

UNIVERSITYLIFESTYLE.NET

موقع يعني بشعبة القانون, محاضرات, ندوات, كتب جامعية, مقالات و كل ما له علاقة
بالقانون من منظور أكاديمي

نسب الحمل الناشئ أثناء الخطبة في ظل مدونة الأسرة

تنص المادة 156 من مدونة الأسرة ، على أنه: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف القاهرة دون توثيق عقد الزواج، و ظهر حمل بالمخطوبة ينسب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية:

أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء.

ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.

ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

إذا أنكر الخاطب أن يكون الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب"

فهذه المادة تخول إثبات النسب للحمل الناشئ أثناء الخطبة بالشروط التي حددتها أعلاه. غير أنه وبإمعان النظر في محتوى هذه المادة يتضح مدى الارتباك الحاصل في صياغتها، فضلا عن تداخلها وتعارضها مع مقتضيات العديد من مواد المدونة ذاتها

فتارة تتحدث عن خطبة، وأخرى عن زواج حالت ظروف القاهرة دون توثيقه، وتارة تصف المرأة فيها بالزوجة وأخرى بالخطيبة. و القراءة المتأنية لمقتضيات هذه المادة تضعنا أمام احتمالين:

- الأول : أن المادة تتحدث عن حالة قيام علاقة زواج مستجمعة لكافة عناصرها باستثناء الصداق والتوثيق، فيكون الإيجاب والقبول الذي تحدثت عنه المادة منصبا على الزواج الذي حالت ظروف القاهرة دون توثيقه. وهو ما توحى به عبارات من قبيل: " وحصل الإيجاب و القبول"، و "وحالت ظروف القاهرة دون توثيق عقد الزواج" و "ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء "

- الثاني أن المادة تتحدث عن الخطبة وهو ما توحى به عبارات "وظهر حمل ينسب للخاطب"، و "إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة"، و "إذا أقر الخطيبان"، فلم يتحول الخاطب إلى زوج ولم تتحول المخطوبة إلى زوجة، رغم حصول الإيجاب والقبول وحيلولة ظروف القاهرة دون توثيق عقد الزواج.

وقد أدى ما ذكر إلى خلاف جذري في تأويل وتنزيل مقتضيات هذه المادة بين أهل الفقه و رجال القضاء، وفي تحديد أساس الشبهة التي يثبت بها النسب بمقتضاها.

التكليف القانوني لمقتضيات المادة 156

يتأرجح التكيف الفقهي و القانوني لمقتضيات هذه المادة بين الزواج غير الموثق و الخطبة، حيث يذهب اتجاه فقهي و قضائي ، وهو الغالب، إلى أن الأمر يتعلق بزواج صحيح لا ينقصه سوى التوثيق. بينما يذهب اتجاه مقابل إلى أن الأمر لا يتعلق سوى بمجرد خطبة، قد تكون في أحسن الأحوال خطبة من نوع خاص.

وقد سبقت الإشارة إلى دور الارتباك الحاصل في صياغة هذه المادة ، وكذا تداخل مقتضياتها وتعارضها مع مقتضيات العديد من مواد المدونة، في الخلاف القائم بهذا الشأن فقها و قضاء.

غير أن تفسير محل الإيجاب و القبول المذكورين في المادة، هو أهم الأسس التي يبني عليها كل فريق رأيه وينتصر به المذهب في المسألة، وسنعرض لكلا الموقفين على النحو الآتي:

الفقرة الأولى : التكيف على أساس الزواج غير الموثق

ذهب أغلب الفقه إلى أن المادة تتحدث عن حالة قيام علاقة زواج مستجمعة لكافة عناصرها باستثناء الصداق والتوثيق، فيكون الإيجاب والقبول الذي تحدثت عنه المادة منصبا على الزواج الذي حالت ظروف قاهرة دون توثيقه.

وفي هذه الحالة فإننا نكون إزاء زواج تفويض لم يسم فيه المهر ولم يتم توثيقه، وهو زواج يثبت به النسب دونما حاجة إلى الشبهة. خاصة وأن المدونة لم تشترط تسمية الصداق واكتفت بالتنصيص على عدم الاتفاق على إسقاطه من جهة، وتماشيا مع المستقر عليه في المذهب من كون الإشهاد شرطا في الدخول لا في العقد، والنسب يثبت وإن حصل الدخول من غير إشهاد، من جهة ثانية.

ففي قرار لمحكمة النقض: " ينعقد الزواج بالإيجاب و القبول، و إن عدم توفر شروط صحة الزواج المنصوص عليها في الفصل الخامس، لا يتنافى مع ثبوت ركن العقد الذي يترتب عليه في حالة عدم توافر شروط صحته آثار النكاح الفاسد، التي من جملتها وجوب النفقة قبل الحكم بفسخه وثبوت نسب الولد."

ويرى هذا التيار أن الإيجاب و القبول المذكورين في هذه المادة منصبان على إرادة إنشاء عقد الزواج، فنكون أمام زواج صحيح حالت ظروف قاهرة دون توثيقه، فيثبت به النسب للشبهة بتوفر الشروط المذكورة في المادة وينتفي بانتفاءها.

وفي هذا الشأن يقول الدكتور محمد الكشور: "وعليه فبالقراءة المتأنية لهذا النص التشريعي يتضح أنه يشترط لإثبات النسب... - أن يوجد إيجاب وقبول بين المخطوبين بشأن إبرام عقد الزواج، والإيجاب و القبول هو الذي يقرب الخطبة في الحالة التي نحن بصددنا من عقد الزواج، لأنهما يمثلان محتمعين الركن الأساسي لذلك العقد...."

وعلى هذا النحو أيضا يفسر الأستاذ الأزهر مقتضيات هذه المادة حيث يقول: "... والمشرع هنا اشترط ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول، وما دام كذلك فإن الزواج يكون صحيحا إذا توفرت شروط صحته، تبقى مسألة التوثيق هي من الشروط الشكلية للعقد..."

و هذا ما تجنح إليه الأستاذة حفيظة توتة بقولها: "أوجدت المادة 156 من مدونة الأسرة إطارا تشريعيًا للإثبات النسب يتجلى في الانتقال إلى مرحلة الزواج بتبادل الإيجاب والقبول، إلى قيام أسباب قاهرة حالت دون سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه...، وفي هذا الإطار يعاشر كل منهما الآخر معايشة الأزواج، لأن عقد الزواج تحقق في جانبه الرضائي بالنسبة لهما، فيظهر بالمخطوبة أو يزداد لها ولد، فينسب للخاطب للشبهة،....."

وهو ما انتهى إليه كذلك الدكتور عبد الخالق أحمدون، القائل بهذا الشأن : " يبدو من خلال هذه المادة أن الأمر يتعلق بزواج استوفي أركانه الشرعية ولكنه لم يوثق لظروف قاهرة حالت دون ذلك"

وهذا يقول العديد من الباحثين القضاة كالأستاذ عبد الرحمان اللمتوني الذي يقول بهذا الصدد: "والحقيقة أن ما تضمنته المادة 156 من مدونة الأسرة لا يختلف في شيء عن أحكام عقد الزواج الصحيح، ذلك أن الفصل المذكور يتطلب توافر الإيجاب والقبول وهما ركنا عقد الزواج، ويتطلب اشتهاار الخطبة وموافقة الولي وهما شرطان من شروط صحة عقد الزواج. ومتى توفرت الأركان و الشروط المذكورة لم يبق لقيام عقد الزواج سوى تسمية الصداق و توثيق العقد لدى عدلين منتصبين للإشهاد."

الفقرة الثانية: التكيف على أساس الخطبة

في مقابل الموقف الأول يعتبر بعض الباحثين و منهم بعض قضاة الموضوع الممارسين بأقسام قضاء الأسرة، أن الإيجاب و القبول في هذه المادة منصبين على إرادة إنشاء الخطبة في حد ذاتها كدلالة على تمام الخطبة، وفي ذلك يقول أحدهم: "إذا كان مشرع المادة 156 قد راعى توجيه قواعد النسب من التيسير، وعمد للبحث عن مصلحة الأبناء في أن لا يحرموا من رابطتهم من آبائهم رابطة شرعية حتى عند الخطبة فإنه حدد لذلك فروضا و أوجب شروطا لا يثبت النسب بدونها، ونحملها في تمام الخطبة... بتبادل الإيجاب والقبول...، والخطبة لا تعتبر متحققة في غياب تبادل للإيجاب والقبول، إيجاب يمثل و عدا بالزواج و قبولا به،... لأجل ما ذكر فإن تبادل الإيجاب والقبول لا يفترض فيهما ما يفترض في عقد الزواج،... وما توصلنا إليه يساندنا فيه ما نص عليه مشرع المدونة نفسه في المادة السادسة منها أنه: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج"

و ما أشار إليه هذا الباحث من كون الخطبة لا تعتبر متحققة في غياب تبادل الإيجاب و القبول - وإن كان غير مسلما به على إطلاقه، اعتبارا لتحقيق الخطبة لغة و عرفا بمجرد إيجاب الخاطب- ، فهو لا ينطبق على مفهوم الخطبة وفق مقتضيات مدونة الأسرة عموما، ولا على مفهوم تمام الخطبة وفق مقتضيات المادة 156 على وجه الخصوص.

إذ إن تعريف الخطبة بمقتضى المادة 5 من المدونة بالتواعد، يفيد تطابق الإرادتين بتبادل الإيجاب و القبول. فيكون مجرد إطلاق لفظ الخطبة دون ذكر التمام في المادة 156 ، كاف للدلالة على حصول الإيجاب و القبول.

أما والحال أن المشرع قرن الخطبة في هذه المادة بالتمام بالقول: "إذا تمت الخطوبة"، باعتبار التمام تعبيراً عن قبول الطرف الثاني بعد إيجاب الأول فإن ذلك يفيد قطعاً قيام الإيجاب و القبول، ويغني عن ذكرهما و التأكيد عليهما بعد ذلك، لأن الخطبة لا تصير تامة إلا بحصولهما.

واعتباراً لكون المادة تتحدث عن حصول الإيجاب و القبول بعد تمام الخطبة، بقولها: " إذا تمت الخطوبة و حصل الإيجاب و القبول..."، فلا يمكن القول إلا أن حصول الإيجاب و القبول يتجاوزان مرحلة الخطبة، ولا يتعلقان بها.

وما ذكره من السند بشأن مقتضيات المادة السادسة من المدونة بقولها: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج"، وإن كان حقيقة بادية للعيان ، فإنه لا يمكن أن يحجب حقيقة أخرى تحد سندها في مقتضيات الفقرة الأولى من المادة الخامسة من المدونة التي تعرف الخطبة بالتواعد بقولها: " الخطبة تواعد رجل و امرأة على الزواج"، مفاد هذه الحقيقة أن الإيجاب و القبول المذكورين في المادة 156 يتجاوزان مرحلة الخطبة و لا يتعلقان بها

و يذهب بعض الباحثين، إلى حد القول أن هذا الإشكال لا ينبغي طرحه أساساً لأن المادة تتحدث من بدايتها إلى نهايتها عن الخطبة و لا مكان فيها للزواج، و أن أي تفسير يتبنى رأياً مخالفاً ، هو تفسير مغالي فيه و يحمل النص أكثر من دلالاته وطاقته

ولا ندري عن أي دلالة يتحدث هذا الباحث، فالدلالة اللغوية و القانونية فضلا عن الشرعية و المنطقية، لا تفيد سوى ارتباط الإيجاب و القبول بالزواج، أو على الأقل لا تفيد مطلقاً ارتباطهما بالخطبة.

لأن دلالة مصطلح الخطبة في مفهوم مدونة الأسرة، فضلا عن دلالة تمامها في اصطلاح الفقه القانوني، يعني في حد ذاته قيام الإيجاب و القبول، دونما حاجة إلى تأكيدهما بالنص وإلا لكان تعريف المدونة للخطبة

بالتواعد غير ذي معنى ولا دلالة له، و لكان تمييز الفقه للخطبة المجردة عن الخطبة التامة، مجرد لغو و ترف فقهي ليس إلا.

فتعريف المدونة كما أسلفنا للخطبة بقولها في الفقرة الأولى من مادتها الخامسة: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج"، يعني قيام الإيجاب و القبول، لأن التواعد يكون بين طرفين بصدور إيجاب من طرف و قبول من آخر.

وهو ما يؤكده تعريف الأستاذ أحمد الحليشي للخطبة حتى في ضل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة و التي لم تعرف الخطبة سوى بالوعد، بقوله: "عرض الرجل رغبته في الزواج من امرأة و عدم رفض هذه الأخيرة للعرض، و تواعدهما على إبرام عقد الزواج الرسمي".

أما الفقه فلا يعبر بتمام الخطبة إلا بعد التأكيد على قبول المخطوبة بعد إيجاب الخاطب، وفي هذا السياق يندرج تعريف الدكتور محمد الكشور للخطبة بقوله: "طلب الرجل التزوج من امرأة معينة لا يحرم عليه الشرع أن يتزوجها. فإذا أُجيبَت هذه الرغبة بقبول من المرأة، أو ممن له صفة شرعية في النيابة عنها، تمت الخطبة بينهما".

فتكون المادة 156 و الحالة ما ذكر متضمنة لثلاثة أزواج من الإيجاب و القبول، أحدها مصرح به، و الثاني و الثالث مستتران، أحدهما يتضمنه مفهوم الخطبة وفق تعريف المدونة، و الثاني يفيد تعريف الفقه لتمام الخطبة. وهذا يعني أن الإيجاب و القبول الواردين في المادة، يتجاوزان مرحلة الخطبة و يتعلقان بشيء آخر غيرها، أي الزواج الذي حالت ظروف قاهرة دون توثيقه وهو ما تؤكد و او العطف التي ربط بها المشرع بين تمام الخطبة و بين الإيجاب و القبول في ذات المادة.

و يؤيد الأستاذ أنس سعدون في موقف متذبذب هذا الرأي الأخير ، قائلا: "ويبدو أن هذا الرأي الأخير هو الأقرب للصواب إذ ينسجم مع إرادة المشرع التي اتجهت للاعتراف بنسب الأطفال المزدادين خلال فترة الخطبة".

ومع ما ذكر، فإننا نرى أنه رغم وضوح النص بعدم تعلق الإيجاب و القبول بالخطبة، إلا أن تداخل هذه المادة و تعارضها مع مقتضيات العديد من مواد المدونة، وخاصة المادة 6 و المادة 16، فضلا عن الارتباك الحاصل في صياغتها، يجعل مؤسسة الخطبة طاغية و حاضرة و بقوة، وهو ما توحى به عبارات من داخل المادة ذاتها من قبيل: "وظهر حمل ينسب للخاطب"، و "إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة"، و "إذا أقر

الخطيبان"، فلم يتحول الخاطب إلى زوج ولم تتحول المخطوبة إلى زوجة، رغم حصول الإيجاب والقبول وحيلولة ظروف القاهرة دون توثيق عقد الزواج.

وهذا ما يستدعي تدخلا تشريعيًا لتعديل نص هذه المادة بما يمنع من اتخاذ مؤسسة الخطبة مرتعا للفساد، و محالا خصبا لكل من لا تتوفر فيه شروط صحة الزواج و الإذن بعقده، و بما يضمن تطبيق المبتغى التشريعي منها و يقطع الطريق أمام كل تأويل أو تفسير قد يخرجها عن سياقها. تأكيدا لإرادة المشرع المنصبة على الحالة التي يتعذر فيها على الخاطب و المخطوبة توثيق زواجهما، لأسباب القاهرة، بعدما اتجهت إرادتهما إلى عقده مع ما يترتب عن ذلك من آثار، كما عبر عن ذلك بوضوح ما جاء في الخطاب الملكي المعتبر ديباجة مدونة الأسرة المجلس الأعلى في قراراته الواضحة في هذا الشأن، وأكدته محكمة النقض في قراراتها الواضحة في هذا الشأن.

المراجع :

- الأستاذ عبد الرحمان اللمتوني: إثبات النسب بشبهة خلال مرحلة الخطبة
- د. محمد الأزهر: شرح مدونة الأسرة
- د. محمد الكشور: البنوة و النسب في مدونة الأسرة
- عبد الخالق أحمدون: الزواج والطلاق في مدونة الأسرة
- ذ. يونس الزهري: آثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة