتجعل من تحديد أثر الاتفاقيات الدولية على وضعية المرأة في التشريع الأسري يطرح إشكالا بالنسبة لهذا الموضوع يزداد أكثر صعوبة وتعقيدا، مع أن ضرورة الاقتناع بنشر وترسيخ ثقافة العدل والمساواة بين الزوجين على مستوى الفضاء الأسري يجد أصوله المرجعية في الفقه الإسلامي من جهة، والمواثيق الدولية من جهة أخرى، ذلك أن وحدة الخلق الإلهي للإنسان يقتضي تقرير مبادئ الحرية والمساواة والإيحاء والعدالة في الأسرة[5]، وموضوع

---

[1] التائب محمد البخاري، حق الزوجة في الفرقة، رسالة لنيل شهادة العالمية في الماجستير، الجامعة الإسلامية المدينة المنورة. 1405ه ص12.

[2] هذا رأي الإمام الأوزاعي:"إن لم يكن عقد الزواج على التأبيد فهو باطل".

[3] عبد الودود السريتي:"أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية:"، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، س، 1980 م، ص:2.

[4] شريف كمال عزب:"الخلع و الزواج العرفي بين الشريعة و القانون "، الطبعة الأولى، س، 1421ه /2000م، ص،76.

[5] وهبة الزحيلي:"الأسرة المسلمة في العالم المعاصر"، دار الفكر المعاصر، بيروت،دط، س، 2000، ص، 1.

الطلاق سواء أكان طلاقا عاديا أو باتفاق الطرفين أو بطلب من الزوجة "الخلع" يجد سنده الشرعي في الشريعة الإسلامية، وبما أن المرجعية الثقافية الإسلامية لقانون الأسرة المغربي لا تختلف عن نظيرها في القوانين الخليجية، مما يستلزم دراسة مؤسسة التطليق للشقاق في القانون المغربي والمقارن للوقوف على نقط الائتلاف والاختلاف بين التشريعين.

ومن المعلوم أن المرأة العربية استطاعت أن تسمع صوتها للمشرع الخليجي والمغربي الذي استجاب لبعض مطالبها، بدليل المصادقة على اتفاقية التمييز ضد المرأة والتي تعتبر اعتراف واضح وصريح لحقوق المرأة.

- فكيف تعامل المشرع الخليجي والمغربي مع موضوع الطلاق وبما أنه حق ثابت للزوج فما هي حدوده؟
- وما مدى انسجامه مع الشرعية الدولية؟
- وإلى أي حد توفق المنظم الأسري في توسيع دور إرادة الزوجين في توقيع الطلاق للشقاق؟
- وما هي الإشكالات التي تطرحها مسطرة الخلع بالمقارنة مع باقي أنواع الطلاق الأخرى؟
- وهل القاضي ملزم باحترام الإجراءات المسطرية المنصوص عليها في مقتضيات قانون الأحكام الأسرة الخليجي والمغربي؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات ستتم مناقشتها وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: أثر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على التشريع الأسري الخليجي والمغربي.

المبحث الثاني: إنهاء الحياة الزوجية بالخلع في مدونة الأسرة وفي الاتفاقيات الدولية.

المبحث الثالث: الإجراءات المسطرية المتبعة لإنهاء الرابطة الزوجية في النظام الأسري الخليجي والمغربي.

المبحث الأول: أثر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على التشريع الأسري الخليجي والمغربي

شرع الله الزواج وجعله ميثاقا غليظا وشعيرة من شعائر دينه الحنيف الذي ارتضاه لعباده وحثهم عليه، لذا فالإسلام حدد مواصفات الزوج والزوجة الصالحين لتكوين الأسرة، فإن تم الالتزام بها فهي صالحة لكل عصر، وبها تتكون قاعدة صلبة للمجتمع الإسلامي، ونظرا لأهمية رباط الزواج في الحياة، فقد أسسه على سبيل التأبيد، كما أحاطه بكل الضمانات التي تجعل منه محل أمن واستقرار، لكن قد يطرأ ما يحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق، وتشتد حدة الخصام بصفة دائمة، مما يستدعي البحث عن حل، خاصة إذا لم يتم التوصل إلى الصلح بسبب الشقاق المستمر، انطلقت مدونة الأسرة من فلسفة إسلامية عبر عنها الرسول الكريم في جوامع كلمة بقوله«أبغض الحلال إلى الله الطلاق»، من حيث كان الطلاق رغم إباحته تركا لما يقام به النسل في الوجود، وتركا لإقامة مطلق الألفة والمعاشرة، وتركا للحمة من اللحم التي توحد بين العائلات، فكان التخلي عنه بهذه العبارات أولى من فعله رغم حليته، إلا أن يكون المعارض للترك أقوى كالشقاق وعدم إقامة حدود الله[1]، ولذلك فقد أرشد الإسلام إلى مقاومة النزاع واستئصاله عن طريق مؤسسة الحكمين التي تتكون من حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة، وذلك لأن أهل الزوجين أشد الناس حرصا على بقاء الأسرة بمقتضى صلات قرابتهم بالزوجين ولأنهما أشد الناس حرصا على حفظ ما قد يكون في أسباب الشقاق من شؤون يجب أن تكتم وتخفى حتى لا تتأثر مكانة الزوجين[2]، وبعد استمرار محاولة التوفيق والصلح بين الزوجين يتم في الأخير اللجوء لحل هذا الميثاق الغليظ بالطلاق.

[1] الموافقات للإمام الشاطبي، تحقيق دراز، 204/1.

[2] سعاد إبراهيم صالح:" أضواء على نظام الأسرة في الإسلام"، الطبعة الأولى، 1982م، مطابع النصر، جدة، ص:142وما بعدها.

وإذا كان الطلاق[1] مخولا للزوج بحسب الأصل، وللزوجة استثناء متى ملكها الزوج ذلك الحق، ولا سلطة للمحكمة في الرقابة على ذلك إلا فيما يتعلق بوجوب احترام مجموعة من الإجراءات المسطرية.

وعليه سنقسم هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول: إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق في النظامين الخليجي والمغربي

المطلب الثاني: تقليص إرادة الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية في التشريع الأسري الخليجي والمغربي

المطلب الثالث: توسيع إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية في التشريع الأسري الخليجي والمغربي

[1] محمد الكشبور:"التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة"، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006م، ص:10.

المطلب الأول: إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق في النظامين الخليجي والمغربي

بما أن إنهاء الرابطة الزوجية يترتب عليها نتائج مختلفة منها ما يتعلق بالمرأة ومنها ما يتعلق بالأولاد، خصوصا وأن موضوع الطلاق عرف منذ العصور القديمة بالحيف والظلم الذي يقع على النساء لكونه منظم وفق أهواء ومصالح واضعيه، حتى جاء الإسلام وأحاطه بضوابط ووضع له أحكام تحفظ الحقوق وتمنع التعسف في استعماله.

والسؤال الذي ينتظر الإجابة بهذا الصدد يتجلى في ماهية الطلاق لغة واصطلاحا وعند الفقهاء، وسيخصص للإجابة عليها من خلال **(الفقرة الأولى)** على أن يتم تخصيص **(الفقرة الثانية)** للتعريف القانوني لموضوع الطلاق في التشريع الأسري الخليجي والمغربي، كما سيتم التطرق إلى الأدلة المشروعية التي نصت عليه من خلال الكتاب والسنة في**(الفقرة الثالثة)**، في حين سنخصص **(الفقرة الرابعة)** إلى الحكمة والهدف من مشروعيته.

الفقرة الأولى: تعريف الطلاق

- الطلاق لغة: اسم مصدر من الفعل طلق، يقال طلق الرجل امرأته تطليقا، وطلقت هي –بالفتح– تطلق طلاقا فهي طالق[1]، أي رفع القيد مطلقا حسّيا كان أو معنويا.
- الطلاق اصطلاحا: هو حل عقدة النكاح أو بعضه[2]، وهو في اصطلاح الفقهاء إذن بائن إن أزال الزوجية حالا وهو رجعي إن كان يزيلها بعد انقضاء العدة[3].

[1] انظر، مقاييس اللغة 421/3، مختار الصحاح، ص:166، المصباح المنير، ص:195(مادة طلق).
[2] الروض المربع482/6، شرح منتهى الإرادات 73/3.
[3] محمد الأزهر:" شرح مدونة الأسرة"، م س، ص:233.

-الطلاق عند الفقهاء القدامى:

أولا – عند الحنفية:

عرف الحنفية الطلاق بأنه: "رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح بألفاظ مخصوصة في الحال والمآل[1]"، وقوله (شرعا) يحترز بها عن القيد الحسي، وقوله (بالنكاح) يحترز به عن العتق والعتق (بألفاظ مخصوصة) يخرج بها الفسخ، وقوله في (الحال) يقصد به البينونة الكبرى، و(المآل) إذا طلقها بينونة صغرى[2].

ثانيا – عند المالكية:

وعرفوه على بأنه: "حل عقد النكاح على اعتبار الحال والمآل[3]"، كما عرفه عرفة بن عرفة: "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته[4]"، فتعريف الطلاق عند المالكية يبين عدد التطليقات التي تقع بلفظ الطلاق وما يتعلق بذلك من الرجعة وعدمها فيملك الزوج حق الرجعة في البينونة الصغرى بحيث لو تكررت منه مرتين حرمت عليه قبل التزوج بغيره.

ثالثا – عند الشافعية:

وعرفه الشافعية بأنه: "حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[5]"، فتعريف الشافعية يبين أن للطلاق ألفاظ مخصوصة يقع بها، ويلحق بالطلاق الخلع وتفريق القاضي ولا يلحق بألفاظ الطلاق فسخ عقد النكاح؛ لأن الطلاق إنهاء للآثار المترتبة على العقد، أما الفسخ فهو نقض لعقد الزواج[6].

---

[1] السرخسي" المبسوط"،(198/2)، ابن الهمام:" شرح فتح القدير، (463/3)ن الزيلعي:"تبيين الحقائق(188/2).
[2] السرخسي" المبسوط"،(198/2)، ابن الهمام: "شرح فتح القدير، (446/3)ن الزيلعي:"تبيين الحقائق(188/2).
[3] الخرشي:" حاشية الخرشي"، (448/4).
[4] شرح مختصر خليل للخرشي 12/4، الفواكه الدواني2/30.
[5] الرملي: "نهاية المحتاج"،(279/6).
[6] البحيرمي: "حاشية البحيرمي"،(2/4).

رابعا – عند الحنابلة:

وعرفه الحنابلة بأنه: "حل قيد النكاح أو بعضه"، ويكون هذا الحل بإيقاع الزوج الطلاق على زوجته سواء اكتمل الطلقات الثلاث أو أوقع بعضها؛ فهو تحريم بعد تحليل كما أن النكاح تحليل بعد تحريم".

خامسا- عند المحدثين من الفقهاء:

وعرفه بعض المحدثين بأنه: "رفع[1] قيد الزواج الصحيح في الحال أو في المآل، بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية، أو ما يقوم مقام الكناية والإشارة"، ويفيد ذلك أن اللفظ الصريح لا يفيد سوى معنى الطلاق، أما الكناية فإنه يحتمل الطلاق وغيره، ولكن إذا اقترن بالنية فهو كالصريح.

الفقرة الثانية: التعريف القانوني للطلاق

لم يتدخل [2] القانون الدولي في تنظيم أحكام الأسرة، فذلك مجال القانون الداخلي لكل دولة ومجتمع، وأن من حقها عليه أن يضمن لها الحماية اللازمة لبقائها واستمرارها ونظرا لما لمؤسسة الطلاق من تأثير كبير في استقرار وضعية المرأة، اقترح الاتجاه الحداثي الطلاق القضائي كوسيلة لوضع حد للتجاوزات التي تطرأ على هذه المؤسسة، وقد استند هذا الاتجاه في تبريره لهذا الاقتراح على ما روي عن عمر بن الخطاب الذي رد طلاق الرجل بعد أن سأله عن السبب، وهذا يعني أن القضاء فوق حق الرجل لأن النص القرآني وجمهور الفقهاء ربطوا بين ذاك وعدم الإيذاء، هذا فضلا عما تقضي بهما المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والمادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في هذا الصدد[3]، كما أن

[1] محمد مصطفى شلبي: "أحكام الأسرة في الإسلام"، (471)، بدرا: "الفقه المقارن للأحوال الشخصية"، (302/1).
[2] عبد الهادي بوطالب: "حقوق الأسرة وتحرير المرأة"، الطبعة الأولى، مطبعة دار الثقافة، س، 1426 ه/ 2005 م، ص:31.
[3] جميلة أوحيدة: "الوجيز في قانون الأسرة"، الطبعة الأولى، مطابع الرباط نت، س، 2016 م، ص: 122و123.

معظم التشريعات الأسرية سواء في دول الخليج العربي أو في المملكة المغربية أحاطت وضعية المرأة بسياج من الأمن من خلال منظومة قانونية حفاظا على كرامتها وصيانة لحقوقها، وهذا ما سنتعرف عليه من خلال التعريف القانوني للطلاق في التشريع الأسري الخليجي(أولا)، ثم في مدونة الأسرة المغربية (ثانيا).

أولا – في التشريع الأسري الخليجي:

بالرجوع إلى أسباب انحلال ميثاق الزوجية المنصوص عليها في النظام الأسري الخليجي، وفي سياق انسجام هذه التشريعات مع بنود الاتفاقية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة القائمة على مبدأ المساواة في إنهاء الرابطة الزوجية، ومن مستجدات قانون الأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية تم إلغاء قضايا ما يعرف "بيت الطاعة" حفاظا على كرامة المرأة، ولقطع الطريق أمام ضعاف النفوس من الأزواج، حيث التزمت بنص المادة 75 من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ التي تنص على أنه: "لا ينفذ الحكم الصادر على الزوجة بالعودة إلى بيت الزوجية جبرا"، فالقرار الجديد يضع الزوج في حال رفض زوجته العودة إلى بيت الزوجية بين خيارين، إما الطلاق أو الخلع.

ونلاحظ أن المشرع استعمل مبدأ الحد من سلطة الزوج في الاستئثار بإنهاء هذه العلاقة، كما عمد على إمكانية إنهاء العلاقة الزوجية بالاتفاق، والأصل في الطلاق أنه يتم بإرادة الزوج المنفردة، إلا أنه بإمكانه نقل هذا الحق إلى الزوجة عن طريق التمليك، ورغبة من المشرع في توسيع مبدأ سلطان الإرادة، وسواء تم الطلاق بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين أو بتوافق إرادتهما فإن المسطرة التي يتعين على مريد الطلاق إتباعها هي واحدة مع بعض الاختلافات.

وفي القسم الأول من قانون أحكام الأسرة البحريني يراد بالطلاق حسب المادة 84:"حل عقد الزواج بالصيغة الموضوعة له شرعا أو عرفا"، والمراد بالصيغة الشرعية تلك الألفاظ التي استعملها الشارع في التعبير عن حل عقدة الزواج، كطلق ومشتقاتها، أما عرفا فالمراد بها تلك الصيغ المتعارف استعمالها في إيقاع الطلاق، وقد أحسن واضع القانون إذ أضاف إلى التعريف كلمة (أو عرفا) فإنها أعم من الصريح أو الكناية، بل هي الأنسب إلى استعمالات الناس، ليس في زماننا فحسب وإنما في أزمان طويلة مضت، ويقول الإمام القرافي: "إنك لا تجد الناس يستعملون هذه الصيغ المتقدمة في ذلك[1] بل تمضي الأعمار ولا يسمع أحد يقول لامرأته إذا أراد طلاقها أنت خلية، ولا وهبتك لأهلك، ولا تستعمل هذه الألفاظ في إزالة الزواج، ولا في عدد الطلقات، فالمعروف حينئذ في هذه الألفاظ منفي قطعا، وإذا انتفى العرف لم يبق إلا اللغة، وفي اللغة لم توضع هذه الألفاظ لهذه المعاني، التي قررها في المدونة، وإذا لم تفد هذه الألفاظ لغة، ولا عرفا، فتكون بغير مستند، والفتيا بغير مستند باطلة إجماعا، وحرام على قائلها ومعتنقها"، ثم يقول: "إن صيغة الطلاق تكون بوضع أهل العرف، وأن صريح الطلاق قد يهجر فيصير كناية، وقد تشتهر الكناية فتكون كالصريح للإنشاء"[2].

أما بالنسبة لما يجري به العمل في قانون الأحوال الإماراتي، فقد تناولت المواد (104-109) تقسيم الطلاق[3] إلى رجعي وبائن، والبائن إلى بينونة صغرى وكبرى وأحكام كل نوع منها فجاء فيها الآتي:

---

[1] يشير إلى قولهم: (أنت علي حرام، أو خلية، أو برية أو وهبتك لأهلك....ونحوها من الكنايات)

[2] الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، ص 7 و14، نقلا عن د. أحمد الغندور"الأحوال الشخصية"، ص:403.

[3] انظر قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

نصت المادة 104 على أن الطلاق نوعان: رجعي وبائن.

1) الطلاق الرجعي: لا ينهي عقد الزواج إلا بانقضاء العدة.
2) الطلاق البائن: ينهي عقد الزواج حين وقوعه وهو نوعان:

- البائن بينونة صغرى لا تحل المطلقة بعده لمطلقها إلا بعقد وصداق جديدين.
- البائن بينونة كبرى: لا تحل المطلقة بعده لمطلقها إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها فعلا في زواج صحيح.

ونصت المادة 105 على أن كل طلاق يقع رجعيا إلا الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول، وما ورد النص على بينونته.

كما نصت المادة 108 على أن للزوج أن يرجع مطلقته رجعيا ما دامت في العدة ولا يسقط هذا الحق بالتنازل عنه، فإذا انتهت عدتها جاز لها أن تعود إليه بعقد جديد دون إذن وليها إن امتنع عن تزويجها له بشرط أن يكون زواجها الأول فيه قد تم برضا الولي أو بأمر المحكمة[1].

في حين نصت المادة 111 من قانون الأسرة القطري على أن الطلاق هو حل عقد الزواج الصحيح بالصيغة الموضوعة له شرعا، ويقع الطلاق طبقا للمادة 112 وفق ما يلي[2]:

- باللفظ الصريح أو الكتابة وعند العجز عنها فبالإشارة المفهومة.
- بالكتابة إذا نوى الزوج إيقاع الطلاق.

[1] عبد الله محمد الجبوري،م س، ص:169.
[2] انظر قانون الأسرة القطري.

أما المادة 113 فنصت على أن الطلاق لا يقع:

- المعلق على فعل شيء أو تركه إلا إذا قصد به الطلاق.
- بالحدث في يمين الطلاق أو الحرام إلا إذا قصد به الطلاق.
- المتتابع أو المقترن بالعدد لفظا، أو كتابة، أو إشارة إلا طلقة واحدة.

ثانيا – في مدونة الأسرة المغربية:

في إطار[1]مدونة الأسرة، لم يعد هناك وجود للطلاق الانفرادي الذي يوقعه الزوج بالاعتماد على إرادته المنفردة وحدها بعيدا عن كل رقابة قضائية وهكذا فقد نصت المادة 78 من مدونة الأسرة على أن:

"الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة".

وفي هذا السياق أضحى الزوج الراغب في حل الرابطة الزوجية بالتقدم رفقة زوجته بطلب إلى الإذن بالإشهاد به لدى عدلين إلى المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو محل إقامتها أو التي ابرم فيها عقد الزواج وفق هذا الترتيب، وبعد محاولة الإصلاح ذات البين بين طرفين العلاقة الزوجية، وإذا لم يتحقق الصلح حدد القاضي عند الإذن مبلغا يودعه الزوج بصندوق المحكمة.

ومراقبة المحكمة للطلاق لا يعني مطلقا أنها تحكم به، وإنما هي تأذن بتوقيعه بعد إيداع مستحقات الزوجة والأطفال بصندوق المحكمة[2].

[1] محمد الكشبور:"الوسيط في شرح مدونة الأسرة"، الكتاب الثاني، انحلال ميثاق الزوجية، الطبعة الثانية، س، 1430ه/ 2009 م، مكتبة دار السلام، الرباط، ص:32.
[2] محمد الكشبور، نفس المرجع، ص:32.

الفقرة الثالثة: أدلة مشروعية الطلاق

ورد ذكر الطلاق في القرآن الكريم في آيات كثيرة منه قوله وتعالى ﴿**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾[1]، وقوله سبحانه تعالى ﴿**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن**﴾[2].

أما في السنة فهناك أحاديث كثيرة تتكلم عن الطلاق منها:

- أن النبي ﷺ «طلق حفصة ثم راجعها»[3].
- ما روي عن ابن عمر أنه قال «كانت تحبني امرأة وأحبها وكان أبي يكرهها، فأمرني أن أطلقها فأبيت، فذكر ذلك للنبي عليه السلام، فقال: "يا عبد الله بن عمر طلق امرأتك»[4].

وقد جعل الإسلام الطلاق من حق الرجل وحده لقوله تعالى ﴿**يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن**﴾[5]، وقوله عز وجل ﴿**وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف**﴾[6]، وذلك لأن الزوج أحرص على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها من المال، ما يحتاج إلى إنفاق مثله أو أكثر منه إذا طلق وأراد عقد زواج آخر[2].

---

[1] سورة البقرة، جزء من الآية: 229.
[2] سورة البقرة، جزء من الأية: 236.
[3] رواه داود والنسائي وابن ماجة.
[4] رواه البخاري والمسلم والترمذي.
[5] سورة الأحزاب، الآية: 49.
[6] سورة البقرة، جزء من الأية: 231.
[2] السيد سابق:"فقه السنة"، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، المجلد الأول، ص:560.

الفقرة الرابعة: الحكمة من مشروعية الطلاق

لقد راعت الشريعة الإسلامية مقاصد جليلة سامية معتبرة في تشريع الزواج وبتأملها نجد أنها جامعة لأسباب حفظ الدين والنفس والنسب والعرض، ويعتبر النكاح هو السبيل المشروع لوجود النسل الذي خلقه الله لعبادته، لذلك كان الصلاح في الدين أول وأهم ما يجب اعتباره في الخاطب والمخطوبة[1].

وشرع الله عقد الزواج للدوام والتأبيد قصد تحقيق الهدف السامي والذي يتمثل في تحقيق السكن والمودة والرحمة وأداء الحقوق، وكذا القيام برعاية النشء ضمانا لنقل قيم الإيمان ومبادئ الدين بغية الالتزام به وتطبيقه[2]، لذا لا ينبغي الإخلال بها ولا التقليل من شأنها، أما إذا حصل ما يقطع هذه المودة ويفسد هذا التفاهم من بغض وعدم مفاهمة، ما يؤدّي إلى اشتداد الشقاق والخصام بين الزوجين، وقد يستعصى حل الخلاف وإزالة النُّفْرة فيما بين الزوجين كأن تفسد أخلاق أحد الزوجين فيندفع في تيار الفسق والفجور ويعجز المصلحون عن رده إلى سواء الصراط، وقد يكون الزوج عقيمًا أو قد يصيبه مرض معد خطير أو قد يغيب غيبة لا يعلم فيها حاله[3]، فتكون المصلحة في هذه الحالة هو وقوع الطلاق والفرقة، حيث لا يبقى مصلحة[4] في النكاح ومقاصده فتغلب مصلحة الطلاق، لأن في بقاء الرابطة الزوجية فساد الحال بين الزوجين ومضرة وسوء معاشَرة، ولقد شرع الطلاق في الإسلام ليستطيع الزوجان التخلص من الرابطة الزوجية إذا تبين أنها مصدر الشقاء، وأنه لا يمكن أن يتعاشر الزوجان بالمعروف ولا أن يقوم كل منهما بحقوق الزوجية وواجباتها.

---

[1] عارف الركابي:" مقاصد الشريعة الإسلامية من الزواج"، الموقع الرسمي للدكتور عارف بن عوض بن عبد الحليم الركابي.

[2] سعد الدين العثماني: "طلاق الخلع و اشتراط موافقة الزوج"، دار قرطبة الدار البيضاء، الطبعة الاولى، س،2001م، ص:21.

[3] هاني بن عبد الله بن محمد الجبير:" طلاق المكره والغضبان"، مجلة البحوث الإسلامية، (ذو القعدة - ذو الحجة)، 1417هـ ، (محرم – صفر)، 1418هـ ، العدد، 50، ص6.

[4] جاء في بدائع الصنائع (إن شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة، لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما، وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد فتنقلب المصلحة إلى الطلاق، ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه، فيستوفي النكاح فيه)، الكاساني، علاء الدين أبو بكر: "بدائع الصنائع"، ج3، ص:89.

ولنا أن نتخيل لو أن الإسلام جعل من الزواج قيدا حديديا لا يمكن الفكاك منه ألا يؤدي ذلك إلى مفاسد كثيرة، لاسيما وأن الإنسان قد يخطئ في اختيار الزوجة وتخونه حواسه ومشاعره أحيانا، فيرى في حياته الزوجية جحيما لا يطاق، وشقاء لا يرجى إصلاحه، فيطلب الحيلة للخلاص من هذا العيش المنكود، والحظ العاثر، فلو لم تسعده السماء بعدالة تشريعها، وتعطه الحق في حل الوثاق، لتلمس أسباب التمتع من طرق ملتوية فتفسد البيوت وتشيع الفاحشة، وتكثر الفسق والمجون، ويحلو له أن يبحث عن خليلة ليضمها إلى زوجة مهملة، ويطيب لها أن تتطلع إلى عشيق فتزله مكان زوج بغيض، وتذهب الثمرات المقصودة من التناسل وحياة الشرف والعزة[1].

المطلب الثاني: تقليص إرادة الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية في التشريع الأسري الخليجي والمغربي

كانت مدونة الأحوال الشخصية المغربية القديمة تسمح للزوج بإنهاء الرابطة الزوجية دون قيد أو شرط ويعتمد الزوج في إيقاعه الطلاق على مبدأ سلطان الإرادة، ولقد أدت الإصلاحات الجوهرية التي طالت مدونة الأسرة إلى خلق روح التجديد وتحقيق مبدأ المساواة المبنية على العدل والإنصاف الذي يعتبر أساس وجوهر الفلسفة التي تبناها المشرع في تنظيمه لمقتضيات مدونة الأسرة الحالية.

وقد نصت المادة 70 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناءا وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال"[2]، كما أقرت مجموعة من الإجراءات قبل إعطاء الإذن بالطلاق، حيث نصت المادة 78 على أن ممارسة

[1] الحسيني، محمد مصطفى شحاتة، الأحوال الشخصية، ص:87و88، القرشي باقر شريف "نظام الأسرة في الإسلام"، دار الأضواء، بيروت، ص: 124.

[2] المادة 70 من مدونة الأسرة المغربية، انظر موقع وزارة العدل.

الطلاق من قبل الزوج أو الزوجة يجب أن يكون تحت مراقبة القضاء[1] وطبقا لأحكام هذه المدونة، ونصت كذلك في المادة 79 على أن من الواجب: على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك[2]، وتطرقت أيضا في المادة 81 على أنه من الواجب على المحكمة أن تستدعي الزوجين لمحاولة الإصلاح، وأن الزوج إذا توصل شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر اعتبر منه ذلك تراجعا عن طلبه[3].

ويتضح مما سبق أن مدونة الأسرة المغربية تجاوزت الخلل الذي كان يعتري الجانب المسطري والموضوعي والسبب في ذلك يكمن في أن مدونة الأحوال الشخصية كانت مدونة موضوعية فقط، أما الجانب المسطري، فكانت تؤطره فصول المسطرة المدنية وفي المقابل جاءت المادة 92 من قانون الأسرة البحريني موافقة لما نصت عليه مقتضيات مدونة الأسرة المغربية حيث جاءت بما يلي:

- يقع الطلاق بتصريح من الزوج أمام القاضي.
- على القاضي قبل تلقيه التصريح بالطلاق أن يحاول إصلاح ذات البين[4].

في حين أكدت المادة 39 من قانون الأسرة القطري على: "من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية يطلب إيقاعه وإستحصال حكم به فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة"[5]، كما نصت المادة 101 من قانون الأسرة العماني:

- "لكل من الزوجين طلب التطليق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بينهما.
- على القاضي بذل الجهد لإصلاح ذات البين.

[1] المادة 78من مدونة الأسرة المغربية، انظر موقع وزارة العدل.
[2] المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية، انظر موقع وزارة العدل.
[3] المادة 81 من مدونة الأسرة المغربية، انظر موقع وزارة العدل.
[4] انظر موقع وزارة العدل ، المادة 92 من قانون الأسرة البحريني.
[5] المادة 39، من قانون الأسرة القطري.

- إذا عجز القاضي وثبت الضرر حكم بالتطليق مع مراعاة أحكام المادة 107 والتي نصت على ما يلي:

"إذا حكم القاضي بتطليق المدخول بها للضرر أو الشقاق فإن كان كانت الإساءة كلها أو أكثرها من الزوجة سقط صداقها المؤجل وحدد القاضي ما يجب أن تعيده إلى الزوج من الصداق المقبوض، وإن كانت الإساءة كلها أو أكثرها من الزوج بقي الصداق من حق الزوجة[1].

فالإجراءات التي نصت عليها معظم الإجراءات القانونية سواء في التشريع الأسري المغربي أو الخليجي جاءت منسجمة مع ما جاء في المواثيق الدولية وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فالمادة[2] 15 من الاتفاقية حثت على ضرورة المساواة أمام القانون والقضاء ومنح أهلية متساوية للرجل والمرأة في كافة مجالات الحياة، وكذا للمادة 16 التي هي الأخرى نصت على مبدأ المساواة عند الزواج وأثناءه وعند إنهائه إضافة إلى نفس الحقوق والمسؤوليات تجاه الأسرة والأبناء، ويقول الدكتور سعد الدين العثماني في مسألة أصل المساواة ما يلي:

"فالرجل والمرأة في نصوص الشرع متساويان، شقيقان لا يجوز معاملة أحدهما بالتمييز أو التفضيل أو المحاباة، وأهمية توضيح هذا المبدأ يظهر في أن مساواة الجنسين في مجال أو أمر أو حكم لا يحتاج إثباته إلى دليل لأنه الأصل، والذي يحتاج إلى البحث عن الدليل هو عدم المساواة وتخصيص النساء بأحكام مميزة وهذا في رأينا أصل أصول النظر إلى قضية المرأة"، وأدلة هذا الأصل في الشريعة كثيرة منها:

[1] المواد 101 و107 من قانون الأسرة العماني.
[2] خديجة الركاني:"مدونة الأسرة والمنظومة الكونية لحقوق الإنسان"، مساهمة في مؤلف جماعي، "تورة هائة من مدونة الأحوال الشخصية على مدونة الأسرة "، طبعة ،2004م، ص:201و202.

كون الرجل والمرأة متساويين في أصل الخلق والتكوين، وكلاهما من آدم لقوله عز من قائل ﴿**يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء**﴾[1]، ولم يكتف القرآن بتقرير هذه الأرضية الصلبة لأصل المساواة بين الجنسين، بل ركزت آيات عديدة على مساواتهما في المسؤولية والعمل والجزاء، مصداقا لقوله تعالى ﴿**من يعمل من الصالحات من ذكر أو أنثى وهو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون نقيرا**﴾[2]، وقوله ﷺ«إنما النساء شقائق الرجال»، فهذا نص صريح وارد بصيغة العموم، يقتضي أن الأصل في الشريعة مساواة النساء والرجال[3].

أما فيما يخص الطلاق التعسفي فالتشريع الخليجي لم يتطرق إليه في بنود قانون الأسرة إلا دولة قطر هي التي نصت في الفقرة الثالثة من المادة 39 والتي جاءت كما يلي:

"إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وإن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه، يقدر جملة على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى".

يتضح مما سبق أن المشرع الأسري وضع آليات وميكانيزمات من شأنها حماية الزوجة من كل تعسف، لذلك فقد تم إخضاع مسطرة الطلاق والتطليق لشروط وإجراءات جديدة أقرها التشريع الأسري وبذلك تم تقليص إرادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية، كما أن الازدواجية في المرجعية التي تجمع بين تعاليم الشريعة الإسلامية

[1] سورة النساء جزء من الآية 1.
[2] سورة النساء آية124.
[3] سعد الدين العثماني:"قضية المرأة ونفسية الاستبداد"، الطبعة الثانية، مطبعة طوب بريس، س، 2004، الرباط، ص: 13 و14 و16.

والاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المشرع الأسري جسدت الفلسفة الجديدة التي أطرتها ثقافة المساواة والعلاقة التشاركية بين الزوجين عند انحلال الرابطة الزوجية.

المطلب الثالث: توسيع إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية في التشريع الأسري الخليجي والمغربي.

لم يهمل قانون الأحوال الشخصية الخليجي والمغربي حق المرأة في انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق القضائي أو ما يطلق عليه التفريق للشقاق، فكانت أحكام القانون مستقاة من آراء الفقهاء، ولم تخرج عن مقاصد الشريعة الإسلامية، وقال الإمام الشافعي رحمه الله: "إن خوف الشقاق بين الزوجين أن يدعي كل واحد منهما على صاحبه منع الحق عنه، ولا يطيب واحد منهما لصاحبه بإعطاء ما يرضى به، ولا ينقطع ما بينهما بفرقة ولا صلح[1]، ولقد كثرت الخلافات في عصرنا الحاضر وأصبحت ظاهرة الشقاق متفشية بين الزوجين، إما كنتيجة لأسباب غير متوقعة أو بسبب ظروف ووقائع خاصة تجعل كل منهما يبتعد عن شريكه وينفر منه، وإما لعدم التوافق الفكري والانسجام الروحي والعاطفي وإما لعدم النضج والثقة والوفاء[2].

وللإحاطة بالموضوع أكثر ارتأينا دراسة موضوع التطليق القضائي في النظام الأسري الخليجي (**الفقرة الأولى**)، وفي مدونة الأسرة المغربية (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: التفريق للشقاق والضرر في النظام الأسري الخليجي.

إن كلام [3]الفقهاء حول التفريق للشقاق والنزاع إنما يرجع إلى مدى حق الحكمين في التفريق بين الزوجين، وليس الخلاف بينهم في اعتبار الشقاق أو النزاع سببا للتفريق

---

[1] نايف محمد الجنيدي: "عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، س، 2010 م، ص: 134.

[2] احمد أباش:"الأسرة بين الجمود والحداثة"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، س،2011 م، ص: 274.

[3] الكاساني: "بدئع الصنائع"، ج2، ص:334، عليش :"منح الجليل شرح مختصر سيدي خليل"، ج2، ص: 177، الشربيني :"مغني المحتاج"، ج3، ص: 261، البهوتي:"كشاف القناع"، ج5، ص: 235و236.

وقد روي أن عليا رضي الله عنه قال في الحكمين الذين قال الله تعالى ﴿**وإن**[1] **خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله، وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا**﴾، إن للحكمين أن يفرقا بين الزوجين بسبب الشقاق والنزاع[2] فالتطليق للشقاق في الفقه الإسلامي يجد سنده في هذه الآية الكريمة المذكورة، أما عن الفقه القانوني فقد ذهب بدوره إلى أن التطليق بسبب الشقاق يجد سنده في الآية 35 من سورة النساء، وقال الأستاذ عبد الرحمن الصابوني في هذا الصدد: "إذا ظهر الشقاق بين الزوجين دون أن يعرف من هو المسبب في ذلك أو خيف الشقاق بينهما قبل حصوله فقد جاء القرآن الكريم بعلاج ذلك بقوله الآية ﴿**وإن خفتم شقاق** ... ﴾[3]. فالمشرع وضع الفلسفة العامة التي بنى عليها قانون أحكام الأسرة والتي تتمثل في المساواة بين الزوجين في طلب التفريق، ليساهم في تحقيق العدالة بين أطراف النزاع، وليقيم نوعا من التوازن ويحقق بالتالي الاستقرار الأسري[4].

ولقد أقرت القوانين الخليجية أن الضرر المجيز لطلب التطليق هو الضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة قولا كان الضرر أو فعلا، ويدخل في هذا الموضوع الضرر للعيب ما لم تكن تعلم به الزوجة قبل الزواج أو علمت به بعد الزواج ورضيت بالأمر، كذلك الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، كما أن رفض الزوج الطلاق بالخلع أو المبالغة في مبلغ العوض يعطي الأحقية للقاضي وفي إطار سلطته التقديرية تحديد المبلغ المناسب للزوج محل الخلع.

---

[1] سورة النساء، الآية 35.

[2] أخرجه الإمام مالك في الموطأ، كتاب الطلاق، باب: ما جاء في الحكمين، رقم الأثر 688، ص: 364، قال أبو عمر: "الأثر مروي من وجوه ثابتة"، عبد البر النمري: "الاستذكار"، ج6، ص: 182.

[3] سورة النساء، جزء من الآية 35.

[4] عبد الرحمن الصابوني: "مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية"، دار الفكر، الطبعة الثانية، دون ذكر السنة، ص 75.

ومن مستجدات قانون الأحوال الشخصية في المملكة العربية السعودية وفي إطار توسيع دائرة التطليق بالنسبة للمرأة حيث أصبح يسمح لها بالتقدم بطلب فسخ عقد النكاح من زوجها في حالة كرهها له دون اللجوء إلى مسطرة الطلاق بالخلع ضد الزوج للتنازل عن حقوقها المالية أو لرد المهر أو إعطائه بدل التعويض وحالة الكره هذه لم يكن القاضي يعتبرها سببا كافيا للطلاق[1].

أم بالنسبة للمملكة البحرين فالملاحظ في بنود أحكام الأسرة الخليجي أن المادة 101 من قانون الأسرة البحريني[2] والمادة 129 من قانون الأسرة القطري أقرت الحق في طلب التفريق للمرأة وحدها في حين قننت التشريعات الخليجية الأخرى هذا الحق للزوجين[3]، حيث نصت (المواد 126 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي و101/أ من قانون الأسرة العماني و117/أ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي) على حق الزوجين طلب التطليق للضرر[4]، وبما أن أحكام التطليق للضرر مأخوذة من المذهب المالكي، فهذا الأخير لا يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها فتسمع الدعوى منهما، وقد نص على هذا الأمر صراحة القانون الأسري الكويتي والقطري، وقضت محكمة التمييز الكويتية في الجلسة 81/7 بتاريخ 1981/11/23 م بأن الإضرار الواجب للتطليق كما أنه يقع بعد الدخول يتصور وقوعه قبله، واعتبرت محكمة جنوب القاهرة الابتدائية أن تأخر الزوج عن الدخول بالزوجة مدة تزيد عن الخمس سنوات ضرر، لذلك تقضي المحكمة بتطليق المدعية(وهي الدعوى الماثلة الغير مدخول بها)،على المدعى عليه طلقة بائنة للضرر، ويكفي في مذهب مالك مصدر النص أن تثبت الزوجة أن الزوج قد أتى معها ما تتضرر به ولو مرة واحدة حتى يقضي لها بالطلاق وإن كان الضرر فاحشا أي بينا، وإذا أثبتت الزوجة ما

[1] قرار صادر من وزارة العدل بتاريخ فبراير 2018.
[2] المادة 101 من قانون الأسرة البحريني، انظر موقع وزارة العدل.
[3] المادة 129 من قانون الأسرة القطري، انظر موقع وزارة العدل.
[4] 126 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المادة 101 من قانون الأسرة العماني، المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، انظر موقع وزارة العدل.

تدعيه من إضرار فإن القاضي بموجب الفقرتين(ب،ج) من المادة 101 من قانون الأسرة البحريني لا يعجل بطلبها ويطلقها، وإنما يجب عليه أن يبذل جهده للإصلاح بينها وبين المدعى عليه، فإن عجز وقد ثبت الضرر حكم بالتطليق، فإن أغفلت المحكمة إيثار مبدأ الصلح وقضت الدعوى اعتبر حكمها معيبا بالخطأ في تطبيق القانون، مما ينحدر به إلى مرتبة البطلان باعتبار أن شرطي الحكم بالتطليق للضرر هما: ثبوت الضرر، والعجز عن الإصلاح بين الزوجين.

الفقرة الثانية: التفريق للشقاق والضرر في مدونة الأسرة المغربية

إن التطور البارز الذي عرفه المغرب في مجال حقوق الإنسان يكمن أساسا في الحرص على تحديد وترشيد الوسائل العملية، لجعل الحقوق الإنسانية المتعارف بها دوليا، أمرا واقعيا ومجسدا بكيفية ملموسة في الأنظمة الداخلية[1]، ولقد أضافت مدونة الأسرة حالة جديدة لانفصال العلاقة الزوجية، لم يكن منصوصا عليها في مدونة الأحوال الشخصية، التي قصرت حالات التطليق في عدم إنفاق الزوج وفي العيب والضرر وغيبة الزوج والإيلاء والهجر[2]، ويعد التطليق للشقاق من أهم المستجدات القانونية التي جاءت بها مدونة الأسرة، ومن الملاحظ أن المشرع المغربي لم يعطي مفهوم للشقاق بل ترك الباب مفتوحا أمام الاجتهاد القضائي لمعالجة كل حالة نزاع على حدة، وبالرجوع إلى الدليل العملي لمدونة الأسرة نجد فيه مفهوم الشقاق الذي جاء كما يلي:

"الشقاق هو الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين بدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية"، فسلوك[3] مسطرة الشقاق في هذه الحالة رهين بالإخلال بالحقوق

---

[1] يوسف الفاسي الفهري: "تطبيق الاتفاقية الدولية بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في الأنظمة الداخلية"، مجلة الاقتصاد والقانون، العدد: 16، 1999م، ص: 21.

[2] حماد العراقي: "الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية"، نشر وتوزيع دار الرشاد الدار البيضاء، ص: 136.

[3] عبد الخالق أحمدون: "قانون الأسرة الجديد دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وقوانين دول المغرب العربي"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، س، 2005م، مطبعة طوب ريس الرباط، ص:241-253.

والواجبات المتبادلة بين الزوجين، والمشرع المغربي حدد هذه الواجبات والحقوق من خلال المادة 51 من مدونة الأسرة، كما يعتبر تكريس[1] هذا المبدأ على مستوى مدونة الأحوال الشخصية وخاصة في جانبه المتعلق بانحلال ميثاق الزوجية، مطلبا لم تتريث بل لم تتهاون المرأة في عرضه أمام جميع الجهات الحكومية منها وغير الحكومية، الوطنية وغير الوطنية، وعقدت ولازلت تعقد بغية إسماع صوتها المؤتمرات والندوات والأيام الدراسية.

والتطليق[2] للشقاق قصد منه المشرع المغربي رفع الحيف الثابت من الناحية العملية على المرأة في مجال قواعد التطليق، فالمشرع الأسري نص على مجموعة من الحالات التي يمكن من خلالها للزوجة طلب التطليق والتي تتمثل فيما يلي:.

- الإخلال بشرط في عقد الزواج: يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق.
- الضرر المادي والمعنوي: تتبني العلاقة الزوجية على الرحمة والمساكنة وحسن المعاشرة بين الزوجين، ويعتبر كل تصرف يحمل نوع من الإساءة سواء مادية أو معنوية أو سلوك منافي للأخلاق الحميدة يجعل الزوجة غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية مبرر لطلب التطليق.
- رفض الزوج الطلاق بالخلع: أعطى الإسلام المرأة الحق في طلب الخلع من زوجها بسبب كراهيتها العيش معه وإذا رفض الزوج المبلغ المتفق عليه يحدد القاضي في إطار سلطته التقديرية بدل العوض.

---

[1] Actes de la journée d'étude sur le thème : « quel partenariat avec ONG pour la promotion des femmes au Maroc » royaume du Maroc secrétariat d'Etat chargé de la famille, de la solidarité et de l'action sociale. Mercredi 21 Mai 2003, Mai

[2] خالد برجاوي:"مطالب المجتمع المدني والسياسي الداعية الى تغيير مدونة الاحوال الشخصية"، سلسلة نصوص ووتائق، منشورات كرسي اليونيسكو:" المراة وحقوقها"، رقم: 1.

- رفض الزوجة طلب التعدد وتمسك الزوج بإتمام المسطرة: إذا لم توافق الزوجة المراد التزوج عليها على طلب التعدد، فإن المحكمة تقوم تلقائيا باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة التي تضمن لها كافة حقوقها وحقوق أطفالها، وإن لم تطلب التطليق، ولكن بعد إجراء محاولات الصلح بين الزوجين وإقناع الزوجة بالقبول، وعند فشل هذه المحاولات، تحدد المحكمة مبلغا ماليا يودعه الزوج طالب التعدد في صندوق المحكمة داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام.
- التطليق للعيب: تقوم الرابطة الزوجية على الألفة والمودة واستمتاع بعضهما بالبعض لكن قد تطرأ أمراض وعيوب تحول دون استمرار الحياة الزوجية وعليه يحق طلب التطليق بسبب العجز الجنسي لأحد الزوجين، و[1]يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء العلاقة الزوجية للعيب:
  - شرط ألا يكون الطالب عالما بالعيب حين العقد.
  - ألا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضى بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء.

يتضح مما سبق أن المحكمة في دول مجلس التعاون الخليجي لا زالت تأخذ بموضوع التطليق للضرر شرط إثبات الزوجة الضرر الواقع عليها من طرف الزوج أما على المستوى العملي في المملكة المغربية فالواقع أن دعاوى التطليق بسبب الضرر هي إلى زوال، وأنه كثيرا ما تتقدم الزوجة بمقال تطلب فيه التطليق للضرر وسرعان ما تعدله وتطلب التطليق بسبب الشقاق ومن ذلك الحكم [2]الصادر عن المحكمة الابتدائية بفاس والذي جاء كما يلي:

عبد الكبير الصوصي العلوي:"المختصر في مدونة الأسرة على ضوء العمل القضائي"، ج1، الطبعة الأولى، س، 2015، المكتبة الوطنية، الرباط، ص: 59.[1]

[2] حكم رقم 2648 بتاريخ 2005/05/30 ملف رقم 04/2123 منشور مجلة المعيار، العدد 34.

"وحيث إنه برجوع المحكمة إلى تصريحات الزوجان والشهود والحكمان تبين لهما عدم وجود ضرر تتعرض له الزوجة من زوجها كضرب وشتم وغيره، غير أن المحكمة تأكد لها من هذه التصريحات استحالة استمرار المعاشرة الزوجية بين الطرفان وإمكانية حصول أضرار جسيمة في حالة استمرارها مما يتعين معه الإستجابة لطلب الزوجة التطليق بسبب الشقاق...".

نستخلص إذن أن موضوع التطليق للضرر والشقاق رفع الحيف والظلم عن المرأة الخليجية والمغربية ومنحها حق المساواة أمام القانون أسوة بالرجل، وهذا دليل واضح وصريح على سمو مكانة المرأة في التشريعات الوطنية وما يتلاءم مع قواعد العدل والإنصاف التي جاءت به الشريعة المحمدية وما نادت به الفقرة الثالثة من المادة الثانية من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والتي نصت على ما يلي: "فرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل، وضمان الحماية الفعالة للمرأة، عن طريق المحاكم ذات الاختصاص والمؤسسات العامة الأخرى في البلد، من أي عمل تمييزي"، بل الأكثر من ذلك أنه في دول الخليج العربي، ومن بينها قانون الأسرة البحريني قد جعل من حقوق كل من الزوجين على الآخر احترام كل منهما للآخر ولأبويه وأهله الأقربين، استنادا إلى الفقرة ج من المادة36، أي بمعنى أن يكون الضرر واقعا على شخص الزوجة فتطلق بكل ضرر يتعذر معه دوام العشرة بينها وبين الزوج ولو لحق ضرره والديها أو أحدهما، أو أحد أفراد أسرتها ووجه الفرق أن الضرر المعتبر في النصوص الخليجية، يتجاوز الضرر الواقع على الزوجة بل حتى أقاربها والعكس صحيح، وموجبه أن ازدراء أقارب الزوجة كازدرائها.

المبحث الثاني: إنهاء الحياة الزوجية بالخلع في مدونة الأسرة وفي الاتفاقيات الدولية.

اهتم الإسلام بالأسرة اهتماما كبيرا ووضع تشريعات وسن قوانين خاصة فيما يتعلق بشؤون العباد، بينما تولى الفقهاء توضيح وتبيان كل الأحكام الخاصة بالفرد سواء تلك المستنبطة من الكتاب أو السنة النبوية الشريفة، التي تحث على ضرورة حفظ العلاقة الأسرية، وبما أن تحديد المفاهيم من أهم وسائل البحث العلمي عامة والقانوني خاصة، لذا سيتم معالجتها من خلال (**المطلب الأول**).

وعقد الزواج يعتبره الشارع الحكيم ميثاق ورباط مقدس بين الزوجين أساسه الحب والاحترام والمعاشرة بالمعروف، فهو مؤسس على السكن والمودة والرحمة، فقد تم وصف كل زوج بكونه لباس صاحبه، مصداقا لقوله عز من قائل﴿**هن لباس لكم وأنتم لباس لهن**﴾[1]، فالإسلام لم يفترض أن تسود المثالية بين الأزواج، فالخطأ يقع من أحد الطرفين أو من كلاهما ولكن الله شرع الطلاق عند استحكام الشقاق واستحالة الوفاق بينهما فما هي الحكمة التي توخاها المشرع عند تنظيمه للطلاق بالخلع(**المطلب الثاني**)، وهل احترم المنظم الأسري الأحكام الفقهية في تكييفه للآثار الناتجة عن الطلاق بالخلع؟(**المطلب الثالث**).

المطلب الأول: تعريف الخلع

يعتبر موضوع الطلاق بالخلع من المواضيع القديمة التي تناولتها الشريعة الإسلامية وكذلك المنظومة القانونية الخليجية والمغربية، لذلك كان لزاما الإحاطة بأهم التعاريف اللغوية والاصطلاحية، والشرعية من خلال البحث عن مدلوله في الاتجاهات الفقهية (**الفقرة الأولى**) وفي التشريع الأسري الخليجي والمغربي(**الفقرة**

[1] سورة البقرة، جزء من الآية 187.

الثانية)، كما يجب التعرض للشروط الواجب توفرها في كلا طرفي العلاقة الزوجية سواء بالنسبة للزوجة المسؤولة عن بدل العوض أو الزوج محل الطلاق نظرا لما يترتب عن هذا الطلاق من آثار شرعية(**الفقرة الثالثة)**.

الفقرة الأولى: مفهوم الخلع

أولا- الخلع في اللغة:

الخاء واللام والعين أصل واحد مطرد، وهو مزايلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه، تقول: خلعت الثوب، أخلعه خلعا، وخلع الوالي يخلع خلعا، وخالعت المرأة زوجها وقد اختلعت، أي افتدت نفسها منه بشيء تبذله فهي خالع[1].

والخلع: النزع[2]والتجريد والإزالة، فخلع الرجل ثوبه، أي أزاله، وهذا ما قرره الفقهاء على اختلاف مذاهبهم[3].

وفي حديث بن كعب[4] بن مالك رضي الله عنه: "إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة"[5]، أي أتجرد، وفي الحديث: "من [6]خلع يدا من طاعة لقي الله لا حجة له"، أي نزع يدا.

كما عرفه في فتح القدير بأنه: "هو النزع، خلع ثوبه ونعله، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال، وخالعها وتخالعا صيغ منها المخالعة ملاحظة لملابسة كل الآخر كالثوب[7].

---

[1]أحمد بن فارس:" معجم مقاييس اللغة "،ج2، ص:209.

[2] لسان العرب بن منظور، ج8،ص:76.

[3] شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي:" حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير"، الجزء الثاني، دار الفكر، ص:347

[4] كعب بن مالك: هو كعب بن مالك بن أبي كعب الأنصاري السلمي شهد بدرا وهو من الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك ثم تاب الله عليهم، وكان شاعرا دافع عن رسول الله ﷺ بشعره، وهو أحد السبعين الذين شهدوا بيعة العقبة ومات سنة (50)ه ، تهذيب التهذيبين ج8، ص:440.

[5] ابن حجر العسقلاني: "فتح الباري"، ج5، ص: 386.

[6] صحيح مسلم، ج3، ص: 1478.

[7] الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي:"شرح فتح القدير"، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، س، 1995 م، ص: 188.

ثانيا- الخلع في الاصطلاح:

الخلع في الاصطلاح الفقهي هو إزالة الزوجية بلفظ الخلع أو بما في معناه، مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها[1]، يقول خليل: "جاز الخلع وهو الطلاق بعوض"[2].

والفرق بين الطلاق والخلع أن كلاهما تحل به الرابطة الزوجية، والفرق بينهما أن الخلع يتوقف وقوعه على رضا الزوجين وببذل الزوجة مالا لزوجها، أما الطلاق فهو تصرف بإرادة الزوج وحده وبدون عوض من الزوجة[3].

ثالثا – التعريف الشرعي للخلع:

عرف الفقهاء الخلع بتعريفات كثيرة ومتنوعة وسنتعرض لبعض الآراء وفق ما يلي:

❖ تعريف الخلع عند المالكية:

عرف بعض فقهاء المالكية الخلع على أنه:

"الطلاق[4] بعوض ولو من غير الزوجة أو بغير لفظ (الخلع)".

وعرفه الدردير[5]الخلع بأنه: "الطلاق بعوض أو بلفظه[6]"، قوله "طلاق" شمل الطلاق بألفاظه الصريحة والكنائية.

وقوله "بعوض" أي مقابل عوض مال.

وقوله "أو بلفظه" أي الخلع أو ما في معنا.

---

[1] وقد عرفه الأحناف بأنه إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلتزم الزوجة به، محمد الكشبور، م س، ص: 100، نقلا عن محمد مصطفى شلبي، ص: 532.

[2] نفس المرجع، ص:100، نقلا عن الخرشي "حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل"، ج4، ص، 171.

[3] عبد الكريم زيدان: "المفصل في أحكام المرأة"، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، (114/8)، س، 1413.

[4] إحكام الأحكام على شرح تحفة الحكامى115 ، البهجة في شرح التحفة 644/1.

[5] الدردير :أحمد بم محمد العدوي أبو البركات فقيه فاضل من فقهاء المالكية المتأخرين، ولد في بني عدي بمصر وتعلم بالأزهر، من كتبه أثرب المسالك لمذهب الإمام مالك وفتح القدير في رح مختصر خليل ، الأعلام (ج1)، ص: 232.

[6] الشرح الصغير على أقرب المسالك، (ج4)، ص:518.

وخرج بقوله "الطلاق بعوض"، الطلاق بدون عوض وبلفظ الخلع، وعلى هذا فالخلع عندهم نوعان:

- ما كان في نظر عوض.
- ما كان بلفظ الخلع وبدون عوض

ولا فرق عندهم بين الخلع والطلاق على مال[1].

❖ تعريف الخلع عند الحنفية:

جاء تعريف الخلع عند الحنفية بأنه: "إزالة[2]ملك النكاح المتوقفة على قبولها –الزوجة – بلفظ الخلع أو ما في معناه".

وقد خرج بقوله "ملك النكاح" الخلع في النكاح، وبعد البينونة والردة.

وخرج بقوله "المتوقفة على قبولها" ما لو قال لها: خلعتك وهو ينوي الطلاق، فإنه يقع بائنا غير مسقط للحقوق.

وخرج بقوله "بلفظ الخلع" الطلاق على مال.

وزاد قوله: "أو ما في معناه ليدخل لفظ المباراة أو المفارقة والمباينة فكلها من ألفاظ الخلع.

وأفاد التعريف صحة خلع المطلقة رجعيا، لكون النكاح ما زال باقيا عند المطلقة رجعيا[3].

---

[1] حاشية العدوي على هامش شرح الخرشي، (ج4)، ص 12، البهجة للتسولي، (ج4)، ص: 317.
[2] ابن نجيم :"البحر الرائق"، ج4، ص:77، نقلا من كتاب عامر سعيد الزيباري: "أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية"، الطبعة الأولى دار ابن حزم، بيروت، س، 1997 م، ص:49.
[3] ابن عابدين: "حاشية رد المختار"، ج3، ص: 439، نقلا عن، عامر سعيد الزيباري ، م س، ص:50.

❖ تعريف الخلع عند الشافعية:

يقول ابن [1]شهاب الدين الرملي في تعريف الخلع: "فرقة بعوض مقصود بلفظ طلاق أو خلع راجع لجهة الزوج"[2]، له (فرقة) أي بلفظ طلاق سواء كان صريحا أو كناية.

قوله (أو خلع) المراد به لفظه وما في معناه كالمبارأة والمفاداة، قوله (بعوض) قيد أول، لأن الفرقة إذا خلت من العوض كان طلاقا رجعيا.

وقوله "لجهة الزوج" قيد ثان لأن العوض إنما يكون للزوج أو لسيده، وقوله "مقصودة" أي ذو منفعة تقصد منه ولو كمنفعة تعليم القرآن، وخرج بهذا القيد الأعواض التي لا منفعة فيها مقصودة كالحشرات الضارة مثلا[3].

❖ تعريف الخلع عند الحنابلة:

وجاء تعريفه عند الحنابلة بأنه: فراق الزوج زوجته على عوض منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة[4].

والخلع هو تصرف شرعي من قبل الزوجين بصيغة معينة تترتب عليه الفرقة بينهما نظير مال تدفعه الزوجة إلى الزوج، ولا يوقع الطلاق بالخلع إلا باتفاق الزوجين معا لأنه عقد معاوضة[5]، لذلك فالزوج يمنح الطلاق الذي يملكه والزوجة تمنح العوض المالي، والعقود العوضية لا تنعقد إلا باتفاق الطرفين، وهذا هو المنصوص عليه في الاجتهاد الفقهي داخل المذهب المالكي وخارجه.

---

[1] ابن شهاب الدن الرملي: هو شمس الدين بن أبي العباس أحمد بن حمزة المنوفي المصري الأنصاري المشهور بالشافعي الصغير الصغير المتوفى سنة 1004ه، عامر الزيباري، م س، ص:50.

[2] نهاية المحتاج للرملي، ج6، ص: 393، كفاية الأخيار للحصني، ج2، ص: 49، نقلا عن، عامر سعيد الزيباري ، م س، ص:50.

[3] حاشية الشرقاوي على التحرير، ج2، ص:287، شرح البهجة، زكريا الأنصاري، ج2، ص:266، حاشية الباجوري، ج2، ص: 141، إعانة الطالبين للسيد البكري، ج2، ص: 390، نقلا عن، عامر سعيد الزيباري ، م س، ص:51.

[4] دقاق ولى النهى لشرح المنتهى 3/ 107، كشاف القناع عن متن الإقناع 212/5.

[5] أبو مالك كمال بن السيد سالم، ناصر الدين الألباني، عبد العزيز بن باز، محمد بن صالح العثيمين: "صحيح فقه السنة وأدلته، وتوضيح مذاهب الأئمة"، ج3، المكتبة التوفيقية، القاهرة، ص، 347.

الفقرة الثانية: الخلع في التشريع الأسري الخليجي والمغربي.

أولا-في التشريع الخليجي

ورد الخلع في النظام السعودي من خلال المادة الثانية والثلاثين (الفقرة4) من قانون المرافعات الشرعية[1]ما يلي: "يراعى لإثبات الخلع: اقترانه بإقرار المخالع بقبض عوض المخالعة، أو حضور الزوجة، أو وليها للمصادقة على قدر العوض وكيفية السداد".

وبالتأمل في النص يلاحظ أنه عرف الخلع على أنه افتداء المرأة لنفسها من رباط الزوجية مقابل عوض يقبضه الزوج ويجوز فيه أن ينوب الولي عن الزوجة، ولو أقر الزوج بقبض العوض فلا يشترط حضور الزوجة أو وليها"[2].

أما منظم قانون الأسرة البحريني فلم يعط تعريفا محددا للخلع ولم يوضح الأسباب المؤدية إليه وهذا ما جاء في المادة 97:

أ- "للزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع.

ب- باستثناء من أحكام الفقرة(أ) من هذه المادة، إذا كان الرفض تعنتا وخيف ألا يقيما حدود الله حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب لا يزيد على المهر.

ج- جيكون الخلع بعوض تبذله الزوجة على أن يكون في حدود ما أعطاه الزوج من مهر.

د- يعتبر الخلع فسخا ويوقعه القاضي بلفظ الخلع لا بلفظ الطلاق".

---

[1] صدر نظام المرافعات الشرعية بالمرسوم الملكي رقم (م/21) وتاريخ 1421/5/20ه ونشر في جريدة أم القرى، 3811، وتاريخ 1421/6/17ه، انظر المادة 32 من نظام المرافعات الشرعية، وزراة العدل.

[2] سلطان بن محمد دعيلج:"دعوى الخلع في القضاء السعودي"، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي"، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، الرياض، س، 1434 ه/ 2013 ه، ص: 40.

وجاء في تعريفه في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في الفقرة الأولى من المادة 110 ما يلي:

"الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها"[1].

كما نصت المادة111 من قانون الأسرة الكويتي على أن:

أ- "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه، بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناها.

ب- ولا يملك الخلع غير الزوجين أو من يوكلانه"[2].

أما قانون الأحوال الشخصية العماني فقد نصت المادة 94 على ما يلي:

- للزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع.
- يكون الخلع بعوض تبذله الزوجة
- يعتبر الخلع طلاقا بائنا"[3].

في حين نصت المادة 118 من قانون الأسرة القطري على ما يلي:

الخلع هو حل عقد الزواج بتراضي الزوجين بلفظ الخلع، أو ما في معناه، على بذل تبذله الزوجة ولا يشترط أن يكون في حالة طهر المرأة ويكون فسخا"[4].

ويتضح مما سبق أن المشرع الخليجي سمح للمرأة بمخالعة زوجها ووضع نهاية للرابطة الزوجية رضائيا بعوض، وهذا دليل على أحقيتها في المخالعة وبدون موافقة

[1] المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، انظر موقع وزارة العدل.
[2] المادة 111 من قانون الأسرة الكويتي، انظر موقع وزارة العدل.
[3] المادة 94 من قانون الأسرة العماني، انظر موقع وزارة العدل.
[4] المادة118 من قانون الأسرة القطري، انظر موقع وزارة العدل.

الزوج، حيث اعتبر أن الخلع لا يكون إلا رضائيا بين الزوج وزوجته، ولا يكون إلا ببدل تبذله الزوجة لزوجها، ولهذا هناك من اعتبر ما يقع بالخلع طلاقا بائنا، في حين اعتبره المشرع البحريني والقطري فسخا.

ثانيا – الخلع في مدونة الأسرة المغربية:

يقول الفقيه الكشبور:"الطلاق بالاتفاق أو بالخلع"، يوحي هذا العنوان أننا أمام طلاق واحد قد نطلق عليه مصطلح إما الطلاق بالاتفاق وإما الطلاق بالخلع، غير أن المشرع سيهدم ذلك الإيحاء عندما سيقوم فيما بعد بتنظيم الطلاق بالاتفاق في المادة 114 والطلاق بالخلع في المواد من 115 إلى 120 من مدونة الأسرة بكيفية مستقلة، ورغم ذلك فسواء تعلق الأمر بالخلع أو بطلاق اتفاقي، فنحن أمام تعاقد مبني على سلطان الإرادة".

وفي إطار مدونة الأسرة نصت المادة 115 على أن للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114، وتفرض هذه المادة الأخيرة في فقرتها الثانية ما يلي:

"عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطليق للمحكمة مرفقا للإذن بتوثيقه.

تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح، أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه"، وهكذا أصبح هذا الإذن شرطا إجرائيا في الخلع، يترجم إلى حد ما إشراف القضاء على الطلاق بكل أنواعه[1].

وفي حديث البخاري:" أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في

[1] محمد الكشبور، الكتاب الثاني، م س، ص:100 و109.

الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أتردين عليه حديقته" قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم" اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[1].

الفقرة الثالثة: شروط الخلع

- أهلية الزوج المخالع بأن يكون بالغا عاقلا عند جمهور الفقهاء فكل من لا يصح طلاقه لا يصح خلعه كالصبي والمجنون والمعتوه ومختل العقل.
- أن تكون الزوجة المخالعة محلا للطلاق بأن تكون في حالة زواج صحيح قائم ولو قبل الدخول.
- أن تكون الزوجة أهلا للتصرف بأن تكون بالغة عاقلة غير محجور عليها لسفه ولو قبل الدخول.
- أن تكون الزوجة راضية بدفع العوض إلى زوجها نظير خلعها غير مكرهة ولا جاهلة معنى الصيغة، فالخلع فرقة رضائية تعتمد رضا الزوج والزوجة.
- أن تكون الصيغة بلفظ الخلع أو ما اشتق منه كالإختلاع والمخالعة أو بلفظ يؤدي معنى الخلع كالمبارأة أو الافتداء من الزوج أو وكيله[2].
- كون بدل الخلع مما يصح جعله مهرا والبدل عند جمهور الفقهاء: كل ما يصح تملكه، سواء أكان مالا عينا، أم دينا عقارا أو منقولا أم منفعة فإن خالعها على محرم كخمر أو خنزير أو مسروق أو مغصوب، فلا شيء له عليها، وبانت منه عند المالكية والحنابلة، وبنحوه قال الحنفية، ويكون كالخلع بلا عوض، لأنه قد رضي بالإسقاط من غير عوض فلا يستحق عليها شيئا

[1] ابن حجر العسقلاني:"فتح الباري شرح صحيح البخاري" الجزء التاسع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،1418هـ/ 1997م، حديث رقم: 5273 ص: 494.
[2] ماجد أبو رخية، م س، ص: 190.

ويرى الشافعية: أنه إذا خالعها على حرام بانت منه بمهر المثل، لأن المعتمد عندهم أنه متى ذكر البدل لا يصح بدلا يبطل البدل، ويثبت مهر المثل[1].

المطلب الثاني: الحكمة من تشريع الطلاق بالخلع

قد يطرأ ما يحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق، وتشتد حدة الخصام بصفة دائمة، مما يستدعي البحث عن حل، خاصة إذا لم يتم التوصل إلى الصلح بسبب الشقاق المستمر، فقد أرشد الإسلام إلى مقاومة النزاع واستئصاله عن طريق مؤسسة الحكمين التي تتكون من حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة، وذلك لأن أهل الزوجين أشد الناس حرصا على بقاء الأسرة بمقتضى صلات قرابتهم بالزوجين ولأنهما أشد الناس حرصا على حفظ ما قد يكون في أسباب الشقاق من شؤون يجب أن تكتم وتخفى حتى لا تتأثر مكانة الزوجين[2]، وبعد استمرار محاولة التوفيق والصلح بين الزوجين يتم في الأخير اللجوء لحل هذا الميثاق الغليظ بالطلاق.

وبما أن الأصل في الطلاق أنه بيد الزوج ولكن لحكمة ارتضاها الرحيم بعباده، أذن للمرأة حق توقيعه، تيسيرا لها ودفعا للضرر اللاحق بها إذا ما كرهت وبغضت العيش مع زوجها، وذلك مخافة ألا تقيم حدود الله، كما أن الأسباب المؤدية إلى النفرة والبغض عديدة فمنها ما هو مادي، ومنها ما هو معنوي، إلا أن السبب يجب أن يكون وجيها في كليهما ليؤدي البغض إلى درجة عدم تحمل الاستمرار في علاقة زوجية مستحيلة، فالخلع ما شرع إلا من أجل رفع الضرر عن الزوجة ومنحها حرية إنهاء رباط الزوجية والتخلص من المقام مع من تكره[3]، وقد ورد نهي شديد في طلب المخالعة دون مسوغ أو لسبب تافه، لقوله ﷺ«أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في

---

[1] الشربيني:"مغني المحتاج"، ج 3، ص: 336.

[2] سعاد إبراهيم صالح:"أضواء على نظام الأسرة في الإسلام"، الطبعة الأولى، 1982م، مطابع النصر، جدة، ص:142 و143.

[3] المرسي عبد العزيز السماحي:"بحوث في فرق النكاح"، مطبعة الفجر الجديد، الطبعة الأولى، 1986م، ص:33و34.
-ابراهيم فوزي:"أحكام الأسرة في الجاهلية والإسلام "، دار الكلمة، بيروت، الطبعة الثانية، س، 1983 م، ص:130 .

غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة»[1]، وإذا كان الخلع من حقوق الزوجة تفتدي نفسها من رباط الزوجية فهو ليس على الإطلاق بل هناك أسباب من أهمها:

الشقاق والضرر لقوله عز من قائل ﴿**ولا يحل لكم أن تأخذوا مما ءاتيتموهن شيئا إلا أن يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون**﴾[2]، وفي الآية دليل على أن الشقاق والضرر شرط في الخلع، ولم يشرع إلا في هذه الحالة، فلا يجوز في غيرها إلا بدليل، وقالت طائفة كثيرة من أئمة الخلف أنه لا يجوز الخلع إلا أن يكون الشقاق والنشوز من جانب المرأة فيجوز للرجل حينئذ قبول الفدية[3].

والحكمة من مشروعية المخالعة إفساح المجال للمرأة للانحلال من حياة زوجية لا ترتضيها دون إلحاق الضرر بالرجل فيما أنفقه من أموال لإنشاء تلك الحياة، فكما أفسح الإسلام المجال للرجل أن يطلق ويخسر التكاليف المالية في مقابل ذلك، أتاح للمرأة سبيلا أن تطلب المخالعة في مقابل أن تتحمل التكاليف المالية، وذلك في غاية العدل ومنتهى المصلحة والكمال في التشريع[4]، ولهذا لم يبح الشرع الإسلامي لكلا الطرفين التعسف أثناء استعمال حقه، فللمرأة استعمال حقها فيما يدفع ضررا أو يجلب منفعة، لكي لا تحيد بذلك عن مقصد الشرع من تشريع الخلع، وبما أن الطلاق بالخلع مبني على مبدأ الرضائية المعبر عن رقي المستوى الفكري الذي وصل إليه الإنسان، فلا عيب أن يكون ذلك بطريقة ودية وسلمية، ويكون من مصلحة الطرفين سلوك هذا النوع من الانفصال مما ينعكس إيجابا على الأطفال في

---

[1] صححه الألباني في حديث أبي داوود.

[2] سورة البقرة، آية 229.

[3] ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي، (ت774 ه)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمر سلامة، دار طيبة، الطبعة الثانية، السعودية، س، 1999 م، باب رقم: 239، ج1، ص: 614.

[4] أيمن الدباغ:"التعسف في الطلاق"، مجلة جامعة الأقصى، العدد الأول، المجلد الثامن عشر، سلسلة العلوم الإنسانية، س، يناير 2014 م، ص:77.

حال وجودهم، والخلع[1] هو الصورة المقابلة للإرادة المنفردة للزوج، ومن هنا تتجلى المساواة الإلهية في منح الإذن لحل الرابطة الزوجية سواء للرجل أو المرأة وتقييده بقيود شرعية، لا تسمح بإلحاق الضرر والأذى بالطرف الآخر فلا يستعمل إلا في حدود مشروعيته، وهذا خير مثال على مبدأ المساواة التي جاءت بها المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

وفيما يتعلق بالبدل الذي يأخذه الزوج مقابل الطلاق فهو من باب العدل والإنصاف لتحمله مشقات مصاريف الزواج وإعداد بيت الزوجية، فيكون مواساة له على خسارته تلك إضافة إلى أن الشقاق من جهتها ولا ذنب له فيه، كما أنه إذا طلب الطلاق فبيده وعليه تحمل تبعاته وإذا ما طلبت الزوجة فلها الخلع وعليها أن تتحمل تبعاته أيضا، كوجه آخر من وجوه المساواة[2].

المطلب الثالث: الأدلة الشرعية والفقهية للطلاق بالخلع

أثار موضوع انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بمقابل "الطلاق بالخلع" نقاشا كبيرا بين الفقهاء، فما هي الأدلة الشرعية الواضحة الدلالة من الكتاب ومن السنة التي تؤكد على مشروعيته؟**(الفقرة الأولى)**، ومن المعلوم أن الفقهاء اهتموا بتحديد طبيعة الفرقة الناتجة عن الخلع، لما يترتب عن هذا التكييف من آثار شرعية لذلك انقسموا إلى فريقين، فهناك من اعتبرها طلاقا بائنا ومنهم من اعتبرها فسخا**(الفقرة الثانية)**، وبما أن الجانب التطبيقي هو الهدف الأساسي من الدراسة النظرية إرتأينا تقديم بعض النماذج من القضاء السعودي**(الفقرة الثالثة)**.

[1] إسماعيل النقاز:"حل الرابطة الزوجية"، دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة الفقه والقانون، العدد 36، س، أكتوبر 2015 م، ص: 53.

[2] المرسي عبد العزيز السماحي:"بحوث في فرق النكاح"، مطبعة الفجر الجديد، الطبعة الأولى، س، 1986 م، ص: 33.

الفقرة الأولى: من الكتاب والسنة النبوية الشريفة.

أولا: من الكتاب

1-"الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما ءاتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح علهما فيما افتدت به، تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود فأولئك هم الظالمون[1]"، قال في فتح القدير عند تفسير هذه الآية" وهذا هو الخلع، وقد ذهب الجمهور إلى جواز ذلك للزوج، وأنه يحل له الأخذ مع ذلك الخوف وهو الذي صرح به القرآن[2]".

2-قوله تعالى﴿**ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾[3] فإن العضل في هذه الآية من الزوج لامرأته وهو أن يؤذيها ولا يحسن عشرتها فسماه الله عضلاً لأنه يمنعها حقها في النفقة وحسن العشرة ليضطرها بذلك إلى الافتداء منه بمهرها، وعضله عليه أمره تعضيلاً ضيق عليه وعضل به المكان أي ضاق[4] وروى البخاري في سبب نزول الآية عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كانوا إذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته، إن شاء بعضهم تزوجها، وإن شاءوا زوجوها وإن شاءوا لم يزوجوها إلا أن يكون ذلك عن طيب خاطر ونفس منهن بدون إكراه أو ابتزاز، مصداقا لقوله تعالى﴿ **وءاتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه فكلوه هنيئا مريئا**﴾[5].

---

[1] سورة البقرة، آية، 229.
[2] الشوكاني محمد بن علي بن محمد: "فتح القدير"، دار الفكر، بيروت، ج1، ص: 238.
[3] سورة النساء، جزء من الآية 19.
[4] ابن منظور:" لسان العرب"، ج1،.الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، ص: 451.
[5] سورة النساء، آية 4.

ثانيا- من السنة النبوية الشريفة

جاء في موطأ مالك أن حبيبة بنت سهل الأنصاري كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وأن الرسول الله صلى ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله ﷺ« من هذه؟ فقالت: أنا حبيبة بنت سهل فقال «ما شأْنك، قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله ﷺ:هذه حبيبة بنت سهل وذكرت ما شاء الله أن تذكر»، وقالت حبيبة: يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس: خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها[1]، وفي حديث البخاري أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله ﷺ«أتردين عليه حديقته»، قالت نعم قال رسول الله ﷺ«اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[2].

وهذا الحديث أصل في الخلع وعليه جمهور الفقهاء قال مالك: "لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجتمع عليه عندنا وهو أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسئ إليها، ولم تؤت من قبله وأحبت فراقه، فانه يحل له أن يأخد منها كلما افتدت به كما فعل النبي صلى ﷺ في امرأة ثابت بن قيس"[3].

وقد جاء في قانون الأحوال الإماراتي في المادة 11 ما يلي: يشترط لصحة البدل في الخلع أهلية باذل العوض وأهلية الزوج لإيقاع الطلاق"، كما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 110 من قانون الأحوال الإماراتي: "إذا لم يصح البدل في الخلع وقع الخلع

---

[1] محمد ناصر الدين الألباني:"صحيح سنن أبي داود"، ج2، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الطبعة الأولى، س، 1409هـ/1989م، ص:420.

[2] ابن حجر العسقلاني:"فتح الباري شرح صحيح البخاري"، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية،1418هـ/ 1997م، حديث رقم: 5273، ص: 494.

[3] أبو عبد الله محمد القرطبي:"مختصر تفسير القرطبي"، ج1، دار االكتب العلمية، بيروت، س،1987م، ص:206.

واستحق الزوج المهر المسمى بمهر المثل"، فإذا [1]كانت الزوجة كارهة للبقاء في عصمة زوجها وراغبة في مفارقته واتفقت معه على الخلع نظير مبلغ تدفعه الزوجة لزوجها، فللزوج أخذ البدل سواء أكان مساويا للمهر أو أقل منه أو أكثر، ولكن يستحب أن لا يأخذ منها أكثر مما أعطاها عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى ﴿**ولا يحل لكم أن تأخذوا مما ءاتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾[2].

الفقرة الثانية: الآثار المترتبة عن الطلاق بالخلع.

أولا – يترتب على الخلع ما يلي:

- فسخ [3]عقد الزواج بين الزوجين المتخالعين، وذلك إذا تم الخلع بين الزوجين بحكم القاضي وكان صحيحا وموافقا للوجه الشرعي والنظام انفسخ عقد الزواج بين الزوجين.
- يقع به طلقة بائنة ولو بدون عوض أو نية، وهذا رأي الحنفية والمالكية والشافعية في الراجح وأحمد في رواية عنه، لقوله تعالى: "فلا جناح عليهما" وإنما يكون فداء إذا خرجت المرأة من سلطان الرجل، ولو لم يكن بائنا لملك الرجل الرجعة، وكانت تحت حكمه وقبضته، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة، فلو جازت الرجعة لعاد الضرر، والمعتمد لدى الحنابلة وهذا ما أخذت به المملكة العربية السعودية، هو أن الخلع طلاق بائن إن وقع بلفظ الخلع والمفاداة ونحوهما أو بكنايات الطلاق، ونوى به الطلاق؛ أنه كناية نوى بها الطلاق فكانت طلاقا.

[1] عبد الله محمود الجبوري، م س، ص:191.
[2] سورة البقرة، جزء من الآية: 229.
[3] سلطان بن محمد دعيلج، م س، ص: 100 و101 و104و105.

- يلزم الزوجة أداء بدل الخلع المتفق عليه، سواء أكان هو المهر أم بعضه أم شيئا آخر سواه؛ لأن الزوج علق طلاقها على قبول البدل، وقد رضيت به فيكون لازما في ذمتها باتفاق الفقهاء.
- وجوب العدة على المختلعة بعد الدخول، ولا خلاف بين جمهور[1] الفقهاء عليها وفي الراجح لديهم إلى أن عدتها عدة المطلقة.
- استحقاق المختلعة حضانة أبنائها الصغار، فلا خلاف بين جمهور الفقهاء على وجوب العدة على المختلعة بعد الدخول، وذهب جمهور الفقهاء في الراجح لديهم إلى أن عدتها عدة المطلقة[2].

الفقرة الثالثة: الوقائع التطبيقية لدعوى الخلع في القضاء السعودي

لقد عرفت الدوائر القضائية السعودية كثيرا من المنازعات الأسرية، والتي حاول القضاء السعودي الفصل فيها، وبعد استنفاذ جميع المحاولات الأسرية للصلح خصوصا في حالة وجود أطفال كذلك تدخل لجان إصلاح ذات البين لإنقاذ الحياة الزوجية، وإذا لم تسفر هذه المجهودات المبذولة عن النتيجة المرغوبة، وفي هذه الحالة يقول القضاء كلمته الأخيرة التي تفصل وتضع حدا لأطراف الخصومة.

وعليه سنتناول في هذه الفقرة عرض لبعض الوقائع التطبيقية لدعوى الخلع في القانون الأسري السعودي، وفيه بيان للأحكام الشرعية والالتزام في الواقع العملي بها

---

[1] الدسوقي: "حاشية الدسوقي"، م س، ص:499، الدمياطي:" إعانة الطالبين"، ج4، ص: 37، البهوتي:"الروض المربع"، ج3، ص: 205، م س، ابن قدامة: "المغني"، ج 8 ص: 78، م س، ابن حزم:" المحلى"، ج10، ص: 257، م س.

[2] اختلف الفقهاء إلى أن عدة المختلعة على قولين: القول الأول: ذهب الأئمة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد في رواية عدة المختلعة عدة المطلقة، وممن قال بهذا القول سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله، وعروة بن الزبير، وعمر بن عبد العزيز وغيرهم، والقول الثاني وهو رواية عن الإمام أحمد قوله عدة المختلعة حيضة واحدة، لحديث ابن عباس وهو أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد حيضة واحدة رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حسن غريب وجوابه عموم الآيات، وكفرقة غير الخلع وحديثهم يريه عكرمة مرسلا، حيث قال أبو بكر: هو حديث ضعيف مرسل، وقول عثمان وابن عباس خالفه عمر وعلى المطلقة، انظر: ابن مفلح، ابراهيم بن محمد ابن عبد الله (ت763)، الفروع ومعه تصحيح الفروع للمرداوي:" عالم الكتب"، 1967 م، ج8، ص: 120، وابن عبد البر:" الاستذكار"، ج6، ص: 87، م س، ابن الهمام:" فتح القدير"، م س، ج4، ص:212-213، م س، الحصني أبي بكر بن محمد:" كفاية الأخبار في حل غاية الاختصار"، تحقيق: عبد الحميد طعمه حلبي، دار المعرفة، الطبعة الأولى، س، 2000م، ج2، ص: 91، انظر، سلطان بن محمد دعيلج، م س، ص: 102-103.

ابتغاء تحقيق العدل والمساواة التي يسعى النظام السعودي والقائمين على أمره لتحقيقها[1].

⊂ القضية الأولى:

ورد في الصك 12/200/208 الصادر عن المحكمة العامة بالرياض، وبتاريخ 1429/3/8هـ، أن المدعية سعودية الجنسية أقامت دعوى على زوجها السعودي تدعي فيها كراهية الحياة معه نظرا لإهانته لها، ولسوء سلوكه، فهي تطلب فسخ النكاح منه، وبسؤال المدعى عليه صادق على النكاح والدخول، ونفى ما ورد بخصوص سوء المعاملة والإهانة، وأبدى عدم استعداده لطلاقها.

وبمحاولة الصلح بين الطرفين وتكرار وعظهما لاختيار حكمين فاختار كل واحد منهما حكما، لكن الحكمين لم يتوصلا للصلح بين الطرفين، وعليه ظهر للقاضي أن الأصلح فسخ عقد نكاح المدعية، وبعد اتفاق الطرفين على الطلاق بعوض قدره 37000 ريال سعودي وبعد خصم نفقة الابنة والتي تعيش مع والدتها بمبلغ وقدره 7200ريال سعودي، وقبض المدعى عليه مبلغا وقدره 29000 ريال سعودي، أشار القاضي في حكمه إلى فسخ عقد نكاح المدعية وإلى العوض الذي ستدفعه المدعية للمدعى عليه، وبين القاضي في هذه القضية الآثار المترتبة على قبول دعوى الخلع بأنها في عدة شرعية، وقد صار الحكم بات بمصادقة محكمة التمييز بالرياض عليه.

⊂ القضية الثانية:

وجاء في الصك رقم 296/20، الصادر من المحكمة العامة بالرياض، وبتاريخ 1425/7/29هـ، أن المدعية فلسطينية الجنسية أن زوجها الأردني الجنسية تزوجها بالعقد رقم 21 وتاريخ 1424/5/6هـ، الصادر من محكمة الضمان والأنكحة

[1] سلطان بن محمد دعيلج، نفس المرجع، ص: 105.

بالرياض، ولم يدخل بها وهي لا تريده وتطلب طلاقها منه، وسأل القاضي المدعى عليه عما ورد في صحيفة الدعوى، فأقر بصحة ما ورد فيها على لسان المدعية، وأنه لا يمانع من فراقها بشرط أن ترد له كامل ما أخذته منه، وبعد المداولة بين الطرفين اتفقا على أن يخالع الزوج زوجته مقابل أن ترد المهر الذي دفعه ومقداره 100000 ريال سعودي إضافة إلى ذهب بقيمة 5000 ريال ويتسامح الطرفان في الدنيا والآخرة، وعليه حكم القاضي بصحة الصلح ولزومه وثبت لديه خلع المدعية من المدعى عليه على عوض وقدره 10000 ريال مع الذهب الذي دفعه لها، وقد صار هذا الحكم بات بمصادقة محكمة التمييز بالرياض عليه، وقد أفهم القاضي المدعية بأن عليها عدة شرعية.

⊂ القضية الثالثة:

أما في الصك رقم 33458868 الصادر من المحكمة العامة بالرياض، وبتاريخ 1433/11/20هـ، ادعت سورية الجنسية على زوجها سعودي الجنسية بأنه تزوجها قبل أربعة عشر عاما على صداق غير مقبوض وقدره 100000 ريال سعودي ودخل بها، ويسيء معاملتها ويهينها، وتطلب من المحكمة فسخ عقد نكاحها منه لكراهيتها العيش معه، وباستجواب المدعى عليه عما ورد بصحيفة الدعوى أجاب: أن ما ذكرته المدعية من الزواج والدخول بها فصحيح، وعن سوء المعاملة أنكر ذلك، وقد حكم القاضي بقبول دعوى الخلع من المدعية مقابل تنازلها عن مهرها ومؤخر صداقها ونفقتها الماضية وحقوقها التي في ذمة المدعى عليه، وأفهمت المدعية بأنها في بانت منه بينونة صغرى لا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين، وأن عليها العدة وهي ثلاث حيض كاملات ابتداء من تاريخ هذه الجلسة 1433/11/16هـ، حيث ذكرت أنها من ذوات الأقراء وليست حاملا.

نستنتج مما سبق أن مبدأ العدل والمساواة يشكلان أحد الأهداف الرئيسية التي سيطرت على عزيمة وإرادة المنظم العربي الذي حاول تجاوز الأخطاء التي كانت تسبب ظلما وحيفا للمرأة في العصور القديمة، فتمتع المرأة بحقوقها الإنسانية في إنهاء الرابطة الزوجية، لم يعد قضية وطنية، بل أصبح حقا مشروعا له أبعاد دولية بعد أن التزمت المملكة المغربية والدول الخليجية دستوريا باحترام حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا، فطلب الزوجة الرامي لإنهاء العلاقة الزوجية عن طريق الطلاق بالخلع، يخضع لرقابة قضائية توجب توافر شروطه الموضوعية وأسبابه القانونية، وصدور حكم قضائي بذلك.

المبحث الثالث: الإجراءات المسطرية المتبعة لإنهاء الرابطة الزوجية

من المعلوم أن الهدف الأساسي من الزواج أن ينشأ على وجه الدوام لتحصين الأفراد والمجتمعات ولضمان استقرار واستمرارية الحياة الأسرية، وبما أن المشرع الأسري اعتمد مبدأ الرضائية في عقد الزواج، فقد أعطى للزوجين الحرية في تدبير أمور حياتهما الزوجية، أما إذا تعذر دوام واستمرار العشرة بين الأزواج بالمعروف واستفحل الشقاق بينهما، فقد أباح الشرع الطلاق لدرء مساوئ بقاء الزوجين تحت سقف واحد. ويرى بعض الباحثين في هذا الأمر أن الطلاق رغم اعتباره في الشريعة الإسلامية حق للزوج، إلا أن الأكيد مع ذلك أن منشأ الحق في الفقه الإسلامي هو الحكم الشرعي، فهو إذن منحة إلهية لحكمة متفق على أنها مصلحة قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق، لذلك فإن الأصل في الحق التقييد[1]، لأنه إذا كان منحة من الشارع فهو مقيد بما يقيده به الشارع ابتداء، فالحق يمارس بطريقة عادلة ومن غير تعسف ولا إضرار بالآخرين فإذا ترتبت على ممارسة الحق مفاسد اجتماعية وجب على ولي

[1]الحسين بلحساني:" تعديل مدونة الأسرة بين الثوابت الشرعية ومتطلبات الحداثة"، مداخلة في ندوة، (مستجدات مدونة الأسرة)، نظمت بجامعة محمد الخامس السويسي الرباط، س، 2003 م، ص:27.

الأمر أن يتدخل من باب السياسة الشرعية لتقييد الحقوق بما يتفق مع غايتها المشروعة[1].

ولهذا فإن معظم القوانين العربية تجيز حل العلاقة الزوجية بالاتفاق بين الزوجين ومع ذلك فلا يجب إنهاء هذه الرابطة إلا استثناء وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين لما في ذلك من عواقب وخيمة تعود سلبا على الأسرة والأطفال، وإذا توصل الزوجان إلى الاتفاق على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية، فإنه لا بد من الإشهاد عليه كي يصبح ساري المفعول مرتبا لكافة آثاره الشرعية والقانونية.

وموضوع تقديم دعوى الطلاق سواء أكان طلاقا أو بالاتفاق بمقابل "الخلع" أو تطليقا كغيره من الدعاوى يستلزم تقديم الطلب إلى المحكمة المختصة، غير أن هذا الطلب ينفرد بخصوصيات معينة وفق الإجراءات المسطرية التي تحددها المقتضيات الأسرية لكل دولة، وهو ما سنعمل على إبرازه من خلال بحث كيفية تقديمه في النظام الأسري الخليجي(**المطلب الأول**) وفي مدونة الأسرة المغربية(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: الإجراءات القانونية لإنهاء حالات الطلاق في التشريع الأسري الخليجي (نموذج محاكم الرياض)

نظمت المادة 33 من نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم(م/1) وتاريخ 22/ 1/ 1435 هـ اختصاصات محكمة الأحوال الشخصية؛ كما يلي: "جميع مسائل الأحوال الشخصية ومنها إثبات الزواج والطلاق والخلع وفسخ النكاح والرجعة والحضانة والنفقة والزيارة"، وبينت اللائحة ما يلي:" يراعى عند عقد الزواج أو إثباته، موافقة الجهة المختصة فيما يحتاج إلى ذلك مما صدرت به التعليمات"، ومن يقوم بإنهاء الطلاق هو الزوج أو وكيله؛ لأن الطلاق لا يصح إلا

[1]محمد فاروق النبهان:"أهمية مراعاة الفضيلة في تفسير النصوص القانونية المتعلقة بالأسرة"، مقال منشور بمجلة دار الحديث الحسنية، العدد، 15، س، 1998 م، ص:433.

من الزوج أو وكيله، ولا يصح من الزوجة إلا إذا وكلها الزوج به في الشريعة الإسلامية، وإذا امتنع الزوج من إنهائه وإثباته أمام القاضي أو لم يقم به فللزوجة رفع الدعوى لإثبات طلاق زوجها لها في المحكمة المختصة.

والزوج إذا أتى إلى محكمة الأحوال الشخصية لإنهاء الطلاق فهو إما قد تلفظ بالطلاق قبل حضوره إليها، أو لم يتلفظ به بعد، ويريد إيقاع الطلاق عند القاضي فأما الذي تلفظ بالطلاق فيقوم بتعبئة "نموذج طلب إثبات الطلاق" رقم:53-01-01-1، وأما الذي لم يتلفظ فيقوم بتعبئة "نموذج طلب الطلاق" رقم: 43-01-1 عند مراجعته للمحكمة، ثم يتم إحالته أولا إلى مكتب التوجيه والإصلاح الموجود في المحكمة نفسها[1].

وعليه سنتعرف على الدور الذي يبذله مكتب التوجيه والإصلاح في محاولة التوفيق بين الزوجين **(الفقرة الأولى)**، ودور القاضي في إيقاع الطلاق **(الفقرة الثانية)**، ثم ما مدى إلزامية استشارة المؤسسة الدينية المتمثلة في شخص سماحة المفتي في إنهاء الطلاق **(الفقرة الثالثة)**.

الفقرة الأولى: دور مكتب التوجيه والإصلاح في إنهاء الطلاق

يمارس مكتب التوجيه والإصلاح دور اجتماعي كبير يهدف إلى توجيه الزوجين المتخاصمين إلى أهمية الصلح، ويساعدهم على فهم الحياة الأسرية وإعادة جسور الثقة بين الزوجين، لأن العلاقة الزوجية يجب أن تنشأ وفق الضوابط الشرعية إما حياة أسرية تسودها المعاشرة بالمعروف أو تفريق بإحسان، ولذلك يحاول قدر المستطاع التقليل من نسب الطلاق.

[1] محمد علي بن مولود ياركي:"الإجراءات في إنهاء حالات الطلاق الثلاث"، دراسة ميدانية في محكمة الأحوال الشخصية بالرياض، مجلة العدل ، العدد 55، س، رجب 1433 ه، السنة الرابعة عشرة، ص: 82.

ولقد نصت اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية طبقا للمادة (24/ 10/هـ)، وتعميم معالي وزير العدل تحت رقم (13/ت/3093) في 7/ 4/ 1428 هـ، أن للزوجة في المسائل الزوجية(تشمل جميع الدعاوي الزوجية: الحضانة، الزيارة، النفقة) الخيار في إقامة دعواها في بلدها أو بلد الزوج وعلى القاضي إذا سمع الدعوى في بلد الزوجة استخلاف قاضي بلد الزوج للإجابة عن دعواها(ويذكر عنوان الزوج في البلد)، فإذا سمع قاضي محكمة بلد الزوج إجابة الزوج دونها في الضبط وأعادها إلى محكمة بلد الزوجة مع صورة مصدقة من الضبط، فإن كانت دعوى الزوجة متوجهة فيحدد القاضي في بلد الزوجة موعدا لنظرها، ويكتب إلى محكمة بلد الزوج لإبلاغ المدعى عليه بالحضور لنظر الدعوى وإذا لم يحضر يتم نظر الدعوى غيابيا، وإذا حضر الموعد فإن القاضي ينظر القضية، أما بالنسبة للزوج[1] فيذهب إلى المحكمة ويقوم الموظف المختص بطرح مجموعة من التساؤلات التي تروم حول الطلاق هل تلفظ به أو لم يتلفظ به؟ وحال الزوجة من حيث الطهر وعدمه؟ ثم يسأله عن الأسباب التي أدت به إلى الطلاق أو طلب إيقاع الطلاق، وأخيرا يطلب منه مجموعة من الإجراءات الشكلية والتي تتمثل في موافقته على تدخل المختصون في المحكمة لإجراء محاولة الإصلاح بينه وبين زوجته، ثم يتم تسجيل جميع البيانات في جدول خاص ويلاحظ الإشارة في الدعوى إلى ما يلي:

- العقد–إن وجد–والدخول وتاريخه.
- اسم الزوج والزوجة وعدد الأولاد.
- المشكلة وأسبابها ثم ختم الدعوى بطلب طلاق أو تطليق أو خلع أو بطلب فسخ أو حسن معاشرة.

[1] محمد علي بن مولود ياركي، نفس المرجع السابق، ص: 83.

- أن يطلب من المدعى عليه الجواب ولا بد أن يتضمن الجواب المصادقة على أن المدعية زوجته وعلى العقد والدخول وتاريخه والأولاد، ويسجل تحت استمارة المراجعة وترقم ويتم إرسالها إلى القاضي للاضطلاع والدراسة، ثم يقوم القاضي بتحويل الملف إلى مكتب التوجيه والإصلاح.

ويلعب هذا المكتب في المقام الأول على إصلاح ذات البين وتهدئة الأطراف وامتصاص غضب أطراف العلاقة الزوجية، ولقد أكد عدد كبير ممن لجأوا إلى المكاتب المختصة بإصلاح ذات البين في المحاكم، على نجاح المستشارين المختصين في حل القضايا، والحد من كثرة قضايا الطلاق التي ترد إلى المحكمة وتوجيه الأزواج قبل وقوع الطلاق وتبصيرهم بخطورته على الأسرة وآثاره السلبية على المجتمع، إلى جانب نشر الثقافة الأسرية بين الزوجين وتوعية أفراد المجتمع حول تماسك الأسرة، وغرس مبدأ التكافل الأسري مع المساهمة في تقليل القضايا المنظورة أمام المحاكم، ثم إعداد إحصائيات شهرية وسنوية لمعرفة أسباب الخلافات الزوجية ومعالجتها[1].

ويقول الدكتور محمّد بن عبد الله الخضيري: "إنه على الرغم من شهود مجال الإرشاد الأسري في المجتمع السعودي توسعاً كبيرا في السنوات الأخيرة سواء على شكل برامج تدريبية أو مراكز إرشادية ربحية أو مراكز إرشادية أهلية وخيرية وخطوط إرشاد هاتفي، إلا أن المأخذ عليها أحيانا أنه يشوب هذه الجهود المباركة عدم العمق في النظر للظاهرة الإنسانية وتعقد العلاقات الاجتماعية عموماً، والعلاقات الأسرية خصوصاً، فضلا عن الغموض الذي يكتنف كثيرا من النواحي النفسية لدى الإنسان

[1] هناء حمادي:"دور مكاتب التوجيه الأسري"، جريدة الاتحاد الإماراتية، تاريخ 9 يونيو 2012 م.

وصعوبة التعامل معها حتى مع بعض المختصين في علم النفس فضلا عمن سواهم"[1].

ولقد أسند المشرع الكويتي في المادة 127 من قانون الأحوال الشخصية 51 لسنة 1984م للمحكمة مهمة السعي للإصلاح بين الزوجين في إطار تعزيز وتأكيد دور القاضي الإيجابي في مجال الأحوال الشخصية ولا يعتبر الإصلاح بين الزوجين ضمن مهمة القاضي وفقا لقانون المرافعات الكويتي، حيث لا يوجد نص في هذا القانون يخول القاضي القيام بهذه المهمة إلا في مادة الأحوال الشخصية، فقيام القاضي بعرض الصلح ليس أمرا اختياريا متروك للسلطة التقديرية للمحكمة وإنما هو أمر وجوبي وإلا اعتبر الحكم الصادر عن القاضي مبني على إجراءات باطلة، وفقا للمادة 127 من قانون الأحوال الشخصية والتي نصت على ما يلي:"... وعلى المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر عينت حكمين للتوفيق أو التفريق"، [2] وهذا ما نصت عليه كذلك المادة 101 و102 و103 و105 من قانون الأسرة البحريني، في حين أكدت المادة 104 من نفس القانون على ضرورة اعتماد تقرير الحكمين أو تعيين غيرهما من ذوي الاختصاص في الشؤون النفسية والاجتماعية بقرار مسبب للقيام بمهمة التحكيم مجددا[3]، فلا يكفي في دعاوي الطلاق أو التطليق مجرد عرض الصلح على الطرفين، وإنما يتعين على المحكمة أن تبذل جهدا في محاولة السعي لهذا الصلح ويتعين عليها إثبات الدور الذي قامت به في محضر الجلسة في أسباب الحكم باعتبار أن هذا الإجراء أي التدخل لإنهاء

[1] عبد الله بن ناصر السدحان:" الإرشاد الأسري في المجتمع السعودي ضرورة أم ترف"، جريدة الجزيرة، تاريخ 20 جمادى الأول 1433 ه، عدد، 14441ه ، انظر، محمّد بن عبد الله الخضيري:" مقومات الإرشاد من الناحية الشرعية".

[2] انظر المادة 127 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي 51 لسنة 1984 م.

[3] انظر المواد 101 و102 و104و105 من قانون الأسرة البحريني، موقع وزارة العدل البحرينية.

النزاع صلحا هو إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام وأن مخالفته ترتب بطلان الحكم[1].

ونظرا لأهمية وقداسة الرابطة الزوجية فلا يكتفي القاضي السعودي كذلك بدور مكتب التوجيه والإرشاد الأسري، بل يعين حكمين من العائلة يقومان ببذل جهدهم في استقصاء أسباب الشقاق ومحاولة تذويب نقاط الخلاف بين الزوجين لجمع شتات العائلة وللحفاظ على التماسك الأسري خصوصا في الحالات التي يكون فيها أطفال وبعد انتهاء مجلس العائلة من المهمة المسندة إليهم من طرف القاضي يحيل الموظف المختص النتيجة التي توصل بها الحكمين والتي تتمثل إما في التفوق على إرادة الزوجين بشأن إنهاء الرابطة الزوجية، أو الفشل في التوصل إلى إصلاح ذات البين.

وعموما فإن المراد من تبيين موقف الشريعة الإسلامية من الطلاق هو التأكيد على أن النظام الأسري عندما قيد الطلاق وأسند مراقبته للقضاء، فلم يخالف الشريعة الإسلامية في شيء، وفي ذات الوقت صان كرامة المرأة، وحقق نوعا من الانسجام مع مبادئ الاتفاقيات الدولية في سبيل ترسيخ مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في هذا الحق.

الفقرة الثانية: إذن المحكمة بتوثيق الطلاق

إن إيقاع الطلاق لا يحتاج إلى حكم القاضي في الشريعة الإسلامية وفي الأنظمة السعودية ولكن الزوج يثبت طلاقه لزوجته بحضور الشاهدين ولا ينظر القاضي في إنهاء الطلاق في اليوم نفسه الذي تحال عليه نتيجة تقرير الحكمين بل إن موظفي

[1] طارق عبد الرؤوف صالح رزق، مس، ص: 384و396.

مكتب القاضي يحددون موعدا مناسبا أملا في هدوء أعصاب الزوج أو تراجع الزوجة عن طلاق الخلع أو طلب التطليق للضرر ويقوم القاضي بتذييل الحكم بما يأتي:

- إفهام القاضي الزوج إذا طلق زوجته قبل المجيء إلى المحكمة وتبين من صيغة الطلاق أنه طلاق البدعة، فيفهمه أولا أن ما فعله محرم شرعا وعليه أن يطلق طلاق السنة أي في طهر لم يجامعها فيه.
- إذا تبين للقاضي أن على الزوج مراجعة الإفتاء، فإنه يسجل ذلك في ضبط الطلاق وإذا ما أراد الزوج مراجعة زوجته فعليه أن يراجع المفتي أولا، فإن أفته سماحة المفتي بمراجعتها فله ذلك، وهذا ما سنتطرق له بالتفصيل في الفقرة الموالية.
- إذا كان الحكم فسخا للنكاح فتفهم المرأة بأن عليها العدة، وأنها تبدأ من تاريخ الفسخ أو الخلع، وتحدد مدة العدة، ومن المعلوم أن عدة المفسوخة حيضة واحدة على الراجح، ويرى الجمهور أنها ثلاث حيض.
- إفهام الزوج بأن زوجته بانت منه بينونة صغرى، فلا تحل له إلا بعقد جديد.
- إفهام الزوج بأن عليه مراجعة الأحوال المدنية في حالة إنهاء الزواج لتسجيل الواقعة وإنزال المرأة من دفتر العائلة، حسب التعميم ذي الرقم 12/ ت/127 في 3/ 11/ 1412 هـ(6)، والإجراء المتبع أن المرأة تأخذ الصك وتذهب به إلى الأحوال المدنية فيتم إسقاط اسمها من دفتر العائلة.
- إذا لم يقتنع أحد الطرفين بالحكم وطلب التمييز فتفهم المرأة ووليها ألا تتزوج إلا بعد انتهاء عدتها وتصديق الحكم من محكمة التمييز، حسب التعميم ذي الرقم 8/ ت/ 25 في 8/ 2/ 1412 هـ(7).

الفقرة الثالثة: دور سماحة المفتي في إنهاء الطلاق

إن العلماء هم ورثة الأنبياء وهم أئمة الناس بعد الأنبياء يهدون إلى الله ويرشدون إليه ويعلمون الناس دينهم، وهم خلفاء الرسل والقدوة في الخير والأسوة في الصالحات وهم أخشى الناس لله وأتقاهم له مصداقا لقوله عز من قائل: "إنما يخشى الله من عباده العلماء[1]"، ولقد صدر المرسوم الملكي رقم(أ/137) في 1391/7/8 هـ بتأليف هيئة كبار العلماء المختصين في الشريعة الإسلامية من السعوديين، ويجري اختيارهم بأمر ملكي، ويجوز عند الاقتضاء وبأمر ملكي إلحاق أعضاء بالهيئة من غير السعوديين ممن تتوفر فيهم صفات العلماء السلفيين، ويتفرع عن الهيئة لجنة دائمة متفرغة اختير أعضاؤها من بين أعضاء الهيئة بأمر ملكي وذلك للإجابة عن أسئلة المستفتين في شؤون العقائد والعبادات والمعاملات الشخصية وتسمى اللجنة الدائمة للبحوث والفتوى[2].

والإفتاء يبين الحكم الشرعي للنازلة المعروضة أمام القاضي، لذلك يراجع الزوج المطلق دار الإفتاء إما عن طريق المحكمة أو عن طريق مركز من مراكز الدعوة والإرشاد التابعة لوزارة الشؤون الإسلامية، كما أن له مراجعة سماحة المفتي مباشرة وإذا أفهم القاضي الزوج أن عليه مراجعة الإفتاء، فإنه يسجل ذلك في ضبط الطلاق ويعتبر قرار القاضي إلزاميا، وإذا ما أراد الزوج مراجعة زوجته فعليه أن يراجع المفتي أولا، وبعد حضور الزوج إلى المحكمة أو المركز وبرفقته مطلقته ووليها، يحرر الموظفون في مكتب التوجيه والإصلاح في المحكمة أو في مركز الدعوة والإرشاد محضرا يسمى "محضر ضبط واقعة الطلاق"، ثم يقومون بطرح مجموعة من الأسئلة على الزوج وذلك لاستجلاء الغموض ولكشف واقعة الطلاق ثم يقومون بإرسال صورة

[1] سورة فاطر، آية 28.

[2] الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء: "هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية"، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، س، 1434 هـ/2013 م، طبع ونشر الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، الرياض، ص:6.

من المحضر إلى سماحة المفتي، وبعدما ينتهي المفتي من النظر في المحضر الوارد إليه فإنه يرسل الفتوى إلى المحكمة، ويقوم القاضي بضبط الفتوى في المحضر وعلى الزوج أن يعمل وفق هذه الفتوى فهي ملزمة له.

وأما إذا راجع الزوج سماحة المفتي بالصك الذي بث فيه القاضي بالتفريق بالبينونة الكبرى، فسماحته يفيد بأنه ليس له النظر في هذا الموضوع لصدور الصك فيه من القاضي وقرار القاضي في هذه الحالة يعتبر ملزما[1].

المبحث الرابع: مسطرة إنهاء الرابطة الزوجية في التشريع الأسري المغربي

حرصا من المشرع الأسري المغربي في دعم آلية المصالحة تحت إشراف القاضي والأسرة، ولمحاولة إعادة الحياة للعلاقة الأسرية والتوفيق بين الزوجين، ووضع حد للممارسة الفردية للزوج والتي كانت تهدد استقرار الرابطة الزوجية، عمل على إخضاع مسطرة الطلاق بكل أنواعه إلى رقابة القضاء، من أجل مراقبة سلامة ذلك الاتفاق المبرم بينهما، وبذلك فعلى الزوجين أو أحدهما التقدم أولا بطلب الإذن بالإشهاد على الطلاق لدى المحكمة المختصة(**المطلب الأول**)، والتي تحاول إجراء محاولة الصلح بينهما(**المطلب الثاني**)، وبالتالي يمنح القاضي للزوجين الإذن بالإشهاد على الطلاق(**المطلب الثالث**).

المطلب الأول: طلب الإذن من المحكمة

نظمت مدونة الأسرة مجموعة من المقتضيات القانونية تمثلت في إدخال بعض الشروط والإجراءات للحفاظ على العلاقة الزوجية من العبث والتعسف الذي يمارسه الزوج عند انحلال ميثاق الزوجية، ولصيانة وحماية حقوق المرأة بما يتماشى مع قواعد العدل والإنصاف وفي إطار انسجامها مع اتفاقية القضاء على جميع أشكال

[1] محمد علي بن مولود ياركي، م س، ص:89 و90.

التمييز ضد المرأة، كرست المراقبة القضائية في جميع مراحل توقيع الطلاق أو الطلاق بالخلع أو التطليق، وطبقا للمادة 78 التي تنص على ما يلي:

"الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة، كل حسب شروطه تحت مراقبة القضاء".

ولقد[1] خول المشرع المغربي لقضاة الأسرة وحدهم صلاحية البت في كل القضايا التي تتعلق بالأسرة، إذ نص على أنه:"[2]يمكن لكل غرفة أن تبحث وتحكم في كل القضايا المعروضة على المحكمة كيفما كان نوعها باستثناء ما يتعلق بأقسام قضاء الأسرة"، فالمحكمة الابتدائية وإن كانت لها الولاية العامة للبت في جميع القضايا المعروضة أمامها، فإنه لا يحق لأية غرفة من الغرف سواء مدنية أو تجارية أو عقارية أو اجتماعية أو زجرية البت في قضايا الأسرة، ويتعين عليها إذا ما تم إحالة ملف من الملفات المتعلقة بقضايا الأسرة أن تصرح بعدم اختصاصها، ويعتبر إثارة الدفع بعدم الاختصاص في هذه الحالة من النظام العام، لأن مقصود المشرع القانوني المغربي هو إسناد قضايا الأسرة إلى قضاة ذوي تخصص وتكوين في مادة الأسرة، الأمر الذي ينعكس إيجابا على الرفع من جودة وحسن سير العدالة، وإذا كان المشرع المغربي أخذ بمبدأ المدعي يتبع المدعى عليه في رفع الدعاوي كما هو منصوص عليه في المادة 27 من ق م م[3] فإنه في دعاوي الطلاق والتطليق عمل بخلاف ذلك.

ولقد نصت مدونة الأسرة في المادة 79 على الاختصاص المحلي في دعوى الطلاق على أنه: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد لدى

---

[1] أحمد الأمراني:"السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي"، الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم، الرباط،س، 2011 م، ص: 160 و161.

[2] القانون رقم 72.03 القاضي بتغيير قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.7447 الصادر بتاريخ 11 رمضان 1394، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.40.23 صادر في 12 ذي الحجة الجريدة الرسمية، عدد 5184، تاريخ 14 ذي الحجة 1424 ه/ 5 فبراير 2004 م، ص:453.

[3] المادة 27 من قانون المسطرة المدنية المغربي، انظر موقع وزارة العدل المغربية.

عدلين منتصبين لذلك بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب"، كما نصت على أن مقال التطليق يقدم وفقا للإجراءات العادية إلى المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو التي أبرم فيها عقد الزواج.

أما بالنسبة لمضمون طلب الإذن فلقد نصت المادة 80 من مدونة الأسرة في فقرتها الأولى على مجموعة من البيانات التي يتعين أن يتضمنها طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق وهي كالتالي:

- الهوية الكاملة للزوجين.
- مهنتهما.
- عنوانهما.
- عدد الأطفال في حالة وجودهما.
- الوضعية الصحية والدراسية للأطفال..

كما تقضي المادة 80 في الفقرة الثانية بوجوب إرفاق طلب الإذن بمجموعة من المستندات والوثائق التالية:

- عقد الزواج.
- الحجج المثبتة للوضعية المالية للزوج والتصريح الضريبي بالدخل وغيرها من الحجج التي تساعد في إثبات الوضعية المالية للزوج.

المطلب الثاني: استدعاء أطراف العلاقة الزوجية.

يترتب على تقديم طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق المرور مباشرة إلى مسطرة الإصلاح بين الطرفين، وذلك تطبيقا للمادة 81 من مدونة الأسرة التي حددت إجراءات استدعاء الأطراف للقيام بالصلح، وما ينتج عن غياب الزوج أو الزوجة بعد

التوصل شخصيا بالاستدعاء أخذا بمبدأ العلم اليقيني في التبليغ[1]، ويخضع تقديم الطلب من حيث المبدأ لمقتضيات قانون المسطرة المدنية، ويتعين ضرورة إرفاق هذا الطلب بما يثبت صفة طالب إنهاء الرابطة الزوجية سواء أكان مقدمه الزوج أو الزوجة، وبعقد زواج أو حكم بثبوت الزوجية استنادا للمادة 16 من مدونة الأسرة تحت طائلة عدم قبول الدعوى، ويدخل في حكم عقد الزواج عقد الرجعة والمراجعة[2] كما جعل[3] الحضور الشخصي للزوجين إلزاميا لإجراء مسطرة تواجهية من أجل معرفة أسباب الخلاف وحقيقة النزاع بهدف تذليل العقبات وإصلاح ذات البين.

وفي هذا المقام لا بد من الإشارة إلى أن مدونة الأسرة رتبت جزاء عقابيا منصوصا عليه في المادة 361 [4]من القانون الجنائي بحق الزوج المتحايل في إعطاء العنوان الصحيح لمكان وجود زوجته شرط أن تقوم زوجته بتقديم طلب في الموضوع[5]، وهكذا فإن القاضي المقرر عندما يعين من طرف رئيس المحكمة، فإنه يقوم بتعيين أول جلسة للبث في القضية، ويتم تبليغ الاستدعاء بواسطة أحد أعوان كتابة الضبط، أو أحد الأعوان القضائيين إلى الزوجين، مع التأكد من هوية كل واحد منهم بواسطة الوثائق الإدارية المعتمدة لذلك، مع الإشارة إلى رقمها، ويوقع كل طرف على شهادة التسليم، حتى يتحقق التوصل الشخصي للاستدعاء، وإذا تعذر على عون كتابة الضبط تسليم الاستدعاء لعدم العثور على الأطراف فإنه يشار إلى ذلك في الشهادة التي ترجع إلى كتابة ضبط المحكمة المعنية بالأمر.

---

[1] البشير الزكاف الطاهري:" التبليغات القضائية"، الإجراءات والإشكالات في قضايا مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي طنجة، السنة الجامعية 2007/2006، ص: 91.

[2] وتحال الوثائق إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين حتى يتأتى لهذا الأخير تضمين بياناته بهامش رسم ولادة الزوجين وإذا لم يكن للزوجين أو احدهما محل ولادة بالمغرب فيوجه المحضر إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

[3] محمد عصبة:"الإذن بالطلاق الذي لم يتم توثيقه من طرف الطالب المأذون له"، مدونة الأسرة عام من التطبيق، الحصيلة والآفاق، ص: 197.

[4] وهي عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة مالية من 200 إلى 300 درهم.

[5] أحمد الأمراني، م س، ص:164.

وبعد[1] استنفاذ الإجراءات المتعلقة بالاستدعاء يحضر الطرفان شخصيا جلسة الصلح بغرفة المشورة التي تجري فيها مناقشة الموضوع والأسباب والدوافع الرامية إلى طلب الإذن بالطلاق أو التطليق والاستماع إلى الشهود وإلى جميع من ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليهم.

أما إذا تعذر انتداب حكمين يمكن للمحكمة الاستعانة بمجلس العائلة أو من تراه ملائما للقيام بهذه المهمة، وعند وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بين كل محاولة مدة لا تقل عن ثلاثين يوم، وفي حالة ما إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين، تبادر المحكمة بتحديد مبلغا نقديا للزوج ليقوم بإيداعه بكتابة الضبط بمحكمة الأسرة داخل أجل لا يتعدى ثلاثون يوما وذلك لأداء المستحقات الواجبة عليه لكل من الزوجة والأطفال عند وجودهم والملزم بالإنفاق عليهم أي الذين لم يبلغوا سن الرشد طبقا للمادة 84 و85 المنصوص عليهم في مدونة الأسرة.

المطلب الثالث: الإذن بتوثيق الطلاق أو التطليق

في حالة لم يتم إيداع المبلغ المنصوص عليه في المادة 83 من مدونة الأسرة من طرف الزوج وداخل الأجل المحدد له اعتبر متراجعا عن نيته في الطلاق وهذا دليل واضح عن عدم رغبته في انحلال الرابطة الزوجية، ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة، أما عند فشل المحاولات المتعلقة بالصلح بين الزوجين، تنتهي العلاقة الزوجية، ويترتب شرعا عن انتهائها حقوقا مالية للزوجة على الزوج سواء كان الطلاق بإرادة من الزوج أو بطلب من الزوجة.

وقد نص المشرع المغربي على هذه الحقوق في المادة 84:"تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة والمتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج

[1] جميلة أوحيدة، م س، ص:128.

والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه.تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية ..."، وبمجرد إيداع الزوج المبلغ المطلوب منه

تأذن له المحكمة بتوثيق الطلاق لدى العدلين داخل دائرة نفوذ نفس المحكمة، ويقوم القاضي بمجرد خطابه على وثيقة الطلاق بتوجيه نسخة منها إلى المحكمة التي أصدرت الإذن بالطلاق، وبعد توصل المحكمة بالنسخة المشار إليها في المادة السابقة، تصدر قرارا معللا يتضمن:

- أسماء الزوجين وتاريخ ومكان ولادتهما وزواجهما وموطنهما أو محل إقامتهما.
- ملخص ادعاء الطرفين وطلباتهما، وما قدماه من حجج ودفوع، والإجراءات المنجزة في الملف، ومستنتجات النيابة العامة.
- أسماء الأطفال ومن أسندت إليه حضانتهم وتنظيم حق الزيارة.
- تحديد المستحقات المنصوص عليها في المادتين 84 و85 وأجرة الحضانة بعد العدة.

ويحق للزوج الطعن في قرار المحكمة طبقا للإجراءات العادية، إذا تبين له أن المستحقات المالية التي حددتها المحكمة للزوجة مبالغ فيها أو تفوق وضعيته الاقتصادية، وفي المقابل منح المشرع الأسري للزوجة المطلقة صلاحية الطعن في المستحقات المالية المحددة لها ولأطفالها إذا كانت غير منصفة وغير عادلة ولا تنسجم مع الواقع المعاش.

خاتمة

تمثل قوانين الأحوال الشخصية أحد أهم المجالات التشريعية بالنسبة لحقوق المرأة لما لها من علاقة وطيدة بقضيتها وفي علاقتها مع النصف الآخر، فلا أحد ينكر تأثيرها الجوهري على مكانة المرأة في الأسرة والمجتمع، وعلى إنسانيتها ومواطنتها، وعلى هذا الأساس قمنا بطرح ومناقشة مجموعة من القضايا والإشكاليات التي تتعلق بقانون الأحوال الشخصية في دول مجلس التعاون الخليجي وفي مقدمتها المملكة العربية السعودية، فالمجتمع السعودي عرف عدة تطورات في مختلف المجالات حملت في طياتها تغيرات جذرية لصالح المرأة التي تعتبر ركيزة أساسية في تطور المجتمع، فالدولة السعودية أولت اهتماما كبيرا للمرأة، حيث تقلدت مناصب قيادية كانت إلى عهد قريب حكرا على الرجل وحققت إنجازات كثيرة طالت مختلف الميادين كما حازت على الكثير من المراتب الوظيفية العليا إلى أن وصلت إلى عضوية مجلس الشورى، كما أحدث المرسوم الملكي الذي أصدره الملك سلمان بن عبد العزيز حفظه الله في أواخر سنة 2017م بالسماح للمرأة السعودية بالقيادة داخل البلاد نقلة تاريخية بالرغم من التحديات الكامنة في الموروث الثقافي والاجتماعي. ومن أهم المستجدات الكبيرة التي جاء بها قانون الأحوال الشخصية بالمملكة العربية السعودية السماح للنساء بتسجيل المواليد في الأحوال المدنية للحد من مماطلات الأزواج، مع منحها نسخة من عقد الزواج عند النكاح لتسهيل توثيق حقها في القيام بإجراءات الحضانة، ومن ضمن القرارات الجديدة التي اتخذتها وزارة العدل في شهر فبراير لسنة 2018م:

- توسيع دائرة التطليق بالنسبة للمرأة حيث أصبح يسمح لها بالتقدم بطلب فسخ عقد النكاح من زوجها في حالة كرهها له دون اللجوء إلى مسطرة الطلاق

بالخلع ضد الزوج للتنازل عن حقوقها المالية أو لرد المهر أو إعطائه بدل التعويض وحالة الكره هذه لم يكن القاضي يعتبرها سببا كافيا للطلاق.

- إلغاء قضايا ما يعرف "بيت الطاعة" حفاظا على كرامة المرأة، ولقطع الطريق أمام ضعاف النفوس من الأزواج، حيث التزمت بنص المادة 75 من اللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ التي تنص على أنه: "لا ينفذ الحكم الصادر على الزوجة بالعودة إلى بيت الزوجية جبرا"، فالقرار الجديد يضع الزوج في حال رفض زوجته العودة إلى بيت الزوجية بين خيارين، إما الطلاق أو الخلع.
- إلغاء قيد الولاية على المرأة فيما يخص فتح سجل تجاري حيث أصبح بإمكانها الاستثمار في المشاريع الخاصة دون الحصول على موافقة من زوجها أو أحد أقاربها الذكور.

وبالرغم من هذه المستجدات التي أعطت الأمل في الحد من بعض المشاكل والمنازعات الأسرية لكن مع الأسف في ظل عدم تقنين قانون الأحوال الشخصية وعدم تحديد سن زواج القاصرات والتي حددت وزارة العدل السعودية توصياتها بشأن إقرار الآلية المناسبة لمعالجته، بقصر زيجات من هن دون سن السادسة عشرة على المحاكم المختصة ومنع المأذونين كافة من تولي ذلك إلا بموافقة خطية من قبل المحكمة المختصة.

وفي ظل تعالي أصوات الجمعيات النسائية والحقوقية والإعلامية ومطالبة عضوات مجلس الشورى في توصياتهم إلى أن تنظيم الزواج لا يدخل في الأمور العقائدية أو التعبدية، بل هو من شؤون الحياة الخاضعة للمتغيرات، وأن أنظمة دول إسلامية عدة تحدد سن الزواج بعمر معين، بما في ذلك المملكة المغربية وباقي دول مجلس التعاون الخليجي، ولازال المشروع مطروح أمام مجلس الشورى خصوصا مع إجازة سماحة مفتي المملكة الشيخ عبد العزيز آل الشيخ، قائلا: "إن زواج الفتيات دون سن

الخامسة عشرة جائز ولا شيء فيه"، وكما هو معلوم دور وتأثير المؤسسة الدينية على قرارات المجلس.

أما فيما يخص النظام الأسري فالمملكة العربية السعودية لا زالت تشهد فراغ تشريعي في مجال الأحوال الشخصية، فمنذ صدور قرار بتشكيل لجنة عليا لصياغة قانون الأحوال الشخصية عام 2005م، وتمت إحالته إلى هيئة الخبراء لدراسة كيفية إنشاء اللجنة التي ستصوغ القانون، والتي أحالته بدورها إلى هيئة كبار العلماء لأخذ الموافقة عليه، ثم طرحه أمام مجلس الشورى وإلى حدود كتابة هذه الأسطر لم يصدر قرار بتقنين المقتضيات الأسرية مما يقف حاجزا أمام عجلة التنمية ويحول دون استيفاء المرأة السعودية لحقوقها على أكمل وجه أسوة بالنساء في المملكة المغربية وفي باقي دول الخليج العربي، ولعل المرأة السعودية هي المستفيد الأكبر من إصدار القانون بحكم الأدوار والعلاقات غير المتوازنة التي تعيشها داخل الأسرة والمجتمع في ظل ثقافة ذكورية مهيمنة وبالأخص المرأة الفقيرة والغير مستقلة اقتصاديا.

فوعي المرأة السعودية بحقوقها يعتبر جزءا هاما من استراتيجية تطورها، فالمرأة في ظل عدم إصدار النظام القانوني للأسرة تتلقى أحكاما جائرة أو متناقضة من القضاة الشرعيين وفق منظورهم وثقافتهم وموروثهم الاجتماعي ومن غير تسبيب شرعي أو قانوني في غالبية الأحيان لعدم وجود القانون المكتوب مما خلق حالة عامة من غياب الثقة بمحاكم الأحوال الشخصية حيث يساهم جهلها بحقوقها وانتشار الأمية إلى ضعف مطالبتها لحقوقها المشروعة.

ولقد تم التعرض في هذا البحث أيضا إلى المركز القانوني للمرأة الخليجية والمغربية من خلال التشريعات الوطنية وقواعد العدل والإنصاف وبمدى ملاءمتها مع حقوق المرأة التي صادقت عليها معظم هذه الدول خصوصا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، هذه الاتفاقية التي رسمت الخطوط العريضة للمساواة

واعتبرت بحق مرجعية أساسية لحقوق المرأة، ووقفنا كذلك على أهم تجليات المساواة بين الرجل والمرأة وفق المفهوم الإسلامي.

وإيمانا من حكومات مجلس التعاون الخليجي بقضايا حقوق الإنسان تم الانخراط في المنتظم الدولي والمصادقة على العديد من الاتفاقيات الدولية، حيث تم إنشاء هيئة حقوق الإنسان في الدول الست لصيانة تلك الحقوق وبذل الجهود لترسيخها فالاهتمام الحالي بحقوق المرأة يكتسي مكانة مهمة في المجتمع الخليجي ويحظى باهتمام كبير ومتزايد من المجتمع الدولي، حيث أصبح تقييم سلوك الدول بمدى احترامها لحقوق المرأة على المستويين الداخلي والخارجي بل أصبح تقييم النظم الاجتماعية والاقتصادية ذاتها يخضع لما تحققه لمواطنيها من حقوق وحريات في إطار العدالة الاجتماعية والمساواة.

وعلى هذا الأساس فالمشرع الخليجي حريص على حفظ حقوق المرأة وصيانة كرامتها والدفاع عن مصالحها، إلا أن هناك بعض المسائل المهمة لم تتم مراجعتها بعد بما يتناسب وروح هذه الاتفاقية، فبالرغم من وجود تقنين للمادة الأسرية في باقي دول مجلس التعاون الخليجي واتفاق بعض دولها كمملكة البحرين طبقا لما نصت عليه المادة الثالثة من قانون الأسرة رقم (2005/19) والمادة 343 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي والفقرة الثالثة من المادة الثانية من قانون الأحكام الأسرية لدولة الإمارات العربية المتحدة مع التشريع الأسري المغربي في أخذ معظم المقتضيات القانونية من المذهب المالكي مع الرجوع إلى المذاهب الأخرى في بعض القضايا وبالرغم من مصادقتهم على المواثيق الدولية إلا أنها لم تنل حظها في التطبيق بشكل جدي في التشريع الخليجي وهذا مرده إلى نقص التجربة مثل التي خاضها المجتمع المغربي خصوصا فيما يخص في سرعة البث في القضايا العالقة بالمحاكم ومعضلة نقص القضاة.

وبناءا عليه نستنتج أن ما قد يحصل من انتهاكات وعدوان على مصالح المرأة الخليجية أو مطل بحقوقها فإنما مرده إلى أربعة أمور:

أولا: انتهاكات سببها سوء تطبيق الآليات والمقتضيات القانونية الخاصة بالمنازعات الأسرية، فالواقع العملي أثبت وجود أحكام قضائية متناقضة في المملكة العربية السعودية وهذا مرده إلى عدم تقنين النظام الأسري في المملكة مما قد يؤدي إلى انعدام الاستقرار الأسري.

ثانيا: بطء الإجراءات القانونية التي تؤدي إلى المماطلة في قضايا الطلاق والحضانة والنفقة والذي يسفر عنه نتائج غير مرضية، فعدم الحسم في القضايا الأسرية التي تتطلب معالجة عاجلة تجعل بعض النساء ممن انتهكت حقوقهن يجبرن على التنازل عنها، فالخلل ليس في الأنظمة والتشريعات الخليجية وإنما في سوء تطبيقها.

ثالثا: انتهاكات محرمة شرعا وقانونا يمارسها بعض الأشخاص وصاحبها معرض للمسائلة القانونية، فالمرأة التي ينتهك حقها بمنعها من الزواج أو المماطلة فيه بإمكانها رفع دعوى عمومية أمام السلطة القضائية المختصة فهذه انتهاكات مخالفة للشريعة الإسلامية وللقوانين الوطنية الخليجية المبنية على حفظ مصالح الإنسان وحقوقه القانونية، وللمواثيق الدولية التي صادقوا عليها.

رابعا: التقصير في نشر ثقافة حقوق الإنسان وعدم توعية المرأة بكيفية استيفاء مصالحها ونيل حقوقها، يصاحبه انتشار ثقافة العيب وسط الأوساط الخليجية التي تكرسها بعض العوائل والتي تقف حاجزا أمام المرأة وتمنعها من المطالبة بحقوقها القانونية بطريقة صحيحة.

وبالرغم من الإنجازات الكثيرة التي تحققت للمرأة في دول الخليج العربي خلال العقدين الأخيرين، فلا تزال المواثيق الدولية لحقوق الإنسان ولا سيما تلك التي تقرر

مجموعة من الحقوق الأساسية لفائدة المرأة في مجال التشريع الأسري الخليجي لم تنل حظها في التنظيم والتطبيق بشكل جدي.

كما تبين لنا من خلال دراستنا للوضع القانوني للمرأة المغربية سواء على المستوى الدولي أو الوطني أن المشرع المغربي تعامل مع حقوق المرأة بشكل مغاير كليا وظهر ذلك بشكل واضح على تعديلات مدونة الأسرة لسنة 2004م التي أحدثت نقلة تاريخية تجسد دولة الحق والقانون من خلال ملامح التجديد والحداثة التي نلمسها سواء على مستوى القواعد الموضوعية أو على مستوى الإجراءات الشكلية، فالمنظم الأسري المغربي استطاع أن يزاوج بين المرجعية الدينية وحقوق الإنسان الكونية خاصة فيما يخص مدونة الأسرة حيث وضع صياغة حديثة للمدونة ولبعض مصطلحاتها وكرس للمرأة المغربية حقوقا تضمن لها الحماية أثناء قيام العلاقة الزوجية أو عند انحلالها كما أعطاها الحق في المساواة مع الرجل في العديد من الأمور مع الحفاظ على الثوابت الإسلامية، هذا الإصلاح استطاع أن يزاوج بين الخصوصية المغربية كبلد عربي مسلم وبين الكونية الدولية من خلال الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها، وأن يحقق من خلال هذه المزاوجة الخلاقة قواعد تعمل على تدعيم حق المساواة والعدل والإنصاف وصياغة الكرامة الإنسانية لكل أفراد الأسرة رجل كان أو امرأة أو طفلا.

كما قام بتقييد وضبط مسألة التعدد في حين جعل الطلاق يتم تحت المراقبة القضائية، بالإضافة إلى توسيع حق المرأة في طلب التطليق مع مراعاته لمقاصد الإسلام السمحة، كذلك قام بإنشاء قضاء أسري متخصص سواء من حيث التجهيزات الإدارية، والموارد البشرية المتخصصة من قضاة حصلوا على تكوين شرعي بالنسبة لقضايا الأسرة وقانوني بالنسبة للإجراءات والمساطر القانونية ويتضح هذا من خطاب الملك محمد السادس حفظه الله، الذي ألقاه بمناسبة افتتاح الدورة الأولى للبرلمان في

السنة التشريعية 2003– 2004 والذي أعلن فيه جلالته عن الخطوط العريضة لهذا القانون حيث أشار إلى قيامه بتوجيه رسالة إلى وزير العدل تضمنت ما يلي:

" ....وقد أوضحنا فيها أن هذه المدونة مهما تضمنت من عناصر الإصلاح فعن تفعيلها يظل رهينا بإيجاد قضاء أسري عادل، وعصري وفعال، لا سيما وقد تبين من خلال تطبيق المدونة الحالية أن جوانب القصور والخلل لا ترجع فقط إلى بنودها ولكن بالأحرى إلى انعدام قضاء أسري مؤهل، ماديا وبشريا، ومسطريا، لتوفير كل شروط العدل والإنصاف، مع السرعة في البت القضايا، والتعجيل بتنفيذها..."

إن النظام في دول الخليج العربي المستمد من الشريعة الإسلامية والذي يستند على الكتاب والسنة لحريص على حفظ حقوق المرأة وصيانة كرامتها والدفاع عن مصالحها، فالقضايا الاجتهادية تختلف فيها وجهات النظر، فأمام هذه الإشكاليات التي تتخبط فيها المرأة الخليجية تم اقتراح مجموعة من الحلول لصيانتها وحمايتها والتي تتمثل فيما يلي:

❖ في المملكة العربية السعودية:

- ضرورة تقنين الأحوال الشخصية عبر تدوين الأحكام الشرعية المتناثرة في بطون الكتب الفقهية مع جعل المذهب الحنبلي المرجع الأساسي في صياغة المقتضيات الأسرية لتقليل تباين أحكام القضاة في المملكة العربية السعودية.
- السماح بالانفتاح على المذاهب الفقهية السنية الأخرى كالمذهب المالكي والمذهب الحنفي، والمذهب الشافعي، والمذهب الظاهري، أسوة بباقي دول مجلس التعاون الخليجي وبما نصت عليه مدونة الأسرة بالمملكة المغربية.
- تضمين ما جاء في المواثيق الدولية عند صياغة النظام الأسري السعودي مع الأخذ بعين الاعتبار المتغيرات العصرية في ظل الحفاظ على مقاصد الشريعة الإسلامية.

- تحديد سن زواج القاصرات بما يتوافق مع ما صادقت عليه المملكة العربية السعودية من المواثيق الدولية خصوصا ما جاء في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.
- وضع خطة إعلامية للتوعية بمخاطر سن زواج القاصرات واستشعار الآثار السلبية المترتبة عن الزواج المبكر وإرشاد المجتمع السعودي للرفع من مستوى الوعي لدى أولياء الأمور.
- تعيين كوادر نسائية في محاكم الأحوال الشخصية متخصصات في الشريعة والقانون أسوة بالقاضيات في كل من المملكة المغربية ومملكة البحرين وفي الإمارات العربية المتحدة.

❖ في دول مجلس التعاون الخليجي:

- يجب إضافة مواد قانونية في جامعات الشريعة سواء في الجامعات السعودية أو في جامعات باقي دول الخليج العربي لمعرفة طريقة التعامل مع المساطر القانونية.
- تأطير وتأهيل القضاة وكتاب العدل وإعطائهم تكوين قانوني يتماشى مع متطلبات القضاء الأسري المتخصص لتحسين مردودهم القضائي مع إجراء التداريب اللازمة لهم بهدف حسن التعامل مع المساطر والإجراءات القانونية خصوصا وأن أغلب القضاة في دول الخليج العربي هم من خريجي كلية الشريعة ويفتقدون إلى التكوين القانوني.
- تمكين محكمة قضاء الأسرة من الموارد المادية والبشرية وتزويدها بالمتخصصين والمؤهلين في مجال القانون وعلم الاجتماع وعلم النفس للمساهمة في تقديم الاستشارة القانونية والوساطة الأسرية لتوعية النساء بطريقة الحصول على حقوقهن.

- تعميق البحث وإشراك مختلف الفعاليات المهتمة والجمعيات النسائية والحقوقية من علماء ورجال ونساء القانون والشريعة والاجتماع للتوصل إلى حلول اجتهادية للمنازعات الأسرية تتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية.
- أخذ بعين الاعتبار الجانب التكنولوجي للرفع من مستوى الخدمات.
- الاهتمام بالكفاءات القانونية والفقهية من قضاة، محامون، خبراء، كتاب عدل، وموثقين لخلق نوع من الانسجام بينهم على اعتبار أن مرفق العدالة مشروع متكامل.
- تفعيل ما تم المصادقة عليه في الاتفاقيات الدولية وتجريم أي تمييز يترتب عليه أي تعطيل أو إلغاء لحقوق المرأة المشروعة.
- وضع نصوص تشريعية جنائية رادعة عند ثبوت التحايل على القوانين الأسرية مع ضرورة تضمين مثل هذه النصوص في التشريعات الوطنية.
- اتخاذ كل ما من شأنه النهوض بالمرأة، والنص صراحة على مختلف حقوقها وكفالة احترامها في كافة الميادين.

لائحة المراجع

أولا– كتب التفسير والحديث

ثانيا– المصادر الفقهية

ثالثا– المراجع الفقهية والقانونية الحديثة

رابعا– الأطروحات والرسائل الجامعية

خامسا– المقالات والجرائد والمجلات

سادسا– البحوث والندوات

سابعا– القوانين والمراسيم

ثامنا– القرارات ومناشير الوزارية

تاسعا– القواميس

أولا– كتب التفسير والحديث

- أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري «صحيح البخاري»، الطبعة الأولى، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، س، 1424هـ/2002م.
- محمد علي الصابوني « روائع البيان»، تفسير آيات الأحكام من القرآن، ج2، الطبعة الأولى، س،2001 م، مطبعة المكتبة العصرية.
- الفخر الرازي «التفسير الكبير»، المجلد الثالث، الطبعة الثانية، س،1997 م.
- ابن عاشور، محمد الطاهر، تفسير التحرير والتنوير، الدار التونسية والدار الجماهيرية، دون ذكر الطبعة والتاريخ.
- ابن كثير، عماد الدين أبي الفداء إسماعيل القرشي، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، الطبعة الثانية 1389 هـ/1970م.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، دار المعرفة بيروت لبنان، دون ذكر رقم الطبعة والتاريخ.
- النسائي، أحمد بن شعيب بن علي النسائي «سنن النسائي» ،بيروت، مكتبة المطبوعات الإسلامية، الطبعة الثانية، س ،1986م/1406 هـ.
- القرطبي«الجامع لأحكام القران» المجلد 8 .
- محمد ناصر الدين الألباني «صحيح سنن الترمذي»، المجلد الأول، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، س، 1420هـ/2000م.

- الحافظ بن حجر العسقلاني «فتح الباري شرح صحيح البخاري»،

عبد رب النبي علي الجارحي « الزواج العرفي المشكل والحل»، دار الروضة للنشر والتوزيع، دط، القاهرة، دس.

- أبو عبد الله محمد القرطبي «مختصر تفسير القرطبي»، ج1، دار االكتب العلمية، بيروت، س،1987م.
- ابن ماجة، أبو عبد الله محمد القزويني «سنن ابن ماجة»، ج1 دط، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، دس.
- اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي:" تفسير القرآن العظيم"، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة الاستقامة، س، 1956م.
- الإمام المحدث أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني «سنن بن ماجة»، مجلد 3، كتاب الحدود، الطبعة الأولى، س، 1997م، مطبعة دار الفكر العلمية، بيروت، لبنان.

ثانيا– المصادر الفقهية

- الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، الطبعة الثانية، بيروت، المكتب الإسلامي ، س،1399هـ/1979م.
- أبي الحسن ابن القطان الفاسي «الإقناع في مسائل الإجماع»، الطبعة الأولى، س، 1424هـ/2004م، مطبعة الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة.
- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي «بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع»، مطبعة العاصمة، مصر،309/3.
- الإمام عبد الله بن احمد بن قدامة المقدسي أبو محمد «المغني»،

الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، ج7، س، 1405هـ.

- التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1998.

- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الثانية دون ذكر التاريخ.

- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: «شرح منتهى الإرادات» ثلاثة أجزاء، المكتبة الفيصلية مكة المكرمة، بدون تاريخ.

- محمد عرفة الدسوقي « حاشية الدسوقي على الشرح الكبير»، دار الفكر، الجزء الأول.

- الإمام كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي «شرح فتح القدير» الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، س، 1995 م.

- ابن عابدين محمد أمين « حاشية ابن عابدين على الدر المختار» مطبعة دار إحياء التراث العربي، 3/168.

- الإمام الحافظ أبي عمر يونس بن عبد البر النمري القرطبي الأندلسي « جامع بيان العلم وفضله»، مطبعة دار الفكر، م 2.

- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: «الروض المربع شرح زاد المستقنع»، ط2 مؤسسة الرسالة، بيروت 2004 م.

- الحصكفي، محمد بن علي بن محمد علاء الدين «الدر المختار شرح تنوير الأبصار»، مطبوع مع حاشية بن عابدين، الطبعة الثانية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، س، 1966م.

- ابن القيم الجوزية «إعلام الموقعين عن رب العالمين»، المجلد الثاني

دار الحديث، س، 2002م.

ثالثا – المراجع الفقهية والقانونية الحديثة

- أحمد الخمليشي «التعليق على قانون الأحوال الشخصية»، الجزء الأول الزواج والطلاق ،الطبعة الأولى.
- علياء شكري «الاتجاهات المعاصرة في دراسة الأسرة»، الطبعة الثانية، س، 1981م، دار المعارف، القاهرة.
- عبد الخالق أحمدون « قانون الأسرة الجديد، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي»، الطبعة الأولى، طوب بريس، س، 1426 هـ/2005 م.
- عبد المجيد مطلوب «الوجيز في أحكام الأسرة»، معهد الدراسات الإسلامية، القاهرة، س،1995م.
- محمد أبو زهرة «محاضرات في عقد الزواج وآثاره»، دار الفكر العربي، 1977 م، القاهرة.
- عبد الله أبو عوض «أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية دراسة تأصيلية في المادة 400» منشورات دار الأمان، الرباط ، س، 2001م.
- الغزالي أحمد بخيت «الوسيط في أحام الأسرة»، دار النهضة العربية، س، 1999 م.
- عبد الوهاب خلاف «أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم»، الطبعة الثانية،س1410هـ/ 1990م، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت.

- عبد الرحمن الجزيري «كتاب الفقه على المذاهب الأربعة»، ج4، كتاب النكاح والطلاق، الطبعة الثانية، س، 1424هـ/2003م، دار الكتب العلمية، بيروت.
- عبد الهادي بوطالب «حقوق الأسرة وتحرير المرأة»، الطبعة الأولى، مطبعة دار الثقافة، س، 1426 هـ/ 2005 م.
- جميلة أوحيدة «الوجيز في قانون الأسرة»، الطبعة الأولى، مطابع الرباط نت، س، 2016 م.
- محمد الكشبور «التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة»، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، س، 2006م.
- محمد الكشبور «الوسيط في شرح مدونة الأسرة»، الكتاب الثاني، انحلال ميثاق الزوجية، الطبعة الثانية، س، 1430هـ/ 2009 م، مكتبة دار السلام، الرباط.
- سعاد إبراهيم صالح «أضواء على نظام الأسرة في الإسلام»، الطبعة الأولى، مطابع النصر، جدة، س، 1982م.
- فاطمة عمر نصيف «حقوق المرأة وواجباتها في ضوء الكتاب والسنة»، الطبعة الأولى، مركز السلام للتجهيز الفني، س، 1432هـ/2010م.
- شريف كمال عزب «الخلع والزواج العرفي بين الشريعة والقانون»، الطبعة الأولى، س، 1421هـ /2000م.
- عبد الودود السريتي «أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية»، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، س، 1980 م.

- غسان غشا «الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام»، الطبعة الأولى، المطبعة العربية دار الساقي، س، 2004 م.
- بلحاج العربي «الوجيز في شرح قانون الأسرة»، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- نصر فريد واصل «الولايات الخاصة، الولاية على النفس والمال في الشريعة الإسلامية»، الطبعة الأولى، مطبعة دار الشروق، س، 2002م.
- مليكة نايت لشقر «الاتفاقيات الدولية حول الأسرة»، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، س،2017م.
- ادريس حمادي «البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة»، دط، افريقيا الشرق، المغرب، الدار البيضاء، س، 2005م.
- المفلح إبراهيم محمد بن عبد الله الحنبلي «المبدع»، دط، المكتب الإسلامي، بيروت، س1400هـ، ج7.
- الصادق عبد الرحمن الغرياني «مدونة الفقه المالكي وأدلته»، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان، بيروت، س، 1423 هـ/ 2002 م، ج2.
- محمد الخطيب الشربيني «مغني المحتاج»، الجزء الثالث، دط، دار الفكر، بيروت، دس.
- خالد برجاوي «قانون الزواج في المغرب بين المدونة ومقتضيات لاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان»، دار القلم 2001 م، الطبعة الثالثة.
- عبد الكريم الطالب «التوجهات المدنية لمدونة الأسرة مغانم ومغارم

عشر سنوات من التطبيق»، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، الداوديات، مراكش، س، يونيو ،2014م.

- محمد الشتوي «الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج»، الطبعة الأولى، س، 2004م.
- نايف محمد الجنيدي «عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون»، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، س، 2010 م.
- احمد أباش «الأسرة بين الجمود والحداثة»، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، س،2011 م.
- عبد الرحمن الصابوني «مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية»، دار الفكر، الطبعة الثانية، دون ذكر السنة.
- سعد الدين العثماني «طلاق الخلع واشتراط موافقة الزوج»، دار قرطبة الدار البيضاء، الطبعة الأولى، س،2001 م.
- عبد السلام علي المزوغي «النظام القانوني في للأسرة ودوره في حمايتها من التفكك»، الطبعة الأولى، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، س، 1988م.
- مفيدة محمد إبراهيم «المرأة العربية والفكر الحديث»، دط، مطبعة مجدلاوي، الفصل الخامس، دس.
- محمد الزحيل «التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي»، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، س، 1432 هـ/ 2003 م.
- أحمد الأمراني «السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين

المقاصد الشرعية والقانون الوضعي»، الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم، الرباط،س، 2011م.

- محمد عصبة «الإذن بالطلاق الذي لم يتم توثيقه من طرف الطالب المأذون له»، مدونة الأسرة عام من التطبيق، الحصيلة والآفاق.
- ماجد محمد أبو رخية وعبد الله محمد الجبوري «فقه الزواج والطلاق وما عليه العمل في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي» الطبعة الثانية، الإمارات العربية المتحدة، س، 2015، مكتبة الجامعة.
- شيماء الصراف «أحكام المرأة بين الاجتهاد والتقليد»، دراسة مقارنة في الشريعة والفقه والقانون وعلم الاجتماع ، الطبعة الأولى، مطبعة بيروت، لبنان، مؤسسة الانتشار العربي، س، 2008م.
- عبد الملك بن يوسف المطلق «الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية»، دراسة فقهية واجتماع ونقدية، الطبعة الأولى، س،2006 م، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض.
- وهبة الزحيلي «أصول الفقه الإسلامي»، الطبعة الأولى، دار الفكر دمشق، ج1، س، 1406هـ/1986م.
- عبد السلام السليماني: "الاجتهاد في الفقه الإسلامي"، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، س، 1996 م.
- محمد أحمد بوركاب «المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي»، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، س، 1423هـ-2002م.
- عادل حميدي «تأملات في قضايا أسرية على ضوء الاجتهاد

القضائي»، الطبعة الأولى، س، مايو 2009م، مطبعة بالماريس أديسون.

- طارق عبد الرؤوف صالح رزق « شرح قانون محكمة الأسرة الكويتي الجديد رقم 12 لسنة 2015»، الطبعة الأولى، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، س، 2017م.
- عيد بن مسعود الجهني « النظام السياسي والإداري في المملكة العربية السعودية»، الطبعة الأولى، مركز الخليج العربي للطاقة والدراسات الاستراتيجيه، الرياض القاهرة، س 1422هـ.
- محمد بن أحمد الأجراوي «الفقه المالكي وجهود الفقهاء والقضاة المغاربة في إغناءه وتطويره ونشره»، مجلة المحاكم المغربية عدد94، ماي يونيو، س، 2002م.
- أحمد صالح مخلوف « الوسيط في شرح التنظيم القضائي الجديد في المملكة العربية السعودية»، معهد الإدارة العامة ، س، 1434هـ.
- محمد تاجا «المذاهب الفقهية الإسلامية والتعصب المذهبي»، الطبعة الأولى، دار قتيبة، سوريا، س، 1425هـ/ 2004م.
- مانع بن حماد الجهني «الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة»، الطبعة الثالثة، دار الندوة العالمية، الرياض، س، 1418هـ.
- منال محمود المشني «حقوق المرأة بين المواثيق الدولية وأصالة التشريع الإسلامي»، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية الخاصة بحقوق المرأة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، عمان، س، 1432 هـ/ 2011 م

- عبد العزيز بن عبد الله بن حسين آل الشيخ «لمحات حول القضاء»، مكتبة الملك فهد الوطنية، س 1424 هـ.
- سعود بن سعد آل درين «التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية»، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1419 هـ/1999م.
- عبد العزيز بن صالح الخليفي «الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي مصطلحاته وأسبابه»، الطبعة الأولى، المطبعة الأهلية، قطر، س، 1414هـ/ 1993م.
- محمد رياض «أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي»، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، س، 1998م.
- عبد الفتاح حسن أبو علية «الدولة السعودية الثانية»، مطبعة المدينة، الرياض.
- سعود بن سعد آل دريب «التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية»، س، 1419هـ /1999 م ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- محمد المهدي «فلسفة نظام الأسرة مقاربات في ضوء الفقه والقانون والعمل القضائي»، الطبعة الأولى، دار السلام للطبع والنشر، الرباط، س، 2011م.
- محمد الكشبور«الوسيط في قانون الأحوال الشخصية»، مطبعة النجاح الجديدة، 1999م.

- علي عبد الواحد وافي «الأسرة والمجتمع»، الطبعة الخامسة، مطبعة لجنة البيان العربي، س، 1963م.
- محمد الكشبور «الوسيط في شرح مدونة الأسرة»، الطبعة الثانية، 2009م، مكتبة دار السلام، الرباط.
- إدريس الفاخوري «المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال نصوص مدونة الأحوال الشخصية»، أبحاث ودراسات.
- عبد الخالق أحمدون «الزواج والطلاق في مدونة الأسرة»، الطبعة الأولى، مطبعة طوب بريس، 1426 هـ/2006 م، الرباط.
- خيري أبو العزائم فرجاني «دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة»، دط، دس.
- عبد السلام أحمد فيغو «المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق والالتزامات في الإسلام»، الطبعة الأولى، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، ، س 2005م.
- عبد الكريم الطالب «التوجهات المدنية لمدونة الأسرة مغانم ومغارم عشر سنوات من التطبيق» الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، الداوديات، مراكش،س، يونيو،2014م.
- عبد الوهاب خلاف «أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة»، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر، الكويت 1990م.
- ناصر بن محمد الغامدي «الاختصاص القضائي في الفقه الإسلامي مع بيان التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية»، الطبعة

الثانية، مكتبة الرشد، الرياض، س، 1428هـ/2007م.

- أحمد باكو «الولاية في الزواج»، مطبعة سوماكرام، الدار البيضاء، المكتبة الجامعية، س، 1416 هـ/ 1995م.
- علي حسب الله «أصول الشريعة الإسلامية»، الطبعة الرابعة، س، 1391 هـ/ 1957م.
- محمد رشيد رضا «حقوق النساء في الإسلام»، المكتب الإسلامي، بيروت، س، 1948م.
- شرف الدين، لمياء أحمد «الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة»، دط، دار النهضة، القاهرة، س، 2008م.
- محمد علي صالح المنصوري «الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الإسلامية والقانون الدولي»، الطبعة الأولى، مؤسسة الانتشار العربي، بيروت، س 2011م.
- أبو حجير، مجيد محمود «المرأة والحقوق السياسية في الإسلام»، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، س1417هـ/1997م.
- منير البياتي «الدولة القانونية والنظام السياسي الإسلامي»، بغداد، جامعة بغداد، س1978م.
- بلحاج العربي «أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد»، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، س 2012 م، عمان.
- محمد الشافعي « قانون الأسرة في دول المغرب العربي»، الطبعة

الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، س، 2009م.

- حماد العراقي «الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية»، الدار البيضاء ، مكتبة الرشاد.
- السعدية بلمير:"الاتفاقيات الدولية والأحوال الشخصية من خلال الاجتهادات القضائية"، مؤلف جماعي، مركز التوثيق والإعلام، س،2002م.
- أحمد الخمليشي «وجهة نظر»، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، س، 1988م.
- أحمد الخمليشي «من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة»، طبعة 2012م ، مطبعة المعرف الجديدة.
- علال الفاسي «التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية»، الطبعة الثانية، مطبعة الرسالة.
- عبد الرحمن الصابوني «نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام»، دار الفكر، دمشق، س2001م.
- عبد الكريم شهبون «شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية»، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، س، 2000 م/1421 م.
- الطيب خضري السيد «الاجتهاد فيما لا نص فيه، مكتبة الحرمين»، الطبعة الأولى، الجزء الأول، س، 1403هـ/ 1983م.
- محمد أبو زهرة «محاضرات في عقد الزواج وآثاره»، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، دس.

- أبي الحسن البصري «المعتمد»، تحقيق خليل المسين، "دار الكتب العلمية" بيروت، الطبعة الأولى، س، 1403هـ.
- أمينة مصطفى النمر «قوانين المرافعات»، طبعة نادي القضاة المصري، س، 1989م.
- إدريس الفاخوري «الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات»، الطبعة الخامسة، دار الجسور، وجدة.
- عبد السلام حادوش «إدماج المرأة في التنمية في محك السياسة الشرعية»، مطبعة طوب بريس، الطبعة الأولى، طنجة، س، 2001 م.
- مصطفى الرزقا «المدخل الفقهي العام»، ج9، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، 1976م.
- عبد الخالق أحمدون «قانون الأسرة الجديد دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وقوانين دول المغرب العربي»، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة طوب ريس، الرباط، س، 2005م.
- عبد الكبير الصوصي العلوي «المختصر في مدونة الأسرة على ضوء العمل القضائي»، ج1، الطبعة الأولى، المكتبة الوطنية، الرباط، س، 2015م.
- وهبة الزحيلي «نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي»، دراسة مقارنة، مطبعة دار الفكر، دمشق، طبعة، 1402هـ/1982م.
- ليلى بن سدرين الشريف الكتاني «حقوق المرأة بين الفقه والقانون في

المغرب مدونة الأسرة والاتفاقيات الدولية»، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح ، الدار البيضاء، س، 1436هـ/2015م.

- محمد سعيد رمضان البوطي «المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني»، الطبعة الأولى، المطبعة العلمية، دار الفكر دمشق، س، 1996م.
- محمد علي السايس «تاريخ الفقه الإسلامي»، دار الفكر، دمشق، س 1999م.
- عبد الرزاق السنهوري «الوسيط في شرح القانون المدني»، ج الأول.
- أحمد شلبي «تاريخ التشريع الإسلامي»، مكتبة النهضة الإسلامية، جامعة القاهرة.
- عبد العزيز لعروسي «التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: ملاءمات قانونية ودستورية»، الطبعة الأولى، منشورات المجلة المغربية، للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، س، 2014م.
- محمد المهدي «المقتضب في أحكام الأسرة من خلال قانون الأسرة بالمغرب»، الطبعة الأولى، الجزء الأول، مطبعة ربانيت، س، 2004م.
- علال الفاسي «مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها»، الطبعة الرابعة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، سنة 1991م.
- عادل حاميدي «الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية»، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، س، 1437هـ/2016م.

- علي بن محمد الآمدي «الإحكام في أصول الأحكام»، تحقيق سيد جميلي، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، س،1406م.
- محمد أحمد شحاته «تاريخ الفقه الإسلامي»، المكتب الجامعي الحديث، د ط، س، 2009م.

رابعا– الأطروحات والرسائل الجامعية

- محمد الكشبور:"رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق الدار البيضاء، سنة 1986 م.
- عبد المجيد غميجة: "موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية"، أطروحة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، ضمن سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد الأول، مارس 2007 م، مطبعة إليت، سلا.
- خالد بن محمد آل الشيخ: "تطور تشريعات الأسرة في الوطن العربي"، دراسة مقارنة بين المملكة المغربية والمملكة العربية السعودية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السويسي، الرباط، دجنبر، س، 2011م.
- أنس سعدون: "واقع المرأة من خلال مؤتمرات الأمم المتحدة – إعلان بكين نموذجا"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، س، 2007م/2008م.

- عبد الله بن مبارك آل صالح: "حماية حقوق الإنسان الاجتماعية في المملكة العربية السعودية"، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية، الرياض، س، 1434هـ/ 2010م.
- محفوظ بن صغير «الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي»، بحث مقدم لنيل الدكتوراه في العلوم الإسلامية، الجزائر، وزارة التعليم العالي، س، 2009/2008م.

خامسا– المقالات والجرائد والمجلات

- لولوة صالح العوضي: "تجربة البحرين في مسألة تقنين الأحوال الشخصية"، إصدار المجلس الأعلى للمرأة، مكتبة جامعة البحرين، دط، دس.
- البشير عدي: "تعدد الزوجات في مدونة الأسرة والعمل القضائي"، مجلة القضاء المدني، العد8، خريف 2008م.
- محمد فاروق النبهان: "أهمية مراعاة الفضيلة في تفسير النصوص القانونية المتعلقة بالأسرة"، مقال منشور بمجلة دار الحديث الحسنية، العدد، 15، س، 1998 م.
- عبد السلام الترمانيتي:" الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، كتاب عالم المعرفة"، دراسة مقارنة، العدد 80، س، 1984 م.
- أحمد عصيد:"حقوق المرأة في الدستور المغربي"، مؤسسة الحوار المتمدن، العدد،4398، س ،2014/3/19م.
- هاني بن عبد الله بن محمد الجبير:" طلاق المكره والغضبان"، مجلة

البحوث الإسلامية، العدد، 50، س، ،(ذو القعدة – ذو الحجة)، 1417هـ ، (محرم – صفر)، 1418هـ.

- محمد القري اليوسفي، مقالة بدون عنوان، منشور بمجلة منبر الجامعة العدد الخامس، س،2004 م.
- أيمن الدباغ: "التعسف في الطلاق"، مجلة جامعة الأقصى، العدد الأول،المجلد الثامن عشر، سلسلة العلوم الإنسانية، س، يناير 2014 م.
- إسماعيل النقاز: "حل الرابطة الزوجية"، دراسة تحليلية مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة الفقه والقانون، العدد 36، س، أكتوبر 2015 م.
- المرسي عبد العزيز السماحي:"بحوث في فرق النكاح"، مطبعة الفجر الجديد، الطبعة الأولى، س، 1986 م.
- أحمد الخمليشي:"الخطبة إجراء تمهيدي للزواج"، مجلة الأمن الوطني، السنة السادسة والثلاثون، العدد 18،س،1417هـ/1995م.
- فوزية عبد الستار :"حقوق المرأة في إنشاء عقد الزواج"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد، 7،س،2003م.
- محمد الكشبور:"أحكام الزواج والانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى"، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد خاص باليوم الدراسي: "الأسرة المغربية بين الفقه المالكي والقانون الوضعي"، العدد 50، جامعة الحسن الثاني، عين الشق، س، 2004م.
- محمد الشافعي: "الزواج في مدونة الأسرة"، سلسلة البحوث القانونية،

العدد 99.

- محمد الأجراوي:"الولاية الشرعية وموقف مدونة الأسرة من ولاية الزواج"، مجلة منبر الجامعة، العدد5، منشورات جامعة مولاي إسماعيل، مكناس، س، فبراير 2004م.
- محمد الحبيب التجكاني:"قضية مدونة الأحوال الشخصية بالمغرب"، المجلة المغاربية للكتاب، عدد خاص، رقم2، س،2002م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- لطيفة شايل:"ظاهرة الزواج المختلط في المغرب أسبابها ونتائجها على الأسرة"،مجلة البحوث العدد الأول–مارس 2002م.
- الحبيب التجكاني:"المذهبية الأصولية كمنهج لتطوير مدونة الأحوال الشخصية"، مجلة الميادين، العدد3، س، 1409هـ/1988م.
- سليم حميمنات:" من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة "، قضية المرأة كمدخل للتحديث المجتمعي، مجلة وجهة نظر، العدد 42،س،2009م.
- يوسف الفاسي الفهري: "تطبيق الاتفاقية الدولية بشأن القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في الأنظمة الداخلية"، مجلة الاقتصاد والقانون، العدد، 16، س، 1999م.
- محمد الشافعي: "الأسرة في مدونة الأحوال الشخصية"، سلسلة البحوث القانونية العدد1، مراكش، س،2002م.
- جيلالي تشوار:"سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،

الجزء 38، طبع الديوان الوطني، س، 2001 م.

- فريدة بناني: "تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى، العدد 9، سلسلة منشورات جامعة القاضي عياض ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية.
- عبد الرزاق مولاي ارشيد وأحمد الخمليشي:"مدونة الأحوال الشخصية بعد 15 سنة من صدورها، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 10، س، 1981م.
- عيد بن مسعود الجهني: "النظام السياسي والإداري في المملكة العربية السعودية"، الطبعة الأولى، مركز الخليج العربي للطاقة والدراسات الاستراتيجيه، الرياض القاهرة، س 1422هـ، 2001م.
- رشيد برادة :" تاريخ النظام الأسري بالمغرب"، الحوار المتمدن، العدد 4044، س، 27\03\2013م.
- رشيد زيزاوي:" التطور التاريخي لمدونة الأسرة المغربية"، مقال منشور بالانترنت.
- جريدة أم القرى، عدد 3811 وتاريخ 1421./6/17هـ.
- سلمان الدوسري: "البحرين، أول قانون للأحوال الشخصية يجيز للمرأة الخلع واشتراط عدم التزوج عليها"، مقال منشور، جريدة الشرق الأوسط، عدد 10975.
- فهد البكران، المتحدث الرسمي لوزارة العدل، صحيفة الشرق الأوسط، 5/03/2013 م.
- هناء حمادي: "دور مكاتب التوجيه الأسري"، جريدة الاتحاد الإماراتية، تاريخ 9 يونيو 2012 م.

- جمال عسيري: "تقنين الأحوال الشخصية في البحرين بين الشيعة والسنة"، الخميس 21 أكتوبر 2004م ، مقابلة مع قناة البي بي سي العربية في المنامة.

سادسا– البحوث والندوات

- كاميليا حلمي: "مصطلح الأسرة في أبرز المواثيق الدولية"، دراسة تحليلية، بحث مقدم في مؤتمر الخطاب الإسلامي المعاصر، بتاريخ 28/28 يوليو 2011م، الجزائر.
- مجموعة 95 المغاربية من أجل المساواة:" مائة إجراء ومقتضيات: من أجل تقنين مغاربي بروح المساواة في مادة الأحوال الشخصية وقانون الأسرة"، مؤسسة فريدريك إيبريت الألمانية والاتحاد الأوروبي.
- يوسف القرضاوي: "مركز المرأة في الحياة الإسلامية"، سلسلة رسائل ترشيد الصحوة 4 ، الطبعة الأولى، مطبعة المدني، س، 1996م.
- زهور الحر:"المدونة وقواعد الحق والمساواة في العلاقات الأسرية بين النص والتطبيق"، يوم دراسي، مطبعة دار السلام، الرباط، س، 2006 م.
- محمد سعدي الخطيب: "أسس حقق الإنسان في التشريع الديني والدولي"، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، س، 2010م.
- الشيخ الخمار البقالي:"عضل الولي في بلاد الغرب صوره وأحكامه"، بحث مقدم إلى الدورة الثانية عشرة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، س،2004م.

- أمال عبد الهادي:" حقوق النساء من العمل المحلي إلى التغيير العالمي"، منشورات مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، 2004م.
- محمد الروكي: "ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي المعاصر"، مقال في كتاب الاجتهاد الفقهي، أي دور وأي جديد؟، منشورات كلية الآداب والعلوم الانسانية بالرباط، سلسلة ندوات ومناظرات، رقم53، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1996م.
- صالح محمد محمود بدر الدين:"تقييم تحفظات الدول العربية علي اتفاقية القضاء علي كافة أشكال التمييز ضد المرأة"، ندوة اتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة والشريعة الإسلامية، خلال القترة من 19 إلى20 نوفمبر 2012 م الدوحة، قطر.
- الحسين بلحساني:"تعديل مدونة الأسرة بين الثوابت الشرعية ومتطلبات الحداثة"، مداخلة في ندوة، ‹‹ مستجدات مدونة الأسرة››، نظمت بجامعة محمد الخامس السويسي الرباط، س، 2003 م.
- نهى القاطرجي:"دور الاتفاقيات الدولية في الوقوف في وجه الزواج المبكر"، بحث مقدم إلى المؤتمر الخامس للشريعة والقانون، س، 1436هـ/2015م.
- أمال عبد الهادي:" حقوق النساء من العمل المحلي إلى التغيير العالمي"، منشورات مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، 2004م.
- لطيفة الجبابدي: "الأبعاد الاجتماعية في مدونة الأسرة "، مداخلة في الندوة الوطنية لمدونة الأسرة نظمتها كلية الحقوق بطنجة يوم الجمعة 20فبراير 2004م.

- دليل من أجل المساواة في الأسرة المغاربية، منشورات مجموعة 95 من أجل المساواة المغاربية، ماي ،2003م.
- أحمد الصويعي شليبك:"الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في بلاد غير إسلامية"، بحث منشور، بكلية الشريعة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.
- جميلة المصلي: "الحركة النسائية في المغرب المعاصر"، مركز الجزيرة للدراسات، الدار العربية للعلوم ناشرون.
- مصطفى الهروس:"التراث المالكي في الغرب الإسلامي"، سلسلة ندوات ومناظرات، كلية الآداب والعلوم الإنسانية الدار البيضاء، س، 1998 م.
- محمد السيد سعيد: "مقدمة لفهم منظومة حقوق الانسان"، منشورات مركز القاهرة لدراسات حقوق الانسان، القاهرة، 1997م.
- إجلال حلمي: "الأسرة في الإمارات"، بحوث الندوة العلمية التي نظمتها جمعية الاجتماعيين في 22 ديسمبر 1994م، الطبعة الأولى، الشارقة.
- زكي الدين شعبان: "مرونة الفقه الإسلامي وإبطال جموده"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 2، س، 1982 م.
- محمد معروف الدواليبي:"الشريعة الإسلامية وحقوق الإنسان"، ندوات علمية في الرياض وباريس والفاتيكان ومجلس الكنائس العالمي، فيما بين فريق من كبار علماء المملكة العربية السعودية وبين آخرين من كبار رجال الفكر والقانون في أوربا، الطبعة الثالثة، دار الشواف، الرياض، س، 1993م.

- عامر أحمد: "حق الإنسان في الزواج وتكوين أسرة في حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، الطبعة الأولى، ج 2، مركز الدراسات والبحوث بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالتعاون مع رابطة الجامعات الإسلامية، س، 1422هـ، الرياض.

سابعا– القوانين والمراسيم

نظام المرافعات الشرعية صدر بالمرسوم الملكي رقم (م/21) بتاريخ 1421/5/20هـ الموافق 2000/8/19م ونشر في جريدة أم القرى، عدد 3811 وتاريخ 1421/6/17هـ الموافق 10 سبتمبر 2000م.

- صدر قانون الأسرة البحريني بموجب مرسوم ملكي تحت رقم:(19/ 2009م) م.
- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي انضمت إليها حكومة مملكة البحرين بموجب مرسوم قانون رقم (5) لسنة 2002م ونشر بالجريدة الرسمية العدد 2520، الأربعاء 6مارس 2002م.
- القانون رقم 70–03 بمثابة مدونة الأسرة صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 22–04–1 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004م)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 من ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004م).
- صدر قانون الأسرة القطري رقم 22 لسنة 2006م.
- صدر المرسوم الملكي رقم(أ/137) في 1391/7/8 هـ بتأليف هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية.

- صدر بالمرسوم الملكي رقم (م/64) في 14 رجب 1395 للنظام القضائي السعودي ونشر في الجريدة الرسمية العدد 2592 بتاريخ 29 شعبان 1395هـ الموافق 5 سبتمبر 1975م.
- صدر المرسوم الأميري تحت رقم 51 لسنة 1984م لقانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت.
- صدر قانون الأحوال الشخصية العماني بمرسوم سلطاني رقم 32/ 97، وكان صدوره بتاريخ 28 من شهر محرم سنة 1418هـ الموافق 4 من يونيو سنة 1997م.
- صدور قانون الأسرة رقم 22لسنة 29 / 6 / 2006م لدولة قطر.
- الظهير الشريف رقم 1.57.343 الصادر بتاريخ 28 ربيع الثاني 1377 (22 نوفمبر 1957) المطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتابين الأول والثاني المتعلق أولهما بالزواج وثانيهما بانحلال ميثاقه كما تم تتميمه وتغييره والنصوص المتخذة لتطبيقه.
- الظهير الشريف رقم 1.57.379 الصادر بتاريخ 25 جمادى الأولى 1377 (18 ديسمبر 1957) المطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها.
- القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الأسرة صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 22-04-1 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 /3 فبراير 2004م، الصادر بالجريدة الرسمية ، العدد، 5184 في 5 فبراير 2004م.

- قانون قطر بشأن تنظيم الزواج من الأجانب تحت رقم 1919/21م.
- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم: 28 /2006م.
- المرسوم السلطاني رقم 93/58 لأحكام تنظيم زواج العمانيين من أجانب.
- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، رقم (28/م2005).
- قانون الأسرة البحريني، رقم (2009/19م).
- قانون الأسرة الكويتي، رقم (51/م1984).

ثامنا– القرارات والمناشير الوزارية

- القرار الوزاري رقم 6874 بتاريخ ه1420/12/20 ،لائحة زواج السعودي بغير سعودية والسعودية بغير السعودي.
- رسالة دورية رقم: 2/33247 بتاريخ 10 شتنبر م1986حول موضوع " زواج القطري الجنسية بمواطنة مغربية.
- قرار وزير العدل رقم 269–04 بتاريخ 03 فبراير م2004 المتعلق بتحديد شكل ومضمون المطبوع الخاص بطلب الإذن بالزواج، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ12 فبراير2004م.
- قرار وزير العدل رقم 270–04 بتاريخ 03 فبراير 2004م المتعلق بتتميم لائحة المستندات التي يتكون منها ملف عقد الزواج وكذا محتوياته، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 12 فبراير 2004م.
- قرار وزير العدل رقم 272–04 بتاريخ 03 فبراير 2004م المتعلق

بتحديد شكل ومضمون السجل الخاص بتضمين نصوص عقود الزواج، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 12 فبراير 2004م.

- قرار وزير العدل رقم 271-04 بتاريخ 03 فبراير 2004م المتعلق بتحديد المعلومات الواجب تضمينها في عقد الزواج، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 12 فبراير 2004م.
- منشور عدد 12/60 بتاريخ 28 ابريل 1960، الموضوع النكاح بين المغاربة والاجانب.
- منشور رقم 6404/ق ر ع /2/م ح بتاريخ 27 يونيو 1975 ، حول موضوع "زواج المغربيات بالأجانب معتنقي الاسلام" .
- منشور رقم 845 بتلريخ 17 ماي 1979 حول موضوع "زواج معتنقي الاسلام".
- آخر منشور صدر بتاريخ، 20/06/2003 الحامل رقم: 49 س 2، حول موضوع " الزواج المختلط".

تاسعا– القواميس

- ابراهيم أنيس: "معجم لغة الفقهاء"، دار النفائس، بيروت، 1988م .
- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا:" معجم مقاييس اللغة، تحقيق : عبد السلام محمد هارون، دار الكتب العلمية، إيران.
- جمال الدين بن منظور: "لسان العرب"، المجلد 15، دار صادر، بيروت، 1990 م.

الفهرس

مقدمة.....1

فصل تمهيدي: مركز الأسرة في النظام الأسري الخليجي والمغربي وفي المواثيق الدولية.....23

المبحث الأول: أهمية الأسرة في الشرعية الدولية.....24

المطلب الأول: الحق في الزواج.....25

المطلب الثاني: بلوغ السن القانونية للزواج.....25

المطلب الثالث: ملائمة التشريعات الوطنية مع المواثيق الدولية.....27

المبحث الثاني: مكانة الأسرة في التشريع الأسري الخليجي والمغربي.....28

المطلب الأول: في النظام الأسري السعودي.....29

المطلب الثاني: في دساتير بعض الدول الخليجية.....30

المطلب الثالث: في مدونة الأسرة المغربية.....31

المبحث الثالث: حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية.....33

المطلب الأول: المرأة في القرآن.....34

الفقرة الأولى: تكريم الإسلام لإنسانية المرأة.....35

الفقرة الثانية: حق المرأة في اختيار الزوج.....36

الفقرة الثالثة: حق المرأة في المهر.....36

الفقرة الرابعة: حق المرأة في النفقة.....37

المطلب الثاني: مظاهر المساواة بين المرأة والرجل في الشريعة الإسلامية.....39
الفقرة الأولى: المساواة في التكليف.....39
الفقرة الثانية: المساواة في نشر الدعوة.....40
الفقرة الثالثة: المساواة في التعليم.....40
الفقرة الرابعة: المساواة في المشاركة السياسية.....41
أولا: الرأي المعارض لصلاحية المرأة بالتمتع بالحقوق السياسية.....42
ثانيا: الرأي المساند لصلاحية المرأة بالتمتع بالحقوق السياسية.....46
الباب الأول: مقاربة المقتضيات التشريعية الأسرية الخاصة بالمرأة المغربية والخليجية ومدى انسجامها مع المواثيق الدولية.....52
الفصل الأول: المقتضيات القانونية والفقهية والقضائية المنظمة لمدونة الأسرة بالمملكة المغربية.....56
المبحث الأول: الإطار القانوني لأحكام الأسرة في التشريع المغربي.....58
المطلب الأول: قانون الأحوال الشخصية الملغاة.....59
المطلب الثاني: الانتقال من قانون الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة.....59
المطلب الثالث: مستجدات مدونة الأسرة.....62
المبحث الثاني: دور المرجعية الفقهية والمذهبية على مدونة الأسرة المغربية.....64
المطلب الأول: أحكام القرآن الكريم.....65
المطلب الثاني: أحكام السنة النبوية الشريفة.....68

المطلب الثالث: مركز المذهب المالكي في مدونة الأسرة.....70

الفقرة الأولى: خصوصية المذهب المالكي عند المغاربة.....72

الفقرة الثانية: المذهب المالكي مرجع أساسي بمقتضى نص 400 من مدونة الأسرة المغربية.....74

المبحث الثالث: دور القضاء في تفعيل مدونة الأسرة بالمغرب.....78

المطلب الأول: مؤسسة قاضي الأسرة.....81

المطلب الثاني: سلطة قاضي الأسرة المكلف بالزواج في منح الأذون.....83

الفصل الثاني: المقتضيات القانونية والفقهية والقضائية للتشريع الأسري الخليجي.88

المبحث الأول: الإطار القانوني والفقهي والقضائي لأحكام الأسرة في السعودية...90

المطلب الأول: التنظيم القانوني للأحكام الأسرية بالسعودية.....92

الفقرة الأولى : دواعي إصدار نظام المرافعات الجديد.....94

الفقرة الثانية: نظام المرافعات الشرعية.....95

الفقرة الثالثة: ولي الأمر ودار الإفتاء.....97

المطلب الثاني: دور المرجعية الفقهية والمذهبية في التشريع الأسري السعودي....99

أولا: صاحب المذهب.....101

ثانيا: أصول مذهب الإمام أحمد.....102

المطلب الثالث: النظام القضائي في السعودية.....102

الفقرة الأولى: نشأة القضاء السعودي وتطوره.....103

أولا: قبل تأسيس الدولة السعودية.....104

ثانيا: بعد تأسيس الدولة السعودية.....104

الفقرة الثانية: تطور محاكم الأحوال الشخصية في نظام القضاء السعودي.....108

الفقرة الثالثة: تشكيل محاكم الأحوال الشخصية.....110

المبحث الثاني: المقتضيات القانونية والفقهية والقضائية المنظمة لأحكام الأسرة في مملكة البحرين.....112

المطلب الأول: تجربة مملكة البحرين في مسألة تقنين الأحوال الشخصية.....115

الفقرة الأولى: السياق التاريخي للمطالبة بإصدار قانون الأحكام الأسرية.....115

الفقرة الثانية: القانون الواجب التطبيق على أحكام الأسرة في البحرين.....127

الفقرة الثالثة: قراءة في النصوص القانونية لقانون أحكام الأسرة في البحرين.....128

المطلب الثاني: دور المرجعية الفقهية والمذهبية في نظام الأحوال الشخصية بالبحرين.....132

الفقرة الأولى: مذهب الإمام مالك مذهب رسمي بالبحرين.....135

الفقرة الثانية: أصول المذهب المالكي التي تستوجب الرجوع إليها.....136

الفقرة الثالثة: أقوال الفقهاء في المذاهب السنية الأربعة.....143

الفقرة الرابعة: تسبيب الحكم.....145

الفقرة الخامسة: القواعد الفقهية.....148

المطلب الثالث: تشكيل المحاكم الشرعية بالبحرين.....149

الفقرة الأولى: اختصاصات المحكمة الصغرى الشرعية.....150

الفقرة الثانية: اختصاصات المحكمة الكبرى الشرعية.....151

الفقرة الثالثة: اختصاصات محكمة الاستئناف العليا الشرعية.....151

المبحث الثالث: النظام القانوني لأحكام الأسرة في باقي دول مجلس التعاون الخليجي.....152

المطلب الأول: التشريع الأسري في الكويت والإمارات العربية المتحدة.....153

الفقرة الأولى: النظام القانوني لأحكام الأسرة في الكويت.....154

الفقرة الثانية: النظام القانوني لأحكام الأسرة في الإمارات العربية المتحدة.....156

المطلب الثاني: التشريع الأسري في سلطنة عمان وقطر.....157

الفقرة الأولى: النظام القانوني لأحكام الأسرة في سلطنة عمان.....157

الفقرة الثانية: النظام القانوني لأحكام الأسرة في قطر.....158

المطلب الثالث: الأنظمة القانونية للزواج المختلط بدول مجلس التعاون الخليجي وفي المملكة المغربية.....160

الفقرة الأولى: الإطار القانوني للزواج المختلط في دول الخليج.....161

الفقرة الثانية: الإطار القانوني للزواج المختلط في المغرب.....169

الباب الثاني: المركز القانوني للمرأة في التشريع الأسري المغربي والخليجي وفي الاتفاقيات الدولية.....177

الفصل الأول: أثر الاتفاقيات الدولية على المركز القانوني للمرأة عند إبرام عقد الزواج في التشريع الخليجي والمغربي.....179

المبحث الأول: القواعد المنظمة للرابطة الزوجية في النظام الأسري المغربي والخليجي.....181

المطلب الأول: مفهوم الزواج وحكمه الشرعي.....181

الفقرة الأولى: تعريف عقد الزواج.....182

الفقرة الثانية: حكمة مشروعية الزواج.....187

الفقرة الثالثة: الحكم الشرعي للزواج.....189

المطلب الثاني: أحكام الخطبة في التشريع الأسري المغربي والخليجي.....190

الفقرة الأولى: مفهوم الخطبة وشروطها.....191

الفقرة الثانية: الخطبة في التشريع الخليجي.....198

الفقرة الثالثة: الخطبة في مدونة الأسرة المغربية.....200

المطلب الثالث: التعويض عن أضرار العدول عن الخطبة في التشريع الخليجي والمغربي.....202

الفقرة الأولى: آثار العدول عن الخطبة في التشريع الخليجي والمغربي.....202

الفقرة الثانية: التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة.....209

المبحث الثاني: أهلية المرأة في النظام الأسري المغربي والخليجي وفي الاتفاقيات الدولية.....213

المطلب الأول: أهلية المرأة في التشريع الأسري وفي الاتفاقيات الدولية.....214

الفقرة الأولى: الأهلية في النظام الأسري المغربي والخليجي.....215

الفقرة الثانية: المساواة بين الرجل والمرأة عند تكوين عقد الزواج.....221

الفقرة الثالثة: تحديد سن زواج المرأة في الفقه الإسلامي.....222

المطلب الثاني: تحديد سن الزواج في التشريع الأسري الخليجي.....225

الفقرة الأولى: سن الزواج في المملكة العربية السعودية.....225

الفقرة الثانية: سن الزواج في مملكة البحرين.....229

الفقرة الثالثة: سن الزواج في باقي دول الخليج.....231

المطلب الثالث: سن الزواج في مدونة الأسرة.....234

المطلب الرابع: أثر الاتفاقيات الدولية على تحديد سن الزواج.....237

المبحث الثالث: أحكام الولاية بين التشريع الأسري والاتفاقيات الدولية.....240

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من الولاية.....241

المطلب الثاني: الولاية في النظام الأسري الخليجي والمغربي.....252

الفقرة الأولى: الولاية في النظام الأسري الخليجي.....253

الفقرة الثانية: الولاية في التشريع الأسري المغربي.....258

المطلب الثالث: المركز القانوني للولاية بين الفقه الإسلامي والشرعية الدولية...263

المطلب الرابع: الإجراءات القانونية لتوثيق عقد الزواج في النظامين.....270

الفقرة الأولى: توثيق عقد الزواج في التشريع المغربي.....270

الفقرة الثانية: توثيق عقد الزواج في التشريع الخليجي.....274

الفقرة الثالثة: حقوق المرأة بعد إبرام عقد الزواج.....278

الفصل الثاني: أثر الاتفاقيات الدولية على الوضعية القانونية للمرأة عند إنهاء الرابطة الزوجية في التشريع الخليجي والمغربي.....290

المبحث الأول: أثر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على التشريع الأسري الخليجي والمغربي.....293

المطلب الأول: إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق في النظامين الخليجي والمغربي...295

الفقرة الأولى: تعريف الطلاق.....295

الفقرة الثانية: التعريف القانوني للطلاق.....297

الفقرة الثالثة: أدلة مشروعية الطلاق.....302

الفقرة الرابعة: الحكمة من مشروعية الطلاق.....303

المطلب الثاني: تقليص إرادة الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية في التشريع الأسري الخليجي والمغربي.....304

المطلب الثالث: توسيع إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية في التشريع الأسري الخليجي والمغربي.....308

الفقرة الأولى: التفريق للشقاق والضرر في النظام الأسري الخليجي.....308

الفقرة الثانية: التفريق للشقاق والضرر في مدونة الأسرة المغربية.....311

المبحث الثاني:إنهاء الحياة الزوجية بالخلع في مدونة الأسرة وفي الاتفاقيات الدولية..... 315

المطلب الأول: تعريف الخلع.....315

الفقرة الأولى: مفهوم الخلع.....316

الفقرة الثانية: الخلع في التشريع الأسري الخليجي والمغربي.....320

الفقرة الثالثة: شروط الخلع.....323

المطلب الثاني: الحكمة من تشريع الطلاق بالخلع.....324

المطلب الثالث: الأدلة الشرعية والفقهية للطلاق بالخلع.....326

الفقرة الأولى: من الكتاب والسنة النبوية الشريفة.....327

الفقرة الثانية: الآثار المترتبة عن الطلاق بالخلع.....329

الفقرة الثالثة: الوقائع التطبيقية لدعوى الخلع في القضاء السعودي.....330

المبحث الثالث: الإجراءات المسطرية المتبعة لإنهاء الرابطة الزوجية.....333

المطلب الأول: الإجراءات القانونية لإنهاء حالات الطلاق في التشريع الأسري الخليجي (نموذج محاكم الرياض).....334

الفقرة الأولى: دور مكتب التوجيه والإصلاح في إنهاء الطلاق.....335

الفقرة الثانية: إذن المحكمة بتوثيق الطلاق.....339

الفقرة الثالثة: دور سماحة المفتي في إنهاء الطلاق.....341

المبحث الرابع: مسطرة إنهاء الرابطة الزوجية في التشريع الأسري المغربي.....342

المطلب الأول: طلب الإذن من المحكمة.....342

المطلب الثاني: استدعاء أطراف العلاقة الزوجية.....344

المطلب الثالث: الإذن بتوثيق الطلاق أو التطليق.....346

خاتمة.....348

لائحة المراجع.....359

الفهرس.....385