◘ بحوث المحور الرابع ◘

المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة في غير البلاد الإسلامية

الزواج الصوري في ضوء الفقه والقانون

بقلم

أ.د.جيلالي تشوار

أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق والعلوم السياسية .جامعة تلمسان

tchouardjilali@yahoo.fr

مقدمة

بني عقد الزواج من زاوية الشرع على أسس سليمة ولا يصبها اضطراب مهما طال الزمان وتغيرت الأماكن. فيه من المرونة الفاعلة، الأمر الذي يجعله متجاوبا مع مصالح الأشخاص إذا حافظوا على الثوابت التي يرتكز عليها. ولما كان من أهدافه بناء أسرة أساسها المودة والرحمة والإحصان والحفاظ على الأنساب، فقام الشرع، ومن بعده التشريع، بصياغة نصوص وأحكام محكمة بحيث إذا انتهجها بنو البشر ومشوا على طريقها استقرت أمورهم، ومن ثم استقرت الأسرة خاصة والمجتمع عامة.

ومن تتبع النصوص القانونية المنظمة لأحكام هذا النظام يجد أن المشرع صاغ الأحكام التي تستقيم عليها الأسرة الصالحة من حيث إبرام عقد الزواج أصلا إذ حدد الأحكام الأساسية التي لا يمكن تصور إقامة هذا العقد بدونها سواء عند تعريفه لعقد الزواج أو عند تحديد ركنه الأساسي المتمثل في الإيجاب والقبول، أي التراضي بين العاقدين، أو كانت من شروط صحته كالصداق والشهادة، والولاية، والأهلية،... الخ.

غير أن العاقدين يمكن أن يتفقا على تقييد الزواج بمدة من الزمن سواء أكانت محددة أو غير محددة، كما يمكنهما أن يتفقا على تحقيق مصلحة شخصية من غير أن تكون لهما نية بناء أسرة سليمة مثلما نص عليها الشرع والتشريع[1]. وأن مثل هذه الزيجات أصبحت منتشرة ليس فقط في الدول الغربية بل حتى الإسلامية وذلك تارة لانخفاض الوازع الديني وتارة أخرى لأسباب مادية بالنسبة للمتعاقد الآخر، وتارة لستر فاضحة ما. هذا حتما يجرنا إلى الدخول في بحث صورية العقد، علما أن "قضية الصورية بالنسبة إلى عقد الزواج فيها اعتبارات

[1] سامح سيد محمد، المشكلات العملية في قوانين الأحوال الشخصية في مصر والدول العربية، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، مصر، 2010، ص. 47 وما يليها؛ أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 127 وما يليها.

معقدة، واختلاف في الاجتهادات نظرا لوجود قاعدة استثنائية في عقد الزواج أن جدّه جدّ، وهزله جدّ"[1].

وأمام هذا النوع من العقود، لنا أن نتساءل هل ينعقد أصلا هذا الزواج وقت إبرامه؟ وهل يرتّب آثاره في المستقبل؟ فهل نية التعاقد بمعناها الضيق متوافرة فيه؟

للإجابة عن هذه الإشكالية، سنقسم هذه المداخلة إلى أربع نقاط أساسية، بحيث سنتعرض على التوالي إلى تحديد مفهوم الزواج الصوري مع تبيان حالاته (أولا)، ثم إلى تحديد موقف الاجتهاد الغربي (ثانيا) والإسلامي منه (ثالثا) وأخيرا إلى موقف القانون الجزائري من الزواج الصوري (رابعا).

أولا- تعريف الزواج الصوري وحالاته

إن مصطلح "الزواج الصوري" لم يرد في نصوص قانون الأسرة ومن ثم لم يتم فيه تحديد خاص لمدلوله، غير أن الاجتهاد عيّن مفهومه بالصورة التي تبدّى معها شاملا. فينبغي مع هذه الملاحظة البحث تباعا في تعريف الزواج الصوري (آ)، ثم في الحالات التي يظهر فيها هذا النوع من الزواج (ب).

آ- تعريف الزواج الصوري

استحوذ الزواج الصوري على مكانة بالغة من الاهتمام فقها وقضاء، حيث شغل فكر كثير من الفقهاء والقضاة في عدة دراسات وأحكام وقرارات قضائية، منها ما حددت مفهومه، ومنها ما حددت حكمه. وفي هذا الخضم تعددت تعاريفه، إلا أنه قبل ورود هذه التعاريف، نقول أن المصطلح متكون من شقين، الأول يتعلق بالزواج والثاني خاص بالصورية.

فمن باب التعريف اللغوي، الزواج: "لفظ عربي موضوع لاقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا عن الآخر، ومنه قوله تعالى: ﴿وإذا النفوس زوجت﴾[2]، أي: يقرن كل واحد بمن كانوا يعملون كعمله"[3]. ومن ذلك قوله عز وجل: ﴿وزوجناهم بحور عين﴾[4]، أي قرناهم بهن[5].

أما اصطلاحا فهو عقد على نية التأبيد بين رجل وإمرأة تحل له شرعا، مستوفيا لأركانه وشروط صحته، هدفه إنشاء رابطة للحياة المشتركة بكل الآثار المترتبة عنها. إذن، فالزواج عقد مدني ذو طبيعة شرعية[6]، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.

---

[1] مصطفى الزرقا، فتاوى مصطفى الزرقا، اعتنى بها: مجد أحمد مكي، قدم لها الدكتور يوسف القرضاوي، دار القلم، دمشق، 2004، ص. 281.

[2] سورة التكوير، الآية 7.

[3] محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 7،1983 ص. 45.

[4] سورة الطور، الآية 10.

[5] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1967، ص. 9.

[6] محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، عقد الزواج وآثاره، ط. ثانية، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء المغرب، 2009، ص. 197.

ومن زاوية أخرى، فالصورية تمس جل العقود، وهي لغة التصنّع، أي "إظهار في نفسه ما ليس فيه"[1]. وفي لسان العرب، يقصد بالتصنّع :"تكلّف حسن السّمت وإظهاره والتزيّن به والباطن مدخول"[2]. أما اصطلاحا، فهي إخفاء الحقيقة.

والنتيجة المنطقية التي تستتبعها هذه التعاريف هي أن الزواج الصوري هو زواج مصلحة، أي "نوع من عقود الزواج قائم على قضاء المصالح فقط دون لقاء بين الزوجين، فلا يجمع الزوجين فيه بيتٌ واحد، ولا يتعاشران معاشرة الأزواج"[3]. وقد عرفه الكثير من الفقه الغربي، منه الأستاذة نيبويه Niboyet التي عرفته كما يلي :

« Le mariage blanc est celui où deux personnes se marient en dehors de toute perspective matrimoniale dans le seul but d'obtenir un droit lié au mariage. Les parties se servent alors du mariage qui ne constitue pas pour elles une finalité mais un simple moyen afin de bénéficier d'un droit que le mariage offre accessoirement" [4].

وعرفه الأستاذ فيليب مالوري Malaurie بأنه :

« Dans un certain nombre de cas, les époux n'ont pas entendu faire un mariage définitif : ils veulent obtenir un des effets découlant du mariage, et ensuite faire dissoudre leur union, ce qu'on a appelé, d'une manière approximative, le mariage simulé»[5].

كما عرفه البعض الآخر بأنه :

«Le mariage simulé : Il arrive que des personnes échangent leur consentement devant l'officier de l'état civil sans avoir l'intention de remplir aucune des effets essentielles du mariage, les intéressés recourant à celui-ci en vue d'atteindre un but particulier »[6].

وتحت عنوان فرعي، "هدف أجنبي عن العلاقة الزوجية"، عرف جانب آخر من الفقه الفرنسي الزواج الصوري بأن :

«Le mariage est simulé lorsque les époux y ont consenti dans le but d'obtenir certains effets et non tous ceux qui sont prévus par la loi »[7].

وقد اختصر الأستاذ محمد بن حموش تعريف الزواج الصوري في أنه :

"Un mariage blanc : appelé souvent « mariage de convenance » ou « de complaisance», il est contracté aux fins d'obtenir un résultat étranger à l'union matrimoniale. Il s'agit d'une simulation»[8] du fait que le mariage est contracté dans d'autres buts que la vie commune.

---

[1] جبران مسعود، الرائد، معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، بيروت، 1978، ص. 405.
[2] ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، دار الحديث، القاهرة، 2003، ص. 410.
[3] وصفي عاشور أبوزيد، حكم زواج المصلحة في ضوء المقاصد الشرعية للزواج، الموقع:
http://alwaei.gov.kw/volumes/554/studies/Pages/hokom.aspx, septembre 2011.
[4] Cf. NIBOYET Frédérique, L'ordre public matrimonial, éd. L.G.D.J., Paris, 2008, p.253.
[5] Cf. MALAURIE Philippe, Droit civil, la famille, éd. Cujas, Paris, 1987, pp. 78-79
[6] Cf. WEILL Alex et TERRE François, Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, éd. Dalloz, 4ème édit., Paris, 1978, p.178.
[7] Cf. BEIGNIER Bernard et BINET Jean-René, Droit des personnes et de la famille, éd. L.G.D.J., Paris, LMD édit. 2014, p.238
[8] Cf. BENHAMAMOUCHE Mohamed, Vos droits : Le mariage blanc en France, site : http://www.information-juridique.com/droit-civil-familial/droits-mariage-blanc france_101.htm#.W02ZQ1LBDcs, Article sur le Droit civil & familial, publié le 16/12/2009.

وبهذا الصدد ينبغي التنبّه إلى أن من الفقه الفرنسي من رفض استعمال مصطلح الزواج الصوري إذ يتنافى استعماله مع المصطلح الجاري به العمل في إطار القواعد العامة التي ترى في حالة الصورية وجود عقدين، عقد باطن يختلف عن العقد الظاهر، علما أنه في حالة الزواج الصوري لا نجد إلا عقدا واحدا ولكن حائد عن هدفه[1].

ولكن، رغم هذا الموقف، يمكن القول أن الزواج الصوري هو اتفاق الطرفين المتعاقدين على إخفاء عقد ما تحت ستار عقد آخر. أو هي اصطناع مظهر كاذب لإخفاء تصرف حقيقي. وبمعنى أدق، فقد يلجأ المتعاقدان إلى إخفاء حقيقة تصرف قانوني تم إبرامه بهدف الاحتيال على أحكام القانون، مما يدفعنا إلى القول أن مسوغ هذا الاحتيال وحالاته يختلف باختلاف رغبة المتعاقدين. مما يجعله يختلف عن بعض الحالات المشابهة له.

وهكذا يجب عدم الخلط بين الصورية في عقد الزواج وحالة التدليس[2]، بحيث أن الأولى هي تصرف يتفق عليه المتعاقدان متواطئين فيه معا، فلا يغش أحدهما الآخر، إنما يريدان بموجبه التحايل على القانون وغش الغير، بينما التدليس هو تصرف يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر، أي "استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد"[3]. وبمعنى أدق، "هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد"[4]. وبهذا تظهر العلاقة وثيقة بين المصطلحين التدليس والغلط، ولا علاقة لهما أصلا مع الصورية في عقد الزواج.

كما ينبغي عدم الخلط بين الصورية في الزواج والتزوير، إذ أن في حالة الصورية، كما تقدم، أن كل من المتعاقدين عالم بها ومتواطئ عليها، في حين أن في حالة التزوير فإن أحدهما يريد تغيير الحقيقة دون علم الآخر.

ب.- حالات الزواج الصوري

بعد تعريف الزواج الصوري بمفهومه الواسع وبعد التصدي لمقارنته مع الحالات المشابهة له، يبقى أن نستعرض أشكاله، أي الحالات التي يظهر فيها من حيث الواقع المعيش في ضوء المعيار الذي يظهر به والأوجه الذي ينتقل بها، وأن نناقش في المسائل التي ظهر بها أمام القضاء عامة والفرنسي خاصة.

ومن ثم، يعرض الزواج الصوري تبعا للمعطيات المتصورة بأوجه ثلاثة :

الوجه الأول هو أن يتفق رجل وامرأة على إبرام عقد الزواج مقابل مبلغ من المال يدفعه إليها من أجل الحصول على بطاقة الإقامة وتجديدها كلما طلب منها ذلك لغاية أن يحصل على الإقامة الرسمية ولأطول مدة ممكنة، علما أن المال المقابل قد يدفع لها على سنوات، وذلك لغاية تحقيق المصلحة المنشودة. وفي هذه الحالة، يمكن أن ينصب اتفاقهما على أن يعيش معها عيشة الزوجين، فيضمهما بيت واحد يتعاشران فيه، غير أنهما يتفقان

[1] Cf. BOULANGER François, Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille, JCP, éd. G., 1993, 1, 3665.

[2] Sur cette question, cons. LEMOULAND Jean-Jacques, L'intégrité du consentement au mariage, la théorie des vices de consentement, th. Bordeaux, 1984.

[3] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص. 60.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 1، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1952، ص. 318.

على الفرقة بمجرد تحقيق المصلحة أو دفع المضرة في بعض الحالات الأخرى.

والوجه الثاني هو أن يتم الزواج بهذا الشكل بناء على اتفاق بين المتعاقدين سواء مقابل مبلغ مالي أو بدونه، وذلك لتحقيق مصلحة ما غريبة عن الهدف الأصلي للزواج، وذلك مع عدم العيش بينهما إذ لا تتم بينهما مخالطة الأزواج التي تعد أحد الأهداف السامية لعقد القران أو تتم استثناء. وبعد تحقيق المصلحة يتم الفراق بينهما.

ومن صور هذا الوجه :

– أن يتفق رجل وامرأة على إبرام عقد الزواج بمقابل مالي، وذلك من أجل الحصول على الجنسية، كالجزائري (أو الجزائرية) الراغب في الزواج مع فرنسية من أجل الحصول على الجنسية الفرنسية فقط، ولا رغبة لها ولا له في العيش معا بتاتا ولا إقامة أسرة أساسها المودة، الخ.

– أن يتفق الطرفان على إبرام عقد الزواج من أجل تحليل المرأة لزوجها الأول، وهو ما يطلق عليه اصطلاحا نكاح المحلل، أي الزواج الذي قصد فيه الرجل تحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول، ولو مع نية إمساكها إن تولع بعد ذلك بها.

– أن يدعي الطرفان أنهما زوجان تمت علاقتهما عن طريق زواج عرفي أو ما يسمى في العرف الجزائري بالزواج عن طريق الفاتحة.

والوجه الثالث هو أن يتم الزواج بنية الطلاق كمن أبرم زواجا مع امرأة لتحصيل مصلحة أو دفع مضرة، بحيث كانت نية أحد المتعاقدين أو كليهما تتجه نحو إبرام زواج مؤقت، ينتهي بانتهاء المدة التي تحققت فيها المصلحة أو دفع المضرة. ومن صوره:

– الزواج مع امرأة حامل نتيجة للعلاقة غير الشرعية، وفي هذه الصورة يتم الزواج بينها وبين الأب الطبيعي للجنين من أجل تغطية الفاضحة الماسة بشرفها وكرمة أسرتها من جهة، ومن جهة أخرى، إفلات الجاني من توقيع العقوبة عليه المقررة قانونا.

– كما قد تكون المصلحة ذات طابع جنسي بحت، أي يتم الزواج بينهما قصد الاستمتاع بها فقط لمدة معينة، ولا يعني في مصلحته الختامية إلا إشباعا للغريزة الجنسية، وبعد ذلك يتم الفراق بينهما.

وأما الفقه الفرنسي، اعتمادا على الواقع العملي القضائي، قد أشار إلى بعض حالات الزواج الصوري، حيث يرى الفقيه كربونيي في هذا السياق ما يلي :

«On était en présence de prétendus mariages –mariages de complaisance ou mariages rémunérés_ dans lesquels, manifestement, l'unique intention avait était de faire acquérir plus aisément à l'un des conjoints la nationalité française de l'autre[1] ou un titre de séjour. Au-delà de ce résultat, les intéressés n'entendent assumer ni les droits ni les devoirs du mariage»[2]. Rentrent également dans le cadre de ce type de mariage, les cas, par exemple, des mariages conclus uniquement dans le but d'obtenir des avantages patrimoniaux[3] ou

[1] Cf. Cass. Civ. 1, 17/11/1981, époux Taleb, D., 1982, pp. 573, note P. GUIHO, JCP., 1982, 2, 19842, note critique M. GOBERT

[2] Cf. CARBONNIER Jean, Droit civil, 2/ la famille, l'enfant et le couple, 20ème édit. Refondue, éd. Thémis, puf, Paris, 1999, p. 414.

[3] Cf. Aix, 4/03/1813, Jugen, V° mariage, n° 443, cité par MALAURIE Philippe, op. cit., p.80 ; Cass. Civ., 1,

fiscaux[1], ou d'échapper au service national[2], ou encore de procurer à la femme une autre nationalité afin d'éviter un internement ou de franchir une frontière[3] ou enfin, de légitimer un enfant[4].

وذهب البعض الآخر من الفقه الفرنسي إلى التفرقة بين نوعين من الزواج الصوري، الأول أطلق عليه مصطلح "الزواج الأبيض"، وهو الزواج الذي تم الاتفاق فيه بين الطرفين قصد تحقيق مصلحة مادية أو غيرها، والثاني أطلق عليه مصطلح "الزواج الرمادي"[5]، وهو الزواج الذي تكون فيه إرادة أحد الطرفين منعدمة وغير متطابقة مع إرادة الطرف الآخر الذي كانت نيته يوم إبرام العقد تتجه نحو تحقيق مصلحة معينة دون علم شريكه[6].

وفي النتيجة نرى أن حالات الزواج الصوري المبحوث فيها ليست حالة منفردة بذاتها بل حالات مختلفة أسسها الاشتراط القائم بين المتعاقدين كما تطورت بتطور الواقع والمصالح الشخصية للأفراد. ولكن يبقى التساؤل عما إذا كانت هذه العقود صحيحة من حيث المبادئ القانونية لو أن المتعاقدين استعملا هذه الطريقة برضاهما الحر أثناء إبرام عقد الزواج؟

ثانيا- موقف الاجتهادين الفرنسي والبلجيكي من الزواج الصوري

يعد التفريق التقليدي بين الإرادة السليمة والإرادة الفاسدة من أهم الأسس التي يرتكز عليها الزواج. وقد وجد هذا التفريق في القضاء والفقه من اعتمده لتقدير صحة الزواج، فإن ثبتت صحة الإرادة ترتبت صحة العقد بتوافر باقي شروطه، وإن تأكد فسادها كان العقد غير صحيح.

إن بطلان الزواج الصوري اعتمده القانون الكنيسي حيث قرر بأن الإرادة لا تكون سليمة ومنجزة إذا كان أحد الزوجين يتهرب من الالتزامات الجوهرية للزواج[7]. وأن هذه الفكرة لم يتبناها القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، وأن شراحه حاولوا استنباطها من المادة 146 منه، غير أن محاولتهم هذه باءت بالفشل بناء على القاعدة القائلة في مجال الزواج "لا بطلان بدون نص". بل إن هذه الإشكالية قد طرحت على محكمة ليون سنة 1856، في قضية تتلخص وقائعها في أن رجلا كان سنه 23 سنة أبرم عقد زواج مع امرأة سنها 68 سنة بغرض

28/10/2003, Bull. civ. 1, n° 215, p. 169 ; Dr. Famille, 2004, comm. 15, V. LARRIBAU-TERNEYRE. D. 2004, somm. 2964, obs. LEMOULAND Jean-Jacques ; Defrénois, 2004, 143, obs. MASSIP Jacques.

[1] Cf. C.A. Pau, 24/02/2009, Dr. Famille, 2009, 136, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

[2] Cf. Trib. Lyon, 10/04/1856, D.P., 1857, 2, 54, cite par Alex WEILL et François TERRE, op. cit., p. 178.

[3] Sur ces différents cas, cons. particulièrement, Claude-Isabelle PIGANIOL, Le mariage simulé, RTDCiv., 1960, pp. 217 et s. ; Mariage simulé ou mariage à effets conventionnellement limités (à propos de l'arrêt de la cour de cassation du 20 nov. 1963), D. 1965, chr. 9 ; BENABENT Alain, La liberté individuelle et le mariage, RTDCiv. 1973, pp. 440 et s. ; RAYMOND Guy, Nullité absolue du mariage pour simulation, Gaz. Pal., 1974, 2, doc. 293 ; J. HUET, Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, RTDCiv., 1967, pp. 45 et s. ; COIRET N., La liberté du mariage au risque des pressions matérielles, RTDCiv., 1985, pp. 63 et s. ; FADLALLAH Ibrahim, La famille légitime en droit international privé, th. Paris, 2, Dalloz, 1977, n° 15 et s.

[4] Cf. Cass. Civ., 1, 20/11/1963, D. 1964, 465, note RAYMOND Guy, JCP, 1964, 2, 13498, note Jean MAZEAUD

[5] Le mariage gris est reconnu en France depuis la loi du 16 juin 2011 et a les mêmes conséquences que celles du mariage blanc.

[6] Cf. ALEXIA Fr., Mariage blanc ou mariage gris : quelles sont les conséquences?, publié le 10/01/2018 à 14h14

[7] Cf. ESMEIN A. et GENESTRAL, Le mariage en droit canonique, mise à jour par GENESTRAL R., Librairie du recueil Sirey, 2ème edit., 1929, pp. 336 et s.

إمكانية إعفائه من تأدية الخدمة العسكرية. ولكن، رغم ذلك، فإن المحكمة رفضت القضاء ببطلان الزواج[1].

غير أن الوضع تغير بعد الحرب العالمية الثانية، وأن المحاكم أضحت متبنية فكرة "الأهداف الجوهرية"، مما دفعها، بناء على اعتبارات النظام العام، حماية الجنسية الفرنسية،... فمحكمة لاسن La Seine، عمدت من جانبها إلى مبدأ التفريق بين الرضا المجدي والرضا السلبي وأصبحت تسترشد به في أحكامها منذ 1948، فكانت في إطاره تصف الزواج بالباطل إذا كانت إرادة أحد الطرفين وهمية أي صورية، منها حكمها الصادر في 7 يناير 1948 والتي قضت بموجبه ببطلان الزواج المبرم في ألمانيا بين سجين فرنسي أطلق سراحه وألمانية، بغية السماح لهذه الأخيرة الدخول إلى المنطقة الأمركية ومن ثم الهروب من الروسيين[2]. والمبدأ ذاته تبنته محكمة باريس سنة 1958، في قضية تتلخص وقائعها في أن بولونية، لاجئة سياسية في فرنسا، تزوجت مع إيطالي بغية الحصول على الجنسية التي ستسمح لها الرجوع إلى بلدها الأصلي[3].

ثم تبنى القضاء الفرنسي اتجاها آخر يعبّر عن مبدأ التفريق بين تحقق أحد الأهداف الجوهرية للزواج من عدمه، حيث في قرار لها صادر بتاريخ 20 نوفمبر 1963، قد أيدت القرار الذي تبين لقضاة الموضوع من وقائع القضية أن الطرفين تزوجا بغرض فقط تمكين المولود من النسب الشرعي[4]. وبناء على ذلك، اعتبرت محكمة النقض الزواج الذي أبرم بغية تحديد آثاره صحيحا إذا ما تعلق الأمر بنسب الطفل المولود قبل أم بعد إبرام الزواج.

وبهذا القرار أصبحت محكمة النقض الفرنسية تنحو نحوا آخر، إذ أبقت على صحة الزواج كلما كان الغرض منه تحقيق أحد آثاره الجوهرية. وبالمقابل ليست الجنسية في نظرها من الآثار الجوهرية للزواج، ومن ثم أية علاقة زواج أساسها فقط الحصول على الجنسية الفرنسية تعد باطلة ولا أثر لها. ويبقى الحل ذاته مستساغا لو أن الطرفين همّ بإبرام العقد من أجل الحصول على بطاقة الإقامة، أو من أجل الحصول على منفعة مادية فقط.

إذن، من تتبع الاجتهاد الفرنسي يلاحظ أن محكمة النقض قضت ببطلان الزواج، بناء على المادة 146 من القانون المدني التي تشترط رضا الطرفين في الزواج، إذا كان هدف هذا الأخير يتجه نحو الحصول على نتيجة أجنبية عنه، وذلك على ما يستفاذ من قرارها المبدئي الصادر في 28 أكتوبر 2003، في قضية تتعلق بإبرام زواج بهدف وراثي بين شخص وزميلته في الصبى مباشرة بعدما اتفقا أمام الموثق على النظام المالي المشترك بين

[1] "Attendu que l'officie municipal qui aurait procédé à la célébration pour se prêter à constater des mariages simulés ayant pour unique but de créer des exemptions du service militaire ; que le mariage dont il s'agit entre Ch…, âgé de 23 ans, et la veuve S…, âgée de 68 ans, n'avait été évidemment qu'un moyen employé pour affranchir Ch… des conséquences de l'appel sous les drapeaux… ». Cf. Trib. Lyon, 10/04/1856, D.P. 57, 2, 54.

[2] «Attendu…qu'il est constant que ni le demandeur, ni la défenderesse, n'ont à aucun moment l'intention de se prendre pour époux ; que le simulacre de mariage auquel, dans des circonstances tout à fait extraordinaires , L. s'est prêté, et dont l'officier de l'état… s'est fait le complice plaisant n'était au su de tous… qu'un simple expédient imaginé pour résoudre tant bien que mal une difficulté grave et urgente…Attendu qu'il échait donc de constater la nullité de mariage entre….comme ne constituant qu'un acte simulé et une simple apparence». Cf. Trib. La Seine, 07/01/1948, J.C.P., 48, 2, 4430.

[3] Cf. Paris, 16/10/1958, Sem. Jur., 1958, 2 10897.

[4] Cf. Cass. Civ. 20/11/1963, arrêt Appietto, D. 1964, 465, note RAYMOND G. ; J.C.P., 1964, 2, 13498, note MAZEAUD Jean.

الزوجين، ولكن لما شفي طلب إبطال الزواج بناء على المادة 146 من القانون المدني، وبعد استجابة محكمة المرافعة الكبرى لطلبه مسببة موقفها بأن:

«que le mariage a été contracté par les deux parties dans le seul but d'échapper aux règles successorales et plus particulièrement aux lourds droits de mutation frappant la transmission des biens entre tiers».

ولكن، بعد استئناف الزوجة لهذا الحكم، تم إلغاؤه بقرار صادر عن محكمة الاستئناف، غير أن قرارها هذا لم ينل تأييد محكمة النقض التي صرحت بما يلي:

«Le mariage est nul faute de consentement lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale»[1].

وفي قضية أخرى مماثلة أين الزوجة – حسب محكمة الاستئناف – كان هدفها من الزواج فقط قبض إرث الزوج إذ لم يكن قصدها الامتثال لكل الالتزامات المترتبة عن الزواج، أيدت محكمة النقض بطلان الزواج[2]. وفي قضية ثالثة، أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي بطلان العقد بحجة غياب نية الزواج الذي تم بهدف فقط مدّ الزوج بمساعدة في حالة المرض[3]؛ أو قصد أن يصبح الزوج قيم على الزوج الآخر[4]؛ أو الاستفادة من الميراث في حالة قتل الزوجة لزوجها في زواج كان قصدها الاستحواذ على أمواله دون أية رغبة في الالتزام بالآثار الناجمة عن الزواج[5].

ومثل هذه المواضيع التي طرحت تعرض وبمظاهر مختلفة في نطاق معالجة الاجتهاد صحة الزواج من عدمها. فالاجتهاد الفرنسي يعتمد في الأصل بطلان الزواج في حالة إعفاء الطرفين من الالتزامات الجوهرية للزواج بسبب غياب الرغبة في الزواج، ولكن الواقع يكشف من الحالات ما يختلط الأمر فيها بين المواقف المختلفة لمحكمة النقض، حيث ذهبت إلى قبول إعادة الزواج في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجين تم الاتفاق بينهما على فك الرابطة الزوجية بالطلاق ثم إعادة إبرام الزواج بينهما قصد السماح للزوج بالحصول على الجنسية الفرنسية تطبيقا للقانون الجديد الذي لا يسري بأثر رجعي. وقد اعتبر القضاء عدم صورية الطلاق، ومن ثم الحكم بصحة الزواج الثاني، مما سيسمح للزوج بالحصول على الجنسية الفرنسية[6].

وهذه المواقف لمحكمة النقض لا تخلو من ثغرة فيها تجعل الباحث يتحفظ تجاهها. إذ ليس من اليسير التفرقة لصحة الزواج بين أثر جوهري وأثر غير جوهري. وبمعنى أدق، هذا الحل الذي تقود إليه نظرية "الآثار الاتفاقية المحدودة للزواج" ليس منطقيا في واقعه ولا عادلا أو مشروعا في تركيبه السببي؛ لأن النسب

[1] Cf. Cass. Civ. 28/10/2003, Dr. fam. 2004, comm.. n° 15, note LARRIBAU-TERNEYRE V., D. 2004, 2, note GRIDEL J.-P.
[2] Cf. Cass. Civ. 1ère, 19/12/2012, Panorama Dr. des couples, p. 1095, Obs. LEMOULAND Jean-Jacques, et VIGNEAU D. ; Dr. Fam., 2013, comm., 24, note LARRIBAU-TERNEYRE V.; AJ. Fam. 2013, 137, obs. de BOYSSON B..
[3] Cf. Aix-en Provence, 6ème ch., sect. B., 29/08/2008, Dr. Fam. 2008, comm. 168, note LARRIBAU-TERNEYRE V.
[4] Cass. Civ. 1ère, 05/02/1991, JCP, 1991, 4, 127 ; RTDCiv., 1991, 296, obs. HAUSSER J..
[5] Cass. Civ. 19/12/2012, Dr. Fam., 2013, comm.. n° 24, obs. LARRIBAU-TERNEYRE V.
[6] Cf. Cass. Civ. 1ère, 17/11/1981, JCP., éd. G., 1982, 2, 19842, note GOBERT M..

يبقى أثرا شرعيا إذا نتج عن علاقة صحيحة أساسه صحة الرضا.

والحقيقة، لا يتضح من التحليل العميق للتفريق بين الآثار المترتبة عن الزواج أن هذا الموقف يستجمع المقومات القانونية والواقعية التي تكرسها أحكام النسب لاتخاذها أساسا لازما لثوبته، بل بعد تعديل القانون المدني الفرنسي أصبحت لا فائدة من التفريق بين الزواج المبتغى من ورائه تحقيق النسب الشرعي للمولود دون الآثار الأخرى، إذ إن القانون الصادر سنة 1972 أنشأ شرعية نسب الطفل بحكم قضائي، أي نسب بدون زواج الأبوين[1]. كما نصت المادة 327 من القانون المدني في تعديلها بقانون رقم 93-22 بتاريخ 8 يناير 1993 على أنه "يمكن إعلان الأبوة خارج الزواج قضائيا".

وفي غير هذه الحالة، يكون المشرع قد ترك للقاضي مجال تقدير واسع يستلهم فيه حكمته وبصيرته وحسن استقصائه لإرادة الطرفين وعمق تدقيقه في معطيات الدعوى لديه. ومن ثم، يمكن الاستخلاص مما تقدم، أن أية علاقة تنعدم فيها الآثار الجوهرية للزواج تعد باطلة كالاتفاق على التخلي عن واجب الوفاء، المساعدة، الحياة المشتركة، وذلك حتى ولو كان الهدف المبتغى تحقيق أحد الأهداف الجوهرية للزواج[2].

ولا يغيب أن الفقه الفرنسي لم يكن من جانبه قد استمد مثل هذا الأساس من حكم التفرقة بين النوعين من الزواج بناء على "الآثار الاتفاقية المحدودة للزواج" من عدمها، حيث يرى غالبية الفقه[3] بطلان الزواج الصوري في جميع الحالات إذ إن تطبيق موقف محكمة النقض بين الآثار الجوهرية للزواج والآثار الثانوية له تطبيق عسير.

وفي هذا، ترى الأستاذة Frédérique NIBOYET

«Dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, il serait préférable de tirer toutes les conjséquences de la qualification retenue : autrement dit, soit le mariage est valable et il doit alors produire tous les effets qui y sont attachés ; soit le mariage est fictif et il doit être annulé en tant que tel et non pas seulement l'effet frauduleusement recherché»[4].

Dans le même sens, M. MALAURIE Ph. estime qu'il «est malhonnête de tricher avec les institutions, en jouant avec le mariage ; il faut décourager les tricheurs…La décision rendue par la Cour de cassation est regrettable. Le consentement matrimonial était en l'espèce fictif : les «époux» n'ont pas vraiment voulu se marier et vouloir constituer une union durable. D'où, en un temps de crise matrimoniale, il est dérisoire de défendre des fantômes de mariage et de maintenir les gens dans l'état de mariage malgré eux»[5].

وإذا اختلفت الآراء فقها واجتهادا في فرنسا حول هذه المسألة وفي صدد ما يثيره الموضوع المطروح من

[1] المواد من 333 إلى 6/333 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها لاحقا.

[2] Cf. COURBE Patrick et GOUTTENOIRE Adeline, Droit de la famille, éd. Sirey, Paris, 2013, p.51.

[3] Pour plus de détails, cons. BENABENT Alain, La famille…, op. cit., n° 185 et s. ; HAUSSER Jean et HUET-WEILLER D.,Traité de droit civil, la famille, t. 1, fondation et vie de la famille, 2ème édit., L.G.D.J., 1998, n° 191 ; RAYMOND Guy, J.Cl. Civ., n° 80 ; MALAURIE Philippe et FULCHIRON H., Droit civil, la famille, 4ème édit., éd. Defrénois, Paris, 2011, n° 191 ; Claude-Isabelle PIGANIOL, mariage simulé., op. cit., D. 1965, chr. 9.

[4] Cf. NIBOYET Frédérique, L'ordre public matrimonial, éd. L.G.D.J., Paris, 2008, p. 257.

[5] Cf. MALAURIE Philippe, Droit civil, éd. Cujas, Paris, 1987, p. 80.

مسائل وغيرها، فإن التشريع البلجيكي قنن حلا لها، حيث تنبّه لهذا النوع من الزواج فنص في القانون المدني على الدور الفعال لضابط الحالة المدنية، ومن ثم يكون قد حدد للزواج الصوري بعض دلائله وقرائنه.

وتفسيرا لذلك، ينبغي على ضابط الحالة المدنية، بحكم تمتعه بصلاحية تقديرية[1]، أن يتفحص ما إذا كانت الشروط الموضوعية والشكلية للزواج متوافرة[2]، أي أن يتفحص إذا كان محل الزواج، وفقا لتعبير المادة 146 مكرر من القانون المدني، "تكوين حياة مشتركة مستديمة"، ولا فقط "فائدة بشأن الإقامة المتعلقة بحالة الزوجين"[3].

وينبغي التنويه مرة أخرى بأن القانون البلجيكي، على منوال القانون الفرنسي[4]، لم يترك لضابط الحالة المدنية البحث عن الدلائل المستسغى منها الزواج الصوري، بل إن المنشور الوزاري المؤرخ في 17 ديسمبر 1999 أحصى عددا من القرائن يمكن بالتنسيق فيما بينها معرفة جدية الزواج من عدمها، وأن هذه القرائن هي على النحو التالي :

- عدم تفاهم الطرفين أو أن لديهما صعوبة في التكالم، أو ...إلى مترجم؛
- أن الطرفين لم يلتقيا بتاتا قبل الإعلان عن الزواج؛
- أحد الطرفين يعيش مع شخص آخر بصفة دائمة؛
- لا يعرف الطرفان اسم أو جنسية بعضهما؛
- أحد الطرفين لا يعرف مكان عمل الطرف الآخر؛
- وجود اختلاف جلي بين أقوالهما المتعلقة بظروف لقائهما؛
- تعهد بمبلغ من المال لإبرام الزواج؛
- أكب أحد الطرفين على الدعارة؛
- تدخل وسيط بينهما؛

---

[1] المادة 167 من القانون المدني.

[2] Cf. LANGHENDRIES Bruno, Le projet de mariage sous l'angle des démarches administratives en Belgique : un parcours du combattant, Rev. Migrations Société, 2013, n° 6, pp. 123-137.

[3] A titre d'exemple, déjà en 2004, les chiffres du ministère de la justice montrent que 745 mariages ont été annulés (74%) et 265 demandes d'annulation ont été rejetées (26%). Ces annulations concernent surtout des unions de conjoints de nationalités différentes (86,8%), rarement des couples d'étrangers (8%) et encore moins de Français (5%).

[4] ففي حالة الزواج المختلط وكان أحد طرفيه فرنسيا، يلتقي ضابط الحالة المدنية بالمقبلين على الزواج وإذا شك في جدية هذا الأخير وفي تصريحاتهما، عليه أن يخطر وكيل الجمهورية بالأمر (المادة 2/175 من القانون المدني الفرنسي)، الذي سيقوم من جانبه، ببعض التحريات مع استدعائه الطرفين في مدة لا تتجاوز 15 يوما من أجل أخذ القرار إما بتأجيل لإبرام الزواج لمدة لا تتجاوز الشهرين، أو يعترض على الزواج، أو الموافقة على إبرام العقد.

Dans une circulaire «envoyée à 8500 magistrats, 60 000 fonctionnaires de police et de mairie», le ministère de la Justice propose un guide pour les auditions conduites en mairie, avant de célébrer un mariage. Ainsi parmi les questions posées aux futurs époux, on peut, à titre d'exemple, citer les suivantes : «Comment vous êtes-vous rencontrés» «Connaissez-vous la composition de la famille de votre conjoint'» ou encore «Quelle est la formation de votre futur mari». N.B., Un questionnaire contre les mariages de complaisance, https://www.vitaminedz.com/un-questionnaire-contre-les-mariages-de/Articles_, 25/10/2010.

– وجود فارق كبير في السن؛

وزيادة على هذه القائمة، أضاف المنشور المؤرخ في 6 سبتمبر 2013 ثلاث قرائن أخرى[1]:

– شرّع أحد الطرفين قبلا في الحق في التجمع العائلي بواسطة الزواج أو المعاشرة الشرعية[2] لأحد الأشخاص أو أكثر؛

– سبق لأحد الطرفين أن قام بمحاولة أو عدة محاولات إبرام زواج صوري أو معاشرة شرعية صورية[3]؛

– أخفق أحد الطرفين في جميع محاولاته القانونية للإقامة في بلجيكا.

وتبعا لهذه القرائن، إذا تبين لضابط الحالة المدنية وجود قرينة جادة وهو غير مقتنع بتوافر شروط الزواج، فله تأجيل إبرام العقد بعد أخذ رأي النيابة العامة لمدة شهرين يمكن تمديدها إلى ثلاث أشهر ابتداء من تاريخ إبرام العقد المتفق عليه بداية من قبل المقبلين على الزواج، مما سيسمح له إجراء بعض التحريات الإضافية. وفي حالة عدم أخذ أي قرار خلال تلك المدة، ينبغي عليه إبرام عقد الزواج. أما إذا رفض إبرام الزواج، يجب أن يكون قراره معللا قابل للطعن أمام المحكمة الابتدائية التي تبت فيه عن طريق الاستعجال[4].

ويجب التوضيح بهذا الصدد أن مسألة تبرير إجابة ضابط الحالة المدنية بالنفي لطلب المقبلين على الزواج كان مما استوقف الاجتهاد البلجيكي، وأن الملاحظ في هذا الاجتهاد أن عدم جدية القرينة المبني عليها الرفض تتيح للطرفين إبرام العقد. حيث قضت محكمة بروكسال الابتدائية في حكمها الصادر في 20 جوان 2011 بما يلي:

"Lorsqu'il n'existe qu'un doute quant à la volonté réelle des parties ou de l'une d'elle de créer une communauté de vie durable, la liberté de contracter mariage doit prévaloir"[5].

وتماشيا مع الفكرة ذاتها، قضت محكمة لياج الابتدائية بأن:

---

[1] * les parties ne se comprennent pas ou ont des difficultés à dialoguer, ou font appel à un interprète ;
* les parties ne se sont jamais rencontrées avant la déclaration de mariage ;
* une des parties cohabite avec quelqu'un d'autre de manière durable ;
* les parties ne connaissent pas le nom ou la nationalité l'une de l'autre ;
* un des futurs époux ne sait pas où l'autre travaille ;
* il y a une divergence manifeste entre les déclarations relatives aux circonstances de la rencontre ;
* une somme d'argent est promise pour contracter le mariage ;
* un des deux futurs époux se livre à la prostitution ;
* l'intervention d'un intermédiaire ;
* une grande différence d'âge. Cf. Circulaire du 17 décembre 1999, *Moniteur belge* du 31 décembre 1999.
La circulaire du 6 septembre 2013 a complété cette liste par trois nouveaux indices :
* une des parties a déjà ouvert le droit au regroupement familial par le mariage ou par la cohabitation légale à une ou plusieurs personnes ;
* une des parties a déjà fait une ou plusieurs tentatives de mariage "de complaisance" ou de cohabitation légale "de complaisance" ;
* une des parties a échoué dans toutes les tentatives légales de s'établir en Belgique.

[2] La cohabitation légale est la situation de vie commune de deux personnes qui ont fait une déclaration à l'officier de l'état civil de la commune de leur lieu de résidence et ce, conformément à l'article 1476 du Code civil belge.

[3] Cf. LANGHENDRIES Bruno, "La cohabitation légale : propositions de bonnes pratiques", *Newsletter ADDE,* novembre 2011.

[4] En cas de refus, les futurs époux peuvent introduire un recours contre la décision dans un délai d'un mois suivant la notification devant le tribunal de première instance (art. 63, §4 *in fine* du Code civil).

[5] Cf. Trib. pr. Inst. Bruxelles, 20/06/2011, *Revue trimestrielle de droit familial,* n° 3, 2012, p. 591.

«L'exclusion du projet de vie commune constitue le seul critère du mariage simulé. Il importe peu que, outre la volonté de partager une communauté de vie et de créer une famille, les futurs époux poursuivent un autre objectif. La preuve de la simulation peut être apportée par toute voie de droit »[1].

وقد اعتمدت محكمة بريكسال الوجهة ذاتها في حكم أصدرته بتاريخ 18 أكتوبر 2002 حيث جاء في حيثيته بأن:

«Un mariage arrangé n'est bien sûr, en soi, pas contraire aux dispositions du Code civil, dès lors qu'il n'exclut pas que les deux fiancés aient réellement l'intention de créer une communauté de vie durable»[2].

والخلاصة هي أنه من الضروري أن يكون الرفض معللا تعليلا كافيا، بيد أن التعليل المبني على قرينة ظنية لا يعتد به قضائيا تطبيقا لمبدأ حرية الزواج، فإن لم يتجل مثل التبرير الوجيه كان الترابط بين الطلب وقرار ضابط الحالة المدنية الرافض منتفيا وكانت الإجابة المنتفية غير مستكملة شروطها، فيقتضي التصدّي لهذا الرفض المشلول قانونا.

ولا ريب في أن الرفض المسبب والمبني على قرائن وجيهة تتضاءل أهمية الطعن فيه[3]، إذ في قضية تتعلق بشخص من جنسية مغربية، مقيم بصفة غير شرعية في بلجيكا، بعد مغادرته السجن في 23 فبراير 2013، تقدم بطلب إبرام عقد الزواج مع مواطنة بلجيكية وقد صرح الطرفان بأن زواجهما الشرعي قد تم في 28 أفريل 2013، أي بعد شهرين من خروجه من السجن الذي دخله سنة 2010. غير أنه بناء على عدة قرائن بعد التحري، أبدى وكيل الملك بتاريخ 16 أوت 2013 رأيه الرافض لمشروع الزواج، مما دفع بضابط الحالة المدنية اتخاذ قرار الرفض، وهو القرار الذي كان محل الطعن أمام المحكمة الابتدائية، ثم أمام محكمة استئناف بريكسال التي قضت في قرارها الصادر في 15 يناير 2015 برفض الزواج. وبعد الطعن بالنقض، كان لمحكمة النقض البلجيكية موقف واضح من مسألة القرائن المبني على أساسها الرفض، فقضت في قرارها الصادر في 8 سبتمبر 2016 بما يلي:

"Sur la base de ces énonciations qui gisent en fait, l'arrêt a pu, sans violer aucune des dispositions constitutionnelles[4], conventionnelles et légales[5] visées au moyen, en cette branche, décider qu'il est établi « sans aucun doute possible que, par [leur] projet de mariage, [les demandeurs] n'ont pas pour intention de créer une communauté de vie durable

[1] Cf. Trib. pr. Inst. Liège, 28/06/2000, *J.L.M.B., Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles,* 2001, p. 556.
[2] Cf. Trib. pr. Inst. Bruxelles, *(Civ. Bruxelles),* 18 octobre 2002, 02-8166-A.
[3] Article 167, alinéa 1er, du Code civil.
[4] Il ne résulte ni des articles 22 de la Constitution et 8, § 1er, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantissent le respect de la vie privée et familiale, ni de l'article 10 de cette convention, qui consacre le droit au mariage, que l'application de l'article 146*bis* du Code civil serait écartée, ou que l'appréciation que requiert son application serait modifiée, lorsqu'il apparaît, parmi les circonstances à la combinaison desquelles cette disposition prescrit d'avoir égard, que les candidats au mariage ont effectivement cohabité et ont eu un enfant.
[5] Aux termes de l'article 167, alinéa 1er, du Code civil, l'officier de l'état civil refuse de célébrer le mariage lorsqu'il apparaît qu'il n'est pas satisfait aux qualités et conditions prescrites pour contracter mariage, ou s'il est d'avis que la célébration est contraire aux principes de l'ordre public. L'article 146*bis* du même code dispose qu'il n'y a pas de mariage lorsque, bien que les consentements formels aient été donnés en vue de celui-ci, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des époux n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable mais vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour lié au statut d'époux.

mais n'ont pour seul objectif que de permettre [au demandeur] de bénéficier d'un avantage en matière de séjour"[1].

وأن هذا القرار جاء ليؤكد موقفها السابق، إذ في قضية تتعلق بزواج أجنبي مع بلجيكية تم في 21 جوان 2002، تمكّن الزوج على إثر ذلك من الحصول على الجنسية البلجيكية وفقا للمادة 13 من قانون الجنسية البلجيكي. غير أن قضاة الموضوع تبين لهم، بعد التحري، أن هذا الزواج يعد زواجا صوريا كون "أن الطرفين لم تكن نيتهما بتاتا في إنشاء بينهما حياة مشتركة دائمة"، وأنهما تعسفا في استعمال نظام الزواج حتى يحرز الزوج على الحق في الإقامة في بلجيكا ومن ثم السماح لزوجته الأولى ولأطفالهما الثلاث الإقامة ببلجيكا. وبناء على ذلك، رفضت محكمة النقض الطعن بحجة أن قضاة الموضوع بمحكمة استئناف أونفار Anvers قد سببوا قرارهم الصادر في 28 نوفمبر 2012 تسببا قانونيا والقاضي بما يلي[2]:

"Ils ont décidé, en outre, que l'annulation de ce mariage a un effet rétroactif et qu'il doit être considéré comme n'ayant jamais existé, de sorte que le demandeur « ne peut puiser dans ce mariage un droit à l'obtention et, le cas échéant, à la conservation de la nationalité belge"[3] .

وأن المشرع البلجيكي لم يخرج لاحقا عن هذه الوجهة صراحة بنص لم يخالفها إذ لم يقطع كل سبيل إلى الاسترشاد بها اجتهادا، بل قد عدّل لاحقا[4] النصوص القانونية بأحكام صارمة في مواجهة المتطفلين على القانون. ابتداء من 03 أكتوبر 2013[5]، من الأشخاص المصرحين بإقامة معاشرة قانونية أو إبرام زواج قصد الحصول فقط على حق الإقامة سيعاقبون، وفقا لما نص عليه قانون العقوبات المعدل بعقوبة صارمة.

وخروجا عن القواعد العامة والمألوفة، أجاز المشرع البلجيكي للقاضي الجزائي أن يقضي ببطلان الزواج الصوري[6] كلما توافرت شروطه، والنطق بالبطلان لا يتم إلا بحضور الطرفين الجلسة. غير أنه إذا غاب أحدهما أو كلاهما عن الجلسة، لوكيل الملك إرغامهما الحضور باستعمال القوة العمومية لكي يتسنى لهما فعلا الدفاع ضد الحكم القاضي بالبطلان[7] ومن ثم الطعن في الحكم.

---

[1] Cf. Cass. Civ. Belge, 08/09/2016, n° C.15.0385.F, 20164_20160, pdf.
[2] Cf. Cass. Civ. Belge, 21/06/2002, N° C.13.0157.N,
[3] Du fait que le mariage avec un Belge constitue une condition nécessaire à la déclaration de choix de nationalité visée à l'article 16, § 2, 1°, du Code de la nationalité belge et que, lorsqu'il est établi *ex tunc* qu'il n'y a pas de mariage au sens de l'article 146*bis* du Code civil, la condition de l'article 16, § 2, 1°, du Code de la nationalité belge n'est jamais remplie.
[4] A titre de comparaison, cons. TROUSSE P.-E., « Les sanctions pénales du droit de la famille », *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines,* Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 644.
[5] Loi du 2 juin 2013, *M.B.*, 23 septembre 2013. La loi est entrée en vigueur le 3 octobre 2013. http://www.ejustice.just.fgov.be
[6] L'article 391*octies* du code pénal dispose que «§ 1er. Le juge qui prononce une condamnation sur la base des articles 391sexies ou 391septies ou qui constate la culpabilité pour une infraction à ces dispositions, peut également prononcer la nullité du mariage ou de la cohabitation légale, à la demande du procureur du Roi ou de toute parti ayant un intérêt à la cause.
§ 4. Lorsque la nullité du mariage a été prononcée par un jugement ou un arrêt coulé en force de chose jugée, un extrait reprenant le dispositif du jugement ou de l'arrêt et la mention du jour où celui-ci a acquis force de chose jugée est adressé, sans délai, par le greffier à l'officier de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré et à l'Office des étrangers ou, lorsque le mariage n'a pas été célébré en Belgique, à l'officier de l'état civil de Bruxelles et à l'Office des étrangers».
[7] Art. 391*octies § 2 du code pénal disposant qu' "Un jugement n'est opposable aux époux ou aux cohabitants légaux que s'ils ont été parties ou appelés à la cause.*
Le ministère public peut appeler en intervention forcée l'époux ou les époux ou le cohabitant légal ou cohabitants légaux qui ne sont pas parties à la cause.

ويظهر كذلك من تتبع التشريع الفرنسي أنه سلط عقوبة ردعية على كل من سولت له نفسه إبرام زواج صوري، حيث نصت المادة L623-1 من قانون الدخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء بعقوبة الجاني بخمس سنوات حبس وبغرامة مقدرة بـ 15.000 أورو، وهذا إلى جانب العقوبات الأخرى المتمثلة في بطلان عقد الزواج[1]، وتجريده من الجنسية المتحصل عليها نتيجة لهذا الزواج، بل حتى للقضاء بطرده من فرنسا. وبمعنى أدق، يؤدي بطلان الزواج الصوري، مهما كانت صورته، إلى الحرمان من المنافع المتحصل عليها.

فهل ينصب ذات الحكم في الفقه الإسلامي؟

ثالثا- موقف الفقه الإسلامي من الزواج الصوري

في إطار الفكرة التي شرحت أعلاه وتأييدا لها يجدر التنويه بأن الاجتهاد الإسلامي يعتدّ هو الآخر بالنية عند إبرام عقد الزواج ليرتب عنها تبعة يلقيها على حكم العلاقة التامة بين الطرفين على النحو الذي أورده في الحالات المختلفة لهذا النوع من الزيجات.

ومن هذه الزاوية يكون جانب من الفقه الإسلامي قد كّرس موقفا جازما فيما رتّبه من نتيجة قانونية على الزواج الذي يتصف بالصوري موضوعيا من غير أن يلازمه العنصر الشكلي، إذ يتحقق به حكم البطلان حتى ولو تم إبرامه بطريقة رسمية أي أمام ضابط الحالة المدنية.

وعلى هذا الأساس، اختلف الفقه على حكم الزواج الذي تم بإيجاب أحد طرفيه وقبول الطرف الآخر من غير أن يكون لديهما قصد القران، بل لتحصيل مصلحة أو دفع مضرة. لذلك، لنا أن نتساءل عن مدى صحة هذا الزواج؟

لقد اختلف الفقه في إجابته عن هذه الأسئلة وإن اتفق على تكييف الزواج الصوري بزواج الهازل، فيرى الاتجاه الأول أن هذا النكاح يأخذ حكم نكاح الهازل، أي أنه نكاح صحيح ويرتب كل آثاره وفقا لما قال به جمهور الفقهاء[2] بشأن نكاح الهازل بحكم أن الزواج يعتبر رابطة مقدسة تهدف إلى تحقيق أهداف جد عالية لا يمكن التلاعب بها، وحجتهم في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، الزواج والطلاق والعتاق"[3]. ومن ثم، فإن المتعاقدين في الزواج الصوري يؤخذ قولهما مأخذ الجد، ولا يحتاج قولهما إلى نية، فمتى تزوج المتعاقدان بكلام صريح فسواء كانا هازلين أم غير هازلين فالزواج يقع.

ويدخل في هذا النوع من الزواج، زواج التحليل[4] بحكم أن الحنفية يغلب عليهم الأخذ بظاهر الألفاظ في

L'intervention leur confère la qualité de partie à la cause. Ces parties peuvent exercer les voies de recours. L'intervention est formée dès le début de l'instance de sorte que les parties puissent faire valoir leurs droits sur l'annulation du mariage ou de la cohabitation légale".

[1] وبناء على المادة 184 من القانون المدني، تتقادم دعوى البطلان بمضي 30 سنة ابتداء من تاريخ إبرام عقد الزواج.

[2] للتفصيل، راجع : الكافي، أحكام الإحكام على تحفة الحكام، دار الفكر، 1973، ص. 106 وما بعدها؛ البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مراجعة وتعليق الشيخ هلال سيلمي مصطفى هلال، مكتبة الرياض الحديثة، (د.س.ن.)، ج. 5، ص. 155.

[3] وفي قول آخر الرجعة بدلا من العتاق.

[4] صالح بوبشيش، الحيل الفقهية، ضوابطها وتطبيقاتها على الأحوال الشخصية، منشورات جامعة باتنة، د.س.ط.، ص. 186 وما

العقود، والأهم هو استجماع الشروط دون اعتبار للمعاني والقصود والبواعث، وبناء على ذلك قضوا بصحة زواج المحلل[1]، حيث يرى السرخسي في مبسوطه: "فإن تزوج بها الثاني على قصد أن يحللها للزوج الأول من غير أن يشترط ذلك في العقد صح النكاح ويثبت الحل للأول إذا دخل بها الثاني وفارقها، فإن شرط أن يحللها للأول فعند أبي حنيفة . رحمه الله تعالى . الجواب كذلك ويكره هذا الشرط، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى النكاح جائز ولكن لا تحل به للأول، وعند محمد رحمه الله تعالى النكاح فاسد"[2]. وبالتالي، فالشروط الفاسدة لا يترتب عليها فساد العقد عند أبي حنيفة وإنما يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا وتترتب عليه آثاره. وتفسيرهم لحديث الرسول ﷺ: "لعن الله المحلل والمحلل له"[3]، هو أن استعمال لفظ "محللا" يقضي بصحة الزواج بشرط التحليل بحيث لو كان فاسدا لما سماه محللا، غير أن جزاء المحلل العقاب الأخروي.

غير أن رأيا آخر[4]، اعتمادا على أن القصد في العقد معتبر والعمل بالنية، يرى ببطلان نكاح المحلل سواء كان التحليل مشروطا في العقد أم غير مشروط فيه أو كان منويا فقط[5]، بحيث أن عبارة "محللا" لا يقصد بها بتاتا صحة العقد، بل إن "اللعان هو الطرد والإبعاد عن رحمة الله، ولا يكون ذلك إلا عن ذنب كبير، وهذا يدل على أن نكاح المحلل حرام، وإذا كان حراما كان فاسدا، لا فرق في ذلك بين أن يشترط عليه التحليل في العقد أو قبله، أو لم يشترط عليه، بل نواه وقصده". وزيادة على ذلك، "أي رجل يرضى لنفسه هذه المنزلة القبيحة، أي أن يتزوجها بعد التحليل وإلا حكم على نفسه بأنه مجرد من الغيرة والإنسانية"[6].

وتماشيا مع هذا الرأي، يرى الأستاذ عدنان خالد التركماني بأن الأسباب التي لا يمكن نقضها كالزواج...فالهزل فيها لا يبطلها فيترتب على هذا العقد حكم، أي إذا تم الزواج كان صحيحا والهزل باطل لأن المتكلم رضي بالسبب. أو بتعبير صريح: "فإذا تواضع الزوجان على أصل العقد ألغيت المواضعة ولزم النكاح مطلقا لعدم تأثير الهزل فيه كما هو واضح من الحديث السابق"[7].

يليها.

[1] كمال الدين بن الهمام، فتح القدير شرح الهداية، ج. 3، المطبعة الأميرية، 1317 هـ.، ص. 178؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج. 2، ط. 2، طبعة مصطفى البابي الحلبي، 1966، ص.554.

[2] محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، المبسوط، ج. 6، مطبعة جامعة دمشق، (ددط)، ص. 16.

[3] الترمذي، سنن، كتاب النكاح، باب في التحليل، ج. 2، دار الحديث، القاهرة، (ددط)، ص. 234.

[4] رأي للمالكية والحنابلة، راجع، بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 2، مطبعة الاستقامة، 1352 هـ، ص. 88؛ ابن حزم الأندلسي، المحلى، ج. 9، دار الفكر، ص. 301؛ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج. 4، طبعة الحلبي وأولاده، (د.س.ط)، ص. 7 وما بعدها.

[5] بينما يرى الشافعية بصحة زواج التحليل إذا لم يشترط التحليل في العقد وإلا كان باطلا. وفي هذا يقول القرطبي بأن الماوردي حكى عن الشافعي الذي قال: "إن شرطاه في العقد بطل النكاح ولم يحلها للأول، وأما شرط التحليل قبل العقد أو بعده لا يؤثر على صحة الزواج. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج. 2، دار الغد العربي،(د.س.ط)، ص. 957.

[6] الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الأنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2005، ص.186-189.

[7] عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة، جدة، المملكة العربية السعودية، 1981، ص. 155.

وخلافا لهذا الرأي، يرى أنصار الاتجاه الثاني بعدم صحة الزواج الصوري مطلقا[1]. وحجتهم في ذلك أن زواج الهازل أو المحلل، كالزواج الصوري، غير واقع لأنه لا عزم له ولا إرادة في تكوين أسرة أساسها الاستقرار والمودة...، فهو لم ينو الزواج الفعلي بلفظه ولم يقصد الالتزام بالواجبات والحقوق المترتبة عنه. ودليلهم في ذلك، قوله تعالى: ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ ﴾[2]، بحيث كما لا كفارة فيه، فلا نكاح...، وقوله ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات"[3].

وتبعا لهذا الموقف، يرى ابن القيم في تحريمه لنكاح المحلل بأنه" كيف يقال إن هذا زواج تحل به الزوجة لزوجها الأول مع قصد التوقيت، وليس له غرض في دوام العشرة، ولا ما يقصد بالزواج من التناسل وتربية الأولاد وغير ذلك من المقاصد الحقيقية لتشريع الزواج. إذ هذا الزواج الصوري كذب وخداع لم يشرعه الله تعالى في دين، ولم يبحه لأحد، وفيه من المفاسد والمضار ما لا يخفى على أحد"، ويضيف قائلا: "الإسلام أبطل أنواعا من النكاح الذي يتراضى به الزوجان سداً لذريعة الزنا، ، ومن هذا تحريم نكاح التحليل الذي لا رغبة للنفس فيه في إمساك المرأة واتخاذها زوجة، بل له وطر، فما يقضيه بمنزلة الزاني في الحقيقة وإن اختلفت الصورة"[4].

ونستخلص مما تقدم جميعه أن نظرة الفقهاء القدامى إلى هذه المسألة بنظرة معينة ومن زاوية وحجج مختلفة هو الذي أدى إلى اختلاف في آرائهم. غير أن انشغال الفقه المعاصر بما تتطلبه الحياة الزوجية والاحتياط من التلاعب بالميثاق الغليظ هو الذي دفعه إلى إقرار الحكم ببطلان الزواج الصوري وعدم الاعتراف بصحته. وفي هذا يقول الأستاذ بلحاج العربي منتهجا الرأي الثاني: "وفي الوقت الحاضر ومن الناحية العملية، فإن هذا الحكم يصطدم بشكلية الزواج وذلك أن القانون يشترط أن يكون الإيجاب والقبول صادرين عن جدّ لا عن هزل.ذلك أن الهازل هو الذي ينطق بكلام راضيا مختارا فاهما معناه، ولكنه لا يريد حقيقته ولا مجازه له، أو مزاحا. وعلى هذا الأساس...إذا ثبت الهزل، فلا يترتب عليه أي أثر لعدم وجود الإرادة الجدية الحقيقية حينئذ"[5]. فهي حاليا، كما يقول الأستاذ محمد الكشبور، "مسألة تبقى في نظرنا دينية صرفة"[6]، وذلك نظرا للإجراءات الشكلية القانونية الواجب اتباعها لإبرام الزواج.

---

[1] وهم الظاهرية (ابن حزم، المحلى بالآثار في شرح المجلى بالاختصار، المطبعة المنيرية القاهرية، 1352 هـ، ج. 10، ص. 204)؛ والجعفرية (جواهر الكلام...، طبع بغداد، د.س.ط.، ج. 5، ص. 274.)؛ وبعض المالكية (الحطاب، مواهب الجليل، شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، القاهرة، 1329، ج.3، ص.44؛ الخرشي، حاشية...على مختصر سيدي خليل،...، ج. 3، طبع مصر، 1317 ه، ص. 172؛ الدسوقي، حاشية... على الشرح الكبير لأحمد الدردير، ج.2، دار الفكر، بيروت، ص. 428.

[2] سورة المائدة، الآية 89.

[3] عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ أَبِي حَفْصٍ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ قَالَ :سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ يَقُولُ: " إنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ فَهِجْرَتُهُ إلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ لِدُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا فَهِجْرَتُهُ إلَى مَا هَاجَرَ إلَيْهِ". البخاري، صحيح، كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ؟ ج. 1، رقم: 1، ص. 6.

[4] ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج. 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991، ص. 136-137.

[5] بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2013، ص. 250.

[6] وكان موقف هذا بشأن طلاق الهازل الذي يأخذ حكم زواج الهازل. محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، ط. 2 منقحة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2015، ص.47.

وأمام هذا الموقف، هناك مسائل أخرى تستوجب التطرق إليها وهي تلك المتعلقة بأنواع أخرى للزيجات، إذن يتحتم علينا الأمر البحث في مدى صحة الزواج بنية الطلاق، وزواج المحلل، والزواج لتحقيق المصلحة أو دفع مضرة؟

ولكن كيف يمكن تفسير وتكييف قيد الزواج في هذا المجال؟ هل الأمر يتعلق بإبرام عقدين، الأول ظاهر والثاني باطن، أم أن العقد واحد إلا أنه يحتوي على شرط خفي أي مستتر بعلم الطرفين أو بعلم أحدهما دون الآخر؟

ففي الزواج الصوري لا يمكن تصور وجود عقدين، الأول ظاهر والثاني مستتر، بل عقد واحد يحتوي على شرط أم شروط خفية، لأن هذا النوع من العقود لا يتم إلا باتباع شكلية معينة التي لا يمكن تصور وجود عقد آخر عند إبرامه. ومن هنا، سيتم اتفاق الطرفين سرا على خلاف ما سيعلنان، أي يتواطأ ويتفقا سرا قبل إبرام العقد على أنهما سيعقدان العقد بصورة ظاهرية فقط إيهاما لغيرهما دون أن يكون في الواقع مرتبا آثاره فيما عدا تحقيق لمصلحة أو دفع مضرة. بمعنى أن يكون الباعث على إبرام مثل هذا العقد هو الحصول على الجنسية أو الحق في الإقامة أو مصالح مادية،...الخ. كما قد يكون دفع مضرة كالزواج في حالة الاغتصاب.

والحق أننا لا نريد الدخول في تفاصيل الآراء الفقهية في هذا المجال[1]، فإن ذلك يفوق النطاق المحدود لهذه الدراسة ويكفينا هنا أن نقرر أن المسائل الحادة في الوقت الحاضر تتعلق بعدد من الزيجات التي أصبحت مستفحلة سواء في الدول الغربية أم الإسلامية.

ومن هذه الزيجات، نذكر الزواج بنية الطلاق وأن هذا النوع من الزواج يفتقر إلى شرط التأبيد ويدخل في طياته الزواج المؤقت[2]، وأن تحديد مدة العقد ترجع سواء إلى إشباع الغريزة الجنسية ونكون هنا أمام ما يسمى بزواج المتعة، وسواء إلى تحقيق مصلحة معينة كالحصول على الجنسية أو غيرها من المصالح الأخرى. وأن هذا الزواج لا يمكن الحكم بصحته، بل فهو باطل ولا يرتب آثاره، وجوده كعدمه عند بعض الفقهاء، إذ يرى أنصار هذا الاتجاه عدم الأخذ بهذه الزيجات على إطلاقها.

وفي ذلك يقول الإمام الأوزاعي: "لو تزوجها بغير شرط، ولكنه نوى أن لا يحبسها إلا شهرا أو نحوه، فيطلقها، فهي متعة، ولا خير فيه"[3]. وتوضيحا لما تبناه المذهب الحنبلي، يقول الإمام المرداوي بأنه "لو نوى بقلبه، فهو كما لو شرطه...حيث قال شيخ الإسلام "لم أر أحدا من الأصحاب قال: لا بأس به، وما قاس عليه لا

[1] للتفصيل، راجع علي محمد علي قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص. 109 وما يليها؛ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2008، ص. 49 وما يليها؛ عادل أحمد عبد الموجود، الأنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان. 2005، ص. 157 ما يليها.

[2] Pour plus de détails, cons. JAHEL Sélim, La place de la chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes, éd. Panthéon-Assas, 2012, pp. 169 et s.

[3] راجع الإمام الأوزاعي، مقتبس عن ابن عبد البر، الاستذكار، وثق أصوله وخرج نصوصه ورقمها: عبد المعطي أمين قلعجي، ج. 16، ط. 1، دار قتيبة، 1994، ص.301

ريب أنه موجب العقد، بخلاف ما تقدم، فإنه ينافيه، لقصده التوقيت"[1]، واستشهدوا بقوله عليه الصلاة والسلام: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى".ويرى البهوتي بأنه"أو وقّته بمدة بأن قال: زوجتكها شهرا أو سنة أو يتزوج الغريب بنية طلاقها إذا خارج بطل الكل، وهذا النوع هو نكاح"[2].

غير أن هناك نفر من الفقه لم يقر هذا التفسير إذ يرى أنه ينبغي التفرقة بين النية وبين الشرط في هذا المجال، إذ أن النية بالطلاق، خلافا للشرط، لا تؤثر بتاتا على صحة العقد. وفي هذا يقول ابن قدامة من الحنابلة: "وإن تزوجها بغير شرط، إلا أن في نيته طلاقها بعد شهر، أو إذا انقضت حاجته في هذا البلد، فالنكاح صحيح،..."[3]. وأقره في ذلك الشوكاني حيث قال: "لو نوى عند العقد أن يفارق بعد مدة صح نكاحه..."[4]. كما يرى زفر من الأحناف بصحة الزواج المؤقت مع إبطال شرط التأقيت، وذلك بقوله: "وهو أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل تبطلها هي، ويصح النكاح فصار كما إذا تزوجها على أن يطلقها بع شهر صح وبطل الشرط، أما لو تزوج وفي نيته أن يطلقها بعد مدة نواها صح"[5]. وكما جاء في قول الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز أن " أما أن يتزوج في بلاد سافر إليها للدراسة أو لكونه سفيرا أو لأسباب أخرى تسوِّغ له السفر إلى بلاد الكفار فإنه يجوز له النكاح بنية الطلاق إذا أراد أن يرجع كما تقدم إذا احتاج إلى الزواج خوفا على نفسه. ولكن ترك هذه النية أولى احتياطا للدين وخروجًا من خلاف العلماء، ولأنه ليس هناك حاجة إلى هذه النية؛ لأن الزوج ليس ممنوعًا من الطلاق إذا رأى المصلحة في ذلك ولو لم ينوه عند النكاح"[6].

وفي نفس السياق، يرى الشيخ عبدالله بن بية، بعد تبيان الحالات المسطرة من قبل المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، «إن بطلان هذا العقد ليس صحيحًا؛ فالزواج في الإسلام ليس مقصودًا منه الديمومة والبقاء، وإنما له قصود مختلفة ذكرها النبي ﷺ في قوله: «تنكح المرأة لأربع خصال لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها..» (متفق عليه) ولهذا فلا عبرة بقصد الطلاق عند النكاح لتحقق هذه القصود أو بعضها بالنكاح، ثم إن الزواج إذا وقع بشروطه فإنه زواج صحيح حتى ولو نوى عدم الاستمتاع بها»[7].

ونحن لا نستطيع التسليم بهذا الرأي ولا بالنتائج التي ترتبت عليه، فالزوج حينما كانت نيته تتجه نحو توقيت الزواج إنما أراد من وراء ذلك انتهاء العلاقة بمجرد تحقيق مبتغاه. ولا يهم مطلقا أن تثبت نيته وقت العقد أم بعده. كما لا يهم أيضا أن يكون تعبيره مقيد في شرط خفي بين الزوجين أو غير مقيد.كما لا يمكن الاحتجاج هنا

---

[1] علاء الدين المرداوي، الإنصاف، ط. 1، ج. 8، ص. 163.

[2] البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، تحقيق محمد عبد الرحمن عوض، دار الكتاب العربي، د.س.ط.، ص. 406.

[3] ابن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله التركي وآخرون، ط. 1، طبعة هجر القاهرة، 1989ج. 10، ص. 48 وما بعدها.

[4] الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منفى الأخبار، ج.6، دار الخير، بيروت، 1996، ص. 548.

[5] الإمام زفر، مقتبس عن الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، ج. 3، دار الفكر، بيروت، 1255 هـ، ص. 248-249

[6] الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز ، مقتبس عن
Se marier en ayant l'intention de divorcer (audio), http://www.3ilmchar3i.net/article-se-marier-en-ayant-l-intention-de-divorcer-45198552.html, 1 février 2010.

[7] الشيخ عبدالله بن بية، صناعة الفتوى وفقه الأقليات، ص. 508-511.

"بأن نيته لا تضر، وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته"، إذ إن قواعد الزواج ترتبط ارتباطا وثيقا بكيان الأسرة وتعتبر من قواعد النظام العام، ومنها الاشتراط بعدم ضرار ليس فقط أحد طرفيه، بل الأسرة والمجتمع بكاملهما استنادا للقاعدة الشرعية القائلة: "لا ضرر ولا ضرار".

ومن ثم، فإننا لا نوافق على ما قال به جانب من الفقه "بأن النكاح حلال، فإن شاء أن يقيم أقام، وإن شاء أن يفارق فارق"[1]، بل ينبغي التشدد في اشتراط التأبيد لصحة عقد الزواج، ومن ثم الحكم ببطلان الزواج بنية الطلاق، دخل بها أم لم يدخل، لما يحتويه على الغش والخداع. ولهذا، أكد الفقه المعاصر بأنه "وإن كان علماء السلف يقولون بأن النكاح يكون صحيحا إذا نوى الزوج التوقيت، ولم يشترطه في صيغة العقد، ولكن كتمانه إياه يعد خداعا وغشا، وهو أجدر بالبطلان من العقد الذي يشترط فيه التوقيت الذي يكون بالتراضي بين الزوج والمرأة، ووليها، ولا يكون فيه من المفسدة إلا العبث بهذه الرابطة العظيمة..."[2].

وهو الرأي الذي نادى به أيضا الأستاذ عبد الرحمن الصابوني بقوله: "ثم أن العقد شرع ليكون عقدا أبديا فهو غير قابل للتوقيت، فأي توقيت فيه يفسده كما لو اشترط أحد الزوجين في العقد مدة معينة يحصل بعدها الطلاق مهما طالب أو ذكر أن الزواج لفترة زمنية حددها صراحة أو ضمنا كان العقد غير صحيح لأن الأصل فيه ألا يكون مؤقتا..."[3]. وفي نفس السياق، أكد الشيخ عبيد الجابري[4] بأن "الزواج بنية الطلاق زواج مؤقت، والزواج المؤقت زواج باطل؛ لأنه متعة، والمتعة محرمة بالإجماع، والزواج الصحيح: أن يتزوج بنية بقاء الزوجية والاستمرار فيها، فإن صلحت له الزوجة وناسبت له وإلا طلقها، قال تعالى:﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[5]. كما قال الأستاذ وهبة الزحيلي بأنه "زواج مؤقت في الواقع، مما يجعلني أميل إلى الرأي الثاني سدّا للذرائع، أي الرأي القائل ببطلانه"[6]. وقد حسم الأمر المجمع الفقهي بمكة المكرمة بفتوى صادرة تحت رقم 17030 في 1415/05/18 هـ. حيث قضى بحرمة الزواج بنية الطلاق، لما فيه من غش وتدليس[7].

---

[1] القول للمالكية، راجع الشاطبي، الموافقات، ج. 1، دار ابن عفان، السعودية، 1997، ص. 386.

[2] الرأي للشيخ محمد رشيد رضا، مقتبس عن إحسان بن محمد العتيبي، أحكام التعدد في ضوء الكتاب والسنة، ط. 1، (د.د.ط.)، 1997، ص. 26.

[3] عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج. 1، الزواج وآثاره، ط. 8، منشورات جامعة دمشق، 1998/1997، ص. 78.

[4] الشيخ عبيد الجابري، الزواج بنية الطلاق، الفتوى رقم – 21140، الجزء رقم : 18، ص. 449، المنبر الإسلامي، http://www.sahab.net/forums/index.php?showtopic=139195

[5] سورة البقرة، الآية 229.

[6] وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، 2006، ص. 94.

[7] جاء في هذه الفتوى ما يلي "الزواج المؤقت زواج باطل لأنه متعة والمتعة محرمة بالإجماع، والزواج الصحيح أن يتزوج بنية بقاء الزوجية والاستمرار فيها، فإن صلحت له الزوجة وناسبت له، وإلا طلقها قال تعالى:﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾، سورة البقرة، الآية 229. وفي فتواه الصادرة تحت رقم 15956 بتاريخ 1414/4/6 قرر بأن "الزواج المؤقت هو نكاح المتعة وهو نكاح باطل بإجماع أهل السنة والجماعة لأنه منسوخ بما ثبت في الأحاديث الصحيحة من النهي عنه. وكان كذلك فهو نكاح باطل والوطء به يعتبر زنا تترتب عليه أحكام الزنا في حق من فعله وهو عالم ببطلانه". للتفصيل، راجع، أحمد بن موسى السهلي، الزواج بنية الطلاق، دار البيان الحديثة، 2001، ص. 241 و243. أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، أحكام

ولعل هذا يتفق مع ما حدده المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث أيضا من اعتبار الزواج الصوري في جميع صوره باطل، وذلك سواء كان باتفاق الطرفين، وهو ما يخالف غاية الزواج الإسلامي، بل إن هذا العقد صوري مقصود به أمر آخر غير الزواج حتى ولو استوفى شروطه وهو صورة لا تخلو من شبه بنكاح المتعة، أي الزواج المؤقت الذي حرمته السنة العطرة، وسواء كان نتيجة غش وخدام من قبل أحد الزوجين تجاه المتعاقد الآخر، إذ أن الزواج الإسلامي يتطلب في كلتا الحالتين ديمومة واستقرار الحياة الزوجية. لذلك اعتبر الزواج المؤقت حراما وباطلا[1].

رابعا- حكم الزواج الصوري في القانون الجزائري

إذا انعدم في العقد شرط التأبيد بطل الزواج وهو ما اصطلح عليه بالزواج الصيفي، أو الزواج الدراسي[2]، أو الزواج المصلحي، أو الزواج لثبوت شرعية النسب الناتج عن الزنا، أو زواج التحليل، وهي كلها زيجات منافية لأحكام الشريعة الإسلامية[3]. إذن، قد يتفق الطرفان على إبرام الزواج بناء على شرط قصد تحقيق مصلحة

الأسرة في الفقه الإسلامي،ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009/2008، ص. 59

[1] فصل المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث القول في الصور الثلاث، لأنه هو الذي أوردها، فقال:

الصورة الأولى: حرام يأثمان عليه؛ وذلك بسبب منافاة هذا العقد لمقصد الشريعة في الزواج، إذ هو عقد صوري مقصود به أمر آخر غير الزواج، فهو لو استوفى شروط العقد، فإنه لا يحل لهذا المعنى، وكذلك لأجل أن قانون البلاد لا يسمح به، يتأكد المنع بمجيء هذه الصورة مخالفة لقانون البلد، والقانون هنا متفق مع المقصد الشرعي، كما أن هذه الصورة لا تخلو من شبه بنكاح المتعة الذي حرمه النبي ﷺ كما في حديث سبرة بن معبد أنه كان مع رسول الله ﷺ فقال: «يأيها الناس إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئًا» (1)، من جهة التوقيت الذي فيه إلى فترة الحصول على الإقامة ثم يفسخ العقد بعد ذلك.

والصورة الثانية: مثل الأولى في التحريم وفيها قضية مقطوع بحرمتها وهي زواج المسلمة بغير المسلم، فإن مجرد العقد فاسد، سواء للغاية المذكورة في السؤال، أو لمجرد الزواج.

وأما الصورة الثالثة: فالعقد وإن كانت صورته صحيحة، إلا أن الزوج آثم بغشه المرأة، وذلك لإضماره نية الطلاق من حين العقد، والزواج في الإسلام يعنى الديمومة والبقاء والاستقرار للحياة الزوجية، والطلاق طارئ بعد العقد، ولهذا السبب حرم الزواج المؤقت واعتبر فاسدًا.

كذلك فإن الإيجاب والقبول في الزواج شرطان أساسيان فيه، والمرأة حين قبلته زوجًا، فإنما كان مقصدها حقيقة الزواج ولو علمت أنه قبلها زوجة مؤقتة يطلقها متى شاء لرفضت ذلك، فإذا كان عازمًا الطلاق عند العقد أثر ذلك في صحة العقد، لأن المرأة بنت قبولها على غير ما أراد.

Cf. Conseil Européen de la Fatwa et de la Recherche, fatwa n° 17, Le mariage blanc, in Havre du savoir, https://www.havredesavoir.fr/le-mariage-blanc/, 20 mars 2013.

[2] وهو حالة زواج الطلاب الذين يدرسون في الخارج، فهم يقدمون على الزواج بنية الطلاق، حيث بمجرد انتهاء الدراسة وانقضاء المصلحة المرجوة يطلقون المرأة، مما "تصاب بالإحباط، وتعتريها صدمة نفسية مؤلمة، مما يؤدي لتشويه سمعة الإسلام والمسلمين،" فهو زواج يأخذ حكم الزواج المؤقت، أي زواج باطل. "هذا إذا لم يكن هناك أولاد، فإن وجدوا تمسكت المرأة بهم، ثم ضاعوا أو تنصروا، ويكون الوالد سبب في ذلك...". وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 94. وخلافا لذلك، يرى الأستاذ مصطفى الزرقا "بأن الزواج لا يكون إلا مؤبدا، فإذا وقّت بأجل في العقد انعقد مؤبدا ويلغوا التوقيت. الرجل إذا تزوج في بلد أجنبي وفي نيته التطليق متى انتهت إقامته؛ زواجه صحيح شرعا، لكن يجب عليه أن يخبرها بنيته، فإن رضيت فلا بأس، وإلا كان غاشا لها ديانة فيكون آثما بذلك أن لم يخبرها قبل العقد". مصطفى الزرقا، فتاوى...، المرجع السابق ص. 277.

[3] وفيما يتعلق بزواج المسيار، يرى الأستاذ وهبة الزحيلي بأنه "زواج ناقص أو مشوه أو مبتور الجذور، أو عديم المقاصد، فهو لا

شخصية. وبمعنى آخر، يظهر لنا من خلال هذه الشروحات أن الزواج التام في كل هذه الحالات أساسه الأصلي الشرط المتفق عليه بين المتعاقدين، هل ينبغي الحكم ببطلان العقد والشرط معا أم الشرط دون العقد؟

وللإجابة عن الأسئلة سالفة الذكر من الوجهة القانونية، واستنادا لما بسطناه أعلاه من معلومات وملاحظات ولاعتبارات تتعلق بمصلحة الأسرة، أباحت المادة 19 من قانون الأسرة للزوجين "أن يشترطا في عقد الزواج وفي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية...، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". وكما نصت المادة 32 من ذات القانون على أنه "يبطل الزواج إذا اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد" ونستنتج من هذه النصوص بجلاء أن المشرع الجزائري حاول أن يتحاشى الانزلاق إلى المخاطر التي تؤدي إليها تطبيق حرية الزواج بمعناها الواسع. والسر التي يتغياها مشرعنا من ربط الشرط المتفق عليه بعدم التنافي مع عقد الزواج هي أنه قدر في ذلك الأسس التي يقوم عليها الزواج، ومن ثم فلهذه النصوص ما يبررها من عدة اتجاهات، أهمها تتجلى في البحث عن معرفة الطبيعة القانونية للزواج، هل هو نظام أم عقد؟

يظهر من تتبع النصوص من حيث التفسير أن الزواج هو عقد ونظام في آن واحد، فهو عقد لأن إرادة الزوجين تتدخل في تكوينه وأيضا في حله كحالتي الطلاق بالإرادة المنفردة أو الطلاق بالتراضي اللذين بمقتضى قانون الأسرة عززا السمة التعاقدية له. وهو نظام كذلك، بحكم تدخل السلطة العامة عند تكوينه وحله بالطلاق، زيادة على القواعد الآمرة التي تتميز بها أحكامه بحيث يتعلق الأمر بمركز قانوني أين القواعد والنطاق يتم تحديدهما مسبقا من قبل المشرع، خارجا عن إرادة المتعاقدين[1]، فهي من النظام العام[2]. وإذا كيفناه على أنه عقد، فإنه ليس كالعقود الأخرى[3]، بل هو عقد من نوع خاص حيث لا يترتب عنه فقط الواجبات وإنما يخلق حالة الزوجين ويؤسس أسرة، ولكن حله، خلافا لجل العقود الأخرى، لا يتم إلا عن طريق القضاء حتى ولو كان عن تراضي الطرفين.

وبتعبير أدق، أن أركان وشروط عقد الزواج وآثاره وحله هي من صنع المشرع بحيث تنحصر إرادة الراغبين

يحقق مقاصد الزواج غالبا من السّكن النفسي، وتبادل العشرة، ورعاية الأولاد، ومراعاة المودة والرحمة والتعاون، ،إيناس الزوجة، واطمئنانها إلى هذا الزوج الذي تراه أحيانا كالضيف، يقضي وطره، ثم يغادر المنزل، أي أنه يفقد المدلول الإجمالي المتكامل لرابطة الزوجية، ولا يتوافر فيه عنصر الإحصان والإعفاف، ولا يحسّ الزوجان فيه ولاسيما المرأة بوجود مصير مشترك لهما، وتبادل أحاسيس ومشاعر مستقبلية، وسرعان ما ينقضي إذا لم يتحقق المقصد الأصلي له وهو الاستمتاع المعتاد". وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 90. وأما بشأن زواج الفرند (زواج الأصدقاء)، هو الآخر باطل إذ أنه "يتصادم مع طبيعة تكوين الأسرة على أساس من العفة والصون والستر والتعاون، كما يتصادم مع مقاصد الشريعة التي شرعت الزواج لبقاء النوع الإنساني، وإنجاب الذرية، والألفة والسكن النفسي والمؤانسة والمودة والتراحم والتعاون" وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 98، كما قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾. سورة الروم، الآية 21.

[1] Cf. MAZEAUD Henri, Léon et Jean, Leçon de droit civil, T. 1er, Les personnes, par de JUGLART Michel, éd. Montchrestien, 1976, pp. 53-54 ; CARBONNIER Jean, Droit civil, t. 2, la famille, l'enfant, le couple, 20ème édit. Refondue, ed. Thémis, puf, 1999, pp. 368-370.

[2] Cf. Pls. Auteurs, Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord, sous la direction de BERNARD-MAUGIRON Nathalie et DUPRET Baudouin, éd. Bruylant, 2012, pp. 29 et s. ; NIBOYET Frédérique, L'ordre public matrimonial, éd. LGDJ, 2008, pp. 17 et s.

[3] Cf. COSRE-FLORET A., La nature juridique du mariage, Th. Montpellier, 1935, pp. 3 et s.

في الزواج على الدخول في المركز القانوني المحدد من قبل السلطة العامة[1]. وكقاعدة عامة، لا يسمح لهما القانون بإدخال أي تعديل على الأحكام المنظمة لهذا العقد، فالمطلوب منهما هو الإذعان لهذه الأحكام[2]، ولكن بناء على إرادتهما الحرة المنشئة للعقد.

وإذا رجعنا إلى قانون الأسرة، نجد أنه كيف الزواج على أنه عقد، إذ يعرفه في مادته الرابعة على أنه "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي،..."، وهو موقف تبناه مشرعنا من أحكام الشريعة الإسلامية، وأكده في مادته 9 بجعله من رضا الزوجين الركن الوحيد له، وذلك مع تنظيم في نصوصه الأخرى أحكام تكوينه وانحلاله، وهي أحكام أصلا ذات صبغة آمرة ماسة بالنظام العام.

ولكن، حتى ولو حافظ المشرع الجزائري على إرادة الزوجين بصفة خاصة على سلطانها بحكم أن الأسرة هي المجال العادي والطبيعي لاختيارات أعضائها. فهذه الإرادة بمقدورها أن تنشئ عقد القران طالما أنها لا تخالف ما قرره المشرع من أحكام موضوعية وشكلية، ذلك مما يضمن ممارسة الحرية في الزواج تطبيقا لاتفاقيات نيويورك المؤرخة في 7 نوفمبر 1963 والتي نصت في مادتها الأولى على أنه " لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه... وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج...". غير أن تلك الحرية، كما تقدم، مقيدة بشرط عدم مخالفة النصوص القانونية، منها خاصة عدم الاتفاق على الاشتراط الذي يتنافى وعقد الزواج[3].

ولهذا وذاك، جعل المشرع الزواج باطلا إذا اختل فيه ركن الرضا[4]، وهذه المسألة ينبغي أن يأخذها بعين الاعتبار قضاة شؤون الأسرة[5] خاصة إذا تعلق الأمر بالأنواع الجديدة القديمة للزواج[6]، مثل الزواج بنية الطلاق، وزواج التحليل، وزواج المتعة بشتى أنواعه، وزواج الفرند، وزواج المسيار، الخ.

إن ما نلاحظه على هذه الزيجات هو أنها لا تراعي مركز الزوجية ولا السمة التي ينبغي أن تتميز بها الأسرة التي تعد اللبنة الأولى للمجتمع تكريسا للمادة 72 من الدستور[7] التي أحاطتها بحماية خاصة، وللمادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة ...من اتفاقية سيداو[8]. وهذا يدفعنا إلى القول بأن المشرع الجزائري بإقراره لهذه الرعاية يكون قد وضع حدا للتلاعب بالزواج إذ اشترط ألا يكون رضا الطرفين مختلا بالرغم من أنه

---

[1] Cf. COURBE Patrick et GOUTTENOIRE Adeline, op. cit., pp. 23-24.

[2] راشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 2001، ص. 464.

[3] تشوار جيلالي، خواطر حول اضطراب الاجتهاد المغاربي في مجال الأحوال الشخصية، الرضا والاشتراط نموذجا، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، 2017، عدد 3.

[4] تنص المادة 33 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة على أنه "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

[5] تشوار جيلالي، أحكام الأسرة بين الاجتهاد والتقنين، مجلة الإحياء، باتنة، 2001، عدد 4، ص. 213-242.

[6] تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثرها على أحكام الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2008، عدد 3.

[7] حيث تنص هذه المادة في فقرتها الأولى على أنه "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع".

[8] تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالحقوق الأسرية، بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، 2011، عدد 12، ص.01-20.

أعطى، في منظره الجديد، لإرادتهما مجالا أوسع للتدخل في تنظيم بعض آثار الزواج بتقييدها أو الزيادة فيها بالشكل الذي يكفل لهما أسس التشاور والتراضي في مواضيع حساسة مرتبطة ارتباطا وثيقا بحياتهما الزوجية[1].

ولكن، كما تقدم أعلاه، فهذه الحرية في مجال العلاقات الأسرية تجد حاجزا قانونيا متمثلا في تغليب الطابع الاجتماعي على المصلحة الشخصية البحتة. إذا كانت الشروط الإرادية تتسم بطابعها الاختياري في الموافقة على مضمونها أو رفضها عند إبرام العقد،إنه مع ذلك لا يعتد بها إلا إذا كانت سليمة من وجهة القانون غير مخالفة للقواعد الآمرة له. وأن هذه الشروط المخالفة للقانون ليس من الضروري أن تكون مكتوبة أو مشهودا عليها أمام ضابط الحالة المدنية، بل يمكن أن تكون مجرد تراض شفوي بين الطرفين كاشتراط التحليل أو الزواج المؤقت، أو نكاح المتعة...الخ.

ومن زاوية العمل القضائي، إذا كانت الشروط المتفق عليها تجد أرضية خصبة في العلاقات الزوجية، فإن ذلك لا يكون بمعزل عن تدخل القضاء في إطار الدور الذي ينبغي أن يلعبه في هذا المجال من حيث تقديره للشروط المخالفة لأحكام عقد الزواج ومقاصده أو مخالفتها للقواعد الآمرة الواردة في قانون الأسرة. ولكن، هل يفرض على المحكمة في هذه الحالة التدخل لإبطال الشرط بمجرد اطلاعها عليه في إطار تدخلها أو بطلب ممن له مصلحة في ذلك، أم بإبطال عقد الزواج والشرط معا وذلك لتعلق أحكام الزواج بالنظام العام؟

والملاحظ أن في الرجوع إلى النصوص القانونية نستنتج أن الإجابة على ذلك التساؤل ليست بالأمر الهين حيث اختلط الأمر على المشرع الجزائري من حيث التضارب والتناقض الصريح في النصوص القانونية إذا ربطنا الإشكال المطروح بأحكام الاشتراط في عقد الزواج. وردت المادة 32 من قانون الأسرة بصيغة صريحة، فكان فيما حوته لا يستدعي التفسير الواسع تحديدا لنطاق النص وتوضيحا لمقصوده إذ نصت صراحة على الحكم ببطلان عقد الزواج إذا ما اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد. غير أن المادة 35 من ذات القانون، خلافا لذلك، نصت على بطلان الشرط مع صحة عقد الزواج إذا اقترن هذا الأخير بشرط ينافيه[2].

فإن كان المشرع قد أكد على هذا التناقض حتى في تعديله لقانون الأسرة سنة 2005، فيكون هو ذاته قد ميز بين هذا الشرط وذاك الشرط، ولكن يكون قد فاته التكييف القانوني لكل منهما ولا الواقع الذي يتكشّف عن حالات متعدّدة يفترقن فيها مظهرا ومدلولا.

ولكن، هذا الوصف للمادة 33 فقرة أولى من قانون الأسرة يجب أن لا يغيب عند التعمّق في تفسيرها. وإذا كانت هذه المادة قد أشارت في مستهلها إلى عبارة "بطلان الزواج" كلما اختل ركن الرضا"، وهي العبارة التي ينبغي أن نأخذها بعين الاعتبار في هذه الأنواع من الزيجات، إذ بما أن عقد الزواج أساسه تكوين أسرة، فإن

[1] وهذا يستنتج من المادة 36 المعدلة من قانون الأسرة التي نصت صراحة في فقرتيها الثالثة والرابعة على أنه يجب على الزوجين "التعاون على مصلحة الأسرة....والتشاور في تسيير شؤون الأسرة...

[2] تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية ؟ مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، 2010، عدد 10، ص.105-120.

التفسير الصحيح منطقا وقانونا لهذه العبارة يقود إلى القول بأنها تعني أن يتم الزواج بناء على رضا الطرفين لتكوين أسرة. إذن، يجب تفسير الفقرة الأولى من المادة 33سالفة الذكر بالتنسيق مع المادة 4 من قانون الأسرة في ضوء موضوعها والفكرة الباعثة عليها دون التقيّد استباقا بمراجع وأفكار ليس في الأصل ما يربطه بها لزاما. فالعبرة في صيغة النصوص، فتفسر هذه الصيغة بالمعنى المقصود منها فيه، وليس من خلال اتجاه آخر لاجتهاد ما لم يكن في النص ما ينطق بها.

وعليه، فالإشكالية المدروسة لا تتعلق فقط بالاشتراط القائم بين الزوجين إن كان صحيحا أم باطلا، بل في ركن الرضا ذاته، أي في الإيجاب والقبول حول تكوين أسرة أساسها الاستقرار والتأبيد وحسن المعاشرة والمحافظة على الأنساب، وإلا سيصبح الرضا منعدما في حالة مخالفة هذه الأهداف. إن هذه النتيجة يمكن أن نصل إليها إذا ما قمنا بتنسيق حرفية نص المادتين 4 و33 المذكورتين إلى غايتهما، وهكذا قد اعتبر المشرع الجزائري كل إخلال بمقومات الأسرة ضررا لكيانها مبررا لبطلان العقد التي أسست عليه.وفي هذه الحالة للمحكمة أن تكيف هذا الإخلال غير المبرر بالاتفاق على الحصول على مصلحة أو دفع مضرة بدلا من إبرام عقد زواج.

إذن، هذه حالات يمكن من خلالها للمحكمة أن تلتمس بوضوح الجزاء المناسب وأن تحكم به على المتعاقدين المخلين بقواعد ومبادئ عقد الزواج، ونعتقد أنه يظهر جليا من النصوص سالفة الذكر أن المشرع لم يترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة للتدخل من أجل تعديل الشرط المتفق عليه أو إلغائه في حالة الزواج بنية الطلاق أو في حالات الزيجات الأخرى المشبوه فيها، بل قيدها بالقضاء ببطلان العقد بسبب انعدام أساسه ألا وهو إقامة أسرة، أي حياة مشتركة بكل مكوناتها وأحكامها[1]، بحيث إذا لم تنصرف إرادة الطرفين إلى هذه النتيجة فتكون منعدمة ولا أثر لها في هذا المجال، وذلك سدّا للذرائع.

أما إذا انتقلنا إلى القضاء الجزائري[2] لوجدنا الأحكام المنشورة نادرة في هذه المسألة، بحيث قد تعرض إليها في قرار للمجلس الأعلى في قضية تتلخص وقائعها في أن الطرفين أرادا تثبيت علاقتهما غير الشرعية بزواج لثبوت نسب المولود نتيجة زنا، أي أن إرادتهما كانت متجهة ليس من أجل إقامة أسرة بكل مكوناتها وإنما بغرض ثبوت نسب طفل غير شرعي. فقضى المجلس بأنه "من المقرر قانونا وشرعا بأن الزواج المشروع لابد أن يشتمل على أركان الزواج...، ومن ثم فإن العلاقات الجنسية بين الرجل والمرأة حتى ولو ثبتت لا تفيد الزواج المشروع وكل ما نتج عنها لا يفيد البنوة الشرعية"[3].

---

[1] حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى بأنه "من المقرر قضاء أن العشرة والمساكنة لا تعتبر دليلا على قيام الزوجية، وأن الزوجية لا تثبت إلا إذا توفرت شروطها الأساسية". مجلس أعلى ، غ.ق.خ.، 1975/04/21، ملف رقم 12529، مقتبس عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص. 11.

[2] تشوار جيلالي، النقائص التشريعية لقوانين الأحوال الشخصية المغاربية في مسألة النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2002، عدد 1، ص.

[3] مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1989/12/11، ملف رقم 56707، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص. 12.

ويظهر أن المجلس ذاته قد سبق له أن قضى بانعدام الزواج في قضية طالبت ب.ف. إثبات العلاقة القائمة بينها وبين أ.م. على أساس أنها زواج مع ثبوت نسب المولود الناجم عن هذه العلاقة، فلم تستجب المحكمة لطلبها، إلا أن مجلس قضاء وهران أبطل هذا الحكم في قراره الصادر في 23 ماي 1982 وقضى "بإعطاء الإشهاد للمستأنف عليه على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه...وكما أعطى له إشهاد على تصريحه بالطلاق أمام المجلس الذي أقره وقضى به". ولكن هذا الموقف لم ينل تأييدا من قبل المجلس الأعلى الذي قضى بنقض القرار المطعون فيه على أساس "أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين غير شرعية فكلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، وأن المرأة سكنت عند أهل الرجل إلا أن ذلك لا يكفي لتصحيح زواج لم تتوفر شروطه وانعدمت أركانه ومس مساً خطيرا بقداسة الشريعة الإسلامية،...فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه...خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية..."[1].

ومن جانب آخر، أن الزواج الصوري يظهر كذلك بجلاء في حالة زواج الفتاة بمختطفها، وهي حالات لا يستهان بها في المجتمع الجزائري، "حيث حذرت مصالح الأمن من انتشار غير مسبوق لقضايا هروب القاصرات من البيت وتعرضهن للاغتصاب، حيث سجل في هذا الشأن مكتب حماية الطفولة بمديرية الشرطة القضائية بالعاصمة 878 قضية سنة 2015، كلها تتعلق بهتك عرض فتاة قاصر، مقابل تسجيل 950 قضية سنة 2014، ما جعل ذات المصالح تحذر من انتشار هذه الظاهرة التي باتت تسجل بشكل يومي"[2].

إذن، إن تطبيق المادة 326 من قانون العقوبات[3] يؤدي في العديد من الحالات إلى إبرام زواج صوري، حيث تنص هذه المادة على أنه "كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل 18 سنة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج.

إذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

وعليه، يتم هذا الزواج، كفرصة للتستر على الفتاة، وذلك قصد عدم الاعتراف بما تعرضت له خشية الفضيحة والمساس بأخلاقها وأخلاق الأسرة[4]، خاصة في مجتمع ذكوري كمجتمعنا النازع منها في حالة الاغتصاب العفة، وخاصة إذا تم برغبتها[5]، فيبقى الأمر سرا وينجو الفاعل بفعلته[1]، بل يعد الزواج بمثابة مكافأة

---

[1] مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 1984/10/08، ملف رقم 34137، المجلة القضائية، 1989، عدد 4، ص. 79.

[2] نادية سليماني، قاصرات يتزوجن بمغتصبيهن لستر الفضيحة!، جواهر الشروق، https://www.echoroukonline.com 2016/04/25.

[3] خلافا للقانون الجزائري، لا يتضمن القانون القطري أي نصوص تعفي المهتم من العقوبة في حال تزوج من ضحيته.

[4] ويلاحظ، كما يقول الأستاذ أحمد الخمليشي، "أن أسرة الفتاة الضحية لا تبادر إلى عرض فكرة الزواج أو القبول بها إذا تعلق الأمر باغتصاب فتاة سبق لها الزواج، مطلقة أو أرملة، ما عدا في حالة وجود حمل ناتج عن هذا الاغتصاب. مما يؤكد أن الهدف من هذا الزواج هو اتقاء الفضيحة سترا لفقدان البكارة أو لوجود الحمل". أحمد الخمليشي، زواج المغتصبة والقاصرة بين النصوص القانونية والواقع العملي، سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط، مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى، ص 10.

[5] فهنا نكون أمام حالة زواج الزاني بمن زنى بها.

من حيث السماح له في استمرار حالة الاغتصاب بحماية المشرع والمجتمع[2].

وتطبيقا لذلك، إن في اجتهاد المحكمة العليا ما يكتفي، في هذه الحالة، بمكانة الزواج معيارا لإبعاد العقوبة على الخاطف. وقد عمدت هذه المحكمة في قرار أصدرته في 26 أفريل 2006 إلى أن "يخالف القانون القضاة الذين أدانوا متهما من أجل جنحة إبعاد قاصرة بدون عنف رغم معاينتهم لواقعة الزواج قبل المحاكمة وتنازل الطرف المدني"[3].

لكن يلاحظ أن المحكمة العليا قد ذهبت إلى أبعد من ذلك حينما قضت في قرارها الصادر في 03 يناير 1995 بأنه "في حالة زواج المختطفة مع خاطفها لا تقوم المتابعة إلا بعد إبطال الزواج، ومن ثم فإن قضاة الموضوع الذين أدانوا المتهم دون مراعاة الزواج الذي أبرمه مع الضحية، على أساس أنه قد سجل في غير حضور ولي الزوجة وحتى هي نفسها، قد أساءوا تطبيق القانون"[4].

وعلى كل فالخلاف هنا قاصر على الناحية التطبيقية، أما من الناحية النظرية فإن النصوص صريحة ولا تحتمل أكثر من تفسير[5]، حيث ينص المشرع في المادة 7 من قانون الأسرة على أن القاصر دون 19 سنة لا يمكنه إبرام

---

[1] لذلك، في تقريرها الصادر بتاريخ 2018/08/07

"اتهمت منظمة العفو الدولية، السلطات الجزائرية بتهاونها في تعديل القوانين الخاصة ببعض الجرائم، وقالت في تقريرها الصادر أمس إن العقوبات المسلطة ضد جريمة الاعتداء الجنسي التي عرفت منحنيات خطيرة في الجزائر غير مشددة، بل أنها تخضع لفراغ قانوني رهيب. وقالت إنه في الجزائر يسمح للمعتدين جنسيا خاصة القصر غير البالغين 18 سنة بالفرار من عقوبات العدالة، وأن هذه الفئة بمعنى القصر، لا يزجون في السجون". الشروق أونلاين، أمنيستي" تتهم الجزائر بالتساهل مع جرائم الاعتداء الجنسي، طالبت بتشديد العقوبات على القصر وتعديل المادة 326 من قانون العقوبات، موقع، http://dzayer24.com، بتاريخ 2018/08/08، 23:37

[2] وهو نفس الموقف تبناه قانون العقوبات في البحرين في مادته 353.، والمادة 424 من قانون العقوبات الليبي، والمادة 489 من قانون العقوبات السورين والمادة 398 من قانون العقوبات العراقي.

[3] محكمة عليا، غ.ج.م.، 2006/04/26، ملف 313712، المجلة القضائية، 2006، عدد 1، ص. 597.

[4] محكمة عليا، غ.ج.، 1995/01/03، ملف رقم 128928، المجلة القضائية، 1995 عدد 1، ص. 249.

[5] والجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي قد اختلفت آراؤه حول مدى صحة نكاح الحامل من زنا، إذ ذهب كل من المالكية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى أنه لا يجوز الزواج بها قبل أن تضع حملها سواء من الزاني نفسه أو من غيره، وذلك لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: "لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماؤه زرع غيره، ولا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة"، وفي حديث آخر، يقول عليه الصلاة والسلام: "لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة" (رواهما الترمذي وأبو داود، التاج الجامع للأصول، كتاب النكاح والطلاق والعدة، ج. 2، ص. 347). أما الرأي الثاني وهو رأي للشافعية وأبوحنيفة ومحمد من الأحناف، يرى بصحة نكاح الحامل من الزنا، إذ أن المنع من نكاح الحامل حملا ثابت النسب لحرمة ماء الوطء، ولا حرمة لماء الزنا، بدليل أنه لا يثبت به النسب لقول الرسول ﷺ "الولد للفراش وللعاهر الحجر" (الشوكاني، نيل الأوطار...، ج. 6، ص. 279. (الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، دار الحديث القاهرة، 2004، ص.223-224. وأمام هذين الرأيين، فمن المستحسن ترجيح الرأي الأول خاصة في عصر انتشرت فيه جريمة الزنا وانخفض فيه الوازع الديني.

وفي هذا الإطار، قد عرضت قضية على محكمة التعقيب التونسية التي حكمت بصورية عقد الزواج حالة الزواج بامرأة حامل من غيره، قصد تغطية ذلك على الغير، حيث لما وضعت حملها قام بانتسابه له مع علمه أنه ليس منه. محكمة التعقيب، ج.، 1982/01/06، رقم 6109، نشرية محكمة التعقيب التونسية، 1982، ص. 12.

عقد الزواج إلا بعد حصوله على الرخصة القضائية التي تؤهله لإبرام الزواج[1]، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يحل الخطف أو الاغتصاب أو الممارسة الجنسية محل الإذن القضائي. هذا ما يسمح للقاضي الأسري تقدير نوايا الطرفين في إبرام العقد[2]. وهذا الذي نقرره يتمشى مع ما تقتضي به أحكام وأهداف الزواج من حيث التأبيد والاستقرار، بل وهو الذي يبعدنا عن الزيجات الصورية.

وما يؤكد، في بعض الحالات، صورية هذا الزواج هو أنه غالبا لم يدم طويلا، علما أن بعض التشريعات تلزم المغتصب على زواج لا يقل عن ستين فأكثر[3].

ويرى بعض علماء النفس أن في مثل هذا الزواج، الكارثة تتضاعف في حالة إجبار المغتصبة من قبل الأقارب على الزواج من الجاني[4]، بحيث أنها ستتحول إلى شخص مريض بالمعنى الحرفي للكلمة، وسيكون تأثير هذه الواقعة شديدا عليها، الاكتئاب من الممكن أن يكون هو أقل ما ستشعر به، زيادة على عدد كبير من الأزمات النفسية[5]، بل إنها تشعر أنها تغتصب كل يوم حتى في غياب مغتصبها الذي أصبح زوجا لها كرها تغطية للفاضحة لها ودفعا للمضرة له.

ولكن، إذا عمد المشرع الجزائري على إلغاء الفقرة الثانية من المادة 326 من قانون العقوبات، فإن هذه المبادرة تقطع في الأصل الصلة بين الفتاة وبين مختطفها. غير أن ذلك غير كاف، لأن الأمر يتعلق بالعادات المتغلغلة في الأوساط الاجتماعية، لذلك يرى بعض المختصين بأنه إذا لم يواكب الإلغاء "اشتغال على الأسباب التي تدفع بعض أهالي الفتيات المغتصبات إلى الترحيب بتزويجهن من المغتصبين، ومن أبرزها:

---

[1] أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومة، الجزائر، 2014، ص. ص. 213-215.

[2] تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2000، ع1، ص.19-38.

[3] تنص المادة 522 من قانون العقوبات اللبناني على أنه إذا تم عقد زواج صحيح بين الفتاة ومغتصبها "أوقفت الملاحقة، وإذا كان صدر الحكم بالقضية علّق تنفيذ العقاب الذي فرض عليه، ويعاد إلى الملاحقة أو تنفيذ العقوبة قبل انقضاء ثلاث سنوات على الجنحة وانقضاء خمس سنوات على الجناية إذا انتهى الزواج إما بطلاق المرأة دون سبب مشروع أو بالطلاق المحكوم به لمصلحة المعتدّي عليها". وتشترط المادة 308 من قانون العقوبات على استمرار الزواج خمسة أعوام. وفي قانون العقوبات الليبي تسقط المادة 424 جريمة الاغتصاب وتوقف تنفيذها إذا تزوج الجاني المعتدى عليها. ويترتب على هذا الزواج إيقاف الإجراءات الجنائية أو إيقاف تنفيذ الحكم لمدة 3 سنوات، ويزول الإيقاف قبل مضي 3 سنوات من تاريخ الجريمة في حال طلاق الزوجة "المعتدى عليها"، من دون سبب وجيه أو بصدور حكم بالطلاق لمصلحة الزوجة المعتدى عليها.

[4] ومن زاوية القانون المقارن، ألغى المشرع المغربي الفقرة الثانية من الفصل 475 من القانون الجنائي التي كانت تنص على أنه "من اختطف أو غرر بقاصر تقل سنه عن ستة عشر عاما، بدون استعمال عنف ولا تهديد ولا تدليس أو حاول ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم.

ومع ذلك، فإن القاصرة التي اختطفت أو غرر بها، إذا كانت بالغة وتزوجت من اختطفها أو غرر بها فإنه لا يمكن متابعته إلا بناء على شكوى من شخص له الحق في طلب إبطال الزواج، ولا يجوز الحكم بمؤاخذته إلا بعد صدور حكم بهذا البطلان فعلا". القانون رقم 15.14 القاضي بتغيير وتتميم الفصل 475 من مجموعة القانون الجنائي، الصادر بتنفيذه ظهير رقم 1.14.06 بتاريخ 2014/02/20 منشور بالجريدة الرسمية عدد 6238 بتاريخ 2014/03/13، ص 3138.

[5] رضوى الشاذلي، اغتصبها وستر عليها بالزواج...ما لا تعرفه عن مشاعر فتاة تزوجت من مغتصبها، 20 2016/01/https :m.youm7.com، سـ 06.00

– ثقافة سائدة داخل المجتمع، تختزل شرف الفتاة في غشاء بكارتها؛

– قانون يشرعن العنف ويدافع عنه في مجتمع يعاني الفقر والتهميش ويرزح تحت ثقل تقاليد بالية ومتخلفة وأفكار ذكورية ورجعية عن مفهوم الشرف؛

– قانون جنائي يكتفي بزجر المغتصب دون أن يتضمن تدابير حماية وتكفل بالضحية؛

– قانون أسرة يكرس التمييز بين البنوة الشرعية والبنوة غير الشرعية، ويعفي الأب البيولوجي من أي مسؤولية تجاه ابنه الطبيعي الذي ينسب فقط لأمه"[1].

والجدير بالتذكير أن القضاء الجزائري قد خرج عن جميع المبادئ التي كان يكرسها في قراراته السابقة، حيث قضت المحكمة العليا في قرار لها بأنه "حيث بالرجوع إلى أحكام المادة 40 من قانون الأسرة فإن النسب فكما يثبت بالزواج الصحيح فإنه يثبت بالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة، وبالتالي فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق مما دفعت به الطاعنة من أن المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرضها للاغتصاب منه وإبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة التهرب من المتابعة الجزائية لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعد وطءا بالإكراه ويكيف على أنه نكاح شبهة يثبت به النسب وفقا لنص المادة المذكورة..."[2].

ولا يغيب عن الذهن أن الزيجات من أجل المنفعة المادية، أو زواج المصايف، أو السياحي، أو دفع المضرة،...إلخ، لا تتواءم مع مقاصد الشارع من الزواج القائم على دوام العشرة، حيث ظهرت في الجزائر أشكال الزواج من أجل الإقامة أو الجنسية، وذلك بالنسبة خاصة للسوريين، إذ يلجأ الكثير منهم من طالبي الجنسية الجزائرية إلى الزواج بالجزائريات مستفيدين من أمر رئاسي صادر عام 2005 للحصول على الجنسية الجزائرية بعد ثلاث سنوات من الزواج. وبالمقابل اتخذته بعض الفتيات وسيلة لجني الملايين والحصول على هدية ثمينة. هذه الحالة دفعت بالسلطات العامة أن تدق ناقوس الخطر بعد أن تبين لها أن هذا الزواج يدخل ضمن مصالح مشكوك فيها ونوايا مبيتة تمس بمصلحة مواطنيها، فأصدرت تعليمة تمنع توثيق زواج السوريين بالجزائريات في البلديات مع إحالتها على المحاكم. ولكن رغم شدة هذه الإجراءات، إلا أن السوريين أصبحوا ممارسين للحيل القانونية لتوثيق الزواج في المحاكم، وبمعنى أدق، يلجأ السوري إلى إبرام الزواج العرفي، مما يسمح له بتوثيق زواجه أمام المحكمة[3].

---

[1] أنس سعدون، إلغاء الفقرة الثانية من الفصل 475 من القانون الجنائي: هل ينهي إفلات المغتصب من العقاب؟، مجلة المفكرة القانونية، تونس، عدد7، ص. 25 وما يليها.

[2] محكمة عليا، غ.ش.أ.م.، 2011/05/12، ملف رقم 617374، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 1، ص. 296-297.

[3] لذلك، "وحسب المصادر ذاتها، لن يتّم الموافقة على عقد زواج أيّ سوري من جزائرية، إلا بعد أن يوافق على التّنازل على حقه في طلب الجنسية الجزائرية أو أيضا طلب الإقامة في الجزائر، وهو ما اعتبرته قانونا جديدا لم يكن معمولا به من قبل، وأوقع الكثيرين ممن تقدّموا بطلبات في حيرة من أمرهم، فضلا على أنّ من بين الإجراءات الحازمة التي رأى فيها المتضررين أنّها معقّدة إجبارهم للخضوع على تحقيقات الأمن، والتقرّب من مكتب الأجانب وأيضا الخارجية،...". فاطمة الزهراء حاجي، إجراءات غير مسبوقة على تجّار الزّواج تحكّما في تدفق المهاجرين، لا زواج لسوريّين بجزائريات إلا بعد التّنازل على حق طلب الجنسية والإقامة، http://elmihwar.com/ar/index.php/، 08 أكتوبر 2014 – 22:08

ومن هذه الناحية أصبح الزواج المبني على المصلحة ظاهرة اجتماعية انعكست سلبا على استقرار الكيان الأسري، إذ أكدت مصادر قضائية أن المحاكم الجزائرية سجلت أزيد من 800 قضية تتعلق بالطلاق بين جزائريات وسوريين، بعد النزاعات التي طالت هذا النوع من الزواج[1]. ولكن يبدو من تحليل المبدأ المكرس في المواد 4 و9 و33 فقرة أولى من قانون الأسرة سالفة الذكر ومن الملاحظات التي سبقت أنه ليس في القانون الجزائري من علة تمنع بالوجه المطلق استعراض الغاية من إبرام هذه الزيجات، إذا كانت الغاية المرجوة منهم تحقيق مصلحة فقط دون تأسيس أسرة حقيقية، فإنه من الأجدر أن يحكم القاضي ببطلان عقد الزواج بدلا من الطلاق لانعدام ركن الرضا، لأن الطلاق لا يؤثر بتاتا على الحقوق المكتسبة عن طريق الحيلة[2]، كحق الإقامة والجنسية، علما أنه في حالة البطلان تخضع الآثار المترتبة عن الزواج إلى قاعدة "كل ما بني على باطل فهو باطل"، كالتجريد من الجنسية المكتسبة عن طريق الغش والخداع.

والاجتهاد الجزائري أصبح يعمد من جانبه على التشديد في فحصه للإجراءات القانونية المتعلقة بإبرام عقد الزواج بين الجزائريين والأجانب لجعل حد للزيجات الصورية. وبهذا الصدد يقتضي التوقف عند قرار أصدرته المحكمة العليا بتاريخ 2016/02/03 وأقرت فيه "أن المطعون ضده إ.غ. سوري الجنسية والمطعون ضدها ب.ر.جزائرية الجنسية، وزواج جزائرية بأجنبي يخضع لإجراءات إدارية وتنظيمية خاصة، وبقضاء قضاة المجلس في قراراهم المنتقد بتثبيت زواج المطعون ضدها رغم أن طرفي العقد من جنسيتين مختلفتين جزائرية وسورية يكونوا قد خالفوا القانون لاسيما المادة 31 من قانون الأسرة، مما يتعين الاستجابة للوجه المثار ومن خلاله نقض القرار المطعون فيه"[3]، ومن ثم الاكتفاء بنقض القرار المذكور بدون إحالة طبقا للفقرة الأولى من المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاتمة

من المصطلحات المستعملة في الفقه والقضاء للتعبير عن صحة الزواج هو اصطلاح حسن النية أو النية الصالحة[4] ويقابله سوء النية، فالزواج المبني على النية السليمة عندما تكون الأهداف المتوخاة منه قائمة على بناء أسرة صالحة أساسها المودة والإحصان والمحافظة على الأنساب، أي أن يقصد المقبل عليه التعفف عن الحرام وابتغاء ما كتب الله له من النسل مع تكثير سواد الأمة[5]، ونحو ذلك من المقاصد الشرعية الحسنة النبيلة. وعليه، لا يمكن اعتبار الرغبات والمصالح الذاتية نوايا في إقامة الزواج الشرعي؛ إذ ينبغي أن لا يكون الزواج

---

[1] حكيمة حاج علي، عقود زواج بـ30 مليونا لتجنيس السوريين في الجزائر، https://www.echoroukonline.com، 2015/11/05

[2] حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، عدد 10، ص. 121-133.

[3] محكمة عليا، غ.ش.أ.م.، 2016/02/23، ملف رقم 942668، غير منشور؛ وأكدت المحكمة ذاتها هذا الموقف في قضية تتعلق بزواج بين جزائرية وتركي تم بدون الرخصة الإدارية، محكمة عليا، 2016/07/03، ملف رقم 1005800، غير منشور.

[4] وفي هذا الإطار، يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفاء﴾، سورة البينة، الآية 5؛ ويقول ﷺ: "إنما العمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى".

[5] وفي هذا يقول الرسول ﷺ: " تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة". صححه الألباني في صحيح الجامع، 3940.

هدفا لتحقيق مصلحة غريبة عنه في الأصل، بل الهدف منه ما يترتب عنه من آثار كالمودة والإحصان والمحافظة على الأنساب والاستقرار والاستئناس والسكون، وهي أهداف كلها تجعل من الزواج عقدا أبديا غير مشوب بعدم الاستقرار ولا قائم على مصلحة يتبع تحققها الفراق بين المتعاقدين.

والتحليل الذي تقدم يقود إلى نتيجتين مقبولتين مبدأ وتطبيقا:

فالنتيجة الأولى تقوم على حل قانوني مستمد من المادة 32 من قانون الأسرة، كما صيغت في توقيتها، وهو الحل الذي يترك للقاضي أن يتحرى عن الرغبة في الزوجية وأثرها في صحة العقد محل الاعتبار. فإن تجمعت له من العناصروالقرائن، التي تبرز التأثير السببي لإبرام الزواج بالصورة التي تجعله السبب الوحيد والهدف الأصيل للعقد من دون الرغبة من إقامة أسرة سليمة، فإنه يقر عدم صحة الزواج. ويجب التذكير بأن في الأحكام القانونية المتنظمة للزواج ما يتيح بحث الرغبة في ضوء التعريف العام للزواج ومدى مشاركة العوامل المجتمعة في إبرام عقد الزواج.

أما النتيجة الثانية، فإنها لا تستبعد مخرجا مستساغا في مبدئه، وهو الذي يترك للقاضي أن يستعرض عقد الزواج في كل أوجهه والعوامل المؤدية لابرامه، فإن تلمّس أن هذا الزواج كان قد أبرم في ظرف لم يكن لأحد الزوجين أن يتوقع رغبة الطرف الآخر، فإنه يكون من الطبيعي أن تعتبر رغبته في الزواج سليمة وصحيحة ولكن غير متوافقة مع رغبة الطرف الآخر، مما يجعل من عدم تطابق التراضي بين المتعاقدين بسبب اختلاف هدف كل واحد منهما في إبرام الزواج.

بيد أنه ليس في القانون الجزائري ولا الفرنسي ولا البلجيكي ما يفرض هذا المخرج تغليبا للحل الأول عند النظر في رغبة الشخص في الزواج، بل فيعود القاضي، كما تقدم أن يقدر تلك الرغبة في ضوء المعطيات المجتمعة لديه، فإن وجد أن رغبة المتعاقدين أو أحدهما دون الآخر تتجه نحو تحقيق مصلحة ذاتية أودفع مضرة وذلك في ترابط سببي بينها وبين إبرام العقد، فإنه يثبت ما وجده ويقر ببطلان الزواج. وهذا البطلان هو الذي يهم الأسرة والمجتمع، وذلك حفاظا على كيانها وعلى استقرارهما.

وهذا التذكير يستتبع التنويه تأكيدا بأن الزواج الصوري ظهر اتساعه خوفا من الاغتراب. غير أنه ينبغي على القضاء أن يسهر على احترام القوانين بدون أن ينمي عوائق الاندماج الاجتماعي، مع إنكار الحق في اتباع حياة عائلية عادية[1].

[1] Cf. RUBELLIN-DEVICHI J., Les mariages blancs, aspects de droit privé et de droit public, Revue française de droit administratif, no 1, janvier-février 1993, pp. 166-175.