

شرح

أحكام الأحوال الشخصية

لغير المسلمين

دكتور

رمضان أبو السعود

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

والمحامى بالنقض

٢٠٠٧



دار الجامعة الجديدة للنشر

٢٨ ش سوتير - الأزليطة - الإسكندرية

تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

<http://www.maktabeh.com>

قُلْ آمَنَّا بِاللَّهِ وَمَا

أُنزِلَ عَلَيْنَا وَمَا أُنزِلَ عَلَيْنَا مِنْ رَبِّهِمْ وَأَسْمِعِلْ رِاسِحًا وَبِقُوتِ الْأَنْبِيَاءِ
وَمَا أُرِيكَ مُوسَى وَعِيسَى وَالنَّبِيِّينَ مِنْ رَبِّهِمْ إِلَّا نَفَقَاتٍ بَيْنَ أَكْثَرِ
مِنْهُمْ وَفَخَنُّوا لَهُ مُسْلِمُونَ

الآية ٨٤ سورة آل عمران

إِنَّا أَنْزَلْنَا

التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يُنِيرُ كَذِبَ النَّبِيِّينَ الَّذِينَ آسَفُوا الَّذِينَ كَانُوا
وَالزَّانِبِينَ وَالْأَخْبَارِ بِمَا اسْتَخَفُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ
شُهَدَاءَ فَلَا تَحْشُرُوا النَّاسَ وَآخِشُوا وَلَا تَشْتَرُوا بِأَيِّ مَتَاعٍ قَلْبًا
وَمَنْ لَمْ يُحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ

وَقَفْنَا عَلَى آثَارِهِمْ بِعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ التَّوْرَةِ وَإِنَّا لَهُ
الْإِنْجِيلَ فِيهِ هُدًى وَنُورٌ وَمُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ التَّوْرَةِ وَهُدًى
وَمَوْعِظَةً لِّلْقَابِلِينَ . . . وَلِيَحْكُمَ أَهْلَ الْإِنْجِيلِ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِ وَمَنْ
لَمْ يُحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ

الآيات ٤٤ و ٤٦ و ٤٧ سورة المائدة

هُدًى وَاللَّهُ الْعَظِيمُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين
والمصلاة والسلام على نبي الرحمة للناس أجمعين

الحمد لله الذي أبدع الوجود، فجاء على غير مثال سبق، وكرم بنى الإنسان، وكلفهم بأوامره ونواهيه، ليبلوهم أيهم أحسن عملاً. والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي أرسل إلى الناس كافة، بشيراً ونذيراً. "أمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون كل آمن بالله وملائكته ورسوله لا نفرق بين أحد من رسله وقالوا سمعنا وأطعنا غفرانك ربنا وإليك المصير".

وبعد ... فتلك دراسة لأحكام الأحوال الشخصية المسلمين، وهؤلاء تتعدّد طوائفهم وملهم، ولكل منهم شرعة ومنهاجاً، فجاءت أحكام أحوالهم مختلفة متباينة. وكان لزاماً علينا أن نقف على أحكام ملهم باحثين عن أصولها وقواعدها، عارضين لكيفية تطبيقها أمام القضاء.

وفي هذه الطبعة الجديدة أضفنا إليها وفي حدود ما تقتضيه دراسة الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الأحكام الجديدة التي وردت بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ الخاص بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والذي تم نشره بالجريدة الرسمية العدد ٤ مكرر في ٢٩/١/٢٠٠٠.

نسأل الله أن يمدنا بعونه ويهدينا إلى الحق والصواب رب اشرح لى صدرى، ويسر لى أمرى واحلل عقدة من لسانى يفقهوا قولى".

والحمد لله رب العالمين.

رمضان أبو السعود



الباب التمهيدي

في التعريف بغير المسلمين وبيان شراعتهم وشروط انطباقها

تمهيد وتقسيم:

يتناول هذا المؤلف دراسة أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ويقصد بهذه الأحكام - كما سنرى بعد قليل - أحكام الخطبة والزواج وفرقه والآثار المترتبة على كل ذلك، وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب. وتبدو أهمية بيان المقصود بالأحوال الشخصية، إذا ما علمنا أنه في صدد هذه الأحوال لا ينطبق في شأنها قانون واحد، ولكن تتعدد في ذلك الشرائع المطبقة. فلكل طائفة من غير المسلمين شريعة خاصة. ولذلك يجب بيان المقصود بغير المسلمين، ثم بيان أصول شراعتهم الطائفية. غير أن كل ذلك لا يكفي لانطباق أحكام الشريعة الطائفية على الممتازين، وإنما يجب أن تتوافر شروط معينة ليتحقق هذا التطبيق.

ولذلك ينقسم البحث في هذا الباب التمهيدي إلى أربعة فصول:

الفصل الأول: تحديد مسائل الأحوال الشخصية.

الفصل الثاني: القضاء المختص بمنازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين.

الفصل الثالث: تحديد غير المسلمين وبيان شراعتهم.

الفصل الرابع: شروط انطباق شراعتهم لغير المسلمين.

الفصل الأول

تحديد مسائل الأحوال الشخصية

أهمية تحديد مسائل الأحوال الشخصية:

من الثابت أن القانون المدني هو ذلك القانون الخاص الذي ينظم علاقات الأفراد بغض للنظر عن طبيعتها، فهذا القانون ينظر إلى الفرد داخل المجتمع لتنظيم علاقاته القانونية، فيتدخل لتنظيم المراكز القانونية التي تنشأ عن هذه العلاقات. وعلاقات الأشخاص داخل المجتمع إما أن تكون علاقات أحوال شخصية وإما أن تكون علاقات أحوال مالية. والقانون المدني في غالبية دول العالم ينظم ويحكم هذين النوعين من العلاقات.

ولكن وظروف تاريخية - خاصة بمعظم البلدان الإسلامية والعربية - استقلت علاقات الأحوال الشخصية بقواعد قانونية مستقلة ومنفصلة - شكليا - عن قواعد القانون المدني. بل لم يقتصر الأمر عند هذا الحد، بل تعددت القواعد القانونية التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية بقدر تنوع السكان وانقسامهم إلى طوائف وملل مختلفة. حيث أصبحت مسائل الأحوال الشخصية محكومة بالقواعد الدينية للمتأخرين.

ولذلك تبدو الأهمية البالغة لتحديد ما يُعد من قبيل الأحوال الشخصية فيقضي قواعد دينية للمتأخرين، فهذا التحديد يُعد في حقيقة الأمر تحديداً لنطاق دراستنا في هذا المؤلف.

وفي صدد تحديد مسائل الأحوال الشخصية نعرض للتحديد الفقهي لها ثم للتحديد القضائي وأخيراً للتحديد التشريعي لها.

المبحث الأول

التحديد الفقهي لمسائل الأحوال الشخصية

تمهيد:

أول ما يلاحظ - في هذا الصدد - أن كلمة "أحوال" كانت تطلق على القوانين السائدة في مدن شمال إيطاليا منذ القرنين الثاني عشر والثالث عشر، وذلك بجانب "القانون الروماني" الذي كان يعد هو القانون العام بالنسبة للمناطق جميعها.

ولقد عنى فقهاء هذا العصر بالاجتهاد لوضع الضوابط والقواعد الخاصة بحل التنازع بين القانون الروماني وتلك القوانين المحلية فعرفت محاولاتهم واجتهاداتهم "بنظرية الأحوال". وكان هؤلاء الفقهاء يصفون الأحوال (أى القوانين) بوصف الشخصية أو العينية، فيقولون: الأحوال الشخصية (أى القوانين الشخصية) والأحوال العينية (أى القوانين العينية).

هذا وقد اختلف شراح مدرسة الأحوال في تحديد مدلول هذا الاصطلاح.

فذهب الإيطاليون بأن المقصود بمصطلح الأحوال الشخصية هى تلك القوانين التى تتبع الشخص وتلازمه أينما ذهب، أما الأحوال العينية، فهى تلك القوانين التى يقتصر نطاق تطبيقها على إقليم الدولة فلا تتبع الشخص أينما ذهب.

أما فقهاء مدرسة الأحوال من الهولنديين فقد عنوا بتقسيم الأحوال (أى القوانين) من حيث موضوعها ومن حيث نطاقها. فالأحوال الشخصية من الناحية الموضوعية - يكون محلها الأشخاص، أما الأحوال العينية فموضوعها الأموال. ومن حيث نطاقها فإن الأحوال الشخصية تمتد خارج إقليم الدولة

بعكس الأحوال العينية التي يكون لها صفة الإقليمية فلا تنطبق إلا داخل الإقليم. وقد حرص هؤلاء الفقهاء على استعمال وصف الشخصية والعينية للدلالة على التقسيم الأول للموضوعي.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء فلم يستعملوا اصطلاح "الأحوال الشخصية" وإن كانوا - وخاصة عند دراستهم لتحديد التشريع الإسلامي الواجب تطبيقه على غير المسلمين - قد لاحظوا وجود فارق بين الأئحة وغيرها من حقوق الله وبين حقوق العباد. واختلفت المذاهب حول إمكانية المساواة بين المسلم وغير المسلم في الخضوع لأحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لكل هذه المسائل أو لبعضها فقط، فيذهب الأحناف مثلا إلى التسوية بين غير المسلمين قاطبة والمسلمين في الأحكام فيما عدا الأئحة ونفى المهر وتمليك الخمر والخنزير وتملكهما.

أما الفقهاء المحدثون فقد تباينت آرائهم حول تحديد المقصود "بالأحوال الشخصية" على النحو التالي:

الرأى الأول: الأحوال الشخصية هي تلك التي يكون موضوعها الأشخاص:

يرى بعض الفقهاء أن الأحوال الشخصية هي تلك التي يكون موضوعها الأشخاص، بينما تحدد الأحوال العينية بتلك التي يكون موضوعها الأموال.

والمواقع أن من المسائل ما يكون له طبيعة مزدوجة كالميراث مثلا، وبالتالي يصعب بشكل حاسم اعتباره من قبيل الأحوال الشخصية أو العينية.

الرأى الثانى: الأحوال الشخصية هي تلك التي تخضع للقانون الشخصى:

يذهب فريق من الشراح إلى أن تعبير الأحوال الشخصية إنما يفيد - فى نطاق العلاقات الوطنية - قيام بعض مسائل تخضع للقانون الشخصى للمنتازعين.

"غير أنه لا يكفي أن يقال أن الأحوال الشخصية هي جملة المسائل التي يحكمها القانون الشخصي، وإنما يجب إيضاح المقصود بهذا القانون. وفي سبيل ذلك يمكن القول مبدئياً أن القانون الشخصي هو ما يعتبره النظام القانون المصري كذلك. فالمشروع المصري وحده هو الذي يأمر بأن يحكم قانون ما، علاقة ما، وبالتالي هو الذي يقرر أي القوانين يعتبر شخصياً وأيهما لا يعتبر كذلك".

"وبتبيين من نص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أن القانون الشخصي للمصري والذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية له هو قانون الديانة، وإن أردنا تحديداً أكثر بالنسبة لغير المسلمين، قلنا إن قانونهم الشخصي هو قانون الملة"^(١).

الرأى الثالث: المقصود بالأحوال الشخصية هو قانون الأسرة:

يذهب البعض إلى "أن اصطلاح الأحوال الشخصية كانت له أهميته فى الماضى بالنسبة للمصريين، حيث كانت المحاكم الأهلية تختص فقط بالنظر فى المنازعات المالية، أما الأحوال الشخصية فكانت تختص بها المحاكم الشرعية والمجالس المليية. فكان اصطلاح الأحوال الشخصية هاماً فى شأن تحديد الاختصاص القضائى. ومن ناحية أخرى لم يكن القانون المدنى هو المطبق على المصريين فى أحوالهم الشخصية، وإنما كان المطبق هو القانون الدينى أو الشخصى، وهو الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين، والشرايع الأخرى بالنسبة لغيرهم. فكان تعلق النزاع بالأحوال الشخصية يترتب عليه من حيث المبدأ اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس المليية بنظره، وسريان القانون

(١) أحمد سلامة - الوسيط فى الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين - الطبعة الأولى ١٩٦٨، فقرة ٨، ص ٣٢ و ٣٣. وأنظر فى الانتقادات التى وجهت إلى هذا الرأى مؤلفنا: الوسيط فى شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين - طبعة بيزوت سنة ١٩٨٦ ص ١٤ - ١٦.

الدينى عليه. فكان لهذا الاصطلاح أهمية فى تحديد الاختصاص القضائى
والإختصاص القانونى فى طائفة كبيرة من معاملات الأفراد.

أما وقد صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم
الشرعية والمحاكم المليية فقد أصبحت المحاكم العادية مختصة بنظر منازعات
المصريين فى مسائلهم المالية وأحوالهم الشخصية على السواء، وبالتالى انتهت
كل فائدة عملية فى اعتبار مسألة ما من الأحوال الشخصية لتحديد الاختصاص
القضائى.

وبرغم توحيد جهة الاختصاص القضائى فلم توحد القواعد
الموضوعية بالنسبة لبعض مسائل الأحوال الشخصية، فلا يزال المبدأ بشأنها
هو مبدأ تعدد الشرائع بحسب ديانة أطراف النزاع وهذا ما كانت تنص عليه
المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، والمادة الثالثة من قانون الإصدار
للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ للخاص بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع
وأجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية.

وبحسب الظاهر من هذه النصوص فإن اعتبار مسألة ما من الأحوال
للشخصية يترتب عليه تطبيق القانون الدينى عليها وهو الشريعة الإسلامية
بالنسبة للمسلمين والشرائع الأخرى بالنسبة لغيرهم.

ومع ذلك فهذا النظر ليس صحيحاً لصدور قوانين موحدة بالنسبة
لمعظم مسائل الأحوال الشخصية تسرى على المصريين جميعاً مسلمين وغير
مسلمين. وبصدور هذه القوانين انحصر مبدأ تعدد الشرائع فى طائفة واحدة
من مسائل الأحوال الشخصية هى علاقات الأسرة، من زواج وطلاق وغير
ذلك.

ولهذا السبب لم تعد لفكرة الأحوال الشخصية بما ينطبق عليه هذا الاصطلاح من مسائل، فائدة عملية في تحديد القانون الواجب التطبيق على أي من هذه المسائل^(١).

الرأى الرابع: يتم تحديد مسائل الأحوال الشخصية بالرجوع إلى نصوص القانون:

يذهب بعض الشراح إلى أنه يحسن عند تحديد مسائل الأحوال الشخصية الابتعاد عن وضع أي تعريف لها واستعراض هذه المسائل واحدة واحدة على ضوء ما قرره النصوص^(٢).

"ولا يمكننا أن نلتمس تحديداً دقيقاً للأحوال الشخصية في تعريف فقهي واضح يتفق عليه كل الفقه أو أغلبه، ذلك أن تحديد المسائل التي تخضع للأحوال الشخصية كان دائماً مثار جدل في الفقه ولم ينته أحد من الفقهاء إلى معيار حاسم في بيان ما يعتبر من هذه المسائل وما لا يعتبر منها. وبعض تعريفاته لها لا يعدو أن يكون تعداداً لمسائل تعتبر من هذه الأحوال، وقد كانت صعوبة وضع تعريف شامل سبباً في أن ينصرف الفقه عن محاولة التعريف مكتفياً بذكر أمثلة من مسائل الأحوال الشخصية مما تقتضى طبيعته باعتباره كذلك على أساس التحديد العام لهذه المسائل. بأنها المراكز القانونية المتصلة بمصالح الأشخاص الناشئة عن ارتباطهم بأسرهم"^(٣).

- (١) سمير تناعو - أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين - ١٩٦٨، فقرة ٤ من ص ٢٦ إلى ص ١٨، وانظر ص ١٣ - ١٥ من طبعة ١٩٩٨، وانظر في الانتقادات التي وجهت إلى هذا الرأى - مؤلفنا السابق - ص ١٨ - ٢٠.
- (٢) جابر جاد عبد الرحمن - تنازع القوانين - طبعة ١٩٥٦، ص ٢٧٧، اهاب اسماعيل - أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين - فقرة ٣٥، ص ٥٣، ٥٤.
- (٣) جميل الشوقوى - الأحوال الشخصية لغير المسلمين - فقرة ١، ص ٣، وانظر أيضاً ترفيق حسن فرج - أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين - ١٩٨٢، ص ٢٢.

ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه قد اعتمد على تحديد المشرع لمسائل الأحوال الشخصية، دون أن يعنى ببيان لماذا اعتبر المشرع مثل هذه المسائل من قبيل مسائل الأحوال الشخصية التي تخضع للقانون الشخصى أو الشريعة الدينية لأطراف النزاع.

الرأى الخامس: الأحوال الشخصية هي مجموعة من النظم القانونية المتعلقة بشخص الإنسان دون أمواله والتزاماته وأشكاله وتصرفاته:

ذهب بعض الشراح^(١) إلى وضع تعريف للأحوال الشخصية عن طريق الاستبعاد، فعرّفها بأنها "مجموعة من النظم القانونية المتعلقة بشخص الإنسان دون أمواله والتزاماته وأشكال تصرفاته". فإذا تم حذف عبارة "أمواله والتزاماته وأشكال تصرفاته" يبقى من التعريف أن الأحوال الشخصية هي مجموعة من النظم القانونية المتعلقة بشخص الإنسان.

وقد انتقد هذا الرأى على أساس ما يحطه من غموض، ذلك الغموض الذى يثير التساؤل عن مضمون هذه النظم. "أضف إلى ذلك أنه تعريف ليس جامعاً، فهناك أمور تتعلق بمال الشخص كالميراث ومع ذلك تدخل فى مدلول الأحوال الشخصية، ولعل العيب الرئيسى فى هذا التعريف أنه اعتبر الأحوال الشخصية مجموعة من النظم، وهو غير مقبول"^(٢).

(١) حامد زكى، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة، ص ٧٩٤.

(٢) أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٨٣ و ٨٤.

المبحث الثاني

التحديد القضائي لمسائل الأحوال الشخصية

سبق لمحكمة النقض المصرية أن حاولت وضع تعريف للأحوال الشخصية في حكم شهير لها في ١٩٣٤/٦/٢١^(١) فقضت بأن "المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو مطلقا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدا بسبب من أسبابها القانونية.

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية. غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود التبرعات - تقوم غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة، فلجأ هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها للنظر في المسائل التي تحوى عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شئ مما تختص به من تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداية مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها".

يتبين من هذا الحكم أنه حاول أن يضع تعريفا لما يعد من الأحوال

(١) الطعن رقم ٤٠ س ٣٣ - المحاماه س ١٥، مجموعة عمر، ج ١، رقم ٢، ص ٤٥؛ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الخمسة والعشرين عاما، ج ١، رقم ٢ ص ١١٧.

الشخصية، فهي مجموع ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي يرتب عليها القانون أثرا في حياته الاجتماعية.

وقد أخذ على هذا التعريف ما يلي:

١ - أنه لم يخص الأهلية بالذكر بل اعتبرها تدخل في عموم الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونا، مع أن هذا التعريف يصدق فقط على الحالة، وأنه يجب التمييز بينها وبين الأهلية.

كما أنه إذا كانت الحالة والأهلية ترتبطان معا ارتباطا وثيقا، الأمر الذي يتمثل في أن الأهلية تتوقف إلى حد كبير على الحالة إلا أنه من الناحية الفنية البحتة يجب التمييز بينهما، لا سيما وأنه قد يختلف القانون الذي يحكم كلا منهما.

٢ - أن الحكم قد اعتبر الأحوال الشخصية والحالة اصطلاحان مترادفان مع أن الحالة تعتبر واحدة من مسائل الأحوال الشخصية.

٣ - أن الحكم قد اعتبر - بصفة عامة - النفقات على اختلاف أنواعها وأسبابها من الأحوال العينية، في حين أن بعض النفقات وبالنظر إلى أسبابها تعتبر من قبيل الأحوال الشخصية.

المبحث الثالث

التحديد التشريعي لمسائل الأحوال الشخصية

تمهيد تاريخي:

فتح المسلمون بلادا كثيرة، وانتشر الحكم الاسلامي في ربوع الشرق العربي وغربه، ولم يكن من سياسة الحكام المسلمين فرض الاسلام فرضا على سكان هذه البلاد، فمن شاء بقى على دينه لا تمسه يد سوء على أن يدفع

ما تقرر من الجزية، وقد أصبح الحكام المسلمون يواجهون طوائفاً من غير المسلمين، وهؤلاء كانوا لا بد من تقرير القواعد القانونية التي تطبق عليهم، وهل هي أحكام الشريعة الإسلامية التي تطبق على المسلمين أم أحكام أخرى؟ وفي صدد بيان الإجابة على هذا التساؤل نعرض للوضع قبل الفتح العثماني وبعده وذلك قبل التعرض لتحديد هذه المسائل تشريعياً.

الفرع الأول

وضع الطوائف غير الإسلامية قبل الفتح العثماني

لم يعترف الحكام المسلمون بالاستقلال الذاتي الكامل لأية طائفة غير إسلامية، ولم يمنحوها ولاية القضاء بكافة أنواعه على أتباعها. وكل ما منحوه هو حرية الطقوس الدينية وحرمة المعابد بأملكها وسلطة الحكم للرؤساء الدينيين في شأن الأحوال الشخصية المرتبطة بالدين كالزواج والطلاق وما يتبعها لاختلاف أحكامها الأساسية في الشريعة الإسلامية عن حكم الأديان الأخرى فيها اختلافاً جوهرياً، يرجع إلى العقائد والفروض الدينية وإلى ما هو حلال وما هو حرام في الدين مما لا يمكن الإكراه فيه من قبل المسلمين. فتركوا الذميين من المسيحيين واليهود لا يتعرضون لهم فيما يدينون به. أما الأمور الأخرى التي لا تتصل بمسائل العقيدة، وكذلك المعاملات المدنية والأمور الجنائية فكانت كلها من اختصاص القضاء الشرعي الإسلامي لا ينظر فيها إلى ملة المتقاضين.

ولقد تعرض فقهاء الشريعة الغراء لموضوع الحكم بين أهل الذمة فقد لاحظوا أن الشريعة الإسلامية أحكامها عامة شاملة لكل المسلمين، فقضاتها لهم الولاية التي بمقتضاها يصدر الأوامر على المسلمين. ولكن قد يسكن في دار الإسلام بعض غير المسلمين كالذميين والمستأمنين، فيرفعون إلى

القاضي المسلم دعواهم طالبين منه الحكم فيما بينهم. فذكر الفقهاء ما يجب على القاضي في هذه الحالة.

"وحاصل الأقوال في هذه المسألة أن مذهب السادة المالكية اشترط مراعاة الخصمين ورضاهما بأحكامنا مطلقاً ذميين كانوا أو معاهدين، أو أحدهم ذمياً والآخر معاهد، بناء على أن حاكم المسلمين مخير بين الحكم والاعراض إن ترفعا إليه في الأئكة وغيرها من حقوق الله وحقوق العباد. وإذا أعدى (أى طلب حضور خصمه) كان المعدي بالخيار فى الحضور، ولا يحضر جبراً. وإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً أو معاهداً وجب الحكم بأحكام الإسلام. فإذا أعدى يجب إحضار المعدي ويجبر على الحضور.

ومذهب الشافعية إن كانا ذميين متفقى الملة فقولان، أصحهما وجوب الحكم بينهم بحكم الإسلام مطلقاً فى الأئكة وغيرها من حقوق الله وحقوق العباد، وإن كان مختلفى الملة فقولان أيضاً: أصحهما القطع بوجوب الحكم بحكم الإسلام، ومثلها ذمى مع معاهد، ومسلم مع ذمى أو معاهد. وعلى هذا إذا ادعى أحد الخصمين وجب إحضار المعدي ويجبر على الحضور. وإن كانا معاهدين أو حربيين أو كانا أحدهما معاهداً والآخر حربياً، فلا يحكم بينهما إلا إذا رضى الخصمان بحكمنا. فإذا أعدى أحدهما فلا يجب إحضار المعدي ولا يجبر على الحضور، وإذا حكمنا فإنما نحكم بحكم الإسلام. كل ذلك فى الأئكة وغيرها بلا فروق.

وأما مذهب الحنفية فإنه يسمو بين غير المسلمين قاطبة والمسلمون فى الأحكام فيما عدا الأئكة ونفى المهر وتمليك الخمر والخنزير وتملكهما^(١).

(١) أنظر الشيخ بخيت المطيعى "ارشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الذمة". وأحكام القرآن للجصاص، ج ٢، ص ٤٣٤ - ٤٣٨، ابن رشد فى بداية المجتهد، ج ٢، ص ٣٩٤، وللشيخ عبد الله مصطفى المراغى "التشريع الإسلامى لغير المسلمين" ص ٤١ إلى ص ٤٤.

نخلص مما سبق أن أحكام الشريعة الإسلامية بنظرتها التسامحية، قد تركت غير المسلمين وما يعتقدون، وذلك على خلاف بين المذاهب في هذا الصدد. والقاعدة هي المساواة بين المسلمين وغير المسلمين في الأحكام ما عدا المسائل التي تتصل بالعقيدة كما رأى فقهاء المذهب الحنفي، وضربوا أمثلة لهذه المسائل، بالزواج والمهور وتمليك الخمر والخنزير وتملكهما. ولقد كان لعدم قطع الشريعة الإسلامية بوجوب تطبيق أحكامها على غير المسلمين، فرصة لبعض الولاة المسلمين في السماح - في أحوال قليلة - لرؤساء أهل الذمة بالقضاء بين أتباعهم في بعض الأمور.

الفرع الثاني

وضع الطوائف غير الإسلامية بعد الفتح العثماني

تمهيد:

رأينا أن السائد في البلدان التي خضعت للحكم الإسلامي، هو في خضوع المواطنين جميعاً للشريعة الإسلامية أياً كانت ديانتهم أو ملتهم مع تقرير مبدأ احترام العقيدة والطقوس الدينية وعلى ولاية الطوائف غير الإسلامية في دعاوى الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والطلاق وما يتبعهما دون سائر المعاملات المدنية والأمور الجنائية والإدارية.

تغير هذا الوضع بتولى سلاطين آل عثمان للحكم حيث بدأ السلطان محمد الفاتح في اتخاذ سياسة جديدة إزاء للطوائف غير الإسلامية القاطنة في الامبراطورية فبدأ بمنح الروم سلطة أوسع مما كان عليه الحال سابقاً.

ويرجع السبب في ذلك إلى أسباب سياسية، فقد رأى السلطان الفاتح نفسه سلطاناً في القسطنطينية على رعية أغلبها من الروم، والمسلمون فيها أقلية، فخشى أن يهجره الروم إلى البلدان الغربية وما قد ينتج عن ذلك من آثار

سبباً اقتصادياً، فضلاً عن احتمال اثاره الحروب الصليبية، كمل لاحظ وجود شقاق ما بين الكنيسة الشرقية في القسطنطينية والغربية في روما وخشى من اتحادهما معا ضده. ولذلك رأى هذا السلطان أن يحتضن الكنيسة الشرقية، وذلك لتحميه من حملات الكنيسة الغربية ولتبقى برعاياه المسيحيين في ملكه خاضعين له، ولتدبير أمورهم نيابة عنه وعن حكامه لاختلاف اللغة والعبادات والدين والجنسية بين حكامه المسلمين وبين رعاياه المسيحيين، أمر هذا السلطان بعد شهر واحد من فتح القسطنطينية أن يختار المسيحيون بطركاً لهم، وكان هذا المنصب شاغراً فأجمع القساوسة على اختيار الراهب جاورجيوس سكولاريوس الملقب بجناديوس، فكلفه السلطان بأن يدير الكنيسة طبقاً للعبادات المرعية في عهد قياصرة النصارى وولاه الإدارة والحكم في كافة الأمور المدنية والدينية والجنائية أيضاً على الروم في كل المملكة ومنحه سلطة كاملة مطلقة في كل ذلك.

ولكن وبعد أن استتب ملك هذا السلطان ولم يعد يرى ما يخشاه لاحظ أن بطرك الروم أضحت سلطته عظيمة فخشي منها حيث وجدها عبارة عن حكومة ذاتية داخل مملكته، فأوجد له منافساً بأن دعا بطرك الأرمن يواقيم من مدينة بروصة إلى القسطنطينية فجعل له سلطة بطرك الروم واستيازاته في شئون طائفته، كما أقام ربان اليهود موسى كابسالي رئيساً على طائفته وجعل مرتبته بعد مرتبة البطاركة المشار إليهم ومنحه ما منحهما من ولاية الحكم.

وبناء على ما تقدم تهرت سلطة البطاركة وسلطة أساقفتهم في الولايات وذلك لأن العقيدة الدينية كانت هي أساس الحياة الاجتماعية، فأصبح المسيحيون يرجعون في كل أمورهم عدا الشئون السياسية إلى رؤسائهم الدينين، وكان هؤلاء يطبقون القوانين الكنيسية في المسائل الدينية والجنائية والقانون الروماني في المسائل المدنية.

وقد ترتب على هذا الوضع أن أصبح لرجال الدين "حق الحبس وحق

التقى وفرض الضرائب على أتباعهم لأنفسهم وجباية الجزية للحكومة فضلا عن تنظيم كل الأمور الروحية وسلطة تعيين وعزل الأساقفة ومجازاتهم، وبذلك أصبحت السلطة التي منحوا إياها من السلاطين غلا في عنق الإدارة وماتما من توحيد الأمة، هذا فضلا عن المظالم والفوضى التي انتشرت نتيجة هذا الوضع.

ولذلك رغب سلاطين آل عثمان تحقيقا لمصالح رعاياهم وتحقيقا لسلطاتهم في الحد من هذه الامتيازات التي ساء استخدامها، ولهذا بدأ الصراع بين هؤلاء السلاطين وبين البطاركة، واقترن هذا الصراع بتدخل بعض الدولة الأوربية بدعوى حماية الأقليات المسيحية وذلك لأغراض سياسية. ولكن كانت نتيجة هذا الصراع تحسم دائما لمصلحة تأييد الامتيازات السابقة ومدما إلى طوائف أخرى لم تكن متمتعة بها من قبل وبالمساواة بينها جميعا في المعاملة والحقوق مهما صغرت هذه الطائفة.

وأخيرا، وبعد انتهاء حرب القرم وقبل انعقاد مؤتمر باريس صدر الخط الهمايوني في ١٠ جمادى الآخرة سنة ١٢٧٣ هجرية (١٨٥٦/٢/١٨) ليكون قاعدة للصلح فيما يتعلق بأمور الطوائف المسيحية. وتم به تنظيم أمور الطوائف نهائيا وسوى بينهم في المعاملة والحقوق وتنظيم أحوالها الداخلية وحدد سلطتها، فجعل لكل منها مجلس يشترك مع البطريرك في الأستانة ومجلس يشترك مع الأسقف في سائر الجهات. وتم بمقتضاه سلب سلطتها الإدارية فيما عدا الأمور الروحية، وأخذ منها اختصاصها للمدنى والجنائى وقصر اختصاصها القضائى على دعاوى الأحوال الشخصية في المادة الثامنة عشرة من هذا الخط. وكانت هذه الفقرة هي الأساس التشريعى الذى تقوم عليه السلطة القضائية للطوائف غير الاسلامية.

وبناء على ما تقدم أصبح اختصاص الطوائف غير الاسلامية فى كافة البلدان الخاضعة للحكم العثمانى قائما على الأسس الآتية:

قضت المادة ١٦ من هذا الخط بأن "جميع الدعاوى التي تحدث فيما بين أهل الاسلام والمسيحيين وباقي التبعة غير المسلمة أو بين التبعة المسيحية وبين باقي تابعي المذاهب المختلفة غير المسلمة تجارية كانت أو جنائية فتحال إلى دواوين مختلطة. والمجالس التي تعقد بين طرف هذه الدواوين لأجل استماع الدعوى تكون علنية بمواجهة المدعى والمدعى عليه والشهود".

وقضت المادة ١٧ بأنه "أما الدعاوى العائدة إلى الحقوق العادية (المدنية) فينبغي أن ترمى شرعاً أو نظاماً بحضور الوالي وقاضي البلدة (القاضي الشرعي) في مجالس الإيالات والألوية المختلطة أيضاً وتجرى المحاكمات الواقعة في هذه المحاكم والمجالس علناً".

وقضت المادة ١٨ بأنه "أما الدعاوى الخاصة مثل الحقوق الإرثية فيما بين شخصين من المسيحيين وباقي التبعة غير المسلمة فتحال على أن ترمى إذا أرادت أصحاب الدعوى بمعرفة البطريرك أو الرؤساء والمجالس".

ومن النصوص المتقدمة يتبين:

- ١ - أن الخط الهمايوني السابق قد سلب العديد من اختصاصات الطوائف غير الاسلامية مثل الأمور الجنائية والمدنية والتجارية^(٢).
- ٢ - إن اختصاص هذه الطوائف أصبح محصوراً بدعاوى الأحوال الشخصية (التي سماها الخط بالدعاوى الخاصة) بشرط هو اتفاق الطرفين على الالتجاء للقضاء الطائفي^(٣). فلم يكن هذا الاتفاق خاصاً فحسب بالدعاوى الإرثية.

(١) محاكم مصر الحالية لا تزال تردد أحكام هذا الخط.

(٢) أنظر استئناف مختلط في ١٩١٢/٢/٢٢، مجلة التشريع ٢٤، ص ١٤٩.

(٣) استئناف مختلط في ١٨٨٩/٤/١٠، مجلة التشريع والقضاء المختلط، سنة ١،

ص ١٠٢.

وإذا كان نص المادة ١٨ من الخط الهمايوني السابق قد ذكر مثالا على هذه الدعاوى الخاصة بالدعاوى الخاصة بالحقوق الارثية، فإنه لم يذكره إلا على سبيل المثال لا الحصر ولأهمية هذه الدعاوى.

فإذا لم يحدث اتفاق الأطراف على الالتجاء للقضاء الطائفي كانت المحاكم الشرعية هي المختصة لأنها صاحبة الولاية العامة في مسائل الأحوال الشخصية.

هذا وقد صدرت بعض المنشورات أصبحت بمقتضاها هذه الدعاوى لا يشترط لاختصاص القضاء الطائفي بها حدوث اتفاق بين الخصوم على تحكيمها أخذاً بما جاء في الخط الهمايوني السابق، وذلك لأنها دعاوى دينية ترتبط أحكامها بالعقائد والفروض الدينية، وعلى ذلك ألغى هذا المنشور شرط اتفاق الطرفين في هذه الدعاوى.

نخلص من كل ذلك إلى أن المقصود بالأحوال الشخصية في فترة الحكم العثماني لبلدان المشرق العربي، هي تلك الأحوال التي لها صبغة دينية أي تتصل بالعقيدة وعلى الأخص مسائل الزواج والطلاق وما يتفرع منها كاحكام النفقة والمهور والنسب، فمثل هذه الأحوال يسمح فيها بتطبيق الشريعة الدينية لغير المسلمين عملاً بمبدأ تركهم وما يعتقدون.

ولا يبقى بعد ذلك إلا أن نحدد مفهوم الأحوال الشخصية في نظر المشرع المصري بعد انتهاء الحكم العثماني وإلى الآن.

الفرع الثالث

التحديد التشريعي لمسائل الأحوال الشخصية

في القانون المصري

لما انفصلت مصر عن تركيا عام ١٩١٥ صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ والذي أجاز للطوائف الدينية الاستمرار في ولاية الحكم القائمة بها،

فنص على الآتى:

"إن السلطات القضائية الاستثنائية المعترف بها حتى الآن فى الديار المصرية تستمر إلى حين الإقرار على أمر آخر على التمتع بما كانت لها من الحقوق عند زوال السيادة العثمانية.

وعلى ذلك فإن السلطات القضائية المذكورة هى الهيئات التى بواسطتها تمارس تلك السلطات أعمالها يكون محولا لها بصفة مؤقتة جميع الاختصاصات والحقوق التى كانت تستمدها لغاية الآن من المعاهدات والقرمانات والبراءات العثمانية.

ويمقتضى هذا القانون أصبح اختصاص القضاء الطائفى محصورا فى المسائل التى كان مختصا بها من قبل مع ملاحظة أنه لا يختص فى مسائل الميراث إلا باتفاق جميع ذوى الشأن فيها.

وإذا كانت الحكومة لم تنظم بالقانون سوى أحوال ثلاث طوائف فقط هى الأقباط الأرثوذكس والأتجيبين والأرمن الكاثوليك، إلا أن الطوائف التى لم يصدر فى شأنها قانون، كان لها ولاية القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية بشرط أن تكون الطائفة معترفا بها رسميا من قبل الحكومة المصرية ولو لم يصدر بها فرمان ولا براءة.

أ - التحديد الوارد بالمادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة الصادرة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧:

صدرت هذه اللائحة عندما أبرمت اتفاقية مونترو فى ٨/٥/١٩٣٧ وصارت المحاكم المختلطة مختصة بالنظر فى مسائل الأحوال الشخصية بجانب المحاكم القنصلية. وقد حرص المشرع فى هذه اللائحة على أن يعهد المسائل التى تعتبر من قبيل الأحوال الشخصية.

فقضت المادة ٢٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧ بأن:

تشمّل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر (الدوطة) ونظام الأموال بين الزوجين، والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقات بين الأصول وللفرع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والمواريث وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وبالغيبية وباعتبار المفقود ميتاً.

ب - التحديد الوارد بالمواد ١٣ و ١٤ من قانون نظام القضاء رقم

١٤٧ لسنة ١٩٤٩:

عندما زالت المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية من الجهاز القضائي المصري ونقل اختصاصها إلى المحاكم الوطنية، أصدر المشرع القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء.

فقضت المادة ١٢ من هذا القانون بأن:

تختص المحاكم بالفصل في جميع المنازعات وفي المواد المدنية والتجارية وفي جميع الجرائم إلا ما استثني بنص خاص.

وكذلك تختص المحاكم بالنسبة إلى غير المصريين بالفصل في المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية.

وقضت المادة ١٣ من ذات القانون بأن:

تشمّل الأحوال الشخصية المنصوص عليها في المادة السابقة، المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام

الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتثريق والبنوة والإقرار بالبنوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقولمة والحجر والإذن بالإدارة وبالغيبية واعتبار المفقود ميتاً، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت".

وقضت المادة ١٤ بأن:

"وتعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك".

ج - الوضع في ظل قوانين السلطة القضائية الصادرة منذ عام

:١٩٥٩

رأينا أن المادة ١٣ و ١٤ من قانون نظام القضاء (ومن قبلها المادة ٢٨ من لائحة ترتيب للمحاكم المختلطة) كانتا تحددان ما يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية وما لا يعتبر منها، وكان هذا بمثابة التحديد التشريعي لهذه المسائل، والذي ظلت المحاكم ملتزمة به فترة طويلة حتى صدور القوانين اللاحقة الخاصة بتنظيم السلطة القضائية.

فلقد صدر القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ الخاص بالسلطة القضائية (والمعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٦٤)، وقضت المادة الأولى من هذا القانون بأن لا يلغى من قانون نظام القضاء، إلا ما يخالف أحكام القانون المرافق، وعلى ذلك كان إلغاء قانون نظام القضاء إلغاءً جزئياً وفي حدود التعارض فقط. ولما كان القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ لم يتضمن ما يقابل حكمي المادتين ١٣ و ١٤ من قانون القضاء، فإن معنى ذلك

أن حكم هاتين المادتين ظل باقيا في حيز التنفيذ.

صدر بعد ذلك القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ في شأن السلطة القضائية وقضى في المادة الأولى من قانون إصداره بأن يلغى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ في شأن السلطة القضائية والقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بشأن نظام القضاء والقوانين المعدلة لهما ويستعاض عنها بنصوص القانون المرافق ويلغى كل نص آخر يخالف أحكامه.

وبمقتضى أحكام القانون الأخير تم إلغاء قانون نظام القضاء بكامله، وبالتالي لم تعد المحاكم مقيدة بحكم المادتين ١٣ و ١٤ من هذا القانون.

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية.

ونصت المادة ١٥ منه بأن:

"فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص. وتبين قواعد اختصاص المحاكم في قانون المرافعات وقانون الاجراءات الجنائية".

فلم يتعرض المشرع في هذا القانون - وكما فعل في القانون السابق - إلى تحديد مسائل الأحوال الشخصية

وإزاء هذا الفراغ التشريعي رأى البعض العودة بالمسألة إلى الوراء، أى إلى ما قبل صدور لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة، ومن هنا أيضاً يعود لحكم النقض الصادر في سنة ١٩٣٤ أهميته، ويعود لاصطلاح الأحوال الشخصية أهميته أيضاً. وفي هذا الصدد يقدم هذا الرأى الموجهين الآتين: الأول أن بالرغم من إلغاء نص المادتين ١٣، ١٤ من قانون نظام

القضاء فإن مضمونها يصلح أساساً لأية مناقشة فقهية أو حتى لأي تحديد فقهي. والثاني أن المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد وضعت قيماً على الأحوال الشخصية وهو تلك المنازعات التي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية، ومن ثم يتعين قبل القطع بأن مسألة ما تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية - معرفة ما إذا كانت المحاكم الشرعية - قبل إلغاءها - تختص بنظرها أو لا تختص، فإن كانت غير مختصة وجب إخضاع هذه المسألة لقاعدة موحدة وليست لقواعد متعددة. ويعترف هذا الرأي بأن كلا من هذين الموجهين غير قاطع، ومن ثم يجب تدخل المشرع لسد الفجوة الخطيرة التي حدثت دون قصد.

ويرى آخرون أن "بيان الأحوال الشخصية الذي تضمنه المادة ١٣ من قانون نظام القضاء، إنما جاء ترجمة لما استقر عليه الفقه والقضاء والاتجاه التشريعي في مصر خلال ما يقرب من قرن من الزمان. ولذلك فنحن نرى من الناحية الفقهية، الإبقاء على اعتبار المسائل الواردة في هذه المادة من الأحوال الشخصية حتى بعد العمل بقانون سنة ١٩٦٥، ثم بقانون سنة ١٩٧٢. أما نص المادة ١٤ من قانون نظام القضاء الخاص بتكليف الهيئة فلا يمكن الأخذ بحكمه إذ أنه يخالف القاعدة التي أخذ بها المشرع في المادة ١٠ مدني من إخضاع التكليف لقانون القاضي، وإن التكليف الذي يتفق مع أحكام القانون المصري هو كونها من الأحوال العينية".

وإذا كان لنا أن نبدى رأياً في صدد ما يعتبر اليوم من قبيل الأحوال الشخصية، فإتينا نرجوه إلى ما بعد استعراض مسائل الأحوال الشخصية التي أخضعها المشرع المصري لقواعد قانونية موحدة بالنسبة لجميع المصريين مسلمين وغير مسلمين.

إخضاع بعض مسائل الأحوال الشخصية لقواعد موحدة بالنسبة لجميع المصريين:

اعتاد الفقه المصري على التبييه بأن بعض مسائل الأحوال الشخصية قد أخضعها المشرع لقواعد قانونية موحدة بالنسبة للمصريين عموماً مسلمين أم غير مسلمين، الأمر الذي قد يفهم منه أن هذا الفقه قد قطع في طبيعة هذه المسائل وكونها أصلاً من الأحوال الشخصية، والتي كان يجب أن تحكم بالشرائع الطائفية. والواقع أن الذي حدا بالفقه المصري إلى هذا المسلك، هو أنه ما زال يأخذ بتعداد المشرع لمسائل الأحوال الشخصية والوارد بنص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الملغى، فقد لاحظ أن بعض هذه المسائل قد خرجت عن نطاق التعداد الوارد بهذه المادة.

ونعرض الآن لهذه المسائل وهي:

أولاً : المواريث:

يلاحظ أن اختصاص القضاء الطائفي في مسائل الميراث كان اختصاصاً تحكيمياً، أي أن هذا القضاء كان لا يختص بهذه المسائل إلا إذا اتفق أصحاب الشأن على الترافع إليه. وفي حالة عدم الاتفاق كانت المحاكم الشرعية الإسلامية هي المختصة وتطبق في دعاوى ميراث غير المسلمين الشرعية الإسلامية.

والواقع أن السبب في هذا الوضع أن غير المسلمين كانوا يطبقون على مواريتهم أحكام القانون الروماني تارة، والشرعية الإسلامية تارة أخرى، لخلو شريعتهم من أحكام خاصة بالميراث، كما أنه لا توجد صلة وثيقة بين مسائل الموارث وبين العقيدة في حد ذاتها كما هو الحال في مسائل الزواج والطلاق.

ومن الناحية التشريعية يلاحظ أن الخط الهامبوني الصادر في عام

١٨٥٦ - والذي أشرنا إليه فيما تقدم - قد نص في المادة الثامنة عشر منه على أن "الدعاوى الخصوصية كدعاوى الميراث سواء كانت بين اثنين مسيحيين أو اثنين من الرعايا غير المسيحيين يجوز أن تنتظر بناء على طلب الأخصام أمام البطريكات أو رؤساء الطوائف أو مجالسها".

وبالتطبيق لذلك قضت المادة ١٦ من لائحة ترتيب واختصاصات مجلس الأقباط الأرثوذكسيين الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بأن "من وظائف المجلس المذكور أيضاً النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية الواضحة أنواعها بكتاب الأحوال الشخصية الذي صار نشره مع قوانين المحاكم المختلطة، إنما مسائل المواريث لا تنتظر إلا باتفاق جميع أولى الشأن عليها".

كما أن وزارة الحقانية أصدرت في ١٩١٤/٦/٢١ منشوراً جاء فيه أن "قوانين الطوائف قضت بأن يكون كل مجلس من مجالس تلك الطوائف مختصاً بنظر قضايا الأحوال الشخصية التي تحصل بين الأشخاص التابعين له ما عدا دعاوى الارث فإنه لا يختص بها هذا المجلس إلا إذا اتفق جميع الورثة على قبول اختصاصه".

وبناء على ما تقدم فإنه إذا اتفق الخصوم على اختصاص مجلسهم الطائفي، كان من اللازم تطبيق شريعتهم الدينية التي قد تختلف في أحكامها عن الشريعة الإسلامية.

هذا وقد عرضت على محكمة النقض والإبرام المصرية بعض الدعاوى الخاصة بوصايا غير المسلمين فأصدرت في شأنها حكماً هامياً.

فبتاريخ ١٩٣٤/٦/٢١ قضت بأن وصية غير المسلم التابع للدولة المصرية تحكمها الشريعة الإسلامية ومن ثم لا تجوز الوصية إذا كانت لوارث ولا تجوز فيما زاد عن الثلث إذا كانت لغير وارث إلا بإجازة الورثة. وكان

من ضمن الأسباب التي استند عليها هذا الحكم أن الوصية كالارث فهي تخضع لاختصاص المحاكم الشرعية وحدها ما لم يتراض الخصوم.

وفي ١٩٤٣/٤/١ قضت محكمة النقض بأن "الموارث عموماً، ومنها الوصية، هي وحدة واحدة وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين، مسلمين كانوا أو غير مسلمين، وفق الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة. وان الاحتكام إلى المجلس الملي في مسائل الموارث لا يكون إلا استثناء في حالة الميراث الطبيعي والإيصالي.....".

فموقف محكمة النقض كان واضحاً كل الوضوح في عدم خضوع مسائل الموارث والوصايا للشرائح الطائفية إلا في حالة اتفاق الخصوم على الاحتكام إلى هذه الشرائح.

غير أن المحاكم المختلطة قد سلكت مسلكاً مغايراً لمسلك محكمة النقض في هذا الصدد.

وإزاء هذا التضارب في مواقف القضاء في مصر رأى المشرع حسم هذا الخلاف منتصراً لرأى محكمة النقض والإبرام، فأصدر في ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ قانونين، الأول برقم ٢٥، والثاني برقم ٢٦.

فقضى في المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ بأن "قوانين الميراث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هي قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى".

أما القانون الثاني رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ فعدل نص المواد ٥٤ و ٥٥ من ١٣٠ من القانون المدني الوطني بتغيير عبارة "قانون الملة" بعبارة "قانون بلد المتوفى" و"قانون بلد الموصى" و"قانون بلد العاقد" على التوالي في المواد

الثلاث المذكورة الأمر الذي يقطع بأن هذه النصوص تعد نصوص اسناد إلى القوانين الأجنبية، لا شأن للمصريين غير المسلمين بها.

يستخلص إذن من هذه القوانين ومن قضاء محكمة النقض الذي تأيد بحكم هذه القوانين، أن مسائل موارث المصريين غير المسلمين تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية وللقوانين الصادرة في شأنها ما لم يتفق الخصوم إلى الاحتكام إلى شريعتهم الطائفية.

هذا وقد صدر قانون الموارث - في مصر - رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ليطبق على المصريين كافة أيا كانت ديانتهم. مع ملاحظة بقاء الاختصاص التحكيمي للشرائع الطائفية استثناء.

ولكن بعد إلغاء المحاكم المختلطة والقنصلية في ١٤/١٠/١٩٤٩، أصدر المشرع المصري القانون المدني الجديد، وقضى في المادة ١/٨٧٥ منه بأن تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الجديد تعليقا على المادة ٨٧٥ ما يلي: "تص في هذه المادة على المسائل الرئيسية الثلاث التي يشتمل عليها الميراث، وهي تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال هذه الأنصبة إليهم، وذكر أن أحكام الشريعة والقوانين المستمدة منها هي التي تسرى على هذه المسائل الثلاث، وقد حسم المشرع بهذا النص الخلاف القائم في أمرين جوهريين في الميراث، فقضى بأن الشريعة الإسلامية هي التي تطبق في ميراث المصريين حتى ولو كانوا غير مسلمين، وحتى لو اتفقوا على تطبيق قانون ملتهم"^(١).

وبناء على ما تقدم، هل يفهم أن القانون المدني الجديد قد عدل من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٦، ص ٢٠٠.

الوضع السابق وألغى في شأن موارِيث المصريين غير المسلمين مسألة جواز الاحتكام إلى شريعتهم الطائفية؟

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى أن نص المادة ١/٨٧٥ من القانون المدني الجديد قد نسخ الحكم الوارد في المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤، فلم يعد جائزاً - بعد نفاذ القانون المدني الجديد - للمصريين غير المسلمين الاحتكام إلى شريعتهم الدينية في مسائل الموارِيث. وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض المصرية^(١).

والواقع أنه لا محل لتطبيق أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ بعد نفاذ القانون المدني الجديد وذلك للأسباب الآتية:

أولاً: ان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ قد صدر باعتباره من القوانين المكملة للتشريع المدني القائم، وبإلغاء التشريع الأخير تلغى معه القوانين المكملة له، خاصة إذا تعارضت هذه القوانين مع القانون الجديد الذي حل محل القانون المدني القديم.

ثانياً: ان القول بأن حكم القانون رقم ٢٥ هو حكم خاص وحكم المادة ٨٧٥ مدني هو حكم عام، والقاعدة انه لا يجوز للحكم العام الجديد أن يلغى الحكم القديم الخاص (إذا وقع التعارض بين الحكمين ولم تكن بصدد نص صريح بالإنهاء) فهو قول لا محل لتطبيقه على واقع ما نحن بصدد. فمن المسلم به أن الحكم العام الجديد لا يلغى الخاص القديم (في حالة التعارض) ما لم يكن التشريع الجديد العام قد أشار بعبارة صريحة قاطعة إلى سريان حكمه على جميع الحالات، فعندئذ فقط يعتبر الحكم الجديد العام لاغياً للحكم القديم الخاص.

(١) انظر حكم نقض ١٩٦٤/٤/١ مجموعة المكتب الفني السنة ١٥، ص ٤٨٦، ونقض ١٩٦٨/٢/٢٩ المجموعة ١٩٦٨، ص ٤٧٥.

والملاحظ أن نص المادة ١/٨٧٥ من القانون المدني الجديد صريحة قاطعة في اعتبار الشريعة الإسلامية في مسائل الميراث واللقه انين المستمة. منها هي الشريعة العامة الواجب انطباقها على كافة الحالات. فبمقتضى هذا النص اعتبر المشرع الشريعة الإسلامية في مسائل انمواريث قانوننا اقليمياً يسرى على كافة بدون استثناءات.

ثالثاً: ان مفهوم المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤، انها تجعل من انطباق أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين - في شأن تحديد الأنصبه فقط - أمراً جوازياً، أى ان هذا الحكم يعد من الأحكام التكميلية (أى القواعد القانونية المكمله) حيث يجوز الاتفاق على استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية - في هذا الخصوص - وتطبيق الشريعة الطائفية. بينما يعد الحكم الذي أتت به المادة ١/٨٧٥ من القانون المدني من الأحكام الأمرة التي لا يجوز الخروج عليها. وعلى ذلك نستطيع أن نقول أن أعمال قواعد الإلغاء في حالة التعارض بين الحكم القديم الخاص والحكم الجديد العام إنما يقتضى أن تكون القواعد القديمة والجديدة من طبيعة واحدة، مكمله أو أمرة. أما إذا اختلفت طبيعة هذه القواعد وكان الحكم الجديد العام أمراً والحكم القديم الخاص مكملأ أو مفسراً، لوجب القول بأن الحكم القديم الخاص قد ألغى بمقتضى الحكم الجديد العام الأمر.

رابعاً: أنه لا يمكن الاحتجاج بأن ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني تعليقاً على المادة ٨٧٥ مدني عديم الفائدة - أو غير ملزم - فما ورد في هذه المذكرة يعبر عن قصد المشرع الحقيقي الذي أفصح عنه في هذه المذكرة كما أفصح عنه من قبل في المذكرة الإيضاحية لقانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ وقانون الوصية، فتكرار التأكيد في مثل هذه المذكرات عن أن الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة الواجبة التطبيق في مسائل المواريث لكافة المصريين أياً كانت ديانتهم وطرح فكرة الاحتكام إلى الشرائع

الطائفية، يؤكد اتجاه المشرع الواضح في هذا الصدد.

خامساً: أنه بمقارنة نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ بنص المادة ١/٨٧٥ من القانون المدني، نستطيع أن نؤكد أن النص الأخير قد ألغى النص الأول إلغاءً صريحاً وليس ضمناً.

فالمادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ تقول أنه " إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى"، ومعنى هذا النص - حتى لدى أنصار الرأي القائل ببقائه نافذاً حتى اليوم - أن الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث تنطبق على موارث غير المسلمين، حيث يتحدد في ضوءها الورثة المستحقون للتركة، غاية الأمر أنه بشأن تحديد أنصبة هؤلاء الورثة (الذين حددتهم الشريعة الإسلامية) فإنه يمكن الاحتكام إلى الشريعة الطائفية في هذا التحديد. فالرجوع إذاً إلى شريعة المورث المتوفى ينحصر فحسب في تحديد أنصبة الورثة وليس في تحديد من هم هؤلاء الورثة.

ثم جاء القانون المدني الجديد ونص على أن تعيين الورثة وتحديد أنصابهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية... ومعنى هذا النص أنه ألغى الرجوع إلى شريعة المتوفى لتحديد نصيب الوارث، فلا يمكن الزعم بأن نص القانون المدني هذا لا يسري على موارث غير المسلمين من المصريين. فعبارة نص المادة ١/٨٧٥ مدني واضحة كل الوضوح في أن تحديد أنصبة الورثة (فضلاً عن تعيينهم) إنما يتم بالرجوع إلى قوانين الميراث والشريعة الإسلامية.

سادساً: أننا لا نفهم سبباً مقنعاً في حرص البعض على القول ببقاء حكم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ نافذاً حتى اليوم، فهل كانت شرائع غير المسلمين متضمنة لأحكام خاصة بالموارث يحرص عليها غير المسلمين ويطلبون من

قضائهم الملي تطبيقها؟ وهل يعد الميراث من المسائل التي تمس العقيدة الدينية، حتى يبدو الحرص على إخضاعه لشريعة المتوفى أمراً مقنعاً؟

أن تطبيق الشريعة الدينية على غير المسلمين، وما يترتب عليه من تعدد الشرائع ينبغي أن ينحصر في المسائل التي تمس العقيدة الدينية، والتي قد يحرص غير المسلمين على تطبيق شريعتهم الخاصة أخذاً بمبدأ حرية العقيدة. وهي المسائل التي يعبر عنها حكم النقض السابق ذكره بأنها (المواد المذهبية أو الروحية). والميراث يبين ليس من هذه المسائل. وبالنسبة للمسيحيين، وهم الطائفة الكبرى من غير المسلمين، لا نعتقد أنه يعنيه كثيراً الاحتكام إلى شريعتهم الخاصة في الميراث. بل أننا نستطيع القول أنه لا توجد لديهم شريعة خاصة في هذا الشأن حتى لو وجدت أحكام نشأت في أوقات متأخرة تاريخياً. ويكفي للتدليل على هذا ما جاء في الإنجيل^(١) من أن السيد المسيح رفض أن يقضى في مسألة ميراث، وقال لمن جاء يحتكم "أذهب عني من أقامني قاضياً بينكم".

نخلص مما سبق أنه منذ نفاذ القانون المدني الجديد أصبحت الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث الصادرة في شأنها، هي الشريعة العامة (الإقليمية) التي تنطبق على كافة مسائل الموارث الخاصة بالمصريين جميعاً، مسلمين وغير مسلمين، ولم يعد جائزاً الاحتكام إلى شرائع أخرى في أي شأن من مسائل الموارث.

ثانياً: الوصايا:

أشرنا من قبل إلى ما كان العمل عليه بالنسبة لوصايا غير المسلمين قبل الفتح العثماني وبعده. ورأينا بمقتضى أحكام الخط الهمايوني الصادر في

(١) جاء في الإنجيل أن أحدهم قال للمسيح يا معلم قل لأخي أن يقاسمني الميراث، فقال له يا إنسان من أقامني عليكم قاضياً أو مقسماً" إنجيل لوقا اصحاح ١٢، ١٣، ١٤.

١٨/٢/١٩٥٦ كانت مسائل الوصية من اختصاص القضاء الشرعي إلا إذا تم الاحتكام إلى القضاء الطائفي.

فقد كان العمل يجري على نظر المحاكم الشرعية لوصايا غير المسلمين لارتباطها بدعوى الميراث، فتضرر البطارقة (وخاصة الروم) من تعرض المحاكم الشرعية لهذه الوصايا، لأن هذه المحاكم كانت تبطل الوصايا للكنائس، فشكوا إلى الباب العالي من ذلك. فصدرت من الباب العالي عدة منشورات في ١٨٦٨/١٠/٨ و ١٨٧٤/١١/٢٠ تمنع تدخل المحاكم الشرعية في أمور الوصايا. ویرغم ذلك استمر تدخل المحاكم الشرعية وتكرر تظلم البطارقة من هذا للتدخل، الأمر الذي دعا الباب العالي إلى إصدار منشور عال أو تحرير سام لطائفة الروم الأرثوذكس في ١٨٩١/١/٢٢ منح هذه الطائفة دون غيرها السلطة المطلقة التامة بشأن الوصايا تحكم فيها بحسب شرائعها حتى ولو كان بعض الورثة قسراً، وبشرط ألا يكون أحد الورثة فيها من غير هذه الطائفة. وإلا تحال الدعوى إلى المحاكم الشرعية وبالتالي لم يكن للطوائف الأخرى أي سلطة في القضاء في مسائل الوصايا.

ثم صدر بعد ذلك تحرير سام لطائفة الأرمن الأرثوذكس في ٢١ شعبان سنة ١٣٠٨ هجرية (١٨٩١/٣/١٩) يخول لهذه الطائفة صلاحية النظر في مسائل الوصايا.

ثم قام الباب العالي بإصدار منشور في ١٩ شوال سنة ١٣٠٨ (مايو ١٨٩١) بلغ إلى جهات الدولة العليا ومنها مصر جاء فيه "إن ما كان من الأحكام التي جاءت في هذين الأمرين (أي التحريرات السامية السابقة) متعلقاً بجلب الرهبان واستنطاقهم وتوقيفهم (حبسهم) في المواد الحقيقية والجزائية وتحليفهم اليمين وبدعاوي النفقات المتولدة عن عقد وفسخ الأنكحة يكون بالطبع شاملاً لسائر الملل الغير مسلمة".

فيلاحظ أن هذا المنشور الأخير لم يتعرفن للوصايا التي ورد النص عليها في التحريرات السامية الصادرة لطائفة الروم والأرمن والأرثوذكس وبما قصد التعميم على بعض المسائل الواردة في هذه التحريرات فحسب.

لكن المترجمين لهذا المنشور من التركية لتعريبية والفرنسية التيس عليهم فبدلاً من أن يجعلوا الحكم العام الشامل هو ما كان متعلقاً بكيت وكات Relativement à قالوا أن الحكم العام الشامل هو كل الأحكام الواردة بتلك المنشورات مثل كيت وكيت Telle que. فبهذه الترجمة الخاطئة صار تعميم أحكام الوصية الواردة بالمنشور الصادر لطائفة الروم الأرثوذكس خاصة على كل الطوائف غير المسلمة والرجوع إلى النص التركي المحفوظ بدفتراً خاتة الديوان الملكي بعابدين يؤيد ذلك.

على أي حال فقد سارت المحاكم في مصر على هذا الخطأ الشائع كما اتبعه المشرع المصري بالنسبة للطوائف الثلاث التي نظمها بقوانينه وهي طوائف القبط الأرثوذكس والأرمن الكاثوليك والبروتستانت.

كما نص المشرع المصري في المادة (٥٥) من التقنين المدني القديم بأن تراعى في أهلية الموصى لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى.

وقد فهم هذا النص على أنه يبين القانون المختص بحكم وصايا المصريين بدلاً من أن يفهم على معناه الحقيقي من أنه يحوي قاعدة إسناد تبين القانون المختص بحكم وصايا الأجانب.

ولقد انتهى الأمر بناء على النصوص المتقدمة أن خضعت الوصية لاختصاص القضاء الطائفي الإلزامي حتى ولو لم يتفق الخصوم على الاحتكام إليه. ولقد طبقت الطوائف على الوصية شريعتها الدينية التي تختلف جوهرياً عن أحكام الوصايا في الشريعة الإسلامية، فحكم الوصية في أغلب تشريعات

الطوائف أنها مطلقة من كل قيد فتجوز لوارث بغير إجازة باقي الورثة وتجوز بأكثر من الثلث، وهذا مما لا يتفق مع أحكام الشريعة الغراء. ولقد استندت مجالس الطوائف في مسلكها هذا على نص المنشور الصادر من الباب العالي إلى طائفة الروم الأرثوذكس بالآستانة والذي يجعل لهذه الطائفة وحدها حق الحكم في أمر الوصية بلا قيد ولا شرط، هذا المنشور الذي قيل - خطأ - إنه عم لسائر الطوائف بمنشور آخر سبقت الإشارة إليه.

هذا ولم تشأ محكمة النقض والإبرام المصرية، السكوت على هذا الخطأ في تطبيق القانون، فحاولت إصلاحه في حكم أول ثم حسمت الأمر من بعد في حكم ثان.

ففي حكم أصدرته المحكمة في ٢١ يونيو ١٩٣٤ لم تتكر المحكمة اختصاص المجالس المليية بنظر وصايا غير المسلمين، إلا أنها قررت مع ذلك أن هذه الوصايا تخضع - من حيث الموضوع - للأحكام التي تخضع لها وصايا المسلمين. وعلى ذلك لا تصح وصية غير المسلم إلا لموجود حقيقة أو حكماً، ولا تجوز بأكثر من الثلث ولا تجوز لوارث إلا بإجازة باقي الورثة.

ثم حسمت محكمة النقض بعد ذلك هذا الأمر فأصدرت في أول إبريل سنة ١٩٤٣ حكماً هاماً قضت فيه بأن "ما جاء بالمواد ٥٤ و٤٤ و١٣٠ من القانون المدني الأهلي لم يكن الغرض منه وضع قواعد للتنازع الداخلي بين القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية، بل المقصود من هذه المواد هو تعيين القانون الواجب تطبيقه بالنسبة للأجانب فيما عساه يطرح أمام القضاء الأهلي من نزاع متعلق بالمسائل المعينة المنصوص عليها فيها...

وأن المواريث عموماً، ومنها الوصية، هي وحدة واحدة وتسري الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين، مسلمين كانوا أو غير مسلمين، وفق قوانين الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة القائمة.

وأن الاحتكام إلى المجلس الملي في مسائل المواريث لا يكون إلا استثناء في حالة الميراث الطبيعي. فإذا لم يتفق ذوو الشأن - وهو الورثة على حسب الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر الأحكام في ذلك - على الاحتكام إلى هذا المجلس كان لا مناص من التقاضي أمام جهة الأحوال الشخصية ذات الولاية العامة وهي المحكمة الشرعية، يستوي في ذلك الميراث الشرعي والإيصائي، إذ هما مرتبطان كل الارتباط أحدهما بالآخر، ولا يمكن أن يتناول اختصاص المجلس الملي مسائل الوصايا إطلاقاً بحيث يكون الشخص الواحد في مسائل المواريث تابعاً لشريعتين مختلفتين، يوصى وفقاً لأحكام إحداهما إذا ما أراد لأي غرض من الأغراض ثم يرثه ورثته طبقاً للتشريع الآخر، وقد لا يجدون تركة يرثونها، وبهذا يكون في وسعه العبث حال حياته بما أرادت شريعة التوارث العامة حفظه للورثة فتصبح حقوقهم مهما اختلفوا على الميراث مهددة، مع أن القاعدة الأساسية العامة وفقاً للأحكام الشرعية التي لم يرد في القانون الوضعي ما يخالفها، باحترام هذه الحقوق احتراماً تاماً لا سبيل إلى تحقيقه إلا إذا استطاع من تعينهم تلك الأحكام من أصحاب الشأن الحيلولة دون المساس بها، ولا يمكن أن يفسر قصر اختصاص المجلس الملي على الميراث الطبيعي عند الاتفاق واتحاد الملة بأن المجلس مختص بالوصايا إطلاقاً لمجرد اعتبارها من الأحوال الشخصية، لأن ارتباطها بالميراث ارتباطاً وثيقاً يجعل أمر النظر في التركة راجعاً إلى تقديرهما معاً، لا إلى الفصل بينهما والوصول إلى نتائج غير مقبولة أصلاً، على أن المقصود بالأحوال الشخصية التي تدخل في اختصاص المجلس لا يمكن أن يكون إلا المواد المذهبية أو الروحية التي لا تتصادم مع القواعد الأساسية العامة في التشريع والتقاليد المتبعة في ذلك إزاء الطوائف جميعها والتي لم يرد الشارع الخروج عنها بأي حال".

وتأكيداً لهذا القضاء، وانتصاراً لأسبابه أصدر المشرع المصري القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٤ معدلاً للمواد ٥٤ و٥٥ و١٣٠ من القانون المدني القديم

واستبدل بعبارة "الأحوال الشخصية المختصة بالملة" عبارة "قانون البلد" مؤكداً أن هذه النصوص إنما تحتوي على قواعد إسناد تتعلق بالأجانب فقط ولا شأن لها ببيان القانون الواجب التطبيق على مواريث ووصايا المصريين غير المسلمين.

صدر بعد ذلك القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية لتسري أحكامه على المصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين.

وأخيراً وبصدور القانون المدني الجديد تم حسم هذه المسألة حسماً نهائياً، حيث قضت المادة ٩١٥ من هذا القانون بأن "تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها". وورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني تعليقاً على هذه المادة ما يلي: "تسري الشريعة الإسلامية وما استمد منها من تقنينات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع، وذلك كالأحكام المتعلقة بالقدر الذي يجوز الإيصاء به، وهل تجوز الوصية لوارث، وهل تتم الوصية بالإيجاب وحده، وهل يجوز الرجوع في الوصية، وكيف ينتقل المال الموصى به إلى الموصى له، وما إلى ذلك من الأحكام الموضوعية، ويستوي في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين".

ثالثاً: مسائل الأهلية والولاية على المال وما يتصل بها من أحكام:

الأهلية سواء أكانت أهلية وجوب أي صلاحية لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام، أو أهلية أداء، وهي القدرة على مباشرة التصرفات القانونية، لا شك في اعتبارها عنصراً من عناصر الحالة، وهي بذلك تعد من مسائل الأحوال الشخصية.

ولكن ينبغي أن نفرق في شأن الأهلية وما يتصل بها من أحكام بين التنازع الداخلي للتراث الديني للمواطنين وبين تنازع القوانين في خصوصها

إذا كنا بصدد علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.

الأهلية - في مجال تنازع القوانين في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي - لا شك في اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية وبالتالي يسري عليها قانون الجنسية عملاً بالمادة ١١ من القانون المدني.

أما في النطاق الداخلي وعند وجود تنازع بين الشرائع الدينية في شأن أحكام الأهلية للمواطنين، فيرغم أنها تعد عنصراً من عناصر الحالة إلا أنه ينبغي أن تحكم بقاعدة قانونية موحدة بالنسبة للكافة. فالأهلية لا تظهر آثارها إلا بمناسبة قيام التصرفات القانونية، حيث تتوقف صحة هذه التصرفات على توافر الأهلية اللازمة لها، بحيث تعد الأهلية عنصراً من عناصر التصرفات المالية. وهي بذلك تتعدى نطاق الأحوال الشخصية، ولا يمكن بحال أن تتوقف صحة هذه التصرفات على ما تقتضي به الشريعة الدينية من أحكام خاصة بالأهلية، وإلا ترتب على ذلك تفرقة في المعاملات وخطيراً لا يمكن قبوله. ولذلك كانت القاعدة التي لا يجوز الاختلاف عليها هي وجوب خضوع مواطني الدولة جميعاً لقواعد واحدة في شأن الأهلية وما يتصل بها من أحكام.

والملاحظ أن مسائل الأهلية بالنسبة للمصريين جميعاً كانت خاضعة لسلطان القضاء الشرعي. ولم تدرج الأهلية أبداً في نطاق الامتيازات الطائفية التي منحت لغير المسلمين بموجب الفرمانات والتحريرات السامية الصادرة من الباب العالي.

ولكن بعد صدور القانون المدني القديم في عام ١٨٨٣، والذي نصت المادة ١٣٠ منه على أن الحكم في الأهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتعاقد، وبعد صدور لائحة تنظيم المجلس الملي لطائفة الأقباط الأرثوذكس ونصها في المادة ١٦ على أن من وظائف المجلس المذكور النظر فيما يحصل بين أبناء الملة من الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية الواضحة أنواعها بكتاب الأحوال الشخصية الذي

صار نشره مع قوانين المحاكم المختلطة، ثار الشك في شأن خضوع أهلية غير المسلمين للقواعد الواردة في التقنين المدني والخاصة بالأهلية.

على أي حال لم يشأ المشرع أن يترك مسائل الأهلية تحوم حولها مثل تلك الشكوك، فأصدر في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ قانوناً وضع فيه قواعد موحدة للأهلية للمصريين جميعاً، كما أخرج مسائل الوصاية والقوامة من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس المليية وجعلها من اختصاص المجالس الحسينية التي تختص وحدها بالنظر في هذه المسائل وتطبق في شأنها أحكام القاتون الوضعي الصادر في هذا الشأن.

ثم أصدر المشرع في سنة ١٩٤٧ القانون رقم ٩٩ ليعمل بأحكامه ابتداء من يناير سنة ١٩٤٨ لاغياً قانون سنة ١٩٢٥، حيث ضمن القانون الجديد أحكاماً موحدة للأهلية وللولاية على المال والوصاية والقوامة والمساعدة القضائية والحجر والغيبة، وأصبحت كل هذه المسائل من اختصاص المحاكم الحسينية.

وأخيراً صدرت المجموعة المدنية الجديدة منظمة الأهلية بقواعد موحدة في المواد ٤٤ وما بعدها، كما أصدر المشرع القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال وحل محل القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ فيما عدا القوانين الإجرائية التي أدمجت في قانون المرافعات.

نخلص مما سبق أن مسائل الأهلية وما يرتبط بها من أنظمة تحمي عديم الأهلية أو ناقصها، وأنظمة الولاية على المال والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً، لا تدخل. ولم تدخل من قبل - في نطاق المسائل التي تخضع للشرائع الطائفية. وإنما تخضع لأحكام القانون المدني وللوائح الخاصة الصادرة في هذا الشأن وهي قوانين موحدة القواعد بالنسبة للمصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين.

رابعاً: الهبة:

لا شك أن الهبة تعد من المسائل المالية حيث لا اتصال لها بمجال الأحوال الشخصية للمواهب أو الموهوب له، ومع ذلك فنحن نعرض لها هنا - وبمناسبة تحديد المسائل التي توحدت فيها القواعد التشريعية للمصريين جميعاً - لأنها لم تكن كذلك من قبل. فالملاحظ أن القانون المدني القديم قد عرض للهبة باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية، ولكنه لم يعرض في شأن أحكامها إلا فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالشكل ونذرا يسيراً من الأحكام الموضوعية. فلقد كانت المادة ٤٨ منه تقضي بأنه إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمي وإلا كانت الهبة باطلة. وقد ترتب على ذلك أن ألحقت الهبة بمسائل الأحوال الشخصية سواء بالنسبة للمصريين أو الأجانب.

وتأكيداً لذلك كانت المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية تخرج الهبة من اختصاص تلك المحاكم على أساس اعتبارها من الأحوال الشخصية. كما أن المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة كانت تقضي باعتبار "المسائل المتعلقة بالهبات" من قبيل الأحوال الشخصية.

وإزاء صراحة النصوص المتقدمة اضطرت محكمة النقض المصرية إلى القول بأن "المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية وكلها من عقود التركات تقوم غالباً على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة، فألجأ هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية".

تغيرت نظرة المشرع المصري بعد ذلك، فصدر قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩، وحددت المادة ١٣ منه المسائل التي تعتبر من الأحوال الشخصية وليس من بينها الهبة، وكانت المادة ١٤ من هذا القانون قاطعة صريحة في هذا الصدد حيث قالت "وتعتبر الهبات من الأحوال الشخصية

بالنسبة لغير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك".

ثم صدر القانون المدني الجديد وتناول الهبة في المواد من ٤٨٦ إلى ٥٠٤ مبيها أحكامها الموضوعية والشكلية، وباعتبارها من المسائل المالية، فانقطع بذلك الخلاف حول الهبة بالنسبة للمصريين غير المسلمين، حيث تم اعتبارها نهائياً من قبيل الأحوال العينية.

خلاصة: المسائل التي تعد حالياً من الأحوال الشخصية في

القانون المصري:

أشرنا من قبل إلى أن المقصود بالأحوال الشخصية إبان فترة الحكم العثماني هي تلك الأحوال التي لها صفة دينية أي تتصل بالعقيدة وخصوصاً مسائل الزواج والطلاق وما يتفرع منها كأحكام النفقة والمهور والنسب. وأشرنا أيضاً إلى محاولات المشرع المصري في تحديد مسائل الأحوال الشخصية في لوائح ترتيب المحاكم الوطنية والمختلطة وفي قانون نظام القضاء، كما عرضنا للمسائل التي كانت واردة في تعداد الأحوال الشخصية - طبقاً للنصوص الواردة في اللوائح والأنظمة السابقة - وأصبحت محكمة بقواعد موحدة بالنسبة للمصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين.

وكان من المفروض أن نقول - وكما قال بذلك جانب كبير من الفقه - إن ما يعد اليوم من قبيل الأحوال الشخصية، هي المسائل التي وردت في المادة ١٣ من قانون نظام القضاء بعد استبعاد المسائل التي عالجها المشرع بقواعد موحدة بالنسبة للمصريين جميعاً. ولكننا فضل في تحديد مسائل الأحوال الشخصية الرجوع إلى السوابق والتقاليد التاريخية والتي عرضنا لها بالتفصيل فيما تقدم. هذه السوابق التي تؤكد أن ولاية الشرائع غير الإسلامية كانت تنحصر في مسائل الزواج والطلاق وما يتفرع منها من أحكام، والسبب في ذلك أن هذه المسائل كانت تتصل بالعقيدة ولا يمكن أن تخضع لشريعة أخرى

تأخذ بمفهوم آخر في شأن هذه المسائل نزولاً على ما تختص به عقيدة مغايرة. ولذلك فإن ما يعد اليوم من قبيل الأحوال الشخصية هي تلك المسائل التي تتصل بالعقيدة، ولا نجد لها مثالا أوضح من نظام الزواج وفرقه وما يتصل به من أحكام فحسب.

ولذلك يبدو صحيحاً ما قالته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في أول أبريل سنة ١٩٤٣ من أن: "المقصود بالأحوال الشخصية التي هي من اختصاص المجلس المذكور لا يمكن أن يكون إلا المواد المذهبية أو الروحية التي لا تتصادم مع القواعد الأساسية العامة في التشريع والتقاليد المتبعة في ذلك إزاء الطوائف المليّة جميعاً، والتي لم يرد الشارع الخروج عنها بأي حال"^(١).

ويلاحظ أن الأحكام السابقة التي انتهينا إليها لم تتغير بصدور القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، حيث لم يأت المشرع بأي جديد في شأن تحديد مسائل الأحوال الشخصية. وبالتالي فإن ولاية الشرائع الدينية لغير المسلمين تقتصر فقط على مسائل الزواج وفرقة وما يتصل بهما من مسائل. أما باقي مسائل الأحوال الشخصية فتظل خاضعة للقوانين الموحدة التي تطبق على المصريين جميعاً بغض النظر عن دياناتهم نزولاً على حكم الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون الإصدار للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ والتي تقضي بأن: "تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة".

(١) مجموعة عمر - ج٤ ص ٧٦.



المفتدين

الفصل الثاني

القضاء المختص بنظر مسائل الأحوال الشخصية

لغير المسلمين

تمهيد:

من قواعد القانون العام أن تكون سيادة الدولة تامة ومطلقة داخل أراضيها، كما تقضي هذه القواعد بوجود أن يخضع كافة سكان الدولة على اختلاف جنسياتهم أو ديانتهم لقوانين البلاد ومحاكمها ولجهة قضائية واحدة، بغض النظر عن نوع المسائل التي تتناولها خصوماتهم أو القوانين التي تطبق عليهم.

هذه القواعد المنطقية لم تكن منطبقة على وضع البلاد التي خضعت لنظام الحكم العثماني ومنها مصر، لوجود طوائف غير إسلامية، مما استدعى - لظروف خاصة ألمحنا إليها من قبل - أن تحصل هذه الطوائف على بعض الامتيازات، ومنها امتياز القضاء الطائفي (في شأن مسائل الأحوال الشخصية)، تطبق - عن طريق محاكمها الخاصة - شرائعها على أبناء الملة أو الطائفة.

غير أنه بعد انتهاء الحكم العثماني، واجهت الدولة التي كانت خاضعة له هذه المشكلة، فمنها - كمصر مثلا - من واجه هذا التعدد في القضاء بالغانه بالتدرج، بادئا بإلغاء الامتيازات القضائية التي كانت ممنوحة للأجانب، ثم من بعد إلغاء امتياز القضاء الطائفي الذي كان ممنوحا للطوائف غير الإسلامية.

التطور التشريعي:

رأينا من قبل أن المشرع المصري قد سمح بتطبيق الشرائع غير

الإسلامية - في مسائل الأحوال الشخصية - على غير المسلمين. فالأجانب كانوا يخضعون لفنصلياتهم فيما يتعلق بالقضاء في مسائل الأحوال الشخصية، أما المصريون فكانوا يخضعون - إذا كانوا مسلمين - للمحاكم الشرعية، وللمحاكم الطائفية أو المليية إذا كانوا غير مسلمين. ومعنى ذلك هو تعدد جهات القضاء، فبعضها كان وطنياً كالمحاكم الشرعية والمجالس المليية، وبعضها كان أجنبياً كالمحاكم القنصلية، وبعض هذه الجهات كانت محاكم ذات طبيعة مختلطة، وتلك هي المحاكم المختلطة. وظل هذا التعدد قائماً حتى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ حيث تم إلغاء الامتيازات الأجنبية وألغيت بالتبعية المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية. فلم يبق من أثر هذا التعدد سوى المحاكم الشرعية والمجالس المليية الخاصة بالقضاء بين غير المسلمين في أحوالهم الشخصية.

ولم يكن هذا التعدد في جهات القضاء بالنسبة للمصريين أمراً مرغوباً، بل لقد صاحبه العديد من المساوئ والشكاوي التي اقتضت ألا يترك هذا الأمر على حاله.

فغير المسلمين تعددت طوائفهم إلى ما يقرب من أربع عشرة طائفة متمتعة باختصاص قضائي في مسائل الأحوال الشخصية، تستقل بأدائها عن الحكومة فلا رقابة ولا تفتيش على أعمالها كما لا توجد محكمة عليا تستأنف أحكامها إليها لتراقب تطبيق القانون وتضمن بذلك للمتقاضين عدالة لا تحيز فيها. كما أن سبل تعيين القضاة لهذه الطوائف كان مثاراً للشكوى بل وللعجب، بل هناك من سلك إلى هذا القضاء برغم ما به من جهل وعدم نزاهة. أما الإجراءات أمام هذا القضاء الطائفي فكانت متنوعة لا يكاد يعلمها المحامون، يختلف بعضها عن بعض في الطرق ومواعيدها ومنها ما لا يجيز الاستئناف، ومن الطوائف من لا إجراءات لها فتسير المحكمة في الدعوى كما يتراءى لها.

ظل هذا الوضع قائماً حتى سنة ١٩٥٥ حيث قام المشرع المصري في هذه السنة بثورة تشريعية محققاً للإصلاح المنشود، فأصدر في هذا العام القانونين رقمي ٤٦١ و ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بقصد توحيد جهات القضاء في مسائل الأحوال الشخصية.

أما القانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ فهو خاص بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بنظام القضاء.

وتنص المادة الأولى من هذا القانون بأن:

"يستبدل نص المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بالنص الآتي:

"تختص المحاكم بالفصل في كافة المنازعات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه وجميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص".

وقضت المادة الثانية من هذا القانون بأن تلغي المادة ١٦ من قانون نظام القضاء المثبار إليه".

يتبين مما تقدم أن المشرع في هذا القانون لم يعد يقصر اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب فقط، بل مد ولاية القضاء العادي إلى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين سواء تعلقت بمسلمين أم بغير مسلمين.

أما القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فهو خاص "بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملوية وإحالة الدعاوى التي تكون منظورة أمامها إلى المحاكم الوطنية".

فقضت المادة الأولى من هذا القانون بأن:

تُلغى المحاكم الشرعية والمحاكم المليية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ إلى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقاً لأحكام قانون المرافعات وبدون رسوم جديدة مع مراعاة القواعد الآتية".

وقضت المادة الثالثة من هذا القانون بأن:

"ترفع الدعاوى التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو التي كانت من اختصاص المجالس المليية إلى المحاكم الوطنية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦".

هذا وقضت المادة الرابعة من قانون الإصدار للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بأن تلغى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٣١. ويلغى الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية المضاف إلى القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، والقوانين أرقام ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ و ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ و ٦٢ لسنة ١٩٧٦ المشار إليها، ولائحة الإجراءات الواجب إتباعها في تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٩٥٧، كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق".

ومفاد ما تقدم أن المشرع قد أعاد تنظيم موضوع إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين جميعاً ليأكل دياتهم من جديد، وأصبحت الأحكام الجديدة بدلاً عن تلك الواردة في القوانين الملغاة المشار إليها.

فتنقضي الفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون الإصدار للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بأن تسري أحكام القانون المرافق على إجراءات التقاضي

في مسائل الأحوال الشخصية والوقف ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات".

كما قضت المادة الثالثة من قانون الإصدار المشار إليه بأن تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة. ومع ذلك فتصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين متحدي الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ - طبقاً لشريعتهم - فيما لا يخالف النظام العام".

وبالأحكام السابقة خطأ المشرع المصري الخطوة النهائية في سبيل توحيد جهات القضاء، فبعد أن استرد القضاء الوطني سلطاته بشأن النظر في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب، استرد أخيراً سلطاته في خصوص هذه المسائل بالنسبة للمصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين.

ولكن برغم توحيد جهات القضاء، فإن التشريع الواجب تطبيقه على مسائل الأحوال الشخصية ما زال متعددًا. وعلى ذلك فالقاضي الوطني يطبق بالنسبة للمسلمين أحكام الشريعة الإسلامية وبالنسبة لغير المسلمين يطبق شريعتهم الطائفية حيث لا يخضع المصريون جميعاً لقواعد موحدة في شأن أحوالهم الشخصية.

ولذلك شكلت في المحاكم المصرية دوائر مختلفة للنظر في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين (وغير المسلمين المختلفين في الطائفة والملة) وتطبق المحكمة في صدها أحكام الشريعة الإسلامية، ودوائر للنظر في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين المتحدين في الملة والطائفة وتطبق عليهم شريعتهم الدينية، وثالثة للنظر في منازعات الأحوال الشخصية للأجانب

وتطبق عليهم القوانين التي تشير قاعد الإسناد في القانون الدولي الخاص بتطبيقها عليهم.

ولا يبقى في شأن تحديد الجهة المختصة بنظر مسائل الأحوال الشخصية سوى أن نعرض لاختصاص أو ولاية درجات المحاكم المختلفة في شأن هذه المسائل.

اختصاص المحاكم بمسائل الأحوال الشخصية:

أولاً: الاختصاص النوعي:

١ - اختصاص المحاكم الجزئية:

تقضي المادة التاسعة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بأن:

تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة. وبمراعاة أحكام المادة (٥٢) من هذا القانون، يكون حكمها في الدعاوى قابلاً للطعن عليه بالاستئناف ما لم ينص القانون على نهائيتها، وذلك كله على الوجه التالي:

أولاً: المسائل المتعلقة بالولاية على النفس:

- ١- الدعاوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به.
- ٢- الدعاوى المتعلقة بالنفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها.

٣- الدعاوى المتعلقة بالإذن للزوجة بمباشرة حقوقها، متى كان القانون الواجب للتطبيق يقضي بضرورة الحصول على إذن الزوج لمباشرة تلك الحقوق.

٤- دعاوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها، ويكون الحكم نهائياً إذا كان المطلوب لا يتجاوز النصاب الإنتهائي للقضاء الجزئي.

٥- تصحيح القيود المتعلقة بالأحوال الشخصية في وثائق الزواج والطلاق.

٦- توثيق ما يتفق عليه ذور الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعا.

٧- الإذن بزواج من لا ولي له.

٨- تحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة، ما لم يثر بشأنها نزاع.

٩- دعاوى الحبس لامتناع المحكوم عليه عن تنفيذ أحكام النفقات وما في حكمها. ويكون الحكم في ذلك نهائياً (فقرة مضافة بالقانون رقم ٩١ لسنة ٢٠٠٠).

ثانياً: المسائل المتعلقة بالولاية على المال متى كان مال المطلوب حمايته لا تتجاوز قيمته نصاب اختصاص المحكمة الجزئية:

١- تثبيت الوصي المختار وتعيين الوصي والمشرف والمدير ومراقبة أعمالهم والفصل في حساباتهم وعزلهم واستبدالهم.

٢- إثبات الغيبة وإنهاؤها وتعيين الوكيل عن الغائب ومراقبة أعماله وعزله واستبداله.

٣- تقرير المساعدة القضائية ورفعها وتعيين المساعد القضائي واستبداله.

٤- استمرار الولاية أو الوصايا إلى ما بعد سن الحادية والعشرين والإذن للقاصر بتسلم أمواله لإدارتها وفقاً لأحكام القانون والإذن له بمزاولة التجارة. وإجراء التصرفات التي يلزم للقيام بها الحصول على إذن، وسلب أي من هذه الحقوق أو وقفها أو الحد منها.

٥- تعيين مأذون بالخصومة عن القاصر أو الغائب ولو لم يكن له مال.

٦- تقدير نفقة للقاصر من ماله والفصل فيما يقوم به من نزاع بين ولي النفس أو ولي التربية وبين الوصي فيما يتعلق بالإتفاق على القاصر أو تربيته أو العناية به.

٧- إعفاء الولي في الحالات التي يجوز إعفاؤه فيها وفقا لأحكام قانون الولاية على المال.

٨- طلب تحي الولي عن ولايته واستردادها.

٩- الإذن بما يصرف لزواج القاصر في الأحوال التي يوجب القانون استئذان المحكمة فيها.

١٠- جميع المواد الأخرى المتعلقة بإدارة الأموال وفقا لأحكام القانون واتخاذ الإجراءات التحفظية والمؤقتة الخاصة بها مهما كانت قيمة المال.

١١- تعيين مصف للتركة وعزله واستبداله والفصل في المنازعات المتعلقة بالتصفية متى كانت قيمة التركة لا تزيد على نصاب اختصاص المحكمة الجزئية.

٢ - اختصاص المحاكم الابتدائية:

تقضي المادة العاشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بأن:

"تختص المحكمة الابتدائية بنظر دعاوى الأحوال الشخصية التي لا تدخل في اختصاص المحكمة الجزئية، ودعاوى الوقف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه.

ويكون للمحكمة الابتدائية المختصة محليا بنظر دعوى الطلاق أو للتطويق أو التفريق الجنماتي دون غيرها، الحكم ابتدائيا في دعاوى النفقات أو الأجور وما في حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب، وحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به ومسكن حضائته.

وتلتزم المحاكم الابتدائية والجزئية التي رفعت أو ترفع أمامها دعوى بأي من هذه الطلبات بإحالتها إلى تلك المحكمة حتى يصدر فيها حكم قطعي واحد.

وللمحكمة أثناء سير الدعوى أن تصدر أحكاما مؤقتة واجبة النفاذ بشأن

الرؤية أو بتقرير نفقة وقتية أو تعديل ما عساها تكون قد قررته من نفقة بالزيادة أو النقصان.

ولا يجوز الطعن على تلك الأحكام المؤقتة التي تصدر أثناء سير هذه الدعاوى إلا بصدور الحكم النهائي فيها".

وقضت المادة (١١) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بأن:

"تختص المحكمة الابتدائية التي يجري في دائرتها توثيق عقود زواج الأجانب بالحكم في الاعتراض على هذا الزواج أو طلب الحجر على أحد طرفي العقد إذا كان القانون الواجب التطبيق يجعل الحجر سبباً لزوال أهليته للزواج. ويترتب على إقامة الدعوى وقف إتمام الزواج حتى يفصل نهائياً فيها.

كما تختص المحكمة الابتدائية بتوقيع الحجر ورفع وتعيين القيم ومراقبة أعماله والفصل في حساباته وعزله واستبداله، والإذن للمحجور عليه بتسلم أمواله لإدارتها، وفقاً لأحكام القانون وسلب هذا الحق أو الحد منه، وتعيين مأذون بالخصومة عنه، وتقدير نفقة للمحجور عليه في ماله والفصل فيما يقوم من نزاع بين ولي النفس وولي التريبة وبين القيم فيما يتعلق بالإتفاق على المحجور عليه".

ويراعى في شأن الاختصاص النوعي للمحاكم ما يلي:

١- تختص المحكمة التي تنظر المادة الأصلية دون غيرها باعتماد الحساب المقدم من النائب عن عديم الأهلية أو ناقصها أو الغائب، أو المقدم من المدير المؤقت والفصل في المنازعات المتعلقة بهذا الحساب". المادة ١٣ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

٢- تختص المحكمة التي قضت بانتهااء الولاية على المال بنظر مادتي الحساب وتسليم الأموال، وذلك حتى تمام الفصل فيهما. كما تختص بنظر منازعات التنفيذ المتعلقة بالأحكام والقرارات الصادرة منها في هذا الشأن".

(المادة ١٤ من القانون السابق الإشارة إليه).

٣ - اختصاص المحاكم الاستئنافية:

يلاحظ أن الأحكام التي تصدر من المحاكم الجزئية هي دائماً قابلة للاستئناف ما لم ينص القانون على نهائية الحكم. كما أن الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية هي الأخرى تقبل الاستئناف. كما أن القرارات التي تصدر من المحاكم الجزئية والابتدائية في مسائل الولاية على المال تسري عليها القواعد الخاصة بالأحكام (م ٥٢ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠) ولذلك ينعقد الاختصاص في نظر استئناف الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية للدائرة الاستئنافية للمحكمة الابتدائية بالنسبة للنوع الأول من القرارات والأحكام، ولمحاكم الاستئناف بالنسبة للنوع الثاني الصادر من المحاكم الابتدائية.

توزيع الاختصاص على درجات المحاكم بعد من النظام العام:

بينما فيما سبق أن المشرع قد وزع ولاية القضاء في مسائل الأحوال الشخصية على درجات المحاكم المختلفة وجعل اختصاص هذه المحاكم ابتدائياً في بعض الدعاوى وانتهائياً في البعض الآخر.

والمشرع إذ وزع ولاية القضاء في مسائل الأحوال الشخصية على درجات المحاكم قد راعى في ذلك شأن كل نوع من هذه الدعاوى، وقدرة كل درجة من درجات القضاة على القضاء فيما تختص به وملائمة الإجراءات التي تتبع أمامها والمواعيد المتعلقة بها، وقد راعى المشرع ذلك، لأن تعدد درجات المحاكم يقوم على اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة لا بمصالح خاصة بأشخاص المتقاضين. وعلى ذلك فتخصيص كل درجة من درجات المحاكم بنوع معين من دعاوى الأحوال الشخصية يتعلق بالنظام العام وهذا المعنى مستفاد مما تقضي به المادة ١٠٩ من قانون المرافعات حيث قالت بأن

"الدفع بعدم اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو سبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها. ويجوز الدفع به في أية حالة كانت عليها الدعوى".

تدخل النيابة في دعاوى الأحوال الشخصية:

تقضي المادة السادسة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بأنه: "مع عدم الإخلال باختصاص النيابة العامة برفع الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة المنصوص عليه في القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦، للنيابة العامة رفع الدعوى ابتداء في مسائل الأحوال الشخصية إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب، كما يجوز لها أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية التي تختص بها المحاكم الجزئية. وعلى النيابة العامة أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية والوقف التي تختص بها المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف وإلا كان الحكم باطلاً".

يتبين من هذا النص أن هناك دعاوى يجب على النيابة العامة التدخل فيها وأخرى يجوز فيها هذا التدخل:

أ- الدعاوى التي يجب على النيابة العامة التدخل فيها:

(١) دعاوى الأحوال الشخصية والوقف التي تنظرها المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف.

(٢) الدعاوى التي يجوز للنيابة العامة أن ترفعها بنفسها، فهذه الدعاوى وإن كان أمر رفعها جوازي للنيابة العامة ابتداء، إلا أنه إذا رفعت من غيرها وجب عليها أن تتدخل فيها.

(٣) الدعاوى التي تعرض فيها مسألة متعلقة بالنظام العام والآداب، إذا ما قامت المحكمة بإرسال ملف الدعوى للنيابة، وعندئذ يجب أن تتدخل النيابة في هذه الدعوى.

ويراعى أن تدخل النيابة العامة الوجوبي يتم حتى ولو رفعت الدعوى في صورة طلب عارض أو في صورة دعوى فرعية طالما أن القانون يوجب تدخلها في موضوع الطلب أو الدعوى.

٤) وإذا رفعت دعوى الوقف باعتبارها دعوى مدنية وأثيرت فيها مسألة تتعلق بالوقف وجب تدخل النيابة العامة فيها وإلا كان الحكم باطلاً، وذلك بشرط أن يكون النزاع منصباً على أصل الوقف أو إنشائه أو في شروطه.

ب- الدعاوى التي يجوز للنيابة العامة التدخل فيها:

- ١- دعاوى الأحوال الشخصية التي تنظرها المحاكم الجزئية.
- ٢- الدعاوى الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها والغائبين والمفقودين.
- ٣- الدعاوى المتعلقة بالأوقاف الخيرية والهيئات والوصايا المرصودة لجهات البر.
- ٤- الدعاوى التي قدمت فيها النيابة العامة مذكرة برأيها وكان حضورها غير واجب.

الاختصاص المحلي في مسائل الأحوال الشخصية:

يلاحظ أنه قبل صدور قانون توحيد القضاء (أي القانون الصادر بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية) كان الحد الأدنى من عوامل التيسير على المتقاضين منتفياً في منازعات الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين، ذلك أن مجالسهم المليية كانت تبعد كثيراً عن مجال إقامتهم لانعقاد المجالس الفرعية في عواصم المحافظات فحسب.

ولكن تيسير التقاضي يستلزم تعدد محاكم الدرجة الواحدة لتصبح بقدر الإمكان قريبة من موطن الخصوم. وهذا ما حققه القانون رقم ٤٦٢ لسنة

١٩٥٥ بنصه على توزيع الاختصاص بين المحاكم الجزئية والإبتدائية والاستئنافية، حيث أصبح ميسوراً على المتقاضين من غير المسلمين، إذ أن منازعاتهم في الأحوال الشخصية أصبحت تنظرها محاكم جزئية منتشرة في جميع أنحاء البلاد ومحاكم إبتدائية مقرها عواصم المحافظات وكذلك الحال أيضاً بالنسبة للاستئناف.

ويتحدد الاختصاص المحلي حالياً طبقاً لما ورد بالمادة (١٥) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، حيث تقضي هذه المادة بما يلي:

"يتحدد الموطن في مفهوم هذا القانون على النحو المبين بالمواد ٤٠ و ٤٢ و ٤٣ من القانون المدني.

وبمراعاة أحكام المادتين (١٠، ١١) من هذا القانون ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن في مصر تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي.

وإذا تعدد المدعي عليهم، كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم.

ومع ذلك يتحدد الاختصاص المحلي بنظر بعض مسائل الأحوال الشخصية على النحو الآتي:

١- تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو المدعي عليه بنظر الدعوى المرفوعة من الأولاد أو الزوجة أو الوالدين أو الحاضنة حسب الأحوال، في المواد الآتية:

(أ) النفقات والأجور وما في حكمها.

(ب) الحضانة والرؤية والمسائل المتعلقة بهما.

(ج) المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها.

(د) التطليق والخلع والإبراء والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية.

٢- تختص المحكمة التي يقع في دائرتها آخر موطن للمتوفى في مصر بتحقيق إثبات الوراثة والوصايا وتصفية التركات، فإن لم يكن للمتوفى موطن في مصر يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها أحد أعيان التركة.

٣- يتحدد الاختصاص المحلي في مسائل الولاية على المال التالية على النحو الآتي:

(أ) في مواد الولاية بموطن الولي أو القاصر وفي مواد الوصاية بآخر موطن للمتوفى أو القاصر.

(ب) في مواد الحجر والمساعدة القضائية بموطن المطلوب الحجر عليه أو مساعدته قضائياً.

(ج) في مواد الغيبة بآخر موطن للغائب.

فإذا لم يكن لأحد من هؤلاء موطن في مصر ينحدر الاختصاص للمحكمة الكائن في دائرتها موطن الطالب أو التي يوجد في دائرتها مال الشخص المطلوب حمايته.

(د) إذا تغير موطن القاصر أو المحجور عليه أو المساعد قضائياً جاز للمحكمة بناء على طلب ذوي الشأن أو النيابة العامة أن تحيل القضية إلى المحكمة التي يقع في دائرتها الموطن الجديد:

(هـ) تختص المحكمة التي أمرت بسلب الولاية أو وقفها بتعيين من يخلف الولي - سواء كان ولياً أو وصياً - إلا إذا رأت من المصلحة إحالة العادة إلى المحكمة التي يوجد بدائرتها موطن القاصر.

٤- فيما عدا قسمة أعيان الأوقاف المنتهية، يكون الاختصاص بنظر منازعات الوكف وشروطه والاستحقاق فيه والتصرفات الواردة عليه، للمحكمة الكائنة بدائرتها أعيانه، أو الأكبر قيمة إذا تعددت، أو المحكمة الكائن بدائرتها موطن لناظر الوكف أو المدعي عليه.

الفصل الثالث

تحديد غير المسلمين وبيان شرائعهم

تقديم:

تبين من الدراسة المتقدمة أن غير المسلمين يخضعون في منازعات أحوالهم الشخصية لشرائعهم الدينية. ولذلك يبدو من اللازم أن نحدد أولاً من هم غير المسلمين الذين يستفيدون من أحكام شرائعهم في أحوالهم الشخصية، ثم علينا أن نبين ثانياً المقصود بشرائعهم الدينية وبيان مصادرها الواجب الرجوع إليها.

المبحث الأول

تحديد المقصود بغير المسلمين

تمهيد:

يقصد بغير المسلمين أصحاب الديانات السماوية الأخرى غير الإسلام، وهذه الديانات هي اليهودية والمسيحية، فتلك الديانات هي التي اعترف المشرع المصري بسلطانها على أتباعها في نطاق أحوالهم الشخصية. وبناء على ذلك لا يعد من لا دين له أو الملحد من طوائف غير المسلمين المستفيدين من امتياز الخضوع لشرائعهم الدينية، ويبدو أن السبب في ذلك هو في عدم وجود شريعة خاصة بمن لا دين لهم أو بالملحدين. فمثل هؤلاء الأشخاص تطبق عليهم في مصر أحكام الشريعة الإسلامية. ولكن ليست المشكلة بهذه السهولة، فنعرض لها بشيء من التفصيل فنقول:

إن الدين عبارة عن مجموعة من المعتقدات والقواعد الموحى بها من الله عز وجل، والبشر منذ الخليفة وهم يشعرون بوجود قوى كبرى تسيطر على الكون ومخلوقاته. وتهيمن على أفعال العباد، هذا الشعور يدفع البشر إلى محاولة استرضاء الخالق بمحاولة التعرف على ربهاته وإتباع أوامره ونواهيه، سواء تعلقت بسلوك الإنسان قبل خلقه أو إزاء نفسه أو قبل غيره من الناس. ومن مجموعة هذه القواعد يتكون الدين ويعد الدين من الضوابط الاجتماعية التي تحكم سلوك الأفراد داخل الجماعة.

ومما لا شك فيه أن لكل إنسان الحق في حرية العقيدة والاعتقاد، وهذه حرية يكفلها الدستور للمواطنين جميعاً، فليس لأي إنسان أو سلطة أن تتدخل في تفكيره وعقله، على أن الفطرة والعقل والوعي تستقيم جميعها على الإيمان بوجود الخالق. وهذا الإيمان يقتضي ويستلزم الانتساب إلى دين موحى به من السماء. ولذلك فمن لا يعتقد بوجود الخالق، أي من كان لا دين له، إنما يخرج عن مسلك الإنسان العادي والمفهوم السليم في الاعتقاد. ولا يمكن لمثل هذا الشخص الملحد أن يحتج بأن الدستور يكفل حرية للعقيدة، ذلك أنه يجب أن يفهم أن هذه الحرية لا تكون إلا في نطاق الاعتقاد بالأديان السماوية الموحى بها، وهي الإسلام والمسيحية واليهودية. ومعنى ذلك أن الدستور لا يقر الإلحاد، بل يجعل من الانتساب إلى دين سماوي أمراً متعلقاً بالنظام العام، وبالتالي فإن الدولة لا يمكن أن تجعل للإلحاد مظاهر خارجية أو أن تسمح بإعلانه أو أن ترخص في إنشاء معابد للملحدين فالإلحاد ليس بعقيدة تخضع لمبدأ حماية الدستور لها.

وبناء على ذلك إذا تزوج الملحد بملحدة فلا إشكال في الأمر، حيث يجب تطبيق الشريعة العامة على علاقاتهم وهي الشريعة الإسلامية، حيث لا ديانة لهما ولا عقيدة. فالمشرع المصري لا يعترف إلا بالأديان السماوية ولا يقن الإلحاد. هذا وقد قضى بأن "البهاغنية ليست من الأديان المعترف بها، وتطبيق

أحكام الشريعة الإسلامية يؤدي إلى بطلان الزواج إذ الشريعة الإسلامية
تتطلب في عقد الزواج أن يكون للزوجين ملة يقران عليها.

ولكن قد يحدث أن يكون الزوجين من ديانة معينة، ثم يعتنق أحد الزوجين
الإلحاد، عندئذ اختلفت ديانة الطرفين، والسؤال، ما هي الشريعة الواجبة
الانطباق على هذه الحالة، أي حالة الإلحاد الطارئ؟

قضت بعض المحاكم في شأن إلحاد الزوجة الطارئ (حيث أدعت الزوجة
أنها اعتنقت الديانة الفرعونية) أن الإلحاد ليس ديانة وعلى ذلك تبقى المدعية
على ديانتها حتى تختار ديانة أخرى. ومن ثم فإن المدعية وزوجها يصبحان
متحدي الملة والطائفة وتطبق أحكام الشريعة الخاصة وهي شريعة الروم
الكاثوليك ولا تطبق أحكام الشريعة الإسلامية.

وهذا الذي قضى به الحكم السابق يتفق مع ما قلناه في شأن طبيعة الإلحاد
وأثره للقانوني، فمن كان على دين معين، ثم ألحد، فلا يقر على
إلحاده ويظل في نظر القاتون على دينه الأصلي، إلى أن يختار ديانة أخرى
ين أراد.

وبعد هذا التمهيد نقول أن الأديان الأخرى التي يعترف بها المشرع هي
المسيحية واليهودية. ولكن كلا من الديانتين تنقسم إلى ملل وطوائف متعددة،
لذلك نعرض أولاً للمسيحية وفرقها ثم لليهودية ومللها.

الفرع الأول

المسيحية

ظهور المسيحية كلمة واحدة:

ظهرت النصرانية في القدس في فلسطين في عهد الدولة الرومانية الوثنية
ملة واحدة، وكان نواتها السيد المسيح عليه السلام وتلاميذه الأثنى عشر الذين

زاد عددهم بعد ذلك إلى اثنين وسبعين وصاروا حتى صعود السيد المسيح إلى
مائة وعشرين. ولقد رأى اليهود في هؤلاء الأتباع للدين الجديد نزعة تقدمية
لها خطرهما فاضطهدوا أصحابها.

وأمام هذا الاضطهاد اضطُرَّ إتباع الدين الجديد إلى التفرق في أنحاء
العالم الذي كانت تسوده في ذلك الوقت الإمبراطورية الرومانية، فبدأت
المسيحية في الانتشار في الحواضر الكبرى للعالم القديم، وهي روما في
الغرب، وأنطاكية في المشرق.

واستمر الاضطهاد قسوة وتذليلاً ومصادرة إلى أن جاء القرن الثالث فتميز
بانتشار المسيحية وإقدام معتقيها على الجهر بها وتشديد الكنائس الفخمة. وفي
عام ٣١٣ اعتنق الإمبراطور قسطنطين المسيحية، فأبطل تشريعات الاضطهاد
وأمر بإعادة أملاك الكنائس المصادرة إلى المسيحيين. ولقد استفاد المسيحيون
من هذه التشريعات الجديدة التي أصدرها الإمبراطور فأحكموها نظامها الداخلي
وأجروا لأنفسهم نظاماً إدارياً يماثل ما كانت تتبعه الدولة الرومانية في
ولاياتها، فجعلوا لكل مدينة أسقفاً ولكل مجموعة من المدن أسقفاً أكبر وفي
عاصمة الولاية كبير الأساقفة، وكانت العلاقات بينهم تقوم على المساواة التامة
وكانوا جميعاً يدينون بعبادة واحدة. وكانت كل كنيسة تعتر بالرسول الذين
ينسبون إليه تأسيسها. ولقد وجدت بين الكنائس لاختلافات - ليست في العقيدة -
وإنما في الأمور التي لا تتصل بها والتي أقرت فيها التقاليد والأعراف
المحلية، وعلى ذلك فإنه إذا كانت المسيحية قد انقسمت في هذا الوقت إلى
كنائس عديدة فإن ذلك كان مرده إلى الطابع الجغرافي والإقليمي لكل منها
(ومن هنا نشأت الطوائف المسيحية)، وعلى ذلك وجدت على قمة النظام
الديني القائم كنائس روما والإسكندرية وأنطاكية وأورشليم.

انقسام المسيحية إلى ملل مختلفة:

١ - إن المسيحيين ومنذ بدء انتشار النصرانية قد انقسموا إلى طوائف تحت تأثير عوامل جغرافية خاصة بالمكان وعوامل تراثية خاصة بالعبادات والتقاليد والأعراف، الأمر الذي جعل لكل طائفة لغتها وعاداتها وتقاليدهم، ورغم أن العقيدة كانت واحدة حيث لم تظهر بعد، الخلافات حول بعض العقائد.

٢ - أنه وبعد ظهور الخلافات بين الكنائس المختلفة حول طبيعة السيد المسيح عليه السلام، انقسم المسيحيون إلى ملتين، ملة تدين بمبدأ الطبيعة الواحدة، وملة أخرى تدين بمبدأ الطبيعتين، وكل ملة اعتقدت أنها على صواب وأنها صاحبة الشريعة الحقيقية والرأي المستقيم وأنها الكنيسة الجامعة في هذا الصدد. فسمت كل منها بتسمية الأرثوذكسية (أي صاحبة الرأي السليم) وأدياناً الأرثوذكسية الكاثوليكية (أي الكنيسة الجامعة صاحبة الشريعة الحقيقية).

٣ - إنه بعد حدوث الانشقاق الكبير واستقلال الكنيسة الشرقية عن سلطان الحبر الأعظم في روما، انقسم المسيحيون إلى قسم لا تدين كنائسهم بالولاء لروما وتسموا بالأرثوذكسية، وقسم آخر ما زال على ولانه للحبر الأعظم وتسموا بالكاثوليكية، فزادت الطوائف الأرثوذكسية طوائفا انضمت إلى الطوائف المنشقة سابقا، وأصبح كل المنشقين يتسمون بالأرثوذكسية ورغم ما بينهم من اختلاف في بعض المسائل العقائدية، ثم ازدادت الملل المسيحية ملة أخرى بفعل انشقاق جديد حادث من الراهب الألماني مارتن لوثر فظهرت البروتستانتية.

نخلص مما سبق أن المسيحية كديانة بدأت ملة واحدة ثم انقسمت إلى ملل عديدة وطوائف كثيرة، وقبل أن نعدد الملل والطوائف المسيحية علينا أن نحدد أولا مفهوم الملة ومفهوم الطائفة حتى يكون التقسيم منضبطاً ومفهوماً.

الملة ويمكن أن نسميها أيضا المذهب وهي مجموعة الأحكام الدينية التي
تعملها ديانة معينة، أو هي وسيلة فهم الناس للديانة ولاستخراج ما بها من
أحكام شرعية، ولذلك كاتت الملة أخص من الديانة، فهي تتفرع منها وترتكز
عليها.

والطائفة هي مجموعة من الناس مشتركون في روابط واحدة من حيث
المكان أو الجنس أو اللغة أو العادات والتقاليد وتتبع هذه المجموعة ملة معينة
من ملل الديانة أي تتبع مذهبا معينا من فهم الدين.

هذا المفهوم لمعنى الملة والطائفة يتسق مع التطور التاريخي الذي نشأت
في رحابه ملل وطوائف مسيحية.

طوائف المسيحيين:

تمهيد:

تبين من الدراسة المتقدمة أن الطوائف الأرثوذكسية (وأياها الطوائف
الإنجيلية) هي تلك التي لا تخضع لسلطان كنيسة روما وخبرها الأعظم، أما
الطوائف الكاثوليكية فهي التي ما زالت خاضعة لسلطانه. وهذا ما نعتقد أنه
هو الأساس المنطقي للتقسيم والذي يتفق مع الجذور التاريخية. والأمر الذي
نريد أن ننبه عليه أنه لا يلزم إتحاد الطوائف الأرثوذكسية في معتقد واحد من
المعتقدات التي أظهرتها التقسيمات التي أشرنا إليها من قبل، فكل الطوائف
الكاثوليكية تدن بمذهب الطبيعتين، أما الطوائف الأرثوذكسية فبعضها يدين
بمبدأ الطبيعة الواحدة والبعض الآخر يدين بمبدأ الطبيعتين، هذا فضلا عن
الفوارق الداخلية بين مختلف الطوائف والتي ترجع إلى عوامل بيئية ولغوية
وسكانية وتاريخية.

١- طائفة الإقباط: وهم أقدم وأكبر طائفة مسيحية في مصر وأفرادها مصريون أصلاً، وهي طائفة مستقلة نيم لها رئاسة دينية خارج مصر. ومنذ بداية للتاريخ المسيحي كان للكرسي الرسولي الإسكندري المعروف بالكرسي المرقسي نسبة إلى مرقس الرسول واحداً لجميع المسيحيين، فلما انقسم المسيحيون إلى مذهبين، مذهب القائلين بالطبيعة الواحدة والقائلين بالطبعيتين، تبع أهالي مصر مذهب الطبيعة الواحدة وتبع سائر الروم في مصر وهم من الأجانب سكان السواحل ومعهم الموظفون المدنيون والعسكريون وجمهور من المواطنين مذهب الطبعيتين الذي عليه ملوك الروم.

وفي أواسط القرن السادس انتخب الأهالي بطريركاً لهم وانتخب الروم بطريركاً آخر فصار على كرسي الإسكندرية بطريركاً في وقت واحد، أحدهما لأقباط مصر القائلين بالطبيعة الواحدة، والثاني للقائلين بمبدأ الطبعيتين في المذهب الآخر وأكثرهم من الروم وعرفوا بالروم الأرثوذكس.

٢- طائفة الروم الأرثوذكس: والروم في الأصل هم سكان الإمبراطورية الرومانية، وعندما انقسمت هذه الإمبراطورية إلى قسمين: الشرقية وعاصمتها بيزنطة أو القسطنطينية، والغربية وعاصمتها روما، كانت الإمبراطورية الشرقية شاملة لكافة بلاد الشرق من مقدونيا والقسطنطينية شمالاً إلى مصر جنوباً بما في ذلك الأناضول والشام وفلسطين.

ولقد كانت الإدارة الكنسية في الإمبراطورية الرومانية الشرقية موزعة بين أربعة بطاركة حتى القرن السابع ويتبع كل بطريرك عدد من رؤساء الأساقفة في كنائس تابعة له مباشرة أو مستقلة إلى حد ما. وعند حدوث الانقسام حول طبيعة السيد المسيح، انحاز سكان مصر والشام وأرمينيا إلى مذهب الطبيعة الواحدة، فأقام كل فريق بطريركاً من مذهبه على نفس

الكرسي، فصار في أنطاكية بطريكان وفي الإسكندرية كذلك، وقيل للأولين "ملكيين" نسبة إلى انتمائهم إلى مذهب ملوك الروم، وقيل للآخرين "يعقوبيين".
ومنذ ذلك الحين صار في الإسكندرية بطريكان: بطريك على مذهب القائلين بالطبعتين تبعه الموظفون والعسكر المعينون من الحكومة المركزية بالقسطنطينية والجلالية اليونانية والغرباء، وسمي ببطريك الروم الأرثوذكس. وبطريك آخر على مذهب القائلين بالطبيعة الواحدة وتبعه غالبية سكان مصر وهم القبط وسمي ببطريك الأقباط الأرثوذكس.

٣- طائفة الأرمن الأرثوذكس: لقد دخل الأرمن جماعة في المسيحية في القرنين الثالث والرابع وكان أكبر مبشريهم القديس غريغوريوس المنور (كريكور بالأرمنية) واتضموا لمذهب اليعاقبة وانفصلوا بذلك عن الروم الأرثوذكس.

٤- طائفة السريان الأرثوذكس: السريان هم في الأصل أهل سوريا، ولقد كانوا تابعين أولاً لبطريك الروم في أنطاكية. وعند حدوث الانقسام حول طبيعة السيد المسيح تعاقب على الكرسي الأنطاكي جملة من البطاركة حتى اتحاز ملوك القسطنطينية نهائياً إلى مذهب الطبيعيتين فثبت بطاركة أنطاكية الروم على هذا المذهب لكن الحارث بن جبلة الغساني ملك العرب بالشام توسط لدى الإمبراطورة تيودورا وتمكن من الحصول على رسامة أسقفين للعرب القائلين بالطبيعة الواحدة. وكان أحدهم يعقوب البرادعي أسقف الرها الذي جعلت ولايته على جميع الشام والعراق وآسيا الصغرى، وهو الذي وطد مذهبه في سوريا وفصل أتباعه عن بطريك الروم الأنطاكي. ومنذ ذلك التاريخ صار على الكرسي الأنطاكي بطريكان أحدهما للروم الملكيين. والثاني للسريان اليعقوبيين القائلين بالطبيعة الواحدة ويلقب بطريكهم "ببطرق مدينة الله أنطاكية وسائر المشرق" ولقد كان للسريان الأرثوذكس علاقات وطيدة مع الأقباط القائلين مثلهم بالطبيعة الواحدة... ولقد كانت لهم في مصر

عدة أديرة ولا يوجد فرق في العقائد الدينية بين السريان الأرثوذكس والأقباط الأرثوذكس... (١).

الطوائف الكاثوليكية:

- ١- طائفة الأقباط للكاثوليك وأفرادها مصريون أصلاً.
- ٢- طائفة الروم الكاثوليك وأفرادها من أصل غير مصري (يوناني غالباً).
- ٣- طائفة الأرمن الكاثوليك وأفرادها من أصل أرمني.
- ٤- طائفة السريان الكاثوليك وأفرادها من أصل سوري.
- ٥- طائفة الموارنة الكاثوليك وهم أصلاً من أهل جبل لبنان.
- ٦- طائفة الكلدان الكاثوليك وأفرادها من أصل عراقي.
- ٧- طائفة اللاتين الكاثوليك وأفرادها من أصل أوروبي.

ويجمع بين هذه الطوائف وحدة العقيدة حول طبيعة السيد المسيح (مذهب الطبيعيين) كما تخضع لرئاسة دينية عليا واحدة في روما برئاسة الحبر الأعظم وتعتقد أنه خليفة بطرس الرسول على الأرض وأن الله قد عصمه من الخطأ فيما يشرعه من شئون الديانة، وبالتالي يخضعون تماماً لتعاليمه. وبرغم خضوع تلك الطوائف جميعها لقواعد قانونية واحدة في شأن أحوالهم الشخصية وبخاصة الزواج إلا أن كل طائفة منهم لها شعائرها الخاصة ولغتها المتميزة، فمثلاً كنيسة اللاتين تمارس الطقوس باللغة الفرنسية واللاتينية، وكنيسة الأقباط الكاثوليك تمارس شعائرها باللغة القبطية والعربية، وكنيسة الموارنة الكاثوليك تمارس فيها الشعائر باللغة العربية، وكذلك الحال في كنيسة السريان الكاثوليك.

(١) أحمد صفوت ص ٧٨ - ٨١.

الطائفة الإنجيلية أو البروتستانت:

وتعد تلك الطائفة أحدث الطوائف المسيحية نشوءاً في التاريخ، وقد انتشرت تعاليمها في الدولة العثمانية بفعل مساعي المبشرين والمبشرين الأمريكيين. وبرغم وجود طوائف بروتستانتية (إنجيلية) متعددة إلا أن المشرع قد اعتبرهم في مصر، طائفة واحدة وأسماهم "طائفة الإنجلييين الوطنيين" والتي تعرف حالياً بطائفة "الأقباط الإنجلييين".

ونلاحظ أن هذه الطائفة لا تعترف برئاسة دينية وتبيح لكل فرد أن يفسر الكتاب المقدس بنفسه ولذلك سموا بالإنجلييين.

الفرع الثاني

اليهودية

ظهور اليهودية كلمة واحدة:

اليهود هم ذرية إيزاهيم وإسحق ويعقوب عليهم السلام. وقد استوطن يعقوب وأولاده الأثني عشر مصر، ثم ظهر موسى عليه السلام، ولما بلغ أشده نزل عليه الوحي بأخراج بني إسرائيل من مصر بسبب ما يلاقونه من العذاب والهوان فأخرجهم من مصر. وفي الشهر الثالث من سنة خروجهم نزلت التوراة على موسى في جبل الطور على لوحين بالوصايا العشر. وظل اليهود في سيناء أربعين عاماً، ولما انتقل موسى إلى ربه خلفه "يهوشع بن نون" الذي قاد بني إسرائيل في حروب انتهت بدخولهم فلسطين، آل الأمر بعد ذلك إلى الشيوخ المذكورين في سفر القضاة وأولهم "عنتيل بن قناز" وآخرهم "شمونيل" النبي. وفي أيام هذا الأخير تولى ملك إسرائيل "شاؤول بن قيس" ولكن سرعان ما انتزع منه الملك وآل من بعده إلى داود ومنه إلى سليمان الحكيم الذي شيد بيت المقدس.

وبعد وفاة سليمان الحكيم انقسم ملك إسرائيل إلى مملكتين، سمي أحدهما "بملك يهوذا" والآخر "بملك إسرائيل". حتى ظهر نبوخذ نصر ملك بابل فاتى على أورشليم وخربها كما خرب بيت المقدس، وقد فعل ببني إسرائيل ما فعل من سبي وأخذ أسراه منه وكبارهم إلى بابل، واستمر حال بني إسرائيل هكذا مدة اثنتين وخمسين سنة إلى أن ظهر كورش وهو أول ملوك الفرس بعد سقوط مملكة بابل، فساعد بني إسرائيل على رجوعهم إلى فلسطين وكان في مقدمتهم "زرو بابل" وهو من ذرية داود عليه السلام فدخل بهم أورشليم وقام بعمارة بيت المقدس حتى أتمها.

بعد هذا جاء عزرا الكاهن، من نسل هارون، يصحبه عدد عظيم ممن كانوا باقين من سبي بابل فعمل على جمع شتات القوم وإصلاح ما أفسدته الأيام ثم جاء من بعده "تحمية بن حاخاليا" من بابل فسور مدينة أورشليم. ولقد أسس هذا الكاهن جمعية دينية برئاسته مؤلفة من الأنبياء والكهنة والعلماء يبلغون المائة والعشرين فقاموا بترتيب الصلوات وسائر الشعائر الدينية حسب السنة إلى عهد الشيوخ المعروفين بالقضاة عن يهوئع بن نون عن موسى الكليم. ولم يكن للأمة الإسرائيلية في ذلك العهد ملوك بل كان الأمر موكولا لتلك الجمعية وكهنة بيت المقدس، وكان الكاهن الأعظم بمثابة الرئيس العام للأمة جميعها إلى أن ظهر "انتيوخوس" ملك اليونان فأضطهد اليهود وأرغمهم على عبادة الأوثان وإبطال تقديس السبت وأوائل الشهور والختان، فقام الكاهن الأعظم متميا هو وأولاده الخمسة المعروفين في التاريخ باسم المكابيين ودافعوا عن دينهم وحاربوا لليونان فقتلوا قائد جيوشهم نيفاتور وهزموا جيشه شر هزيمة وأعادوا الدين والشعائر كما كانت وقبضوا على زمام الملك ومنهم عاد الملك ثانية إلى بني إسرائيل من نسل الخشمو نايم، فأول ملك هو أرستوبولوس ومن بعده ألكسندر ومن بعده ذريته حتى انتقل الملك اغتصابا إلى الهيرودسيين فكان آخر ملك منهم على بني إسرائيل أغريقتاس وقد حاربهم الرومانيون حربا شعواء وتغلبوا عليهم في عهد القياصرة نيرون واسفسيانوس

حتى ظهر طيطوس وحاربههم أيضاً ودمر بيت المقدس وأورشليم للمرة الثانية، وبذلك انتهى ملك بني إسرائيل.

ولقد كانت التوراة هي الكتاب المقدس الذي حكمت قواعده بني إسرائيل حتى بدأت كتابة التلمود بمعرفة الأحبار الذي يبتدئ تاريخهم من عهد عمارة بيت المقدس الثانية. هذا التلمود عبارة عن كتاب فقه شرعي وبلغ ما به من الوصايا ٦١٣ وصية، وقد عرف هؤلاء الأحبار باسم "تلاميذ" وما زالوا يؤلفون حتى تم كتاب التلمود وصار يعرف باسم "الميشنا" أي الكتاب الثاني بعد التوراة.

وبعد هؤلاء الأحبار يبتدئ عهد الأحبار المعروفين باسم "أمورائيم" أي المترجمين فقد اقتصرتهم مهمتهم على شرح الميشنا، فتم تصنيف التلمود وشرحه بحالته الحاضرة.

انقسام اليهودية إلى ملل مختلفة:

وينقسم اليهود إلى طائفتين: الربانيين والقرائين. فالربانيون وهم الأصل والأكثر عدداً يعتقدون بالتوراة وبالتلمود والقرائون لا يعتمدون التلمود كمصدر لشريعتهم.

ففي الوقت الذي كان الربانيون، أي العلماء، يؤلفون ويشرحون حتى تكون التلمود، وجد منهم علماء في كل زمان ينكرون على زملائهم المغالاة في ذلك المسلك ويعلقون الأهمية الأولى دائماً على التوراة ذاتها لا على ما يقال له سنة أو تقليد ولكنهم لم يكونوا طائفة منفصلة عن سائر اليهود.

وفي القرن الثامن بعد الميلاد تكونت هذه الطائفة، منفصلة عن الربانيين وسموا "قرائين" لاكتفانهم بالمقرأة أي التوراة التي تقرأ دون التوراة الشفوية المجموعة أحكامها في التلمود.

وبعد الخلاف بين الربانيين والقرائين شديداً لقيامه على الإيمان بالتلمود أو

إنكاره. وقد ترتب على ذلك اختلاف الأحكام القانونية التي تتبعها كل منهما في مسائل الحرام والحلال حتى وصل الأمر إلى تحريم الربانيين الزواج من القرانين. ويقع الخلاف، حسب ما يرى البعض، في اثنتين وأربعين مسألة، كثير منها تعبدية وبعضها شرعي، وبعضها خاص بحساب الشهور والأعياد وميقات التضحية في عيد الفصح وطاعة الكهنة وبما يحرم من المأكول والمشرب كطبخ الجدي بلبن أمه وبالقصاص من الجروح. فالربانيون يجيزون الدية والأرش والقرؤون يطبقون أحكام التوراة وخاصة قاعدة السن بالسن والعين بالعين.

وينقسم اليهود الربانيون إلى قسمين: إشكينايزيم وسفاراديم. فالسفاراديم هم يهود الشرق وشمال أفريقيا وأسبانيا. والأشكينايزيم هم يهود أوروبا وألمانيا، وبدأ انفصالهم في منتصف القرن السادس عشر على يد يوسف أفرايم كارو الصفدي زعيم السفاراديم، وموسى إسرائيل رامو البولندي زعيم الأشكينايزيم، وقد ألف كل منهم كتاباً في مذهبه.

ويوجد بين الطائفتين فروق خاصة بالزواج والطلاق وأخرى خاصة بالصلوات وبالذبايح وباللغة الدينية مما استوجب انفصال كنانسهم.

وأهم الفروق الشرعية تحريم تعدد الزوجات وتحريم إيقاع الطلاق ضد رغبة الزوجة لدى الأشكينايزيم وكلا الأمرين جائز لدى السفاراديم.

وفي مصر، يعد القرؤون طائفة واحدة، أما الربانيون فمنهم طائفتين: أشكينايزيم وسفاراديم، وكلاهما أيضاً يندرجان في طائفة واحدة هم الربانيون وقد كان حاخامها من السفاراديم.

المبحث الثاني

مصادر شرائع غير المسلمين

فرع تمهيدي

تحديد المقصود بشرائع غير المسلمين

تمهيد:

كانت الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تقضي بأنه "أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام - في نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم".

أما الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون إصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فتقضي بأنه: "ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥، طبقاً لشريعتهم، فيما لا يخالف النظام العام".

نلاحظ أننا عندما نبحث في مصادر شرائع غير المسلمين نبحث عنها في صدد مسائل الأحوال الشخصية دون الأحوال العينية.

وفي هذا الشأن تقضي المادة الأولى من القانون المدني المصري في فقرتها الثانية بوجود أن يلتزم القاضي بتطبيق التشريع أولاً، فإذا لم يجد نصاً في التشريع فعليه أن يطبق العرف، فإن لم يجد فيه حكماً، عليه أن يرجع بعد ذلك إلى الشريعة الإسلامية، ثم إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وهذا الترتيب في الرجوع إلى المصادر المختلفة يعد إلزامياً لكن يقتصر
إعماله على مسائل الأحوال العينية فحسب.

أما بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، فلا يتبع الترتيب المتقدم، فطبقاً
للقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:
تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل
فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأحوال من مذهب الإمام أبي
حنيفة. لذلك يعد التشريع هو المصدر الأصلي الأول لها، غير أن هناك من
مسائل الأحوال الشخصية ما لم ينظمه المشرع بتشريع موحد بالنسبة للكافة،
فيرجع في شأن هذه المسائل فقط لقواعد ديانة المتنازعين، فيعيد الدين إذا في
مسائل الأحوال الشخصية مصدراً أصلياً كذلك، غير أنه مصدر خاص.
وبعبارة أخرى فإن المصريين رغم توحيد الاختصاص القضائي في مسائل
الأحوال الشخصية، ما زالوا خاضعين في هذه المسائل لأحكام الشريعة
الإسلامية ولقواعد الديانات الأخرى. ففي تلك المسائل يأتي التشريع كمصدر
رسمي أول أو أصلي في المسائل التي نظمها المشرع للجميع بقواعد موحدة
(كالميراث والوصية والوقف والأهلية والولاية على المال) ثم يأتي بعد ذلك
الدين كمصدر رسمي في مسائل الأحوال الشخصية التي لم تتوحد قواعدها
بالنسبة للجميع.

الجدل حول ما يعد "شريعة" عند غير المسلمين:

أشرنا إلى أن المحاكم تقضي في منازعات الأحوال الشخصية لغير
المسلمين وفقاً لشريعتهم. ولقد أثارت كلمة "شريعتهم" التي كانت وأردت في
المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ خلافاً كبيراً بين المحاكم
المصرية حول تحديد المقصود من هذه الكلمة وذلك غداة انتقال الاختصاص
القضائي في الفصل في منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين إليها بعد
إلغاء المجالس المليية. وقد بدأ هذا الخلاف واضحاً عندما تعرضت المحاكم

لمسألة أسباب التطلاق في الشريعة المسيحية، ذلك أن ما ورد في الإنجيل من أحكام لا يبيح التطلاق إلا لعدة الزنا، بينما تسمح بعض القواعد التي طبقتها المجالس المليية بالتطلاق لغير هذا السبب معتمدة على مصادر أخرى غير الإنجيل، هنا انقسمت المحاكم إلى اتجاهين على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: لا يعد شريعة عند غير المسلمين سوى ما جاء به الكتاب المقدس من أحكام:

ولعل حكم محكمة قنا الابتدائية للأحوال الشخصية والصادر في ٢١ فبراير ١٩٥٦^(١) هو أول الأحكام التي عبرت عن هذا الاتجاه.

فقد قضى هذا الحكم بأنه:

"حيث أن أحكام الشريعة المسيحية مدونة في الإنجيل، وقد أشار في مواضع متعددة إلى رابطة الزوجية فوصفها بأنها رابطة مقدسة، وهي سر من أسرار الكنيسة السبعة، وحرّم على بني الإنسان التعرض لها أو حل عقدها، لأن ما جمعه الله لا يفركه إنسان، فقد ورد على لسان السيد المسيح وقيل من طلق امرأته لعدة الزنا يجعلها تزني. ومن يتزوج بمطلقة فإنه يزني"... كما ورد في رسالة بولس الرسول الأولى إلى أهل كورنثوس "أما المتزوجون فأوصيهم لا أنا بل الرب أن لا تفارق المرأة زوجها، وإن فارقته فلتلبث غير متزوجة أو لتصالح زوجها، ولا يترك الرجل امرأته".

وحيث أنه من العجب، بل البالغ في العجب، أن بعض القوامين على الدين من رجال الكنيسة وأعضاء المجلس الملي العام، قد سايروا التطور الزمني، فاستجابوا لرغبات ضعيفي الإيمان، فأباحوا الطلاق لأسباب أخرى لا سند لها من الإنجيل، وإنما استمدت من أحكام القانون الروماني وقت أن اعتنقت الدولة الرومانية الديانة المسيحية، فأبقت على بعض شرائعها، وكذلك نقلت عن

(١) المحاماه السنة ٣٧، رقم ١١٠، ص ١٩٩.

قوانين الحكومة الفرنسية بوصفها حكومة مدنية وزواجها مدني، فطبقها المحاكم المليية الملغاة ربحاً من الزمن، متناسية أن أحكام الإنجيل تحرم الطلاق فيها، وهي أحكام منزلة وضعت لمختلف الأجيال فلا يصيبها البلى ولا التقدم، حتى يسوغ القول بأن تطبيقها يجافي مدنية هذا العصر.

وحيث أن المجمع المقدس والمجلس الملي العام وضعاً مشروعاً لقاتون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس، أفرد فيه الفصل الأول من الباب الثاني منه لأسباب الطلاق وعددها في المواد من ٤٨ إلى ٥٣...

وحيث أنه لا مساع للجدل في أن ما ذهب إليه هذا المشروع من آراء ومبررات، فيما خلا النص على إجازة الطلاق لعة الزنا، لا يمت بصلة إلى أحكام الإنجيل، وهي سند الأقباط الوحيد في تنظيم أحكام رابطة الزوجية المقدسة. وقد أنصفت الحكومة بعدم تصديقها على هذا المشروع والنص في قاتون إلغاء المحاكم المليية على أن الفصل في منازعات المصريين غير المسلمين يكون طبقاً لشريعتهم، وحكم الشريعة المسيحية قاطع من أن التطبيق غير جائز إلا لعة الزنا، ورتب على زواج أحد المطلقين بأنه زواج مدني، بل هو الزنا بعينه.

وحيث أنه متى كان كذلك، فإن المحكمة لا تستطيع، وقد أنيط بها تطبيق أحكام الشريعة المسيحية، مسايرة المدعية فيما تطلبه من طلاق تستند فيه إلى الإعسار، وهو سبب لا يمت إلى علة الزنا بصلة من أي نوع كانت، فضلاً عن أن الإعسار أمر طارئ قد يزول في أي وقت بزوال سببه. أما رابطة الزوجية فإنها إذا انفصمت يستحيل عقدها ولا يمكن أن يعلق حلها على ظرف طارئ...".

مكتبة القديس كيرلس
القسطنطينية
القسطنطينية
القسطنطينية

الاتجاه الثاني: بعد شريعة عند غير المسلمين ما اشتمل عليه الكتاب المقدس وغيره من المصادر:

ذهبت أحكام أخرى أن اصطلاح شريعتهم الواردة في المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ كما يشمل الكتاب المقدس يشمل أيضاً مصادر أخرى.

فقضى بأن "ما ذهب إليه الحكم المستأنف من القول بأن الطوائف الأرثوذكسية لا تجيز الطلاق إلا للزنا غير سديد، إذ أن الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملوية جعلت من شريعة غير المسلمين المتحدين طائفة وملة مصدراً للقواعد التي تحكم أحوالهم الشخصية. وذلك حين نصت على أنه يحكم في منازعات الأحوال الشخصية الخاصة بهم طبقاً لشريعتهم، ومصادر الشريعة المسيحية هو كتابها الديني، وإلى جانب ذلك الكتاب مصادر أخرى للشريعة تأخذ منه وتستند إليه وتدور في فلكه. وجميعها تقوم على التقاليد التي جرت عليها الجماعات الدينية فرغ إجماعها إلى مرتبة الإلزام لدى الطوائف المسيحية وإلى اجتهاد القائمين على شئون الدين، وظل القانون الكنسي بالنسبة للأقباط الأرثوذكسيين وقرارات المجامع الخاصة بهم وما جرى به التكليف في أوساطهم قواعد متفرقة إلى سنة ١٢٣٧ ميلادية حيث أصدر البطريرك كيرلس الثالث المعروف بابن لقلق مجموعة القانون الكنسي المعروفة باسمه حتى اليوم وأذاعها على رجال الدين ليعملوا بنصوصها، وقد أعدها له صفي الدين بن العسال الفقيه القبطي الذي كان معاصراً له، وظلت تلك المجموعة هي المعتمدة لدى الطائفة في مسائل الأحوال الشخصية حتى ألف في سنة ١٨٩٦ القمص فلوتاؤس جرجس عوض وكيل البطريركية كتابه في مسائل الأحوال الشخصية واعتمد فيه كما يقول في مقدمته على قوانين ابن لقلق وكتاب بن العسال. ثم حدث بعد ذلك في سنة ١٩٣٨ أن رتب المجلس الملي العام للأقباط

الأرثوذكسيين مسائل الأحوال الشخصية على نسق القوانين وظل يعمل به أمام المجالس المليية حتى ألغيت وبعد صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذي ألغى المجالس المليية وضع المجلس الملي العام قانوناً للأحوال الشخصية تمت الموافقة عليه من المجمع المقدس في أوائل يناير سنة ١٩٥٦. وكل هذه القرارات التي جرى العمل بها والمعتمدة لدى الطائفة منذ صدورها تأخذ بمبدأ التحديد القانوني لأسباب الطلاق ولأمور بعينها ليست منها الفرقة الطويلة^(١).

وقد سارت على هذا الاتجاه غالبية أحكام المحاكم.

وفي مجال المفاضلة والمقارنة بين الاتجاهين السابقين يجب إبراز الملاحظات الآتية:

أولاً: علينا أن نبرز أولاً الهدف أو الأهداف التي سعى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ إلى تحقيقها. وفي هذا الصدد يلاحظ أن المشرع قد قصد بإصدار هذا القانون أن يوحد جهات القضاء التي تتولى الفصل في منازعات الأحوال الشخصية، فقام بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس المليية وأناط باختصاصها إلى القضاء المدني العادي. فالمقصود إذاً هو إلغاء تعدد جهات القضاء.

ولكن هل قصد المشرع من هذا القانون أن يحدد القواعد القانونية الواجب على المحاكم أن تلتزم بها في منازعات الأحوال الشخصية؟ لا نعتقد ذلك. فالمشرع لم يرد - على وجه الإطلاق - أن يغير الموقف بالنسبة للأحكام الموضوعية التي يتعين على المحاكم تطبيقها، بل قصد أن يترك الأمر في هذا الشأن لما كان عليه الحال قبل هذا الإلغاء وذلك "حتى لا يكون هناك إخلال بحق أي فريق من المصريين، مسلمين أو غير مسلمين، في تطبيق شريعة كل منهم"^(٢).

(١) إستئناف القاهرة في ١٩٥٦/١٢/٢٦ في أحمد رفعت خفاجي ورابع لطفى جمعه - قضاء الأحوال الشخصية - ١٩٦٠، ص ١٩٦.
(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥. ومما يؤكد موقف المشرع

وبناء على ذلك، يجب الرجوع في شأن تحديد ما يعد شريعة عند غير المسلمين إلى ما كان يجري عليه العمل في المجالس المليية قبل إلغائها في هذا الخصوص، هذه المجالس لم تحصر هذه الشريعة في الكتاب المقدس وحده وإنما في مصادر أخرى.

ولذلك ليس صحيحاً ما يذهب إليه الاتجاه الأول من أن المشرع إذ نص على أن يفصل في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، وفقاً لشريعتهم، إنما يكون قد قصد بذلك تطبيق الأحكام الواردة في شريعتهم الدينية أي التي تضمنتها كتبهم السماوية فقط، وعدم التعويل على ما جرى عليه العمل أمام المجالس المليية.

ثانياً: وعلمنا أيضاً أن نبرز المفهوم الصحيح لكلمة "شريعتهم" الواردة في نص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

فعندما يطلق لفظ الشريعة، لا يجوز أن ينصرف فحسب إلى القواعد التي تضمنتها الكتب السماوية المنزلة، وإنما تشمل الشريعة بجانب ذلك مصادر أخرى. وهذا ما يفهم - ولا يمكن أن يجادل فيه - بالنسبة للشريعة الإسلامية حيث لا تقتصر مصادرنا على القرآن الكريم من لدن العزيز الحكيم، وإنما تشمل أيضاً السنة للنبوية والإجماع وغير ذلك من المصادر. وهذا المفهوم لكلمة الشريعة يجب أن يسود أيضاً بالنسبة للشرائع الأخرى. "قالى جانب الكتب السماوية وسنة الرسل المسقّمة من أقوالهم وأفعالهم، ينظر كذلك إلى ما أجمع عليه أبناء الديانة، وما جرت به تقاليدهم، وما قال به فقهاءهم والقائمون وعلى الأمر فيهم، وهذا ما ينصرف إليه اللفظ (شريعة) بصفة عامة^(١)."

الواضح في هذا الشأن ما ورد في هذه المذكرة الإيضاحية من أن القواعد الموضوعية التي كانت تطبقها لكثرية المجالس المليية فيما يطرح عليها من الأفضية كانت غير مدونة، ولم يكن من اليسير أن يهتدى إليها عامة المتقاضين، بل كانت مبعثرة في مظالمها بين متون الكتب السماوية وشروح وتاويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت.

ثالثاً: كما يجب ملاحظة أن الكتب المقدسة عموماً - ومنها التوراة والإنجيل - لم تتعرض لموضوعات العبادات والمعاملات بالأحكام التفصيلية، وإنما أنت بقواعد - أكثرها - مجملة غير مفصلة، وكان الإنجيل أكثرها قلة وإجمالاً في هذا الشأن، حتى لا نجد في شأن الطلاق سوى عبارة واحدة يمكن أن تحمل على أكثر من معنى. فإذا اقتصر القاضي في فصله في منازعات الأحوال الشخصية على ما ورد في الإنجيل لوجد نفسه عاجزاً عن هذا الفصل، وكان لابد من الرجوع إلى شروح وتفسيرات وتأويلات رجال الدين حتى يصل إلى مبتغاه.

رابعاً: أنه لا يجوز القول بأن الأحكام التي جرت عليها الطوائف المختلفة والتي تخالف ما ورد في الكتب السماوية ليست في أصلها من أحكام الشرائع الدينية، وإنما استمدت من القانون الروماني، وعلى ذلك لا ينطبق عليها وصف أحكام الشريعة الدينية.

مثل هذا القول لا يمكن قبوله، حيث أن ما جرى عليه العمل إذا ما توافر فيه عنصر الاضطراد وعدم الاضطراب إنما يعد عرفاً، والعرف مصدر من مصادر القاعدة القانونية.

خامساً: أما الملاحظة الأخيرة فنقول بصدها إن "الشريعة المسيحية شيء والدين المسيحي شيء آخر، فإذا كان الدين هو الشريعة بالمعنى العام أي يتناول كل ما شرعه الله، سواء في ذلك ما تعلق بالمعتقدات وبالوجدانيات وما تعلق بالأعمال، فالشريعة بالمعنى الخاص هي على حد تعبير الفقهاء الإسلاميين عبارة عن الأحكام المتعلقة بكيفية الأعمال فقط، وهي موضوع علم الفقه بالذات"^(١). ولذلك فإن الإنجيل يشتمل على أحكام الدين المسيحي، أما الشريعة المسيحية فتشمل كل ما ورد في الإنجيل وما استنبطه وقرره علماء الدين، وما سار عليه العمل.

وبناء على هذه الملاحظات، فإنه لا يجوز أن يقصر اصطلاح "شريعته" على ما جاء بالإتجيل من أحكام، وإنما يشمل هذا الاصطلاح بجانب الكتب السماوية، العرف والفقہ وأحكام القضاء، وعلى القاضي أن يرجع - عند فصله في منازعة أحوال شخصية لغير المسلمين - إلى الكتاب السماوي الذي يعتقد فيه أطراف النزاع وإلى أحكام المصادر الأخرى المشار إليها بعد تحديدها بحسب ملة وطائفة المتنازعين.

ولقد كان موقف محكمة النقض المصرية واضحا كل الوضوح، فلقد طبقت الشرائع الطائفية بمدلولها الواسع على كل الطعون التي رفعت إليها.

ومع ذلك فإن الموقف الحالي للكنيسة القبطية الأرثوذكسية يخالف ما تقدم منذ اعتلاء البابا شنودة للكرسي البابوي عام ١٩٧١ حيث تمسكت الكنيسة منذ ذلك التاريخ بما ورد في الإتجيل باعتباره هو دستور المسيحيين في المسائل العقائدية ورفضت العديد من الأحكام الواردة في لائحة الأقباط الأرثوذكس والخاصة بأسباب التطبيق لمخالفتها لما ورد بالإتجيل، ومعنى ذلك هو اتجاه الكنيسة حاليا إلى التمسك بالكتاب المقدس وطرح ما يخالفه من أحكام حتى ولو كان قد سبق وضعها بمعرفة رجال الدين المسيحي.

الفرع الأول

الدين

المطلب الأول

الدين لدى الطوائف الإسرائيلية

تمهيد:

تعد التوراة بالنسبة لليهود هي الأصل والأساس، فمن ديانتهم فهي الكتاب المنزل على موسى الكليم، ولكن هناك أيضا التلمود فهو بمثابة الكتاب الثاني

للإهود الربانيين بخلاف القرانيين الذين لا يحتكمون إلا للتوراة فحسب.

أولاً: التوراة:

تتكون التوراة من خمسة كتب أو أسفار:

١- سفر التكوين: ويضم خمسين أصحاحاً ويتكلم عن خلق الكون.

٢- سفر الخروج: ويضم أربعين أصحاحاً ويشمل ابتداء من الفصل العشرين أحكاماً خاصة بالعقيدة وأحكاماً مدنية أنزلها الله لبني إسرائيل ليتبعوها في العتق، والزواج، والقتل العمد، والقتل الخطأ، والخطف، والضرب، والإجهاض، وإحداث العاهة المستديمة، والإهمال الذي يترتب عليه ضرر، والسرقه، والحريق، والوديعه، والعارية، والإغراء، والسحر، والوصاية على الأيتام، والإقراض، والربا، والرهن، وسب الدين ونصائح أخرى أخلاقية.

٣- سفر اللاويين أو الأحبار: ويضم سبعة وعشرين أصحاحاً ويتكلم عن طريقة العبادة بتقديم القرابين وبيان الخطايا والمعاصي والتكفير عنها، وما يؤكل من الحيوانات والطيور، والمدة التي تظهر بعدها الوالدة، وبعض آداب الزواج، وموانعه، وتحريم الزنا، ومضاجعة المخطوبة. كما احتوى هذا السفر على قاعدة عامة في القصاص.

٤- سفر العدد: ويضم ستة وثلاثين أصحاحاً. وهو يعدد أسباط بني إسرائيل وطريقة التكفير عن الخطايا. ويتضمن شريعة الغيرة، إذا زاغت المرأة عن بلعها وتنجست، كما يبين تنقلات بني إسرائيل في سيناء، ونظام الميراث، وسلطة الزوج على زوجته، والأب على ابنته.

٥- سفر التثنية (أو تثنية الاشتراع): ويضم أربعة وثلاثين أصحاحاً ويتضمن كلام النبي موسى لبني إسرائيل عبر الأردن بما أمره الرب به،

والوصايا العشر المشهورة، وبعض أحكام الطلاق.

وقد جمعت هذه الأسفار على مراحل من القرن التاسع إلى القرن الخامس قبل الميلاد، منذ انقسام اليهود إلى مملكتين بعد وفاة سليمان، مملكة إسرائيل في الشمال ومملكة يهوذا في الجنوب. وقد تميز هذا العهد بالصراع الذي نشب بين كهنة المعبد وجماعة الأنبياء، وانتهى الصراع بتدوين بعض الأحكام الشرعية، التي لا يعرف من قام بتدوينها على وجه الدقة.

وتلحق بالتوراة مجموعة من الأسفار تضم نوعين من المؤلفات: "النبيم" و"الكتوبيم".

و"النبيم" هي مؤلفات الأنبياء، وتقسم إلى نوعين: نوع يحكم فترات من تاريخ بني إسرائيل ويشتمل على أسفار يشوع، وسفر القضاة، وأسفار الملوك من الأول إلى الرابع. ونوع آخر يشتمل على مختصر من حياة الأنبياء وتنبؤاتهم كأسفار أشعيا ورميا، وحزقيال ثم الأنبياء الصغار الإثني عشر.

أما "الكتوبيم" فهي المؤلفات الأخرى مثل الأناشيد وحكم سليمان.

ثانياً: التلمود^(١):

الملاحظ أن الكاهن عزرا هو الذي ثبت أسفار التوراة الخمسة الأولى خلال القرن الخامس قبل الميلاد، والذي غلب فيه سيطرة رجال الدين الذين تولوا تعليم التوراة كما جمعها عزرا. ويطلق على هؤلاء أسم "سوفريم" أي المعلمين أو الكتاب. وسلخوا في شرحهم للتوراه مسلك الشرح على المتون فسميت شروحهم بإسم "المرداشيم" أي الدروس. ولما تضخمت شروح وتعليقات هؤلاء وظهرت الحاجة إلى شروح مختصرة يكتفى فيها ببيان القاعدة الشرعية، ظهر ما يسمى "بالهلكة" أي القواعد أو خط السير الواجب الاتباع، ولما تضخمت "الهلكوت" أعاد علماء الدين - الذين سموا بـ "الثنائيم" أي المعلمين - النظر فيها، فبدأ أحدهم في تصنيف الهلكوت بطريقة جديدة تعتمد

على التفسير المرن وبجانب "الهلكة" أى نص القاعدة، ظهر ما يسمى بـ
"الهجدة" أى تفسير المجتهد. هذا وقد ازدادت الهجدة مع الزمن اتساعاً
وامتلاكاً بالمناقشات والخلافات الفقهية.

وبعد أن تشنت اليهود - خاصة بعد هدم تيتوس للمعبد للمرة الثانية
عام ٧٠ ميلادية - فى الأرض، خشى رجال الدين على وحدة العقيدة من
جاء هذا التشنت، خاصة وأن الأعراف تختلف من مكان إلى آخر ويخشى
تأثيرها فى العقيدة والتعاليم. فقام أحد علمائهم بتدوين هذه التوراه السفوية
بمعونة الأخبار "الثنائيم" فى كتاب يسمى "المشفا" أى المثنى أو الشريعة الثانية.

ولقد كانت المشنا موجزة لا تكفى لسد حاجات الحياة المتزايدة، ولذلك
قامت مدرستان من علماء الدين يسمون بـ "الأمورائيم" أى المفسرون، إحداهما
فى بابل والأخرى فى طبرية، تعمل كل واحدة منهما فى التفسير والشرح حتى
وضعوا مجموعة الأحكام التى سميت "جمرة" أى التكملة. وتعرف المشنا
والجمرة بالتلمود ذى المعرفة. ولما كان هناك جمرتان، واحدة فى بابل
والأخرى فى فلسطين، فقد ترتب على ذلك نشأة تلمودين، أحدهما تلمود بابل
والآخر تلمود أورشليم. وتم تحريرهما حوالى عام ٥٠٠ ميلادية تقريباً. وتضم
المشنا ستة أجزاء.

ويلاحظ أن التلمود قد أحتوى على جانب كبير من التعليقات والشروح
وترك الجانب الآخر دون أن يولج فيه. وهذا الجزء المتروك جمع فيما يسمى
بـ "المدرائيم" أى بالدراسات، التى تتابع تصنيفها حتى القرن الحادى عشر.

ولما كانت نصوص التلمود ليست كلها نصوصاً تشريعية بل أن الكثير
منها كان عبارة عن مجرد شروح وتعليقات، لذلك حرص علماء اليهود على
التفرقة بين ما يعد "هلكة" أى قاعدة وبين ما يعد "هجدة" أى أضافة وشرح
وتعليق. هذا الحرص دفع علماء الدين اليهود إلى وضع بعض التقنينات
المعتمدة. منها كتاب "بن هاعيزر" أى صخرة النجاة لمؤلفه "اليعازر بن ناتان"

(١٠٨٠ - ١١٦٥). وكتاب "المشنا تورة" أى المشنا والتوراة لمؤلفه موسى بن ميمون (١١٥٣ - ١٢٠٤) ويطلق عليه أيضاً "يد حزقة" أى اليد القوية، وكتاب "أربعة طوريم" أى الصفوف الأربعة لمؤلفه يعقوب بن أشر (١٢٦٩ - ١٣٤٣)، وكتاب "مولحان عاروخ" أى المائدة المصنوفة لواقعته يوسف كارو (١٤٨٨ - ١٥٧٥) ثم تجمد اجتهاد علماء الدين اليهود عند هذا الحد.

المطلب الثانى

الدين لدى الطوائف المسيحية

تمهيد:

أشرنا من قبل إلى أن المسيحية لم تأت ناسخة إجمالاً وتفصيلاً للشرعية السابقة وهى اليهودية، وإنما جاء السيد المسيح عليه السلام ليكمل لا لينقض ما سبقه: "لا تظنوا أنى جنت لأنقض الناموس أو الأنبياء، ما جنت لأنقض بل لأكمل"، ولذلك تعد التوراة جزءاً لا يتجزأ من الكتاب المقدس لدى المسيحيين الذى يشتمل على التوراة والأنجيل أو العهد القديم والعهد الجديد.

وإذا كان العهد القديم - التوراة - قد تضمن تنظيمًا للروحيات والمعاملات، فإن العهد الجديد - الأنجيل - لا يكاد يعنى إلا بالروحيات، فلا تعثر فيه - من قواعد تشريعية خاصة بأمر الدنيا - إلا فى مسألتين خصهما بالذكر هما الزواج والطلاق لما لهما من أهمية بالغة فى نظام الأسرة وكيان المجتمع، ولقد أشرنا إلى أن السبب فى ذلك هو نشأة الدين المسيحى فى وسط تم فيه تنظيم أمور الدنيا إما بالشرعية الموسوية وإما بالقانون الرومانى.

تعد التوراة إذن من مصادر الشريعة المسيحية على اعتبار أن المهدين القديم والجديد مرتبطان وأن أولهما رمز وتوطئه للثانى، ومع ذلك فلقد ذهب علماء اللاهوت فى المسيحية إلى القول بأنه ليس كل ما فى العهد القديم يصح

الاستدلال به بالنسبة للمسيحيين لأنه منه ما قد نسخ وسقط بالعهد الجديد، ومنه ما كان خاصاً بالشعب اليهودي فلا يتعداه إلى غيره.

غير أن الأنجيل - باعتبار أنه الكتاب الذي أوحى به إلى عيسى عليه السلام - وإن كان هو الكتاب المقدس الأصلي والأول لدى المسيحيين، إلا أنه يضم إليه ما يعرف بالرسائل التي وضعها الرسل.

ولما كنا قد عرضنا للتوراه في صدد الكلام عن الدين لدى الطوائف الإسرائيلية، فلن نعرض هنا إلا للعهد الجديد أي الإنجيل ورسائل الرسل الملحقة به والتي تعتبر بمثابة السنة عند المسيحيين.

الأنجيل: أو العهد الجديد:

يؤمن المسيحيون بأنه بعد أن صلب السيد المسيح في عهد الروالي الروماني "ببلاطس" في عام ٣١٨ للإسكندر المقدوني وبعد أن دفن في قبره قام من القبر بعد ثلاثة أيام وفي عشية يوم قيامته اجتمع برسله وقال لهم "قبلوا الروح القدس" فامتلاً الرسل من الروح القدس وألهموا كتابة الأنجيل بوحي من هذه الروح.

وقد تولى نشر الدين بعد وفاة المسيح صحابته المبشرون المسمون بالرسل والبالغ عددهم اثنا عشر. واتضم بولس مؤخراً إلى رسل المسيح، فقام بالعبء الأكبر في تأسيس المسيحية مبشراً بالدين الجديد، مؤسساً للجمعيات (الكنائس) ولقد تركت شخصيته طابعها على كل من اتصل به، فعظم إجتزام الناس له واحتفظوا بما حرره من رسائل، وقد كتب ١٤ رسالة من رسائل العهد الجديد. وعندما تبين لبولس أثر رسائله ومدى مفعولها على المؤمنين والنوثيين، توسع في إستخدامها كوسيلة ناجحة لنشر العقيدة. ولقد كان بولس رجل فكر وعمل دون ملاحظاته في شكل رسائل، ولما نجح منهجه هذا في التبشير، سايره في مسلكه هذا مبشرون آخرون من تلاميذ السيد المسيح مثل بطرس ويوحنا ويعقوب.

وعندما اتسع نطاق التنظيم وزاد عدد المبشرين وساهم فى المهمة أشخاص لم يعاصروا السيد المسيح، قام أصحابه بتدوين فقرات عما شاهدوه أثناء حياة السيد المسيح وسلموها لهؤلاء المبشرين للإستعانة بها فى التبشير. وتم إختيار أربعة من تلاميذ السيد المسيح للمهمة التدوين وهم: يوحنا بن زبدي ومتى العشار ولوقا ومرقس.

فقد وضع مرقس أول أنجيل قبل عام ٧٠ ميلادية (وقيل أنه كتبه باللاتينية) وتلاه أنجيل متى (وقد وضعه باللغة السريانية والكلدانية) وأنجيل لوقا (وكتبه باللغة اليونانية) ثم دون يوحنا إنجيله فى أواخر القرن الأول الميلادى.

والأنجيل كلمة تستق من اليونانية Angelikos وتعنى البشرى الطيبة بمقدم المسيح المنتظر.

ويحتوى الأنجيل أو العهد الجديد على أربعة أناجيل ورسائل القديسين بولس ويعقوب وبطرس ويوحنا ويهوذا، بجانب أعمال الرسل ورؤيا القديس يوحنا. وذلك على النحو الآتى:

- ١- أنجيل متى: ويضم ثمانية وعشرين اصحاحاً وقد وردت فيه موعظة المسيح على الجبل وهى بمثابة دستور المسيحية فى المعاملات.
- ٢- أنجيل مرقس: ويضم ستة عشر اصحاحاً.
- ٣- أنجيل لوقا: ويضم أربعة وعشرين اصحاحاً.
- ٤- أنجيل يوحنا: ويضم واحد وعشرين اصحاحاً.
- ٥- أعمال الرسل: ويضم ثمانية وعشرين اصحاحاً، وقد كتبها القديس لوقا وتحدث فيها عما وقع للكنيسة من أول تأسيسها إلى نحو ثلاثين سنة لصعود المسيح. كما تحدث عن حلول الروح القدس على الرسل.

٦- وسائل القديس بولس: وهى أربعة عشر رسالة ومن أهم ما تحدث عنه فيها هو استبدال شريعة المسيح لشريعة موسى.

وغيرها من الرسائل..

الكتابات المنسوبة إلى الرسل:

رأينا أن الأنجيل - وأعمال الرسل - لم يتضمنا من الأحكام الشرعية سوى النذر اليسير، لذلك سرعان ما ظهرت فى المجتمع المسيحى الأول كتابات نسبت إلى الرسل وتضمنت تنظيمًا أوفى لشنون المسيحيين، ولذلك أمكن اعتبارها المصدر الأول للفقہ المسيحى بعد الكتاب المقدس، أو هى بمثابة السنة لدى المسيحيين.

فجانب أعمال تلاميذ السيد المسيح التى يتضمنها العهد الجديد، وجد بعض التابعين (الآباء الرسولين) الذين عاشوا معاصرين للرسل أنفسهم وتلقوا عنهم تعاليم الدين، وهم خمسة: برنابا وأقليمنطس الرومانى وإيناسوس وبوليكارب وهيرماس وأضيف إليهم فيما بعد إثنان آخران هما بايياس وديونيبيوس، وضعوا بعض المؤلفات الوثيقة الصلة بالكتاب المقدس على الأخص أعمال الرسل، دونوها باللغة اليونانية وغلبوا عليها الطابع العملى وألبسوها شكل الرسائل.

فعقب صعود السيد المسيح اجتمع الرسل فى علية صهيون، وقبل تفرقهم للتبشير بالدين الجديد وضعوا مجموعة من القوانين أعطوها لإقليمنطس وكلفوه بنشرها على كافة الأتباع.

على أن هناك بعض الكتب المنسوبة إلى الرسل تعد هى أصل الفقہ المسيحى وقد حصرها البعض فى كتب خمسة هى:

١- كتاب "فقہ الرسل الاثنى عشر" ويطلق عليه باليونانية "الديداخا"، وقد وضع هذا الكتاب فى القرن الثانى.

٢- كتاب "تعاليم الرسل المعروف بإسم "الدسقلية" ويرجع تاريخ وضعه إلى القرن الثالث.

٣- كتاب "المرسوم الكنسى المصرى" ويرجع تاريخ وضعه إلى ٢١٨، وهناك رواية أخرى لهذا الكتاب تعرف بإسم "سنة الرسل" وهى منسوبة إلى لهيبوليطوس.

٤- كتاب "القواعد الكنسية" وهو يحتوى على ثلاثين قاعدة شرعية ويرجع تاريخه إلى القرن الثالث أو الرابع وقد وضع فى مصر باللغة اليونانية.

٥- كتاب "القواعد الشرعية اللاحقة للصعود" ويتضمن نحو ٢٧ قاعدة شرعية، ويرجع تاريخه إلى القرن الثالث أو الرابع.

هذا - وبعد وضع هذه الكتب - عنى المسيحيون بتجميعها فى مؤلفات جامعة هى:

١- كتاب "المراسيم الرسولية" ويرجع تاريخه إلى سنة ٤٠٠. وقد تضمن الفصل الأخير منه القواعد الشرعية المنسوبة إلى الرسل، وبلغ عددها ١٢٧ قاعدة - عند الأقباط - و ٨٥ عند النسطورية، أما الفقه المسيحى الغربى فلم يعتمد منها سوى الخمسين قاعدة الأولى.

٢- كتاب "المجموعة الثامنة لأقليمطس" ويحتوى هذا الكتاب على مختلف الكتابات المنسوبة إلى الرسل.

وقد اعتبرت هذه الكتب مصدراً للشرعية المسيحية فى عصرها الأول، أو بعبارة أخرى اعتبرت هى المصدر الثانى من مصادر الفقه المسيحى الشرقى بعد الكتاب المقدس حيث نظر إليها على أنها "سنة" المسيحيين الأول.

الفرع الثاني

العرف

تجديد مضمون العرف:

يعد العرف مصدرًا من مصادر الشريعة المسيحية واليهودية. غير أن مضمون العرف في شرائع غير المسلمين - وبخاصة الشريعة المسيحية - يتضمن عناصر تجعل مضمون العرف مضمونا وإسعا. فلا شك أن الكنيسة تتمتع بالسلطة على اتباعها في أمورهم الدينية. وأحوالهم الشخصية ذات الصلة بالعقيدة. وما يصدر عن هذه الكنيسة يعد بمثابة قاعدة واجبة الإتياع. وميسلك رجال الكنيسة في وضع مثل تلك القواعد تتعدد مظاهره. فقد يجتمع رجال الكنيسة في مجمع مقدس يصدرون بعده عدة تعليمات وقوانين يلتزم الإتياع بإحترامها وتلك هي قرارات المجمع التي تعد بمثابة إجماع في الفقه المسيحي، وهناك أيضا آراء أباء الكنيسة وكتابها القدماى، وهناك أيضا المجموعات الشرعية التي حرصت بعض الكنائس على إتياعها، كما أن قواعد القانون الروماني قد طبقت بل وقد استقيت منها بعض الأحكام التي سادت في وقت من الأوقات واعتبرت بمثابة قواعد عرفية مستقرة في رحاب القواعد الكنسية. كل هذه المظاهر تتجمع وتكون ما يسمى بالعرف المسيحي أو التقاليد المسيحية.

أما في الشريعة اليهودية. فقد رأينا أن رجال الدين لليهود قد حرصوا على تجميع ما يسمى بالتلمود وقاموا بشرحه باعتباره المعنصر الثاني للشريعة اليهودية، حيث استقرت أصول هذه الشريعة في التوراة والتلمود، أما الأعراف فلا شك في اعتبارها من مصادر الشريعة ولكنها اتخذت لدى اليهود شكل وصورة التجمعات التي اتبعها بعض طوائف اليهود، هذه التجمعات يمكن اعتبارها بمثابة الأعراف أو التقاليد في الشريعة اليهودية.

هذا وقد سبق لنا أن عرضنا لبعض مؤلفات أحبار اليهود فى القرون الوسطى التى اتخذت شكل التقنينات التى تعد أيضا بمثابة الأعراف التى إلتزم بها اليهود فى هذه العصور، ونذكر الآن من ضمن المجموعات التى وضعت حديثًا، مجموعة مسعود حاي بن شمعون الذى تولى وضع موجز للقواعد الشرعية لطائفة الربانيين أسماها "كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للإسرائيليين".

أما بالنسبة للقرانيين، فلقد كانت من مؤلفاتهم المعتمدة كتاب "شعار الخضر فى الأحكام الشرعية للقرانيين" لوضعه "إلياهو بشياصى" من علماء اليهود فى القرن الخامس عشر.

وعلى ذلك نكتفى بهذه الإشارة للعرف فى الشريعة اليهودية، مفصلين القول فى الشريعة المسيحية على النحو الآتى:

قرارات المجامع الكنسية:

عندما يطلق لفظ المجمع، فإنه يراد به عند علماء اللاهوت اجتماع الرؤساء الدينيين الذين لهم حق سياسة الكنيسة للنظر فى أمر من أمورها. ولقد استن هذا الاجتماع الرسل الأول حينما اجتمعوا فى أورشليم لبحث شروط الدخول فى المسيحية. هذه المجامع تتعقد أصلاً لبحث نظم الكنيسة الخاصة بها وبأتباعها، ولكن قد يكون الغرض منها أيضاً النظر فى مسألة عقائدية، وقد ينتهى الأمر بها إلى محاكمة من صدر منه ما ينافى الإيمان من رجال الدين أو لبعض ما يقوم بينهم من منازعات.

والمجامع على نوعين: نوع أول ويسمى بالمجامع العامة أو المسكونية حيث يجتمع فيها أساقفة من بلدان مختلفة، وثان يسمى بالمجامع الخاصة أو المكاتية ويجتمع فيها رجال الدين من إقليم معين برئاسة أسقفهم لبحث أمور الكنيسة فى هذا الإقليم.

ونعرض فيما يلي لأهم هذه المجامع والقرارات التي صدرت عنها
ومن موضوع هذا الكتاب.

مجمع نيقية: انعقد هذا المجمع بدعوة من الإمبراطور قسطنطين في
مايو سنة ٢٢٥ ميلادية، وقد وضع هذا المجمع مجموعتين من القوانين:
الأولى وتتضمن قوانين خاصة بسياسة الكنيسة وأهمها قانون الإيمان، والثانية
تتضمن تنظيماً لسياسة الملوك وضعت في أربعة كتب.

مجمع القسطنطينية: وهو المجمع المسكوني الثاني وقد اجتمع في
عاصمة الإمبراطورية الرومانية الشرقية في مايو سنة ٢٨١ ميلادية. وقد
انعقد هذا المجمع للنظر في بعض البدع التي ظهرت بين رجال الدين، الأمر
الذي قرر معه المجمع حرمان حوالي عشرين شخصاً، كما أصدر قوانين
خاصة بسياسة الكنيسة.

مجمع أفسس الأول: وهو المجمع المسكوني الثالث وانهقد في مدينة
أفسس في يونيو ٤٣١ وقد انعقد هذا المجمع للفصل في مسألة القس
ميلاجيوس والقس الاسكندري نسطور بطريرك الإسكندرية قسراً حرمانهما
ونفى الأخير إلى صعيد مصر، كما أصدر هذا المجمع ثمانية قوانين خاصة
بشئون الكنيسة منها ثلاثة قواعد خاصة بالزواج.

مجمع أفسس الثاني: انعقد هذا المجمع المسكوني في أفسس في
أغسطس سنة ٤٤٩. وقد دعى هذا المجمع للنظر في أمر الأسقف أوطاخيا،
وفيه تم تبرئة هذا الأسقف. كما أن بطريرك الإسكندرية قد نادى بمبدأ الطليعة
الواحدة خلافاً لما راه باها روما الذي عارض قرارات المجمع، وانقسم
المسيحيون بعده إلى عدة طوائف.

مجمع خلقيدونيا: انعقد هذا المجمع المسكوني في خلقيدونيا - من
أعمال آسيا الصغرى - في أكتوبر ٤٥١ وذلك بعد عودة مندوبى البابا من

مجمع أفسس الثانى وإخباره بما قاله أسقف الإسكندرية دسيقورس، الأمر الذى أغضب بابا روما وطلب من الإمبراطور "مركيان" عقد مجمع من الأساقفة للنظر فى أمر طبيعة المسيح فإنعقد المجمع من ستمائة وثلاثين أسقفاً من بينهم دسيقورس، وأنتهى المجمع إلى عزل بطريرك الإسكندرية من خدمة الكهنوت ونفيه إلى جزيرة غاتجرا حيث مات فيها سنة ٤٥٧. وقد صدرت عن هذا المجمع ٢٨ قاعدة شرعية من بينها قاعدتان خاصتان بالزواج.

تلك هى المجمع المسكونية العامة التى انعقدت فى القرون الخمسة الأولى للمسيحية. ويلاحظ أن الأقباط والسريان والأرمن لا يعترفون إلا بقرارات مجمع نيقية والقسطنطينية وأفسس الأولى.

أما المجمع المحلية فهى:

مجمع أنقرة: وانعقد فى عام ٣١٤ ويعد من أوائل المجمع التى انعقدت بعد عهد الرسل وضم تسعة وعشرين أسقفاً وصدرت عنه عدة قواعد شرعية خاصة بالزواج.

مجمع قيسارية: وانعقد فى المدة ما بين ٣١٤، ٣٢٥ ميلادية والراجح أنه اجتمع لحرمان "تواطس" لخروجه على الشرع. وقد صدر عن هذا المجمع خمسة عشر قانوناً.

مجمع سردينية: انعقد هذا المجمع فى إحدى مدن فلسطين، ويرجع انعقاده إلى أن اتباع القس الإسكندري أريوس قد تعدوا على بطريرك الإسكندرية أثناسيوس وبطريرك أنطاكية ميلانوس ونفوهما. وقد ضم هذا المجمع حوالى مائة وأربعين أسقفاً وقرروا إعادة بطريركى الإسكندرية وأنطاكية كما وضعوا واحداً وعشرين قانوناً فى مسائل الكهنوت.

مجمع عنجرا (أو عنغراس): وعقد فيما بين سنتى ٣٤٠، ٣٧٠

وكان سبب انعقاده ما نادى به "اسطانيوس" من تحريم الزواج وأكل اللحم، وقد

ضم هذا المجمع خمسة عشر أسقفًا وأصدر عشرين قانونًا تناولت بعض مسائل الزواج.

مجمع أنطاكية: وانهتد عام ٣٤١ وحضره ثلاثة عشر أسقفًا وصدر عنه خمسة وعشرين قانونًا منها أربعة وعشرون عن الكهوت، أما القانون الخامس والعشرون فقد تحدث عن ضرورة أن يكون الزواج عن حرية وإختيار.

مجمع اللاذقية: ويرجع تاريخ انعقاده فيما بين سنتي ٣٤٧، ٣٨١ ويرجع سبب انعقاده إلى ما ابتدعه "ماني" وقد ضم هذا المجمع تسعة عشر أسقفًا وضعوا مائة وستة عشر قانونًا تناول بعضها مسائل الزواج.

مجمع قرطاجنة: انعقد هذا المجمع فى عام ٤١٩ وحضره مائتان وسبعة عشر أسقفًا من بينهم "الأنباكيرلس" بطريك الإسكندرية ونسطور بطريك القسطنطينية. وقد قيل بأن هذا المجمع قد أصدر مائة وثلاثين قانونًا لم يعثر على أصولها.

هذا وقد اعتمدت الطوائف المسيحية الشرقية قرارات هذه المجمع كما اعتمدت أيضًا قرارات مجمع سرديك المنعقد فى عام ٣٤٣. كما أن هناك مجمع خاصة ببعض الطوائف الشرقية كالأرمن والكلدان أصدرت بعض القواعد الشرعية وقد انعقدت المجمع الأخيرة خلال القرنين الرابع والخامس أى قبل انفصال هؤلاء عن سائر الطوائف الأخرى. ويلاحظ أن المجموعات الشرعية التى وضعت بعد ذلك قد تضمنت مختلف هذه القرارات الصادرة عن تلك المجمع، ومنها انتقلت إلى المجموعات النهائية.

انعقدت بعد ذلك مجمع عالمية صدرت عنها بعض القواعد الشرعية الجديدة. ومن هذه المجمع مجمع القسطنطينية الذى انعقد فى عام ٦٩١ ويعرف باسم مجمع القبة، ووضع تسع قواعد خاصة بالزواج. ومنها مجمع

نيقية الثانية فى عام ٧٨٧، كما أن هناك مجامع أخرى انعقدت بعد ذلك كان أهمها مجمع القسطنطينية فى عام ٩٢٠ والذى ترتب عليه انفصال الكنيسة البيزنطية عن الكنيسة الغربية الكاثوليكية. كما أن هناك مجمعا خاصا بالكنيسة الكاثوليكية انعقد فى القرن السادس عشر فى دى ترنيت بناء على دعوة من بابا روما للنظر فيما أثاره البرتستانت من اعتراضات على عقائد المذهب الكاثوليكي. وقد صدر عن هذا المجمع عدة قواعد^(١).

المراسيم وآراء آباء الكنيسة والكتاب القدامى:

لقد صدر فى العصور الأولى للمسيحية عن بعض المطارنة بعض المراسيم والمراسيم هى أوامر موجهة إلى الكهنة، فى شأن من شئون الطائفة، ولقد كان للمطارنة سلطة إصدار هذه الأوامر وكان على الاتباع الإلتزام بأحكامها، فإذا تعرض مرسوم منها لقاعدة شرعية، عُدم مصدرها من مصادر الشريعة.

ومن أهم هذه المراسيم، تلك التى صدرت عن مطارنة الإسكندرية وخاصة المطران تيموطيوس (ما بين سنتى ٣٨١، ٣٨٤) والتى اشتملت على ٥٦ قاعدة شرعية.

كما ساهم بعض آباء الكنيسة والرهبان فى تكوين الفقه المسيحى بما ألفوه من كتب اشتملت على بعض القواعد الشرعية التى نظر إليها على أنها قواعد واجبة الاتباع.

المجموعات الشرعية:

حرص بعض رجال الكنيسة على وضع مجموعات شرعية دونت الأحكام الشرعية التى استقيت من جملة المصادر السابقة، وقد اشتملت هذه المجموعات على العديد من أحكام الشرع الكنسى فى مسائل

(١) منها أن الزواج سر مقدس وأن خواصه الأساسية الوحيدة وعدم القابلية للإتحلال.

فنى الفقه القبطى: تعد مجموعة أبى سهل مجموعة قبطية شرعية ويرجع تاريخ وضعها للقرن الحادى عشر. كما وضع مكاريوس مجموعة أخرى - فى هذا القرن أيضاً - تعرف بمجموعة مكاريوس ضمت قرارات المجامع القديمة مرتبة حسب تواريخها كما ضمت كتابات الرسل وقرارات مجمع نيقية ونقولا عن القديس باسيليوس. كما وضع البطريرك خريسطا دولو باللغة العربية مجموعة قواعد شرعية بلغ عدد قواعدها ٣١ قاعدة وقد وضعت فى عام ١٠٤٨ تقريباً. كما أصدر البطريرك كيرلس الثانى علم ١٠٨٦ مجموعة للقواعد الشرعية التى قررها مجمع القاهرة المنعقد فى هذا العام.

غير أن أهم المجموعات المسيحية وضعت فى تاريخ لاحق للمجموعات الأولى، فالملاحظ أن حركة التجميع فى الفقه القبطى قد بدأت منذ بداية القرن الثانى عشر، وفى هذا القرن ظهرت أول مجموعة شرعية للأحكام من وضع فرج الله الأخمى. وهناك أيضاً - فى هذا القرن - مجموعات بين تريك. كما أن هناك مجموعة من وضع ميخائيل الدمياطى وتعرف باسم "مجموعة العادات التى يتميز بها الأقباط الأرثوذكس عن سائر المؤمنين" كما ألف أيضاً كتاباً هو "مجموعة القواعد الشرعية" وفيها نقول عن كتابات القديس باسيليوس.

وفى القرن الثالث عشر تولى بطريركية الإسكندرية الأسقف كيرلس بن لقلق، فوضع مجموعة القواعد الشرعية التى حملت اسمه. غير أنه قد وجه أحد الكهنة ويسمى الصفى أبى الفضائل بن العسال إلى وضع مجموعة كاملة للفقه المسيحي القبطى، فألف الشيخ كتاب "المجموع الصفى" ويسمى أحياناً بكتاب "القوانين". ويعد هذا الكتاب المجموعة شبه الرسمية للفقه المسيحي القبطى حتى اليوم. وقد قام مؤلفه بجمع مادته من مختلف المصادر التى

عرضنا لها أنفاً. فالنصوص الواردة به مأخوذة عن الكتاب المقدس بعهديه وكتابات الرسل وقرارات المجامع والمراسيم الكنسية، أما قواعده القانونية فمستقاه من الكتاب السورى الرومانى ومن كتاب الابركسيس، كما استفاد بن العسال من الرجوع إلى الفقه الإسلامى وبخاصة الفقه الشافعى وإلى كتاب المهذب وغيره من مؤلفات الشيرازى الشافعى.

أما فى العصر الحديث: فقد اتجهت مختلف الطوائف المسيحية إلى تقنين قواعدها الشرعية الخاصة بالأحوال الشخصية فى شكل تقنينات حتى يسهل على القائمين بمهمة القضاء تطبيق قواعد الشريعة بطريقة سهلة ميسرة. ولقد كانت وسيلة الطوائف - غالباً - للقيام بهذه المهمة هو فى عقد المجامع المحلية التى تبحث وتتدارس ثم تقوم بعد ذلك بعملية التقنين، وذلك على التفصيل الآتى:

١ - بالنسبة لطائفة الأقباط الأرثوذكس:

كانت القواعد المطبقة على طائفة الأقباط الأرثوذكس هى المجموع الصفوى لابن العسال وقوانين إين لقلق حتى سنة ١٨٧٥. وفى هذه السنة طلبت وزارة الحقتانية من كل الطوائف الإجابة على بيان أحكام القوانين المسيحية فى المسائل الشرعية الخاصة بالأحوال الشخصية. فأصدر البطررك أمره إلى القديس فيلوتاوس عوض عميد كلية اللاهوت بالبطريكخانة بتحرير الفصول التى تلزم لهذه المسائل بالمطابقة لقوانين الكنيسة. فدونها وعرضها على البطررك الذى زاد عليها وتم طبعها فى عام ١٨٩٦ وصارت معتمدة لدى الأقباط تطبقها مجالس الملية حتى سنة ١٩٣٨ وتعرف بالخلاصة القانونية فى الأحوال الشخصية. وفى هذه السنة تألفت لجنة من أعضاء المجلس الملى العام قامت بوضع القواعد - التى سميت بمجموعة سنة ١٩٣٨ - كانت تسترشد بها المجالس الملية حتى تم إلغاؤها بمقتضى أحكام القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

وبمناسبة هذا الإلغاء وانتقال الاختصاص القضائي للمحاكم المدنية، وضعت الكنيسة - في عام ١٩٥٥ - مشروع قانون الأحوال الشخصية أقره المجمع المقدس والمجلس الملى العام، وقدم المشروع إلى وزارة العدل لكي يصدر به قانون. ولكن لم يصدر هذا القانون حتى اليوم.

ف لدينا الآن مجموعتان من القواعد التى تخص طائفة الأقباط الأرثوذكس، الأولى وضعت عام ١٩٣٨ - وطبقها للمجالس المليية - والأخرى عام ١٩٥٥، فأيهما سوف تلتزم المحاكم بالرجوع إليها؟

يلاحظ أن مجموعة ١٩٣٨ لم تعرض على المجمع المقدس لإقرارها مما ينفى عنها قوة القرارات الصادرة عن المجمع. كما أن نظام عقد المجمع المقدس بين الطريقة التى تصدر بها قراراته وهى طريقة لم تتبع فى هذا المقام. كما أن لائحة ترتيب المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس لم تمنحه الحق فى التشريع، وبذلك تكون مجموعة ١٩٣٨ صادرة عن سلطة غير مختصة. وبرغم ذلك فقد رأى البعض أن هذه المجموعة هى التى ينظر إليها، لأنها كانت موافقة للقواعد التى قررها مجمع كيرلس بن لقلق وللمجموع الصغرى وللخلاصة القانونية إلى حد كبير. كما أن قواعدهما اكتسبت قوة عرفية من جراء استقرار الأقباط الأرثوذكس عليها واضطراد تطبيقها بمعرفة المجالس المليية.

لما مجموعة ١٩٥٥ فيلاحظ أنها انتفت عنها صفة القرارات الصادرة عن المجمع رغم ما قيل به من مصادقة المجمع المقدس عليها. ويرجع ذلك إلى سببين، أولهما: أنه بمراجعة محاضر الجلسات التى نوقش فيها مشروع هذه المجموعة بمعرفة المطارنة ورجال المجلس الملى تفيد أن قصدهم من إقرار هذا المشروع كان التقدم به للحكومة لصدور قانون به يقوم بإلغاء القواعد السابقة عليه دون أن ينصرف قصدهم إلى مجرد تعديل القواعد السابقة حتى ولو لم يصدر بهذا المشروع قانون، والثانى: هو عدم قانونية

انعقاد المجمع المقدس لقلّة عدد المطارنة عن العدد الذى يصح به انعقاد المجمع المقدس طبقاً لقانون نظام انعقاده الذى تصدق عليه فى ١٢/٨/١٩٢٠ وعلى ذلك فلا يمكن أن يكون لمثل هذا المشروع قوة القرارات الصادرة عن المجمع المقدسة. كما أن هذا المشروع لم يطبق عملياً حتى يقال أنه اكتسب قوة عرفية.

ومع ذلك فيرى البعض^(١) "أنه بمقتضى القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٧ قد تقرر أن المجلس الملى العام للأقباط الأرثوذكس هو الهيئة الوحيدة المختصة دون سواها بوضع اللوائح التى يجب رفعها إلى الحكومة للتصديق عليها، وإذن فلم يعد للمجلس المقدس اختصاص "قانونى" لوضع مشروع الأحوال الشخصية لهذه الطائفة، وبالتالي تغدو مسألة قانونية إنعقاده لتكامل العدد أو عدم قانونيته مسألة مجردة عن القيمة. وتتجرد عن القيمة أيضاً مسألة أن هذا المشروع ليس تشريعاً من تشريعات المطارنة فلم يقل أحد أنه كذلك، بل كل ما قيل أن هذا المشروع قد صدر عن المجلس الملى، وبناء عليه تكون هذه المجموعة من المصادر التى يعول عليها فى شرح أحكام طائفة الأقباط الأرثوذكس".

ويرى آخرون "أنه من المسلم به أنه ليست لأى من المجموعتين قوة التشريع الصادر عن الدولة، فإن هذا لا يعنى تجردهما من كل قوة ملزمة. ذلك أن كلا منهما تعبر عن إتجاه أبناء الطائفة فى صورة حديثة صالحة للتطبيق أمام الجهات القضائية، وأنه لم يقصد من وراثتها إلغاء القواعد السابقة التى جاءت بها المجموعات القديمة وكتب الفقه. ولكن كان القصد من إعدادهما التيسير والتغلب على الصعوبات التى تعترض من يفصل فى منازعاتهم، نظراً لتشتت القواعد وصعوبة الوقوف عليها، فكان من اللازم صياغتها فى مواد بسيطة يسهل الرجوع إليها، مع مراعاة عدم الخروج

(١) أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٣٠٤.

بصفة عامة، عن الفقه الثابت لدى أبناء الطائفة.

ولهذا فإنه يتعين التقييد بما جاء فيهما من أحكام، خاصة في حدود صلة هذه الأحكام بالماضي، باعتبارها امتداداً وتنظيماً للمجموعات السابقة. حقاً إن هناك إختلافاً بين ما جاءت به هاتان المجموعتان. وبين القواعد التي أوردتها المجموعات القديمة. كما أن هناك إختلافاً بين المجموعتين نفسيهما. ومع ذلك فإننا نرى أنه ينبغي التسليم بإمكان تطبيقهما، على الأقل، في الحدود التي يتفقان فيها مع المجموعات القديمة....^(١)

أما عن مسلك القضاء تجاه هاتين المجموعتين فيلاحظ:

أن هناك اتجاهاً رأى الاعتداد بمجموعة ١٩٣٨ على أساس اعتبارها عرفاً متواتراً جرى عليه قضاء مجالس الأقباط الأرثوذكس فأصبح جزءاً من شريعة هذه الطائفة.

وينتقد البعض مسلك هذه القضاء على أساس أنه لو سلم بقيام هذا العرف، فإن لا يعتبر مصدراً إحتياطياً يرجع إليه إذا لم يوجد تشريع، بل إن العرف يعد في مجال الأحوال الشخصية مصدراً خاصاً من مصادر القانون الكنسى بصفة عامة. فالعرف في مجال الأحوال الشخصية ليس مصدراً إحتياطياً كما هو الشأن بالنسبة للأحوال العينية التي تسرى بشأنها أحكام المادة الأولى من التقنين المدني^(٢). ولذلك فإن القول بأن القواعد الواردة في مجموعة ١٩٣٨ تعد عرفاً فيه تسليم بأن مصدر القاعدة هو العرف، مع أن المصدر في هذه الحالة في الواقع قد يكون أحد المصادر الأخرى المكونة لقواعد القانون الكنسى.

والواقع أننا لا نسلم بهذا النقد لمسلك هذا الاتجاه في القضاء، فقد قلنا

(١) توفيق فرج - المرجع السابق - ص ١٥١ - ١٥٣.

(٢) توفيق فرج - المرجع السابق - ص ١٥٢ هامش ٣.

أن القاضى يطبق القانون، وهو سى صدد تطبيقه له بتقييد بترتيب المصادر الواردة فى القانون الأدنى مع إعادة خصوصية هذا الترتيب فى شأن مسائل الأحوال الشخصية. رأينا أن الالف يعد مصدرا ثالثا فى هذا الصدد ويشمل العرف كما أشرنا التالى والأعراف ومرت بينها قرارات المجمع وأراء آباء الكنيسة والكتاب القدامى والمجتهات الشرعية، فكل هذه تدخل فى مفهوم تقاليد وأعراف الكنيسة.

ويذهب اتجاه آخر فى القضاء إلى الاستعانة بقواعد فض التنازع الزماتى بين القوانين والقول بأن مجموعة ١٩٥٥ قد ألغت المجموعة السابقة عليها.

أما محكمة النقض المصرية فلقد استقر قضاؤها على أن مفهوم المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فيما قضت به من وجوب صدور الأحكام فى منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين طبقا لشريعتهم، أن لفظ الشريعة هنا لا يقتصر مدلوله على ما جاء بالكتب السماوية وحدها وإنما ينصرف إلى ما كانت تطبقه جهات القضاء العلى قبل إلغائه باعتباره شريعة نافذة^(١)، ومستقاة من المصادر المختلفة لشريعة تلك الطائفة^(٢).

وبناء على ذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بالتطبيق للفرقة واستحكام النور إلى نص المادة ٥٧ من مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التى أقرها للمجلس العلمى العام فى ١٩٣٨/٥/٩ وعمل بها من ١٩٣٨/٧/٨ بعد تجميعها من مصادر واضطرت المجالس المليية على تطبيقها فإنه لا محل للتحدى بأن أحكام مجموعة سنة ١٩٥٥ هى للواجبة التطبيق، وأنها قد خلت

(١) نقض ١٩٨٠/١١/٣٠ طعن رقم ٧ لسنة ٥٢ ق، نقض ١٩٨٠/١٢/٣٠ طعن رقم ٤ لسنة ٤٨ ق.

(٢) نقض ١٩٧٣/٦/٦ طعن رقم ٢ لسنة ٤٢ ق.

من نص خاص يجيز التطبيق لهذا السبب، ذلك أن لا يلزم فى الاستناد إلى الأحكام التى حوتها نصوص هذه المجموعة دون غيرها من المصادر الأخرى التى يرجع إليها لدى الطائفة المذكورة، إذا لم يصدر بأى منها تشريع من الدولة بحيث يجوز القول بأن التنظيم اللاحق يلغى التنظيم السابق، والعبرة فى هذا الخصوص بما كانت تسير عليه المحاكم المليية فى قضائها استقاء من المصادر المختلفة لشريعة تلك الطائفة^(١).

وبناء على هذا القضاء فإن مجموعة ١٩٣٨ هى المجموعة التى كانت تطبقها المجالس المليية باعتبارها شريعة نافذة لدى الأقباط الأرثوذكس - والتى يمكن اعتبارها عرفاً مستقراً عليه فى قضاء هذه المجالس - وعلى ذلك فلا يجوز للمحاكم أن تستند فى أحكامها إلى مجموعة ١٩٥٥ حيث لم يتوافر لها وصف للعرف حيث لم تطبق لدى المجالس المليية.

ولكن إذا كان القضاء سيطر على مجموعة ١٩٣٨ دون مجموعة ١٩٥٥، فإنه يجب أن يلاحظ أنه لا يطبق من أحكام مجموعة ١٩٣٨ سوى الأحكام المتضمنة لقواعد موضوعية دون تلك التى تتعلق بالإجراءات. فقد قضى بأنه إذا كانت المادة ٥٧ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس جاءت خلواً مما يوجب عرض الصلح بداءة على طرفى النزاع، وكانت محاولة التوفيق بين الزوجين وعرض الصلح المشار إليه فى المادتين ٥٩، ٦٠ من مجموعة قواعد الأحوال الشخصية الخاصة بالأقباط الأرثوذكس الصادرة فى ١٩٣٨ لا مجال للأخذ بها بعد إلغاء المجالس المليية بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لأن المادتين وردتا فى باب إجراءات الطلاق ولا تعتبران من القواعد الموضوعية المتعلقة بأسبابه، ومردهما إلى السلطات الممنوحة للكنيسة بشأن تأديب الأب الروحى للزوجين حتى يتوبا وينصلح

(١) نقض ١٩٦٢/٥/١٠ طعن رقم ١٨ س ٣٩ ق، وانظر فى ذات المعنى نقض القانون رقم ١٩٧١/١٢/١ طعن رقم ٢٥ ص ٣٨، ونقض ١٩٧٣/٣/٦ السابق الإشارة إليه.

أمرهما ولا محل لتطبيقهما أمام القضاء"^(١).

وليس هناك حرجاً على المحاكم إذا استندت إلى أحكام المواد الموجودة في مجموعة ١٩٥٥ إذا كانت مقابلة ومطابقة لنصوص المواد الواردة في مجموعة ١٩٣٨^(٢).

فإذا لم يجد القاضى للفصل فى منازعة الأحوال الشخصية لغير المسلمين من الأقباط نصاً لحسم هذا النزاع فى مجموعة ١٩٣٨، فليس عليه من حرج إذا وجد خلا لهذا النزاع فى مجموعة ١٩٥٥ وكان متسقاً مع مصادر شريعة الأقباط، فهو فى تطبيقه لهذه المجموعة إنما يعد مطبقاً لها باعتبارها - فى النهاية - تقنيناً لهذه الشريعة.

٢- بالنسبة لطائفة الروم الأرثوذكس:

صدر - فى مصر - بالنسبة لهذه الطائفة لائحة الزواج والطلاق والباننة فى ١٥/٣/١٩٣٧. وتتكون هذه اللائحة من ثلاثين مادة وقد تعرضت للزواج وموانعه ثم لأسباب الطلاق وآثاره. وقد تم إدخال بعض التعديلات عليها فى فبراير ١٩٥٠. وقد كانت هذه اللائحة معمول بها لدى المجالس المليية قبل إلغائها.

٣- بالنسبة لطائفة الأرمن الأرثوذكس:

لقد وضع لطائفة الأرمن الأرثوذكس تقنين خاص بأحوالهم الشخصية فى سنة ١٩٤٠ وهو غير مطبوع ويسمى قانون الأحوال الشخصية لطائفة الأرمن الأرثوذكس بالقاهرة" وكانت أحكامه معمولاً بها قبل إلغاء المجالس المليية وهى تنظم الزواج وما يتصل به وفسخه وإنحلاله وإجراءاته والطلاق وآثاره وإثبات النسب والتبني والنفقات والسلطة الأبوية والحضانة.

(١) نقض ١٩٧٧/٣/٢٣ طعن رقم ١٦ س ٤٥ ق.

(٢) انظر تطبيقاً لذلك فى نقض ١٩٧٥/١١/٥ طعن رقم ١٠ س ٤٣ ق.

٤ - بالنسبة لطائفة المبريان الأرثوذكس:

لقد جمع الراهب يوحنا دولباتى للمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية من كتاب الهدى لابن العبرى ورتبها مواداً وتم طبعها بالتسلسل ١٩٢٩، ولقد كانت هذه المجموعة مطبقة لدى الطائفة قبل إلغاء المجالس المليية.

بالنسبة للطوائف الكاثوليكية:

تشمل الطوائف الكاثوليكية فى مصر الأقباط والروم والأرمن والسريان والموازنة والكلدان واللاتين الكاثوليك. وتجمع هذه الطوائف الكاثوليكية المختلفة وحدة الاعتراف بالرياسة العليا للحبر الأعظم فى روما ووحدة الاعتقاد الدينى فى جميع العقائد على الإطلاق ووحدة نظام الأحوال الشخصية من زواج وطلاق.

ويلاحظ أن حركة التجميع التى نشطت فى القرنين الثانى والثالث عشر قد توقفت بعد ذلك، فلا انعقدت المجامع لإصدار القرارات ولا صدرت مراسيم ذات شأن فى موضوع الزواج والطلاق.

على أن الطوائف الشرقية الكاثوليكية قد اتجهت فى العقود الأخيرة إلى تعديل تكتينياتها، فعقدت هذه الطوائف بعض المجامع، التى وضعت العديد من الأحكام والقواعد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية.

وفى سنة ١٩٢٩ رأى الكرسي الرسولى فى روما ضرورة جمع كل هذه الأحكام فى مجموعة واحدة وتوحيدها بقدر الإمكان لتعمل بها كافة الطوائف الشرقية بغير استثناء. فألف لذلك لجنة من كبار رجال القانون والدين فى روما، وتندبت كل طائفة من يمثلها فى تلك اللجنة.

انتهت اللجنة من عملها وأصدر الحبر الأعظم - بيوس الثانى عشر - إرادة رسولية فى ٢٢ فبراير ١٩٤٩ متضمنة نظام سر الزواج للطوائف الشرقية الكاثوليكية، على أن يعمل بهذا النظام اعتباراً من ٢ مايو عام ١٩٤٩.

وتقع هذه الإرادة الرسولية فى ١٣٣١ مادة قانونية Canous وتبحث كلها فى سر الزواج، مستندة فى ذلك إلى مصادر الفقه المسيحى الشرقى مع تأثرها بالتشريع الكنسى الغربى الذى كان قد صدر قبل ذلك فى سنة ١٩١٧.

وفى ٦ يناير ١٩٥٠ أصدر الحبر الأعظم بيوس الثانى عشر إرادة رسولية أخرى فى شأن "قانون المحاكمات للكنيسة الشرقية" ويقع فى ٥٧٦ مادة قانونية Canous وجاء فى مذكرته الإيضاحية أن الحاجة أصبحت ملحة لصدور مثل هذه الإرادة بعد أن سنت قوانين الزواج فى الإرادة الصادرة عام ١٩٤٩.

وعلى أساس الإرادتين البابويتين السابقتين اجتمع فى دمشق رؤساء الطوائف الكاثوليكية الأتية: طائفة الروم الكاثوليكية الملكية، الطائفة المارونية، الطائفة السريانية الكاثوليكية، الطائفة الأرمنية الكاثوليكية، الطائفة اللاتينية، الطائفة الكلدانية، ووضعوا أحكاماً مشتركة أعدها لتصدق السلطات المختصة وأسموها "قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية" وتقع فى ٢٩٦ مادة تبحث فى كافة مسائل الأحوال الشخصية.

وفى ١٨/١٠/١٩٩٠ أصدر قداسة البابا يوحنا بولس الثانى "قانون الكنائس الشرقية الكاثوليكية" الجديد، ويرمز إليه اختصاراً بـ "CCEO" وهو أول مجموعة كاملة من هذا النوع فى تاريخ الكنيسة الكاثوليكية. وقضت الإرادة الرسولية على أن يبدأ العمل بهذا القانون اعتباراً من أول أكتوبر من العام الذى يليه أى فى ١/١٠/١٩٩١.

ويعد القانون الأخير الصادر عام ١٩٩٠ هو الواجب العمل به أمام قضاء الأحوال الشخصية فى مصر بالنسبة لجملة طوائف الكاثوليك، هذا مع ملاحظة أن القانون الجديد اشتمل على قواعد موضوعية وأخرى إجرائية (مرافعات) ولا يطبق من القانون الجديد - أمام المحاكم المصرية - سوى القواعد الموضوعية دون الإجرائية.

بالنسبة للطوائف البروتستانتية (الإنجيلية):

أشرنا من قبل أن طائفة البروتستانت تعد من أحدث الطوائف المسيحية نشأة في التاريخ. وقد تم الاعتراف بهم في مصر بمقتضى أمر عال صادر فى ١٨٧٨/٧/٤ اعترف بهذه الطائفة. ثم صدر أمر عال فى أول مارس ١٩٠٢ بتشكيل مجلس ملى للطائفة أسوة بطائفة الأقباط الأرثوذكس، وبمقتضى هذا الأمر تم توحيد الطائفة بضم أهل الملل والفرق البروتستانتية التى كانت موجودة حينئذ (وهى الكنيسة المشيخية للمتحدة والرسالة الأمريكية والرسالة الهولندية)، كما ضمت لها فى تاريخ لاحق بقية الفرق مثل كنيسة الأخوة البلاموثيين وكنيسة الله والكنيسة الرسولية وكنيسة نهضة القداية. وقد تم اعتماد قانون موجد للأحوال الشخصية مصدق عليه من الكنائس المعترف بها. ويعد هذا القانون من قوانين الأحوال الشخصية للطوائف الإنجيلية وقد أقرته الحكومة المصرية، وظل هذا القانون مطبقاً حتى إلغاء المجالس المليية.

بالنسبة للطوائف الإسرائيلية:

أشرنا من قبل إلى أن مصادر شريعة الطوائف الإسرائيلية هى التوراه والتلمود، وأن القضاء الملى لهذه الطوائف كان يطبق بالنسبة للربانيين المجموعة التى وضعها حاي بن شمعون، وبالنسبة للقرانيين كان المعمول عليه كتاب شعار الخضر لوأضعه الياهو بشياصى.

الفرع الثالث

الشريعة الإسلامية

سبق أن أشرنا إلى أن المادة الأولى من القانون المدنى المصرى تحدد مصادر القانون المصرى وتجعل من الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً يلى العرف، وقلنا أيضاً أنه فى مجال الأحوال الشخصية لغير المسلمين، تعد الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً أيضاً، لا يلجأ إليه إلا بعد استفاد الرجوع

إلى المصادر السابقة وهي التشريع والدين والعرف.

ومع ذلك فيرى البعض أن تحديد وترتيب مصادر القانون الواردة في المادة الأولى من القانون المدنى إنما يقتصر فحسب على تحديد المصادر بالنسبة لمسائل الأحوال العينية دون مسائل الأحوال الشخصية. وذلك على أساس أن القانون المدنى للمصرى لم يتعرض إلا لتنظيم الأحوال العينية دون الأحوال الشخصية.

وترتيباً على ما تقدم يذهب البعض إلى أنه فى مجال الأحوال الشخصية يرجع أولاً إلى التشريع باعتباره مصدراً أصلياً عاماً، فإذا لم يوجد نص تشريعى لمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، طبق القاضى قواعد الدين بصفة عامة باعتبارها مصدراً أصلياً خاصاً فى هذا النطاق ودون الرجوع بعد ذلك إلى المصادر الإحتياطية الواردة فى المادة الأولى من القانون المدنى.

والواقع أنه ينبغي ملاحظة ما يلى:

أولاً: أن نص المادة الأولى من القانون المدنى الذى يتكلم عن مصادر القانون ولو أنه قد ورد فى التقنين المدنى، إلا أنه قد قصد به بيان مصادر القانون المصرى بوجه عام.

فهذا النص إنما يحدد مصادر القواعد القانونية بصفة عامة فى فروع القانون الخاص المختلفة، وباعتبار أن القانون المدنى هو الشريعة العامة فى العلاقات القانونية الخاصة أياً كان نوعها. وبذلك فإن هذه المصادر تكون بذاتها مصدراً للقواعد القانونية فى علاقات الأحوال الشخصية مع اختلاف بسيط وترتيب معين عن تلك الخاصة بالعلاقات المالية أو العينية كما أشرنا من قبل، وحيث يتقدم الدين (باعتباره مصدراً أصلياً يلى التشريع) على العرف فحسب.

ثانياً: إن القول بأن على القاضي إذا لم يجد نصاً في التشريع عليه أن يلجأ إلى قواعد الدين بصفة عامة ودون الرجوع بعد ذلك إلى المصادر الاحتياطية الواردة في المادة الأولى من القانون المدني، إنما يعنى بالضرورة أن القاضي سيجد دائماً في قواعد الدين حلاً لكافة المنازعات والمسائل التي تعرض عليه، وبالتالي فلن يجد هذا القاضي فرصة للإلتجاء إلى العرف أو إلى الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة باعتبارها مصادر احتياطية. وهذا ما لا نسلم به، فتحديد المشرع لتلك المصادر إنما قصد به الحيلولة دون أن تثار مشكلة امتناع القاضي عن القضاء، وهذه المشكلة - كما يبدو من أقوال أنصار الرأي الذي ناقشه - لن تثار في خصوص مسائل الأحوال الشخصية لشمول قواعد الدين لكافة الحلول الممكنة والمتصورة لهذه المسائل، وهذه بديهية تحتاج إلى دليل وإثبات، ولذلك ما الحل إذا ثبت عكس ذلك، وثار أمام القاضي مسألة أحوال شخصية لم يجد لها حكماً في قواعد الدين؟ أيمتنع عن القضاء؟ الواقع أنه لا مناص عندئذ من الإلتجاء إلى تلك المصادر الاحتياطية ومنها الشريعة الإسلامية.

ثالثاً: إن رجوع القاضي إلى الشريعة الإسلامية بعد استنفاد رجوعه إلى المصادر الأخرى التي درسناها، إنما يعنى رجوعه إلى المبادئ العامة للشريعة الغراء وباعتبارها من المبادئ العامة للقانون المصري "فالمبادئ التي يمكن استخلاصها من الرسائل الدينية - وبصفة خاصة الإسلام باعتباره دين الأغلبية العددية من السكان - تعتبر أيضاً من المبادئ العامة للقانون المصري. فالرسائل الدينية جزء لا يتجزأ من التصور الفلسفي للوجود السائد في مصر"^(١).

(١) سمير تناغو في النظرية العامة للقانون - فقرة ٨٢ ص ٣٦١.

وبناء على ذلك فغير صحيح ما ذهب إليه البعض من أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية يمتنع أمام تعارض أحكام شرائع غير المسلمين معها. فالرجوع إلى الشريعة الإسلامية لا يكون إلا عند تخلف الحل في الشرائع الأخرى، وبالتالي فلا يوجد مثل هذا التعارض، كما أن هذا التعارض لا محل لتصور وجوده إذا ما فهمنا أن هذا الرجوع إنما يعد رجوعاً إلى المبادئ العامة أى القواعد الكلية فى الشريعة الغراء دون القواعد والأحكام الفرعية التفصيلية.

رابعاً: إن رجوع القاضى فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين إلى الشريعة الإسلامية لهو أمر غير مستغرب، فسنرى بإذن الله، أن هذا الرجوع يعد وجوبياً فى حالة إختلاف الخصوم فى الملة والطائفة، وحيث يقوم القاضى فى مثل هذه الحالة، بتطبيق أحكام للشريعة الإسلامية التى تتعارض مع أحكام الشريعة الطائفية. حيث يتم استبعاد أحكام هذه الشريعة. ولعل السبب فى هذا الاستبعاد هو فى اعتبار الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة لحكم كافة مسائل الأحوال الشخصية للمصريين جميعاً مسلمين وغير مسلمين، وحيث لا تكون للشرائع غير الإسلامية إلا ولاية استثنائية وحيث يتحد الخصوم فى الديانة والطائفة والملة.

الفرع الرابع

مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة

المقصود بمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة:

تقتضى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى باعتبار

مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة مصدراً إحتياطياً يلجأ إليه القاضى فى

نهاية الأمر إذا لم يجد نصاً تشريعياً أو عرفياً أو لم يجد فى مبادئ الشريعة الإسلامية حلاً للنزاع المعروض عليه.

فهل تعدّ مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة من المصادر الاحتياطية فى مسائل الأحوال الشخصية ؟

نلاحظ أولاً أن واضعى بعض المجموعات القانونية الخاصة بالطوائف غير الإسلامية قد استشعروا بأن هذه المجموعات قد لا تشمل على كافة الحلول لكل المشكلات المتصورة فى شأن مسائل الأحوال الشخصية، الأمر الذى دعاهم إلى أن يضمنوا هذه المجموعات نصوصاً تبين كيفية سد هذا النقص عند تصور حدوثه. فأحالوا فى بعض الأحيان إلى القواعد العامة فى القانون المدنى بما لا يتعارض مع العقيدة والشرع الكنسى، وفى أحيان أخرى أشاروا على المحاكم بإستمداد الحكم من وجدانها وعدالتها. وبناء على ذلك يتبين صدق ما أشرنا إليه من قبل وهو إمكانية تخلف مجموعات غير المسلمين عن وجود حل لنزاع معين، الأمر الذى يقتضى أن يبحث القاضى عن حل للنزاع فى المصادر الأخرى.

ومن هذه المصادر وطبقاً لترتيب المشرع المصرى، مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

ويمكن تعريف قواعد العدالة بأنها تلك القواعد القائمة إلى جانب قواعد القانون للوضعى مؤسنة على وحى من العقل والنظر السليم وروح العدل الطبيعى بين الناس. أما القانون الطبيعى فهو مجموع القواعد التى تحكم السلوك الإجتماعى للإنسان، والتى لا تمت بصلة إلى التقاليد والعادات أو نصوص التشريع وإنما مصدرها الإلهام الفطرى السليم والإدراك العلقى الصائب.

وفى العصور الوسطى تأثرت الكنيسة المسيحية بفكرة القانون الطبيعي. غير أن المبادئ السامية العادلة التي يجب أن تحكم علاقات الناس كانت لدى الفقه الكنسى - فى بداية الأمر - تصل عن طريق الوحي لا عن طريق العقل، وهكذا خلط هذا الفقه بين القانون الطبيعي والقانون الإلهى.

ولكن - فى القرن الثالث عشر - بدأ رجال الدين المسيحى يفرقون بين القانون الإلهى والقانون الطبيعي والقانون الإنسانى. فهذا هو القديس توما الاكوينى (١٢٢٥ - ١٢٧٤ ميلادية) يفرق بين ثلاثة أنواع من القوانين، إلهية ويوحى بها الله إلى من يصطفى من رسله وعباده الأخيار، وطبيعية وهى تلك التى يمكن للعقل البشرى أن يستخلصها ويعرفها من هذه القوانين الإلهية، وأخيراً القوانين الوضعية التى هى من صنع البشر وحدهم.

وهذا القانون الوضعى ينبغى أن يكون مستمداً من القانون الطبيعى، إذ هو ليس إلا تطبيقاً للقانون الطبيعى على الحالات الفردية وغايته تحقيق الخير العام. ويرى القديس توما أنه عند تعارض القانون الوضعى مع القانون الطبيعى فلا ينبغى للفرد أن يخرج عن القانون الوضعى وإلا عمت الفوضى وعدم الاستقرار داخل المجتمع، أما إذا تعارض القانون الوضعى مع القانون الإلهى، فيمكن هذا الخروج والعصيان.

هذا. وقد ازدهرت نظرية القانون الطبيعى فى القرن الثامن عشر، واعتمد عليها فى محاربة طغيان الملوك واستبدادهم، كما تأثرت الثورة للفرنسية بهذه النظرية واعتنق رجالها فكرة القانون الطبيعى كأيد يرد على سيادة الشعب.

وفى القانون المصرى، يلاحظ أن الإحالة إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا معنى لها أمام وجود الشريعة الإسلامية كمصدر إحتياطى متقدم على مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة. فالمشرع يحيل القاضى عند

تخلف النص التشريعي والقاعدة العرفية إلى مبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا رجع القاضى إلى هذه المبادئ، فإنما يرجع إلى أدلة الأحكام، فإذا لم يجد حكماً ثبت بالنص فعليه أن يرجع إلى بقية الأدلة للتوصل إلى الحكم، ومعنى ذلك أن رجوعه إلى أدلة الأحكام يدخل ضمن رجوعه إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو عندما يرجع إلى هذه الأدلة (ومنها المصالح المرسلة عند تخلف الحكم الشرعى الثابت بالنص أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان) فهو ليس فى حاجة بعد ذلك إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، فأدلة الأحكام المتنوعة فى الشريعة الإسلامية لا بد لها من أن تمدّه بحل فى كل مسألة متصور حدوثها فى المجتمع.



الفصل الرابع

شروط انطباق شرائع غير المسلمين

تمهيد وتقسيم:

رأينا أنه بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية والتي لم تتوحد بصددها القواعد التشريعية - للمصريين جميعاً - تظل محكومة بالشرائع الدينية للمنتازعين، وهذه الشرائع الدينية تتنازع فيما بينها لحكم مسائل الأحوال الشخصية، ولقد حرص المشرع على إيراد بعض النصوص التي تفصل في هذا التنازع بين الشرائع المختلفة في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين.

فلقد كانت المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تقضى

بان:

١- "تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التي كانت أصلاً من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة^(١)."

٢- "أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدين في الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون، فتصدر الأحكام - في نطاق النظام العام - طبقاً لشريعتهم."

(١) كانت المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم رقم ٧٨ لسنة ١٩٣٢ تقضى بان: تصدر الأحكام طبقاً للمقرر في هذه اللائحة ولأرجح الأحوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقاً لتلك القواعد.

وقضت المادة السابعة من القانون السابق بما يلي:

"لا يؤثر في تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية. إلى أخرى أثناء سير الدعوى إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون".

ويتبين من هذه النصوص ما يلي:

١- أن المشرع فرق في صدد المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين تلك التي كان تنظرها المحاكم الشرعية، وتلك التي كانت خاضعة للقضاء الملى، وذلك قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥. وقرر أنه بالنسبة للمنازعات الأولى، وهي الخاصة بالمسلمين من المصريين، أن تخضع لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المشار إليها، أما بالنسبة للمنازعات الثانية وهي الخاصة بغير المسلمين فتصدر الأحكام طبقاً لما هو مقرر في شريعتهم.

٢- وأنه بالنسبة للمصريين غير المسلمين، فإن شريعتهم لا تنطبق إلا إذا توافرت شروط معينة وهي:

أ - اتحاد الخصوم في الطائفة والملة.

ب - أن تكون لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

ج - أن تكون أحكام شريعتهم موافقة للنظام العام.

٣- أن المشرع قد نظر إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها هي الأصل في حكم مسائل الأحوال الشخصية للمصريين جميعاً، وأن الشرائع الطائفية الأخرى هي شرائع استثنائية. وعلى ذلك قرر المشرع تطبيق الأصل واستبعاد

الاستثناء في الحالات الآتية:

- أ - إذا اختلف الخصوم في الطائفة أو الملة، أو لم تكن لهم جهة قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون المشار إليه.
- ب - إذا كانت شريعتهم مخالفة لأحكام للنظام العام.
- ج - إذا قام أحد الخصوم بتغيير ديانته إلى الإسلام أثناء سير الدعوى.

هذا وقد تم إلغاء القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ و صدر قانون جديد هو القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ (للخاص بإصدار قانون ينظم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية) وقضى في المادة الثالثة من قانون الاصدار بأن:

تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة.

ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ - طبقاً لشريعتهم - فيما لا يخالف النظام العام".

ويلاحظ أن الحكم الوارد بهذا النص لا يختلف عن مثيله الوارد في المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥. ولكن لم يرد بالقانون الجديد رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ حكم مماثل لذلك الوارد بنص المادة السابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والذي كان يعالج حالة تغيير الطائفة أو الملة أثناء سير الدعوى ونعتقد أن اغفال هذا الحكم لم يكن سهواً وإنما كان قصداً، لا سيما وأن المادة ٢/٣ من مشروع الحكومة الذي أعدته وزارة العدل كانت تنص بأنه: "ولا يؤثر في تطبيق حكم الفقرة السابقة تغيير الطائفة أو الملة بما

يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى إلا إذا كان التعبير إلى الإسلام فتطبق الأحكام القانونية الواجبة التطبيق على المسلمين".
والذي يرجح من هذا الاغفال أن المشرع قد قصد أن يترك مسألة التغيير الطارئ في الديانة والملة والطائفة لاجتهاد الفقه والقضاء.

وبناء على ذلك تتحدد نقاط البحث في هذا الفصل بالموضوعات

الآتية:

ففي مبحث أول: ندرس شروط انطباق شرائع غير المسلمين.

وفي مبحث ثان: نعرض للشرعية الإسلامية باعتبارها القاعدة القانونية التي تحكم علاقات غير المسلمين وذلك عند تخلف شروط انطباق الشرائع الطائفية.

المبحث الأول

تحديد شروط انطباق الشرائع غير الإسلامية

تقسيم:

رأينا أن هذه الشروط ثلاثة وهي:

- ١- وجوب إتحاد الخصوم في الطائفة والملة.
 - ٢- وجوب وجود جهات قضائية مائة منظمة لهم حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥.
 - ٣- وجوب أن تكون أحكام الشرائع غير الإسلامية موافقة للنظام العام.
- فنعرض لهذه الشروط تباعاً.

الفرع الأول

اتحاد الخصوم في الطائفة والملة

المطلب الأول

ضرورة اتحاد الخصوم في الطائفة والملة

أشرنا من قبل إلى أن الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ تشترط لانطباق الشرائع غير الإسلامية، وجوب اتحاد الخصوم في الطائفة والملة، وهذا يفترض بدهامة وجوب الاتحاد أولاً في الدينونة.

وفي ضبط هذه المصطلحات نقول:

أن الدين هو وضع إلهي سائق لذوى العقول باختيارهم إياه إلى الصلاح في الحال والفلاح في المال، وهذا يشتمل على العقائد والأعمال، ويطلق هذا اللفظ على ملة كل نبي وقد يخص بالإسلام كما قال الله تعالى: "أن الدين عند الله الإسلام"، ويضاف هذا اللفظ إلى الله تعالى لصدوره عنه وإلى النبي ﷺ لظهوره منه، وإلى الأمة لتدينهم به وانقيادهم له. وقد يراد بالدين للشرعية أو الشرع أو الملة، فالشرع هو ما شرعه الله لعباده من الأحكام التي جاء بها نبي من الأنبياء صلى الله عليهم وعلى نبينا وسلم، وإن تلك الأحكام من حيث أنها تطاع دين، ومن حيث أنها تعلى وتكتب ملة، ومن حيث أنها مشروعة شرع، فالتفاوت بينها بحسب الاعتبار لا بالذات إلا أن الشرعية والملة تضافان إلى النبي عليه السلام وإلى الأمة فقط استعمالاً، والدين يضاف إلى الله تعالى أيضاً.

وورد في كتاب التعريفات للسيد الشريف الجرجاني "أن الشرعية من حيث أنها تجمع تسمى ملة، ومن حيث أنها يرجع إليه تسمى مذهباً، وقيل:

الفرق بين الدين، والملة، والمذهب: أن الدين منسوب إلى الله تعالى، والملة منسوبة إلى الرسول، والمذهب منسوب إلى المجتهد".

وإذا أردنا تطبيق هذه الاصطلاحات على الديانات السماوية غير الإسلامية لقلنا: إن المسيحية بدأت ملة واحدة ذات أصول عقائدية واحدة، ثم انقسمت بعد ذلك إلى ملتين مختلفتين في تلك الأصول، ملة تدين بالطبيعة الواحدة للسيد المسيح عليه السلام، وملة أخرى تدين بالطبيعة الإلهية والبشرية للمسيح عليه السلام. أما اليهودية فبدأت ملة واحدة وظلت هكذا، ولكن انقسم اتباعها في فهم أحكامها وتعاليمها إلى مذهبين: مذهب القرانيين ومذهب الربانيين.

أما الطائفة، ففي اللغة يقال الطائفة من الشئ أى جزء منه، وطائفة من الناس أى الجماعة من الناس، وإذا أردنا مطابقة هذا الاصطلاح على الطوائف غير الإسلامية لقلنا أن الطائفة جماعة من الناس تشترك في روابط واحدة من حيث المكان أو الجنس أو اللغة أو العادات أو التقاليد وتتبع هذه الجماعة ملة معينة من ملل ديانة معينة.

تلك هى المفاهيم اللغوية والاصطلاحية لألفاظ الديانة والملة والطائفة، فإذا جاء المشرع وقرر وجوب اتحاد الخصوم فى الديانة والملة والطائفة حتى تنطبق شريعتهم على أحوالهم الشخصية، فهل أخذ المشرع بتلك المفاهيم لم أنه يأخذ بمفاهيم أخرى لهذه المصطلحات الألفاظ؟

الواقع أننا رأينا أن اصطلاح الملة إما يعنى العقيدة أو تطلق على أصول الديانة. وعلى ذلك فطائفة الأقباط الأرثوذكس تختلف فى الملة عن طائفة الروم الأرثوذكس أو الأرمن الأرثوذكس، فطائفة الأقباط الأرثوذكس تدين بمبدأ الطبيعة الواحدة بينما طائفة الروم والأرمن الأرثوذكس تدين بمبدأ الطبيعتين، أى تدين بملة أخرى مختلفة. ولكن فى نظر المشرع المصرى يعد الأقباط والأرمن والروم الأرثوذكس من ملة واحدة، لكن من طوائف متعددة.

وهذا يعنى أن اصطلاح الملة فى نظر المشرع المصرى يختلف عن اصطلاح الملة الذى حددناه وضبطناه. ومعنى ذلك أن المشرع المصرى يرى فى المسيحيين ملتين (بجانب ملة أخرى مختلفة هى ملة البروتستانت) مختلفتين، ملة أرثوذكسية وملة كاثوليكية، الأولى لا تخضع لسطان الحبر الأعظم فى روما بينما تخضع له الملة النائية، وذلك بغض النظر عما تدين به كل ملة من عقيدة حول طبيعة السيد المسيح عليه السلام. أما اصطلاح الطائفة فى نظر المشرع فتأخذ ذات المعنى الذى حددناه لهذا المصطلح.

وبناء على ذلك يلزم، لانتطابق شرائع غير المسلمين، الاتحاد فى الديانة - بأن يكون الخصمان مسيحيين أو يهوديين - كما يلزم الاتحاد فى الملة، بأن يكون الخصمان أرثوذكسيان أو كاثوليكيان، كما يلزم أخيراً الاتحاد فى الطائفة، بأن يكون الخصوم من طائفة الأقباط أو الروم أو السريان أو الكلدان وهكذا... وهذا هو ما يتفق مع صريح نص المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ والتي قضت بأنه "مع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية من المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة..."، ومعنى ذلك لزوم الاتحاد فى الملة والطائفة معاً.

هذا وقد استقر القضاء المصرى - فى ظل القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - على أن اختلاف المتنازعين فى الطائفة - برغم اتحادهم ملة - يودى إلى تطبيق الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة التى تحكم علاقات الأحوال الشخصية.

أما محكمة النقض فلقد حرصت فى العديد من أحكامها على تعريف الطائفة بقولها: "يقصد بالطائفة ذلك الفريق من الناس الذين يجمعهم رباط مشترك من الجنس أو اللغة أو العادات تؤمن بدين معين وتعتنق مذهباً أو ملة

واحدة^(١) ثم قضت في أحكام عديدة أيضاً بوجوب الاتحاد في الطائفة -
بالمعنى السابق - علاوة على الاتحاد في الملة.

فقضت بأن^(٢) "القول بأن انضمام المطعون عليه إلى طائفة السريان
الأرثوذكس لا يعتبر تغييراً للملة والطائفة لأن السريان والأقباط الأرثوذكس
يتبعان مذهباً واحداً هو المذهب المسيحي الأرثوذكسي مردود بأن طائفة
السريان الأرثوذكس تختلف عن طائفة الأقباط الأرثوذكس ولكل منهما مجلسها
الملى الخاص بها".

كما قضت بأن^(٣) "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طائفة السريان
الأرثوذكس تختلف عن طائفة الأقباط الأرثوذكس وأن لكل منهما مجلسها
الملى قبل الغاء المحاكم المليية، فإن انضمام المطعون عليه إلى طائفة السريان
الأرثوذكس وانسلاخه من طائفة الأقباط الأرثوذكس التي بقيت عليها
زوجة الطاعن يعتبر تغييراً للملة والطائفة يجيز تطبيق أحكام
الشرعية الإسلامية وفق المادتين السادسة والسابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة
١٩٥٥ ولا اعتداد بالقول بأنهما يتبعان مذهباً واحداً هو المذهب المسيحي
الأرثوذكسي".

ويذهب الفقه المصري الحديث في مجموعة إلى تأييد الاتجاه المتقدم
والخاص بوجوب الاتحاد في الملة والطائفة حتى تنطبق الشرعية الطائفية، فإذا
اختلفت الطائفة، فإن ذلك بمثابة الاختلاف في المذهب وبالتالي تنطبق الشرعية
العامة وهي الشرعية الإسلامية.

(١) نقض ١٩٧٩/٣/٢٨ طعن رقم ٢٩ س ٤٧ ق، نقض ١٩٧٨/٤/٢٦ طعن ٢٣ س ٤٦ ق.

(٢) نقض ١٩٦٨/١/٣١ طعن رقم ٢ ص ٣٧ ق.

(٣) نقض ١٩٧٨/٦/٢٨ طعن رقم ٣ س ٤٧ ق.

المطلب الثاني

الوقت الذي يعتد فيه بانتفاء الملة والطائفة

تعهد:

رأينا أن المشرع المصري يشترط اتحاد أطراف النزاع في الملة والطائفة حتى تنطبق شريعتهم على منازعتهم. ولكن ما هو الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه هذا الاتحاد؟ أم هو وقت نشوء العلاقة التي تار بصدها للنزاع؟ أم هو وقت نشوء النزاع؟ أم هو وقت رفع الدعوى؟ أم هو وقت آخر؟ ولعل السبب في هذا التساؤل أن روابط الأسرة ليست روابط وقتية وإنما هي روابط ممتدة في الزمان أي مستمرة، وفي خلال هذه الاستمرارية قد يطرأ ما يجعل أطراف النزاع مختلفين في الملة والطائفة.

ولنضرب أمثلة تبين حقيقة وضع المشكلة.

في علاقة الزواج قد يكون الزوجين متحدين طائفة وملة وقت نشوء علاقة الزوجية (أي وقت إبرام عقد الزواج) ثم يصبحان مختلفان في الطائفة مثلا وقت قيام النزاع بينهم. فقد يكونان من الأقباط الأرثوذكس وقت الزواج ثم يصبح الزوج من طائفة البروتستانت وقت قيام النزاع بينهما، فهل يعتد بالاتحاد الحاصل وقت الزواج أو أن ينظر إلى مدى توافره وقت قيام النزاع، وهو هنا قد تخلف فتطبق أحكام الشريعة الإسلامية؟

وقد يحدث العكس ويكون الزوجان مختلفان وقت الزواج بأن كانت الزوجة قبطية أرثوذكسية والزوج من البروتستانت، ثم يصبحان وقت قيام النزاع من طائفة وملة واحدة باتضمام الزوجة إلى طائفة البروتستانت. فهل تنطبق الشريعة الإسلامية على أساس أنهما كانا مختلفين طائفة وملة وقت نشوء العلاقة؟ أم تنطبق شريعتهم الطائفية على أساس اتحادهم وقت قيام النزاع؟

وقد يحدث أن يكونان متفقان طائفة وملة وقت نشوء العلاقة وعند قيام النزاع، ولكنهما يختلفان عند رفع الدعوى فهل يعتد بهذا الاختلاف. وقد يحدث أن يكونان متحدين وقت نشوء العلاقة وعند قيام النزاع وعند رفع الدعوى،

ولكنهما يختلفان أثناء السير فى الدعوى وقبل صدور الحكم فهل يعتد بهذا التغيير الأخير ؟

يتضح مما تقدم أن مشكلة اختلاف المتنازعين فى الطائفة والملة لا تتور إذا ما قام النزاع بين متحدى الطائفة والملة منذ قيام العلاقة بينهم وظلوا كذلك حتى الفصل فى النزاع، فعندئذ تنطبق شريعتهم بغير إشكال. وكذلك لا صعوبة فى الأمر إذا ما قام النزاع بين مختلفى الملة والطائفة منذ قيام العلاقة وحتى الفصل فى النزاع، حيث تنطبق الشريعة الإسلامية لتخلف شرط انطباق الشريعة الطائفية، ولكن تتحدد المشكلة بكون المتنازعين كانوا متحديين فى الطائفة والملة ثم أصبحوا مختلفيها بعد ذلك، أو العكس بأن كانوا مختلفي الملة والطائفة ثم حصل الاتحاد بينهم بعد ذلك. ويحتاج حل هذه المشكلة إلى تحديد الوقت الذى يعتد فيه باتحاد الملة والطائفة.

موقف القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من مشكلة تغيير الديانة أو المذهب أو الطائفة:

الثابت أنه كان لدينا نص المادة السابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الملغى وقد كانت هذه المادة تضع حلاً لهذه المشكلة بقولها: "لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو للملة بما يخرج الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون".

ومعنى هذا النص أن المشرع قد نظر إلى اتحاد الخصوم فى الطائفة والملة عند وقت رفع الدعوى، فجعل هذا الوقت هو الذى يُحدد به للقانون الواجب التطبيق على منازجة الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، فإذا كان الخصوم متحديين فى الطائفة والملة وقت رفع الدعوى طبقت شريعتهم وإلا كانت الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق.

ومعنى هذا النص أيضاً أن المشرع يعتد بكل تغيير يطرأ بعد نشوء العلاقة القانونية طالما كان هذا التغيير قد حدث قبل رفع الدعوى. أما التغيير

الذي يطراً بعد رفع الدعوى - وفي أثناء سيرها - فلا أثر له إلا إذا كان تغييراً للديانة، وبالذات إلى الإسلام، فعندئذ تطبق أحكام الشريعة الإسلامية.

ولكن لم يتضمن القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ نصاً مماثلاً للنص السابق بعد أن قام المشرع بإلغاء القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، الأمر الذي يدعو إلى التساؤل عن الحكم الواجب الاتباع في هذه المسألة، فالظاهر أن المشرع أراد ترك حكم هذه المسألة لاجتهاد الفقه والقضاء، ولكن ما هو مبرر المشرع لهذا المسلك؟.

يبدو أن المشرع في إغفاله المتعمد لوضع حل للمسألة إنما تأثر ببعض الانتقادات التي وجهت للحل الذي أتى به في نص المادة السابعة من القانون ٤٦٤ لسنة ١٩٥٥.

ويمكن إيجاز تلك الانتقادات فيما يلي:

أولاً: فقد انتقد مسلك المشرع في المادة السابعة على أساس أنه سمح للفرد بأن يغير بإرادته المنفردة ما تخضع له علاقاته مع الآخرين من قواعد قانونية، الأمر الذي يؤدي إلى انتقال في حقوق الطرف الآخر دون رضاه، وهذا ما تباه أبسط مبادئ القانون والعدالة.

ثانياً: "أن الحل الذي أخذ به المشرع من الاعتراف بلحظة رفع الدعوى من شأنه أن يفتح الباب على مصراعيه أمام تحايل الأفراد على القانون، فحرية تغيير العقيدة قد يستغلها الأشخاص كوسيلة للتحايل على القانون. فالزوج أو الزوجة الذي يشعر بأن ثمة نزاعاً على وشك الوقوع يستطيع أن يغير دينه كما يشاء كي يحصل على أفضل المزايا الممكنة من الدين الجديد. فلو كان الأطراف من نفس الملة والطائفة فيستطيع أحدهما أن يغير طائفته إلى طائفة أخرى كي تصبح الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق في النزاع ومن ثم يستطيع أن يستفيد من المزايا التي تخولها أحكامها على حساب الطرف الآخر. فالحل الذي توصل إليه المشرع في قانون سنة ١٩٥٥ هو أسوأ الحلول التي تؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه أمام التحايل على القانون".

ثالثاً: أن المشرع يجعل التغيير إلى ديانة أخرى غير الإسلام مشوباً بمظنة الغش أو مقطوع فيه بهذا، أما التغيير إلى الإسلام فهو برئ من كل شبهة، ولا يرد على هذا بأن الشريعة الإسلامية باعتبارها ديانة العدد الأكبر من المصريين هي للشريعة العامة، ومن ثم ينبغي التوسع في الحالات التي يستبعد فيها تطبيق الشرائع غير الإسلامية ويكون ذلك بالاعتداد بالتغيير إلى الإسلام ولو طرأ بعد رفع الدعوى، لأن المسألة ليست مسألة شريعة عامة وشرائع استثنائية، وإنما هي معرفة ما إذا كان هناك غش أم لا، وقد قطع المشرع بأن هناك غشاً إذا حدث التغيير بعد رفع الدعوى إلى ديانة أخرى غير الإسلام فكان المنطق أن يقرر ذات الحكم ولو كان التغيير إلى الإسلام.

رابعاً: أنه - إذا كان القصد من نص المادة السابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - وهو التوسع في حالات تطبيق الشريعة الإسلامية، فلا يوجد مبرر لعدم الاعتداد بتغيير الديانة إلى غير الإسلام. وكان الأولى أن يعتد المشرع بكل تغيير يطرأ أثناء سير الدعوى سواء أكان إلى الإسلام أو إلى ديانة أخرى، لأنه إذا كان إلى الإسلام فسيترتب عليه تطبيق الشريعة الإسلامية وهذا ما يقضى به المشرع فعلاً، أما إذا كان التغيير إلى ديانة أخرى فسيترتب عليه أيضاً في معظم الحالات تخلف شرط اتحاد الملة والطائفة ويؤدي إلى تطبيق الشريعة الإسلامية.

خامساً: أنه إذا كان المشرع قد اعتد بالتغيير الحاصل بعد رفع الدعوى إذا كان إلى الإسلام، فكان ينبغي أن يشترط أن يكون الإيمان بالدين الجديد عن عقيدة صادقة لا بقصد الغش أو التحايل على القانون. وعلى ذلك ينبغي الحد من الآثار المترتبة على التغيير بنزرة الغش نحو القاتون كما يجب تقييد آثار التغيير بفكرة الحقوق المكتسبة، حيث يجب صيانة الحقوق المكتسبة للطرف الثاني والتي لا تتعارض مع ممارسة الطرف الذي غير ديانته للحقوق التي يخلوها له قانونه الديني الجديد.

وعلى ذلك فإنه في حالة ما إذا غير أحد الزوجين ديانته إلى الإسلام مثلاً، فإن من حقه كزوج مسلم أن يطلق زوجته وأن يعدد زواجه، ولكن

لزواجه من ناحية أخرى حقوقها المكتسبة التي لا تتعارض مع حقوق الزوج الجديدة، فلها أن تطلب الطلاق من زوجها إذا كانت معاشرتها له تصطدم مع عقيدتها الدينية ولها أن تكفى برفض معاشرته وطلب نفقة منه. وليس في ذلك ما يتعارض مع حقوق الزوج الذي اعتنق الإسلام، لأنه ليس من ممارسة الدين الجديد في شيء أن تكون له زوجة غير مسلمة لا تقبل معاشرته، ولا يصطدم ذلك بأية عقيدة دينية من عقائد الزوج. وكذلك ليس من ممارسة الدين الجديد في شيء أن لا يلزم الزوج في ماله بنفقة الزوجة التي أصبحت حقا مكتسبا لها من مجرد زواجها الأول منه في ظل ديانتها المشتركة.

تلك هي الانتقادات التي وجهت لنص المادة السابعة، ولكن بعد إلغاء هذه المادة علينا أن نبحث عن حل لهذه المسألة، فلقد أعادنا المشرع إلى الوراء أي إلى ما قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، وحيث كانت هذه المسألة محل خلاف في الفقه والقضاء، وفي هذا الشأن نعرض للأراء التي قبلت حلا لهذه المسألة لنبين الحل الواجب الإتيان في هذا الصدد.

مسلك الفقه والقضاء في شأن تحديد الوقت الذي يعتد فيه بالاتحاد في الملة والطائفة قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥:

الرأى الأول:

لقد ثارت مشكلة تغيير أحد الممتازين لطائفته أو ملته إبان اختصاص المجالس المليية بمنازعات الأحوال الشخصية وبمناسبة تنفيذ عدة أحكام متباينة صادرة في منازعة واحدة عن عدة مجالس أو من مجلس ملي ومجكمة شرعية. وقد رؤى في سنة ١٩٢٠ تشكيل لجنة للفصل في هذه المسائل، ومن استقرأ الحلول التي انتهت إليها هذه اللجنة في مختلف المنازعات التي تعرضت لها يتبين أنها قد استتبقت قاعدة طبقتها باستمرار وثبت عليها العمل في تنفيذ أحكام المجالس المليية والمحاكم الشرعية وتسمى بقاعدة عقد الزواج. وميناها أن الزواج حين عقده على مذهب طائفة يرتضى الزوجان أحكام قانون هذه الطائفة شريعة لهما يعرفان منه حقوقهما وواجباتهما، ولا يجوز لأحد الزوجين أن يغير هذا القانون بإرادته ويبدل في واجباته وفي حقوق الطرف

الأخر بالانتقال إلى مذهب آخر أو إلى ديانة أخرى تبيح لهما كان حراماً في مذهب الأول أو في ديانتته الأولى.

مفاد الرأي المتقدم إذن هو إنه يأخذ بفكرة الحقوق المكتسبة. فالزواج الذي يعقد في ظل شريعة معينة يرتب لأطرافه حقوقاً، وبالتالي لا يجوز لأي من الطرفين أن يسلك مسلكاً يؤدي إلى المساس بالحقوق المكتسبة التي اكتسبها الطرف الآخر.

وقد انتقد هذا الرأي بما يلي:

١- أن فكرة الحقوق المكتسبة تستقيم في ظل العلاقات التعاقدية، أما الزواج فلا يعد عقداً بالمعنى التقليدي وإنما هو يجمع إلى جانب صفته العقدية صفة النظامية، فدور الإرادة فيه محدود والأطراف لا يستطيعون أن يعدلوا في الكثير من أحكامه وخاصة في آثاره، ولهذا يصعب الأخذ بفكرة الحقوق المكتسبة التي تقوم في جوهرها على فكرة أن العقد شريعة المتعاقدين.

٢- "على أنه ينبغي أن يراعى في صدد الاستناد إلى قانون العقد والتمسك بالحقوق المكتسبة التي ينشئها، أن هذه الحجة إذا قامت بصدد الزواج، بإعتباره "عقداً"، كما يقولون، فإنها لا تقوم بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية الأخرى التي ليس لها شبيهة تعاقدية، كالتقريب مثلاً، ولهذا فإن الاستناد إلى قاعدة العقد يعتبر حجة قاصرة من هذه الناحية".

٣- "كما أن القول بأن أطراف العلاقة يظلوا دائماً وأبداً خاضعين لشريعة واحدة هي التي تم في ظلها الزواج ينطوي على نوع من التعارض مع مبدأ حرية العقيدة. فهذا المبدأ يقتضى أن يستفيد الشخص من أحكام ديانتته الجديدة، وتقييده بالخضوع للشريعة القديمة فيه مساس بحرية عقيدته".

والمواقع أنه إذا كان من حق الشخص - دستورياً - أن يغير من ديانتته وعقيدته، فما هو الحكم إذا قام بهذا التغيير لا بسبب إلا للتهرب من أحكام الشريعة التي كان خاضعاً لها والمساس بحقوق الطرف الآخر بسوء نية؟

على أية حال، وقد رفضت محكمة النقض المصرية الأخذ بفكرة

الحقوق المكتسبة عندما قضت بأنه ليس للزوجة قانونا التحدى بحق مكتسب في أن تطلب التطلق وفقا لأحكام القانون الذى أبرم عقد الزواج تحت سلطانه، لأن عقد الزواج - على رأى الساند فى فقه القانون - لا يكسب أيا من الزوجين، فيما يختص بالطلاق أو التطلق حقا مستقرا لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص، وقد أيد المشرع هذا النظر فيما سنه من قواعد تنازع القوانين وذلك بما قرره فى المادة ١٣ من القانون المدنى.....".

الرأى الثانى:

ويذهب رأى ثان، (قبل صدور قانون توحيد جهات القضاء)، إلى القول بأن مبدأ حرية العقيدة بعد من المبادئ والحريات الأساسية التى كفلها الدستور لكل المواطنين وحيث يتعلق هذا المبدأ بالنظام العام.

ويقتضى هذا المبدأ وجوب استفادة الشخص الذى يغير طائفته أو ملته من هذا التغيير، فتسرى عليه أحكام الشريعة الطائفية الجديدة أخذا بمبدأ حرية الاعتقاد، وسواء أكان التغيير تغييرا للديانة إلى الإسلام أم إلى غيره أو تغييرا إلى ملة أو طائفة أخرى فى ديانة واحدة.

فإذا كان التغيير إلى الإسلام، فإنه يجب أن يكون القضاء الشرعى هو المختص ويجب تطبيق الشريعة الإسلامية، وذلك فى جميع الحالات طالما تعلقت الدعوى بأحد المسلمين سواء كان قد أسلم قبل زواجه أم بعد زواجه، لأن المحاكم الشرعية تختص دائما كلما كان أحد طرفى الخصومة مسلما ممن يخضعون لاختصاصها وذلك لأنها صاحبة الولاية دوما على المسلمين وعلى غيرهم من أرباب الديانات والملل الأخرى. وكذلك فإن الدستور المصرى ينص على أن الإسلام دين الدولة، فتكون القواعد الكلية فى قانون الإسلام، وهو الشريعة الإسلامية، معتبرة من النظام العام ولا يمكن مطلقا مخالفتها أو السير على حكم يتنافى مع أحد الأحكام التى وردت فى هذه القواعد الكلية. وأهم القواعد الكلية التى تقضى بها الشريعة الإسلامية عدم خضوع المسلمين لغير قضاتهم وكذلك المساواة فى المعاملة بين سائر المسلمين. وكذلك فإنه إذا

ما كانت المحاكم الشرعية تختص بالحكم كلما اختلفت ملة الخصوم إذا كانوا غير مسلمين فمن باب أولى تختص هذه المحاكم إذا كان أحد طرفي الخصومة مسلماً سواء أكان مدعياً أو مدعى عليه. يطبق هذا الحكم بكافة جزئياته، وفي حالة الإسلام الطارئ لأنه لا يتحقق القول بغير ذلك من الوجهة العملية. فمثلاً إذا أسلمت الزوجة وكانت متزوجة بغير مسلم، هل تبقى الزوجة في يمين زوجها احتراماً للقانون الذي تم العقد تحت سلطانه؟ الواقع أنه لا يجوز ذلك لمخالفته للنظام العام، وعلى ذلك فمجرد إسلام الزوجة يحل رباط الزوجية ويمنع بقاء هذه العلاقة. وإذا كان هناك ما يستوجب الرجوع إلى القضاء فإنه يجب الرجوع إلى المحكمة الشرعية لتفصل في النزاع، كما يقول أنصار هذا الرأي بأنه لا فرق بين إسلام الزوجة وإسلام الزوج إذ ليس من المعقول أن يختلف الحكم باختلاف الأشخاص لأن الشرائع والقوانين إنما وضعت للجميع ولم توضع لتطبق على شخص دون آخر.

وإذا كان أنصار هذا الرأي قد أعملوا فكرة النظام العام في هذا الصدد لرفض فكرة الحقوق المكتسبة، فإنهم قد استبعدوا فكرة الغش نحو القانون رافضين تطبيقها في حالة إسلام الزوج قائلين أنه لا يقبل الاعتراض بأن اعتناق غير المسلم للإسلام قد قصد به فقط التحايل والهروب من تطبيق قانون معين وأنه قد تم بسوء نية للتفصل من أحكام ذلك القانون، فمثل هذا القول يعد تدخلاً في عقائد الناس وبحثاً وراء أمر يستحيل التثبت منه ولا يمكن الفصل فيه لتعلقه ببنياتهم المستترة، ولأنه من الأمور اللصيقة بحرياتهم وأحوالهم الشخصية، فليس للقاضي أن يتدخل في عقيدة الأشخاص ويبحث في أعماق قلوبهم للتثبت مما إذا كان إيمانهم صحيحاً أو غير صحيح، بل له الظاهر الرسمي فقط.

أما إذا كان التغيير إلى ملة أو طائفة أخرى، فإنه يجب الاعتداد به لإثبات الاختصاص للمحاكم الشرعية وللشريعة الإسلامية، ولقد سبق أنصار هذا الرأي الأدلة الآتية:

أ - أن محاكم الطوائف هي محاكم استثنائية تم انشائها منحة من ولي

الأمر للطوائف غير الإسلامية اعمالاً لمبدأ التسامح الذي جاءت به الشريعة الإسلامية. وعلى ذلك لا يمكن منحها اختصاصاً على غير رعاياها، فهي ليست لها ولاية عامة في هذا الصدد، وإنما ولايتها استثنائية تقتصر فحسب على رعاياها المتحدّين طائفة وملة.

ب - أن المحاكم الطائفية كانت تطبق دائماً قواعد شريعتها، فهي لا تأخذ بقواعد القانون الدولي الخاص من حيث تطبيق نظرية الإحالة ويكون الأولى إذن أن يطبق قانون الأحوال الشخصية العام في مصر وهو الشريعة الإسلامية، ويجب كذلك للرجوع إلى المحكمة الشرعية وخصوصاً أن الحكمة من منح الطوائف غير الإسلامية هذه الامتيازات هي العمل على تطبيق القانون الشخصي الخاص بإنشاء الطائفة على رعاياها، لا أن يطبق عليهم قانون آخر إلا إذا كان هذا القانون هو القانون العام في هذا الصدد أي الشريعة الإسلامية.

ج - أن كافة القواعد القانونية المبيّنة لاختصاص المجالس المليية (سواء أكانت خطوط همايونية أو أوامر عالية) كانت صريحة في عدم اختصاص هذه المجالس إلا إذا كان الخصوم تابعين لها في الملة. بل لقد جاء في بعض منشورات وزارة الحفانية (منشور بتاريخ ١٤/١/١٩٢٣) بأنه إذا اختلف مذهب الخصوم كانت المحاكم الشرعية هي المختصة بنظر دعاوى الأحوال الشخصية.

ولقد حظى الرأي السابق بتأييد من القضاء. فقد قضى بأن "حرية الاعتقاد مكفولة لكل شخص، فله أن يغير مذهبه أو طائفته، ويكون خاضعاً لحكم مذهبه الجديد فقط متى توافرت الإجراءات الخارجية لالتحاقه بهذا المذهب، وليس للقضاء أن يبحث في صحة اعتقاده الجديد أو الباعث له على اعتناقه هذا المذهب".

وقضى أيضاً بأن: "لا يقبل الطعن في إسلام شخص ونسبة التحايل إليه في اعتناق الدين الإسلامي، ما دام قد أشهر إسلامه في حدود الإجراءات التي يتطلبها القانون. وهذا الرأي قد استقرت عليه أحكام القضاء الوطني، ومن

كما قضت محكمة النقض بأن "الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فقط. فإذا ما غير شخص دينه أو مذهبه رسمياً فإنه من وقت التغيير لا يعتبر خاضعاً إلا لأحكام الدين أو المذهب الجديد. ولا ينبغى للقضاء أياً كانت جهته أن ينظر إلا فى توافر المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناق هذا الدين أو المذهب. فإذا وجدها متوافرة وجب عليه قصر بحثه على النتائج المترتبة على هذا التغيير طبقاً لأحكام الدين أو المذهب الجديد. وإذن فلا يصح التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقاً مكتسباً فى استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقاً للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج الآخر مذهبه".

الرأى الثالث:

ويذهب رأى ثالث إلى الاعتداد بفكرة الغش نحو القانون ورفض الاعتداد بتغيير الديانة أو المذهب إذا ما ثبت أن ذلك قد تم بقصد التحايل للتهرب من أحكام القانون الذى انعقد الزواج فى ظله.

"أن تغيير الديانة يجب أن ينتج كل آثاره فى حق المرتد. فإذا كانت شريعته الجديدة تحرم عليه استبقاء علاقة قديمة أو تجيز له الاستفادة من حق فىجب الأخذ بهذه الأحكام، لا احتراماً لردته فى ذاتها وإنما احتراماً لأحكام الديانة التى انتسب إليها، تلك الديانة التى يقرها المشرع الوضعى ويعترف بمبادئها وبضرورة تطبيقها على المنتمين إليها. وفى الحقيقة يصعب التسليم بأن من يتحول عن دينه إلى آخر يبقى ملتزماً بأحكام ديانته القديمة خصوصاً فى المسائل التى لها مساس بالعقائد كالزواج والطلاق وإن كان ذلك مقيداً بفكرة الغش نحو القانون.

ويقصد بهذه الفكرة أن يعمد شخص إلى التهرب من النصوص الأمرة أو المانعة فى قانون واجب التطبيق بأن يغير فى الظروف الملابس للعلاقة القانونية حتى يمكن بذلك تطبيق قانون آخر يتفق ومآربه، ومثقال ذلك تغيير الشخص ديانته للاستفادة من أحكام ديانة جديدة والتخلص من القيود الواردة

والأصل هو وجوب العمل بأثار تغيير الديانة، حتى إذا ما ثبت أن التغيير لم يحصل بنية خالصة وإنما حصل بنية مشوبة بالغش فلا يعمل به عندئذ، وعلى ذلك يكون الفيصل هو الوقوف على الدافع النفساني الحقيقي، وتقدير حقيقة هذا الأخير يرجع فيه إلى القاضى الذى يهتدى بظاهر الأمور، فإذا أفاد الظاهر وجود النية المشوبة فإن الاختصاص ينعقد للجهة الطائفية القديمة وكذلك شريعته. أما إذا كان الظاهر أو النية الحقيقية مخرصة وجب أن تتخلى الجهة القديمة عن اختصاصها وبالتالي عن قانونها، والفرض الأخير نادر. ومن أهم القرائن على سوء النية هو حصول التغيير أثناء نظر الدعوى، وكذلك الحكم لو أن تغيير الديانة أتى عقب صدور الحكم بالنفقة. وتحقيق العدالة يكون بلا تعصب لديانة أو لأخرى، مرة بتضحية مصالح الزوجة ومرة أخرى بتضحية مصالح الزوج، والحل المتبع يتوقف فى النهاية على رأى القاضى المرفوع إليه النزاع. والمدار كله يقوم على معرفة النية، فإذا كانت نية التهرب ظاهرة فيرد على المتهمب قصده لأن الغش يفسد كل تصرف قانونى لأن أساس التصرفات القانونية حسن النية. فإذا تلاشت وكان سوء النية ظاهراً بطل هذا التصرف وبطلت آثاره حيث لا يمكن مطلقاً السماح بتشجيع الغش".

أما عن موقف القضاء فى شأن هذا الرأى الثالث، فالملاحظ أن بعض الأحكام القضائية التى تعرضت لمسألة تغيير الملة أو المذهب قد راعت فكرة الغش نحو القانون ورفضت الاعتراف بالآثار المترتبة على تغيير الملة أو المذهب إذا ثبت نية التهرب من أحكام الشريعة التى كان يخضع لها عقد الزواج.

أما محكمة النقض فقد قضت بأن "الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية فلا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فقط، فإذا ما غير شخص دينه أو مذهبه رسمياً فإنه من وقت هذا التغيير لا يعتبر خاضعاً إلا لأحكام الدين والمذهب الجديد، ولا ينبغى للقضاء أياً كانت

جهته أن ينظر إلا في توافر المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناق هذا الدين أو المذهب، فإذا وجدها متوافرة وجب عليه قصر بحثه على النتائج المترتبة على هذا التغيير طبقاً لأحكام الدين أو المذهب الجديد. وإذن فلا يصح التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقاً مكتسباً في استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقاً للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج الآخر مذهبه".

كما قضت أيضاً بأن "عقد الزواج لا يكسب أيّاً من الزوجين فيما يختص بالطلاق والتطبيق حقاً مستقراً لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه".

وفى مجال المفاضلة بين الآراء السابقة نميل إلى ترجيح الرأى الثانى، فنقول بأحقية غير المسلم فى تغيير طائفته أو ملته أو ديانتته إلى أى طائفة أو ملة أو ديانة أخرى مع حقه فى الاستفادة بأحكام الشريعة الطائفية أو العلية أو الديانة الجديدة. لا فرق فى ذلك بين أن يتم التغيير بعد نشوء رابطة الزواج أو أثناء سير الدعوى. وذلك على أساس الاعتبارات الآتية:

أولاً: أن مبدأ حرية العقيدة يعد من المبادئ الدستورية الواجبة الاحترام، فالمادة ٤٦ من الدستور تكضى بأن "تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية" هذا المبدأ يتعلق بالنظام العام وينبغى إطلاق النتائج المترتبة عليه، فغير المسلم نزولاً على تلك الحرية الأساسية - حرية العقيدة - بإمكانه الانتقال إلى طائفة أخرى أو ملة أخرى أو أن يغير ديانتته من اليهودية مثلاً إلى المسيحية أو من الأخيرة إلى الأولى أو من أيهما إلى الإسلام، ولا يثريب عليه فى هذا التغيير. ويكفى لاستفادة هذا الشخص من الأحكام القانونية الخاصة بطائفته أو ملته أو ديانتته الجديدة توافر الإجراءات الخارجية اللازمة لهذا التغيير دون أى حق للقضاء فى البحث عن صحة اعتقاده أو الباعث له على هذا التغيير. فلقد استقر قضاء النقض على أن الاعتقاد الدينى مسألة نفسية لا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فقط.

ثانياً: طالما أن من حق غير المسلم أن تكفل له حرية الاعتقاد، فإن مقتضى ذلك أن تكون له تلك الحرية فى أى وقت يشاء، فله هذا الحق قبل

سوء علاقة الزواج وبعد نشونها وقبل المنازعة مع زوجة وبعدها، وقبل الدعوى أو أثناء السير فيها، فإذا ترتب على تغيير الطائفة أو الملة أو الديانة اتحاد الخصوم طبقت شريعتهم، أما إذا ترتب على هذا التغيير اختلاف الخصوم في الطائفة أو الملة أو الديانة، طبقت أحكام الشريعة الإسلامية إعمالاً للفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، أيًا كان وقت هذا التغيير ولا فرق في التغيير إلى طائفة أو ملة أخرى أو إلى ديانة أخرى كالإسلام، فالتغيير يُعمل نتائجه بصفة مطلقة. يؤيد ذلك أن المشرع بإغفاله إيراد حكم مماثل لذلك الوارد بنص المادة السابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد كشف عن نيته الواضحة في إسقاط الحكم القانوني القديم الذي كان يقيد التغيير بضرورة حصوله قبل رفع الدعوى إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام.

ثالثاً: ولا يجوز في هذا الصدد إعمال فكرة الغش نحو القانون، كما لا يجوز الاحتجاج بفكرة الحقوق المكتسبة للزوج الآخر والتي نشأت له في ظل النظام القانوني الذي تزوج في ظله، فكل هذه الأفكار سوف تتصادم مع فكرة النظام العام الذي يكرس لكل شخص حرية الاعتقاد طارحاً مسألة البحث عن النوايا والدوافع إلى صاحب هذا التغيير.

رابعاً: ولكن ما الحكم إذا وقع التغيير بعد صدور الحكم الابتدائي وقبل رفع الاستئناف أو أثناء نظره؟ لا شك في وقوع هذا التغيير أثناء سير الدعوى، حيث يعد الاستئناف امتداداً للدعوى الأولى أمام درجة أعلى، حيث يطرح النزاع بكامله أمام محكمة الاستئناف لتقضى في ذات الدعوى بحكم آخر، وطالما أن المشرع قد أسقط حكم المادة السابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ولم يضمن القانون الجديد رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ نصاً مماثلاً، فإن المنطق يقضى بقبول هذا التغيير، ويمسرى عليه ما يمسرى على التغيير قبل رفع الدعوى، فإذا ترتب عليه اتحاد الخصوم في الديانة والملة والطائفة طبقت شريعتهم وإلا طبقت أحكام الشريعة الإسلامية.

وبلاحظ أن الشريعة الإسلامية هي صاحبة الولاية التشريعية عند

اختلاف الخصوم في الطائفة والديانة والملة، ولما كان التغيير من أحد الخصوم لديانته قد يكون إلى الإسلام:

ففي شأن إثبات إسلام الشخص، يلاحظ ما يلي:

١- أن ثبوت إسلام الشخص أو عدم إسلامه يعد من مسائل الأحوال الشخصية وذلك يجب الرجوع في صدد هذا الإثبات إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

٢- أنه يكفي لثبوت إسلام الشخص أن تتوفر مجرد البينة الشرعية على نطق الذمى بالشهادتين، لأن التلفظ بالشهادتين أصبح علامة على الإسلام وعنواناً له.

٣- أنه لا يشترط لثبوت إسلام الشخص أن يتبرأ من دينه السابق.

٤- كما لا يشترط لهذا الثبوت صدور إعلان أو إشهار رسمي بإسلام الشخص وإذا توافر هذا الإشهاد بورقة رسمية فلا يصح الطعن والادعاء بصورية الإسلام.

٥- وإنه إذا ما ثبت إسلام الشخص فلا يجوز لقاضي الدعوى أن يبحث في جديته أو في بواعثه ودواعيه.

أما في شأن الآثار المترتبة على اعتناق الإسلام، فنقول:

إذا أسلم أحد الزوجين بعد أن كانا غير مسلمين، فإما أن يكون الذي أسلم هو الزوج أو تكون التي أسلمت هي الزوجة.

فإذا كان الذي أسلم هو الزوج وحده، وكانت زوجته كتابية، فزواجهما باق على حاله متى كان زواجهما في ابتدائه مما يقره الإسلام، فزواج المسلم بالكتابية يحل ابتداءً فكذا بقاء، ولأن البقاء أسهل من الابتداء.

أما إذا كانت للزوجة هي التي أسلمت وبقي زوجها على دينه فالزواج في الفقه الحنفي هو وجوب عرض الإسلام على زوجها إن كان بالغاً أو صبيحاً يعقل الأديان، فإن أسلم بقي العقد بينهما وإن أبي أن يسلم فرق القاضي بينهما هذا من الناحية الموضوعية، أما من ناحية الاختصاص، فلقد سبق أن

أشرنا إلى أن تشكيل دوائر للنظر في منازعات الأحوال الشخصية للمسلمين وأخرى لغير المسلمين إنما يعد من قبيل التنظيم الداخلي تتولاه الجمعيات العمومية بالمحاكم لضمان حسن سير العمل ولا ينشئ بذاته اختصاصاً نوعياً لأى دائرة.

ولكن يعيننا في هذا المقام إبراز الملاحظات الآتية:

أن القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ومن بعده القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ لم يجعل تغيير الملة أو العقيدة بصفة عامة مناطاً للاختصاص القضائي وإنما أناط به الاختصاص التشريعي.

ومع ذلك فإن دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين - كما ذهبنا لذلك بعض الأحكام - تكون هي صاحبة الاختصاص بالنظر في منازعات غير المسلمين المختلفين ملة أو طائفة. وإذا قام أحد الخصوم - السابق الإشارة إليهم - بتغيير ديانته إلى الإسلام، تظل هذه الدائرة هي صاحبة الاختصاص، فهي الدائرة التي تقضى بأحكام الشريعة الإسلامية.

وبناء على ذلك تكون دوائر الأحوال الشخصية لغير المسلمين غير مختصة بالنظر في دعاوى غير المسلمين متى اختلفت ملتهم. وكذلك إذا كانت هذه الدائرة تنظر في نزاع غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة، فإنه إذا ما قام أحد المتنازعين - أثناء سير الدعوى - بتغيير ديانته إلى الإسلام، وجب إحالة الدعوى إلى دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين، إلا إذا كانت الدائرة الأولى مشكلة من قضاة مسلمين، ذلك أن القاعدة أنه لا يجوز تولية غير المسلم في القضاء على المسلم.

المطلب الثالث

إثبات الاتحاد في الملة والطائفة وإثبات تغييرها

تمهيد:

رأينا أن المشرع المصري يشترط اتحاد الخصوم في الديانة والطائفة والملة لإمكان تطبيق شريعتهم الخاصة على منازعة الأحوال الشخصية.

ولذلك يلزم بيان كيفية إثبات هذا الاتحاد. ولكن يلاحظ أن المقصود بهذا الاتحاد، هو ذلك الاتحاد بين أطراف العلاقة موضوع النزاع.

وبناء على ذلك إذا عقد الزواج بين زوجين متحدى الطائفة والملة، وأقيمت الدعوى من زوجة أخرى بطلب فسخ هذا العقد فإنه يجب تطبيق أحكام الشريعة الخاصة بالزوجين على العقد محل الدعوى، ولا عبرة باختلاف طائفة المدعى عن المدعى عليه.

وفي شأن دراسة كيفية إثبات الاتحاد بين الخصوم في الملة والطائفة، نعرض للمسائل الآتية:

عبء الإثبات:

إذا أثير نزاع بين زوجين غير مسلمين، وطلب أحد الزوجين تطبيق الشريعة الخاصة وذلك لاتحاده مع الخصم الآخر في الطائفة والملة، وطلب الآخر تطبيق الشريعة الإسلامية - على أساس اختلافه مع الخصم الآخر في الطائفة والملة، فأى الخصمين يكلف بالإثبات، هل يكلف الخصم الأول بإثبات هذا الاتحاد نزولاً على قاعدة أن البيّنة على من ادعى، أم يقع عبء الإثبات على عاتق الخصم الآخر باعتباره ينازع فيما هو ثابت أصلاً ؟

يرى جانب من الفقه القاء عبء الإثبات على من يدعى الاتحاد في الطائفة والملة وذلك على أساس "أن المشرع قد جعل أصلاً مسائل الأحوال الشخصية خاضعة للشريعة الإسلامية. ثم استثنى بالحالة الواردة في المادة السادسة في الفقرة الثانية إذا ما توافرت شروطها، ومنها شرط الاتحاد في الطائفة والملة، فهنا يخضع النزاع للشرائع الطائفية.

فعلى من قال بخضوع نزاعه للقاعدة الاستثنائية التي تقضى بتطبيق الشرائع الطائفية أن يثبت من شروطها ما قد يكون محل نزاع. بل أن على المحاكم نفسها التثبت من الاتحاد في الطائفة والملة إن أرادت تطبيق الشرائع الطائفية فتكلف من يقول بالاتحاد في الطائفة والملة بإثبات ذلك، إن قام لديها الشك، حتى ولو سلم الخصوم بالاتحاد متى كانت لم تستقر بعد على الركون

إلى ما سلموا به، وذلك منعاً من التواطؤ بين الخصوم خاصة وأن القواعد الواردة في المادة السادسة قواعد لا يجوز الاتفاق على خلافها وإلا تمكن الخصوم من التحايل على هذه القواعد الأمر بإقرارهم بالاتحاد في الطائفة والملة حتى يتمكنوا من الخروج عن أصل المادة السادسة والخضوع للاستثناء الوارد في الفقرة الثانية، وعلى ذلك يقع عبء إثبات الاتحاد في الطائفة والملة على عاتق من يذهب إليه، لا على عاتق من يدعى عكسه^(١).

والواقع أن الذي يدعى الاتحاد في الطائفة والملة لا يدعى بخضوع نزاعه للقاعدة الاستثنائية، فكل من الادعائين مستقلين، وهو يدعى الاتحاد تمهيداً لتطبيق القاعدة الاستثنائية، وفرق كبير بين قواعد الإثبات وبين كون القاعدة القانونية المطلوب تطبيقها قاعدة عامة أو استثنائية، فالرأي السابق إذن يخلط بين قواعد الإثبات والقانون المراد تطبيقه، فتحديد قواعد الإثبات لا علاقة له بالقاعدة القانونية واجبة التطبيق. كما أن القول بأن تطبيق الشريعة الإسلامية على منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين يعد هو الأصل وأن تطبيق الشرائع الخاصة هو الاستثناء لهو قول جانبه التوفيق. ذلك أن الأصل هو في خضوع هذه المنازعة للشريعة الخاصة والاستثناء هو خضوعها للشريعة الإسلامية. ولا يتعارض هذا القول مع ما قلناه سابقاً من أن الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في الأحوال الشخصية، وفرق كبير بين كون الشريعة هي الأصل وكونها هي الشريعة العامة فمعنى كون الشريعة الإسلامية شريعة عامة، أنه عند تخلف شرط تطبيق الشريعة الخاصة، وجب البحث عما يعد من قبيل الشريعة العامة لنطبقه على النزاع.

وبناء على ما تقدم يجب الرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات لتحديد من يلقى عليه عبء إثبات الاتحاد في الطائفة والملة.

فطبقاً للقواعد العامة في الإثبات يتحمل عبء الإثبات من كان قوله على خلاف أصل أو ظاهر أو غالب أو عرف فهو مدعى وتلزمه البيّنة،

(١) أيهاب إسماعيل - أصول الأحوال الشخصية - فقرة ٧٤ ص ١٣٥.

أى الدليل^(١).

فما هو الأصل فى منازعات الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المسلمين؟ هل الأصل هو اتحاد طرفى الخصومة فى الملة والطائفة أم الأصل اختلافهما؟ نلاحظ أن معظم قواعد وقوانين الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية تشترط لصحة الزواج أن يكون بين زوجين مسيحيين من ملة وطائفة واحدة ولذلك كان الأصل هو عدم تزويج أفراد ينتسبون إلى طوائف متباينة أو ملل مختلفة، فكل كنيسة طقوسها الدينية الخاصة والتي يتعذر اجراؤها عند وجود اختلاف بين الزوجين.

ولا يناقض هذا الأصل أن بعض المسيحيين لا يراعون شرط الاتحاد فى الملة والطائفة عند الزواج. فبجانب هذا الأصل يوجد أيضاً ما يطلق عليه "الغالب". فالغالب هو الأمر الذى إذا وقع فإنه يتصور وقوعه راجحاً فى أغلب الأحوال أو يتصور صدق وقوعه حسب المؤلف. وعلى ذلك من يدعى خلاف الأصل أو يدعى خلاف الراجح أو الغالب يقع عليه إثبات ما يدعيه.

وعلى ذلك فالخصم الذى يدعى اتحاد الملة والطائفة لا يكلف بإثبات ما ادعاه، لأن قوله جاء موافقاً لأصل أو غالب، وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعى الاختلاف فى الملة والطائفة لأن قوله جاء مخالفاً للأصل أو للغالب. فإذا وقع عبء الإثبات على من يدعى بوجود اختلاف فى الملة والطائفة، فيجب أن ينصب هذا الإثبات على انتماء كل طرف من أطراف المنازعة لملة أو طائفة أخرى مغايرة لملة أو طائفة الخصم الأخر.

وتطبيقاً لذلك قضى بأن جماعة الأدفنتست وكنيسة الانجيليين اللوطنيين كلاهما من شيع المذهب البروتستانتي، ولذلك فإن الزواج بين اثنين أحدهما تابع للطائفة الأولى والثانية للطائفة الأخرى لا يعد زواجا بين مختلفى الطائفة أو الملة.

(١) انظر كتابنا "أصول الإثبات فى المواد المدنية والتجارية" - النظرية العامة فى الإثبات - طبعة بيروت ١٩٨٦ ص ٣٢٣ وما بعدها.

ويلاحظ أيضاً أن الادعاء باختلاف الخصوم في الملة أو الطائفة، لا ينتج أثره إلا إذا أثبت أن الاختلاف كان ناتجاً عن طريق الانضمام إلى طائفة أخرى لها وجود قانوني معترف به ورئاسة دينية معتمدة.

والأصل أنه يجب الرجوع إلى القواعد القانونية الوضعية والمصادر الدينية لغير المسلمين لبيان ما إذا كان الانتماء إلى جماعة معينة يعتبر من قبيل تغيير العقيدة الدينية أم لا.

وتقتضى القواعد العامة في عبء الإثبات أنه إذا قدم مدعى الاختلاف دليلاً، وجب على الطرف الآخر أن يقدم ما يدحضه إن أمكنه ذلك، فإذا أخفق في هذا الإثبات فإن الشريعة الخاصة لن تنطبق. وبالتطبيق لذلك فإن العجز عن إثبات التغيير بطريقة لا تقبل الشك، مفاده اعتبار الشخص باقياً على طائفته أو ملته القديمة. ويترتب على ذلك أنه إذا طبقت المحكمة الشريعة الخاصة على نزاع بين غير المسلمين لم يكونا متحدى الطائفة والملة فإنها تكون قد خالفت القانون. ولا يجوز التحدى - في هذا الصدد - بأن أحد الطرفين قد ارتضى هذا الانطباق المخالف للقانون. فالمسألة إنما تتعلق بتوزيع الولاية بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الشرائع الخاصة، وهي مسألة متعلقة بالنظام العام.

وسائل إثبات الاتحاد في الملة والطائفة:

لما كان الاتحاد في الملة والطائفة بين الخصوم يعد واقعة مادية، فإنه يجوز أن يقبل في إثباتها أية وسيلة من الوسائل طالما اقتضت بها محكمة الموضوع، وعلى ذلك يجوز هذا الإثبات بالبينة وبالقرائن وبالأقرار وبأى دليل آخر تطمئن إليه المحكمة.

ويتجه قضاء النقض إلى أنه يثبت الاتحاد في الملة والطائفة متى سلم الطرفان طيلة مراحل التقاضي باتحادهما في الملة والطائفة واستمرار المدعى عليه لا يدعى غير ذلك حتى صدور الحكم النهائي. ولا يجوز المنازعة في الاتحاد في الملة والطائفة لأول مرة أمام محكمة النقض.

ومن قواعد الإثبات التي تفيد في هذا الصدد القاعدة التي تقضى بأن "الأصل بقاء ما كان على ما كان"، وهذا هو الاستصحاب وهو الحكم ببقاء أمر محقق لم يظن عدمة، وعلى من يدعى بتخلف بقاء هذا الأمر المحقق أن يثبت ذلك.

وبالتطبيق لذلك إذا استخلصت محكمة الموضوع في حدود سلطتها أن الطرفين كانا على ملة معينة وأحدة قبل الزواج فإنه يمكن استصحاب هذا الحال حتى رفع الدعوى إلى أن يقوم الدليل على التغيير الحاصل قبل ذلك.

ومن بين القرائن التي تفيد انتماء الشخص إلى طائفة معينة أن يجري اتمام الزواج طبقاً للمراسم الدينية لهذه الطائفة. ولكن إذا كان الطرف الآخر - المختلف معه الطرف الأول في الطائفة - قد قبل اتمام الزواج (أو اتمام الخطبة) وفق الطقوس الدينية لطائفة هذا الخصم، فهذا لا ينهض دليلاً على انضمامه إلى ذات الطائفة.

وقد تستشف المحكمة اتحاد الخصوم في الطائفة والملة بما ثبت في عقد الزواج من اتحاد الطائفة والملة للطرفين، ولكن ما تستشفه المحكمة في هذا الصدد يعد مجرد قرينة بسيطة يمكن أن تدحض بالدليل العكسي. وتتجه بعض المحاكم إلى أن التصيد على مذهب معين لا يفيد بذاته الانتماء إليه.

وسائل إثبات الاختلاف في الملة والطائفة:

قد يكون الطرفان متحدى الملة والطائفة ثم يزعم أحدهما أنه قد اختلف مع الطرف الآخر ملة أو طائفة وذلك عن طريق انضمامه إلى طائفة مغايرة فكيف يثبت هذا الانضمام المحقق لهذا التغيير؟.

إثبات الانضمام:

أشرنا من قبل إلى أنه طبقاً لمبدأ حرية الاعتقاد يحق للشخص أن يغير ملته أو طائفته بمطلق إرادته وذلك عن طريق الانضمام إلى طائفة أخرى. ويشير هذا الانضمام عدة مسائل نعرض لها فيما يلي:

١- أهلية تغيير العقيدة:

لابد لصحة التغيير أن يكون للشخص أهلا لممارسة حرية تغيير العقيدة. ويقصد بالأهلية هنا أن يصل الشخص إلى السن الذي تزول معه الولاية على النفس. فقد قضت محكمة النقض بأن "الإقرار بالانضمام إلى إحدى الطوائف الدينية مرتبط بالولاية على النفس دون المال فلا يشترط لصحته أن يكون المقر قد بلغ سن الحادية والعشرين ميلادية وهي سن الرشد القانوني اللازم لصحة التصرفات المالية بل يكفي بلوغ سن الخامسة عشرة^(١) التي تزول فيها الولاية على النفس. وإذن فمتى كانت الزوجة عند إقرارها بالانضمام إلى طائفة الروم الكاثوليك قد تجاوزت سن الخامسة عشرة فزال عنها الولاية على النفس وأصبحت تملك مباشرة زواجها بنفسها، فإنه يكون في غير محله الطعن على هذا القرار بالبطلان لعدم بلوغها سن الحادية والعشرين ميلادية وقت صدوره منها".

٢- عدم توقف التغيير على اخطار الطائفة القديمة:

طبقاً لمبدأ حرية العقيدة، يجوز للشخص أن يغير من ملته أو طائفته، ويتنافى مع هذه الحرية ويعد قيماً عليها غير مقبول اشتراط أن يقوم هذا الشخص باخطار طائفته القديمة بنيته في الانضمام إلى طائفة أخرى، أو اخطارها بحصول هذا الانضمام فعلاً.

٣- تحديد الوقت الذي يعتبر التغيير أنه قد تم فيه وأصبح منتجاً لآثاره:

يعد التغيير قد تم متى استوفيت الإجراءات الرسمية التي يحددها قانون الطائفة المنضم إليها. أما إذا لم تستوف هذه الإجراءات فإن التغيير يعتبر أنه لم يتم. كما يكون لقاضي الموضوع السلطة الموضوعية في شأن

(١) تختلف شرائع غير المسلمين في تحديد السن التي تنتهي ببلوغها الولاية على النفس، ففي الدعوى التي صدر فيها الحكم، كانت شريعة الروم الأرثوذكس هي المنطبقة على النزاع وتحدد هذه الشريعة السن المشار إليه بخمسة عشر سنة (بالنسبة للأنثى). وفي شريعة الأقباط الأرثوذكس تتحد هذه السن بإحدى وعشرين سنة (مادة ١٦٩ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس) ولدى الانجيليين ثمانى عشر سنة وبالنسبة للكاثوليك ست عشرة سنة للفتى وأربع عشرة سنة للفتاة.

تحديد تاريخ الانضمام للطائفة وبالتالي حدوث التغيير.

٤- سلطة الكنيسة في قبول طلبات الانضمام:

لا يعد اخلاصا بحرية العقيدة أن يكون للسلطة الكنسية الحق في التأكد من جدية طلب الانضمام وأنه نابع عن اعتناق كامل سليم من الشخص الراغب في الانضمام وأنه لم يقصد بإنضمامه مجرد التحايل على القانون. وبعد القرار الصادر عن هذه السلطة قراراً دينياً يدخل ضمن صميم اختصاصها، باعتبار أنه من الأعمال الدينية الباقية للجهات الكنسية.

٥- لا يعد انضماماً الانضمام إلى وحدة مكتفية جديدة تابعة لذات الطائفة:

يحدث كثيراً أن يكون الشخص تابعاً لكنيسة معينة في مكان معين (أو في بلد معين) ثم ينتقل إلى مكان أو بلد آخر وينضم إلى كنيسة أخرى تابعة لذات الملة والطائفة، كان يكون مثلاً قبطياً أرثوذكسياً تابعاً لكنيسة أسيوط ثم ينتقل إلى القاهرة وينضم إلى كنيسة الأقباط الأرثوذكس في شبرا مثلاً، هنا لا يعد هذا الانضمام الجديد لتلك الكنيسة تغييراً للطائفة وإنما استمراراً لعضويته في الطائفة السابقة، حيث لا ينشئ هذا الانضمام عضوية جديدة. فإذا ما أثير نزاع حول توافر شرط الاتحاد في الملة والطائفة قبل رفع الدعوى، فالشخص هنا يعد منتظماً لطائفة الأقباط الأرثوذكس منذ تاريخ تبعيته لكنيسة أسيوط وليس من تاريخ انضمامه إلى كنيسة شبرا بالقاهرة.

إلغاء أو إبطال الانضمام:

تستقر أحكام محكمة النقض على أن للرئيس الديني للملة أو الطائفة أن يبطل الانضمام بعد قبوله ويعتبره كأن لم يكن إذا تبين عدم جديته. فحق إبطال أو إلغاء قرار الانضمام يعد من حقوق الكنيسة التي تمارسها طبقاً للحرية الدينية التنظيمية التي اعترف بها المشرع للكنائس، فمثل هذا القرار - كما قالت محكمة النقض - يندرج في صميم الأعمال الدينية الباقية للجهات الكنسية ولا يعد من قبيل ممارسة أية سلطة قضائية أصبحت هذه الجهات لا تملكها بعد صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

فالقرار الصادر بالغاء أو ابطال الانضمام يعد إذن عملاً إدارياً وقراراً دينياً صادراً عن الكنيسة، والأصل فيه أن يصدر بعد التحقق من إيمان الشخص، ويعد الإيمان مسألة داخلية نفسانية، وبالتالي كنان الأصل في هذا القرار أن لا يخضع لتدخل القضاء.

ولقد استقر قضاء النقض على أنه لا تعارض بين سلطة الكنيسة في مسائل التغيير مع مبدأ حرية العقيدة طالما أن الانضمام معقود بإرادتها وطالما أن هذه السلطة محدودة بمهمتها الدينية دون تدخل من السلطة الحاكمة، فلها إذن أن تبطل قرار الانضمام.

الفصل من الكنيسة ومشكلة تحديد ملة وطائفة المفضول:

قد يحدث مثلاً أن شخصاً كان ينسب إلى طائفة معينة، ثم غير طائفته إلى أخرى، وبعد ذلك لم يتم بما تفرضه عليه قواعد الطائفة الجديدة، فقامت الرئاسة الدينية للطائفة الجديدة بفصله، ويحدث ذلك في أغلب الأحوال عند قيام هذا الشخص باستعمال حق من الحقوق التي تخولها له الشرعية الواجبة التطبيق ولا سيما الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، فماذا تكون ملة وطائفة هذا الشخص بعد صدور قرار الفصل، هل يعود إلى طائفته القديمة أم يصبح بلا ملة؟

علينا أن نحدد أولاً الفارق بين قرار ابطال الانضمام وقرار الفصل.

في حكم صادر في ٢٥/١٠/١٩٧٨^(١) عن محكمة النقض تعرضت المحكمة للفروق بين ابطال الانضمام والفصل فقالت:

"المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للجهات الكنسية سلطة البحث في دوافع وبواعث تغيير العقيدة لقبول الانضمام إليها بدءاً، كما أن لها أيضاً تتبع مدى سلامة الانضمام بعد حصوله، بمعنى أن لها أن تبطله وتعتبره كأن لم يكن متى استبان لها أن الشخص كان عند انضمامه سئ النية، ولم يستهدف من التغيير إلا التحايل على القانون شريطة أن يكون سبب الإبطال معاصراً

(١) طعن رقم ٢٨ س ٤٦ ق.

لقرار الانضمام وليس لاحقاً عليه فينبسط الإلغاء عندئذ بأثر رجعي، ويعتبر باقياً على مذهبه وكان تغييراً لم يحدث، ولقاضي الموضوع مراقبة الظروف التي حدثت بالجهة الدينية إلى إبطال قرار الانضمام - أياً كان الوصف الذي تطلقه عليه - للتحقق من صدوره في نطاق السلطات الكنسية للباقية لها، وأنه يبنى على أساس سوء نية طالب الانضمام عند تقديم طلبه وأن مرده إلى سبب مصاحب لقرار الانضمام ومعاصر له وليس مبعثه سلوك الشخص في فترة لاحقة على انتمائه سليماً، باعتبار ذلك مسألة تكليف تتعلق بتطبيق القانون على واقعة الدعوى.

ويتعين التفرقة بين هذه الحالة - حالة إبطال قرار الانضمام - التي جزاؤها السحب أو الإلغاء أو البطلان جزاء الغش في التغيير، وبين اتمام الانضمام عن عقيدة وحسن نية ثم يتبين للجهة الدينية المنتمى إليها أن سلوك المنضم الشخصي غير قويم وأنه أقدم على ما يخالف تعاليم الطائفة فإنها توقع عليه جزاء الفصل من الكنيسة، ولا يعود المفصول إلى ملته القديمة بل يعتبر بلا مذهب أو ملة^(١).

الأثر المترتب على الفصل:

إذا فرض أن شخصاً كان ينتسب إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس، ثم غير طائفته وأصبح سريانياً، وبعد ذلك لم يبق بما تفرضه عليه قواعد هذه الطائفة، فصل منها، فماذا تكون ملته بعد الفصل؟

يرى الفقه أن هذا الشخص يصبح لا طائفة له وإن ظل في الوقت نفسه مسيحياً أرثوذكسياً. وبعبارة أخرى فإن الفصل لا يمكن إعماله بأثر رجعي، بل يعمل بآثار مباشرة من تاريخ صدوره، ويترتب عليه أن يصبح المفصول بلا طائفة وتطبيق الشريعة الإسلامية على أحواله الشخصية".

هذا وقد تعرضت محكمة النقض لطبيعة الأثر المترتب على الفصل فقضت بأن القرار بالفصل لا يكون له أثر رجعي لأن الانضمام يكون تم

(١) أنظر أيضاً نقض ١٩٧٧/١/٢٦ طعن ١٥ ص ٤٥ ق.

صحيحاً وبناء على ذلك يتخلف شرط الاتحاد في الطائفة بين الزوج المفصول
مثلاً وبين زوجته (إذا لم تكن قد فصلت معه) وتصبح الشريعة الإسلامية هي
صاحبة الاختصاص التشريعي في هذا المجال، بل وحتى إذا فصلت زوجته
وأصبح الاثنان بغير طائفة فلا يمكن القول بوجود اتحاد في الملة بينهما يعد
كافياً لانتطاق الشريعة الخاصة، حيث لا تطبق هذه الشريعة إلا باجماع
الاتحاد في الملة والطائفة.

**موقف مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد لجميع الطوائف المسيحية من
مشكلة التغيير الطائفي:**

ورد في المادة (١٤٣) من هذا المشروع ما يلي:

تظل للزوجية وما ينشأ عنها من آثار خاضعة للأحكام المبينة بهذا
القانون والخاصة بالشريعة التي تمت المراسيم الدينية وفقاً لطقوسها.
ولا يعد بتغيير أحد الزوجين طائفته أو ملته أو ديانتته أثناء قيام
الزوجية، وكذلك تسرى هذه الأحكام على المنازعات الخاصة بصحة الزواج
وبطلانه وبإحلاله بالطلاق والتطليق والانفصال".

يراعى أن هذا الحكم يمثل مطلباً ملحاً للكنائس المسيحية، وله مبرراته
المعقولة التي تحول دون قيام أحد أطراف العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة
بتغيير القواعد القانونية التي كانت تحكم تلك العلاقة. ولكن يصطدم هذا الحكم
بعقبة معينة وهي حرية الشخص في الاعتقاد ولذلك قد يشوب هذا الحكم شائبة
عدم الدستورية، فالاعتراف للشخص بحرية العقيدة يستتبع استفادة هذا
الشخص من الأحكام القانونية المتصلة بالعقيدة الجديدة لاتصال وارتباط
القواعد التي تحكم عقد الزواج بهذه العقيدة. ولذلك من الأوفق معالجة الموقف
بأحكام أخرى تحول دون أن يتم هذا التغيير عن غش وإضرار بالطرف
الأخر (١).

(١) أنظر مناقشة مستفيضة لهذا الموضوع في مؤلفنا "الوسيط في شرح أحكام الأحوال
الشخصية لغير المسلمين - الجزء الأول - طبعة بيروت ١٩٨٦ من ص ٣٠٦ إلى

الفرع الثاني

وجوب وجود جهات قضائية ملية منظمة وقت

صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

المقصود بالجهة القضائية:

علق المشرع المصري - في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ - تطبيق الشريعة الخاصة، على وجود جهات قضائية ملية منظمة للمنتازعين حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ (وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥). فماذا تعنى الجهة القضائية ؟

تعنى كلمة جهة قضائية، الهيئة أو المحكمة التي تفصل في المنازعات أو الخصومات. فهل كان لغير المسلمين مثل تلك الهيئات أو المحاكم قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥. لقد سبق أن عرضنا لتاريخ نشأة القضاء الطائفي في مصر ورأينا أن الوضع قد انتهى إلى وجود جهات قضائية طائفية متعددة اختلفت بالفصل في منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين.

هذا وقد وصف المشرع تلك الجهات القضائية "بالملية"، فماذا تعنى هذه الكلمة ؟

لقد رأينا أن الملة تعنى المذهب، ومذاهب المسيحية ثلاثة: الأرثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية، فإذا أخذنا بهذا المعنى، لكنت عبارة الجهة القضائية الملية أن يوجد هناك قضاء ملى للأرثوذكس وآخر للكاثوليك وثالث للبروتستانت. ولكن الواقع كان على خلاف ذلك. فلقد تعددت طوائف الملة الأرثوذكسية وكذلك الكاثوليكية وكان لكل طائفة - قبل صدور قانون ١٩٥٥ - جهة قضائية، أما اليهود القراؤون والبروتستانت فقد كانت كل منهم تعد ملة واحدة فلم ينقسموا إلى طوائف.

وعلى ذلك ففهم عبارة المشرع على أنها تعنى وجود قضاء ملى

مذهبي يختص بأهل كل ملة (مهما تعددت طوائفها) إنما لا يعد متفقاً مع الواقع الذي كان عليه الحال قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، لذلك فإن مقصد المشرع هنا ويجب أن ينصرف إلى ما كان عليه الوضع قبل صدور هذا القانون، ألا وهو وجود جهات قضائية طائفية. وعلى ذلك تعنى عبارة "جهة قضائية ملية" الجهات القضائية الطائفية التي وجدت قبل صدور القانون المشار إليه.

ولكن بالنسبة للملل غير الإسلامية التي لم تنقسم انقساماً طائفيًا، بفعل الواقع، أو لأن المشرع لم يعترف بتقسيمها للطائفي، فإنه يصدق بالنسبة لها، عبارة المشرع "جهة قضائية ملية" حيث كانت لهذه الملل - كالملة البروتستانتية واليهود القرازون - جهة قضائية ملية.

يجب أن تكون تلك الجهة القضائية جهة منظمة قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أي حتى (١٩٥٥/١٢/٢١):

لم يكتف المشرع في اشتراط انطباق الشرائع الطائفية أن توجد جهة قضائية طائفية قبل صدور قانون ١٩٥٥ وإنما اشتراط أيضاً أن تكون تلك الجهة القضائية، جهة منظمة، فماذا تعنى هذه الكلمة.

الجهة القضائية المنظمة هي تلك الجهة أو الهيئة التي قامت الدولة بتنظيمها تشريعياً، فاعترفت بها وأقرت محاكمها وجعلت لأحكامها قوة التنفيذ التي تتوافر لسائر الأحكام القضائية.

أشرنا من قبل إلى أن اختصاص القضاء الطائفي لغير المسلمين في مصر كان يقوم على أساس من الخط الهمايوني الصادر في سنة ١٨٥٦ وعلى منشورات الباب العالي الصادرة في ٣ فبراير وأول ابريل وآخر مايو سنة ١٨٩١ والتي تم إبلاغها إلى الحكومة المصرية.

ويلاحظ أن هذا الخط الهمايوني قد نص على وجوب انشاء مجالس مختلطة من رجال الدين ومن أعيان من الطائفة ينتخبون ويشاركون معاً في إدارة أمور الطائفة كلها ومنها الفصل في الدعاوى.

كما قضى هذا الخلط الهمايوني بوجوب سن لوائح تسير عليها
البطريكخانات ومجالسها في إدارة أحوالها ويحدد فيها اختصاصها.
وبناء على ما تقدم وضعت في ١٨٦٢/٢/٨ لائحة عمومية
لبطريكخانة الروم الأرثوذكس، كما سنت لائحة عمومية أخرى للأرمن
الأرثوذكس وثالثة للأسرانيين.

هذا في عاصمة الخلافة العثمانية، أما في مصر، فلقد قامت الحكومة
المصرية بتنظيم أحوال ثلاث طوائف، حيث قامت بتنظيم طائفة الأقباط
الأرثوذكس بالأمر العالي للصادر في ١٨٨٣/٥/١٤ وطائفة الانجيليين
الوطنيين - البروتستانت - بالأمر العالي للصادر في أول مارس سنة ١٩٠٢
ثم طائفة الأرمن الكاثوليك بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٠٥.

أما باقى الطوائف فلم تصدر قوانين بتنظيمها، وإنما كان اختصاصها
القضائي في الفصل في منازعات الأحوال الشخصية لاتباعها يستمد من أحكام
للخط الهمايوني المشار إليه وكذلك المنشورات الملحقة به. وهى فى
اختصاصها القضائى تتماثل مع الطوائف التى نظمت بقوانين طالما كان
معترفاً بها من الحكومة حتى ولو لم يصدر لها فرمان أو براءة. ويحصل هذا
الاعتراف عن طريق اعتماد تعيين رئيسها بأمر عال للطوائف التى لها رئاسة
مستقلة أو بقرار من وزير الداخلية للطوائف التى رئاستها فى مصر تابعة
لرئيس أعلى فى بلد آخر مثل رئيس طائفة السريان الأرثوذكس فى مصر
حيث يتبع مطران القدس وهذا يتبع بطريقتها فى ماردن فى تركيا.

وفى سنة ١٩١٥ وعندما حدث انفصال مصر عن تركيا صدر القانون
رقم ٨ لسنة ١٩١٥ مجيزاً للطوائف الدينية الاستمرار فى ولاية القضاء القائمة بها.

فطبقاً لهذا القانون أصبحت ولاية القضاء للطوائف غير الإسلامية
مستمدة من القانون المصرى مباشرة وانقطعت صلتها بالتشريع العثمانى، إنما بقى
اختصاصها محدداً بالخط الهمايوني وبالمنشورات اللاحقة له التى تم يتناولها
القانون المصرى بأى تعديل وحتى صدور قانون توحيد القضاء، يستوى فى ذلك
الطوائف التى نظمت بقوانين وتلك التى لم تنظم بمثل هذه القوانين.

ضرورة الاعتراف بالطائفة:

رأينا أن اختصاص المجالس المليية القضائي قد استند على الخط الهاميونى والمنشورات الملحقة له، كما تأكد ذلك أيضاً بمقتضى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥، ولكن يضاف إلى ذلك - وهذا أمر جوهري - أن تكون الطائفة قد اعترفت بها الحكومة المصرية، وإلا "جاز لكل داع أن يجمع حوله اتباعاً ويتخذ لهم نظاماً خاصاً للزواج والطلاق معاً وما يتبعها من العلائق العائلية أن ينصب نفسه قاضياً ويتمتع بولاية الحكم عليهم فى كل أحوالهم الشخصية".

وقد أشرنا من قبل إلى أن هذا الاعتراف قد يحصل بطريقة ضمنية وذلك باعتماد تعيين رئيس الطائفة من السلطات المصرية. فلا يكفى فى هذا الصدد أن تثبت للطائفة الشخصية المعنوية طبقاً للشروط العامة لقيام الأشخاص المعنوية، بل لا بد من الاعتراف الخاص للدولة بها. وغنى عن البيان أن هذا الاعتراف يجب أن يكون حاصلًا قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، فإذا تصورنا وجود طوائف أخرى قد اعترفت بها الدولة بعد نفاذ هذا القانون، فإنه لا يترتب على هذا الاعتراف أى أثر من ناحية الاختصاص التشريعى، حيث حصر قانون ١٩٥٥ نطاق تطبيق أحكامه بالطوائف المعترف بها من قبل وكذلك فعل القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

تحديد الطوائف التى كانت لها جهات قضائية مليية منظمة قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥:

نعرض الآن للطوائف التى كانت لها جهات قضائية مليية منظمة قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، وهذه الطوائف هى:

أولاً: الطوائف المسيحية:

(أ) الطوائف الأرثوذكسية:

١ - الأقباط الأرثوذكس:

حتى عام ١٨٧٤ لم يكن للطائفة نظام معين معتمد من الحكومة، فكان رجال الدين يتولون الحكم فى الدعاوى ويتصرفون فى كل أمور الطائفة. وبعد

وفاة الأنبا ديمتريانوس الثاني عام ١٨٧٣ اتفق جماعة من أعيان الطائفة مع الأنبا مرقس مطران الإسكندرية ووكيل البطريركية على انشاء مجلس ملى للنظر فى شؤون الطائفة بما فى ذلك الفصل فى دعاوى الأحوال الشخصية، فوضعوا لائحة قيل أنه تم التصديق عليها وصدر بها دكريتو بتاريخ ١٨٧٤/٢/٦ خاصاً بتشكيل هذا المجلس.

وفى ١٨٨٣/٥/١٤ أعيد تنظيم المجلس الملى كله بمقتضى لائحة صدرت فى عام ١٨٨٣ حيث جعلت هذه اللائحة السلطة كلها فى أيدي العلمانيين حتى فى شأن الفصل فى دعاوى الزواج والطلاق.

صدر بعد ذلك القانون رقم ٨ لسنة ١٩٠٨ معدلاً لأحكام رئاسة المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس جاعلاً الرئاسة للبطرك أو لمن ينتدبه من الأكليروس. كما صدر القانون رقم ٣ سنة ١٩١٢ بقصد إعادة اشتراك رجال الدين مع المجلس اشتراكاً فعلياً بأن جعل المجلس من اثني عشر عضواً يكون أربعة منهم من رجال الدين ينتخبهم البطرك وتصح جلساته بحضور خمسة، منهم أربعة على الأقل من العلمانيين، مع حفظ الرئاسة للبطرك أو نائبه.

وفى عام ١٩٢٧ أعيد العمل بلائحة سنة ١٨٨٣ وبمقتضى المادة ١٩ من هذه اللائحة أنشئت مجالس فرعية فى كل أبرشية تحت رئاسة مطرانها تتولى الحكم فى كافة الدعاوى الابتدائية وكانت تستأنف أحكامها لدى المجلس الملى العام.

٢- الروم الأرثوذكس:

كان أكثر بطاركة الروم الأرثوذكس يعينون للإسكندرية وقيّمون فعلاً فى القسطنطينية ويكتفون بارسال وكيل عنهم إلى مصر. واستمر الحال هكذا إلى عصر محمد على باشا، حيث كثر - فى عهده - الروم الأرثوذكس بسبب الهجرة إلى مصر، سواء أكان من الشام أم من بلاد اليونان فعاد البطريرك إلى الإقامة فى الإسكندرية سنة ١٨٢٦ حيث سعى محمد على بنفسه حتى حصل للبطريرك على فرمان من الباب العالى سنة ١٨٤٦، ثم توالى البراءات بتعيين خلفائه، منها واحدة سنة ١٨٧٠ للبطريرك صفر دينوس وأخرى سنة

١٩٠٠ للبطريرك فوتيوس. وبعد وفاة هذا البطرك في عام ١٩٢٥ شب خلاف عنيف داخل الطائفة في انتخاب خلفه وانتهى هذا الخلاف بانتخاب البطرك ملاتيوس ميتكساكي وصدر أمر ملكي بتعيينه في ١٩٢٧/١٢/٨ وقدم هذا البطرك للحكومة مشروع لائحة للمحكمة الطائفية لم يتم اعتمادها، كما قدم المصريون من الطائفة لائحة أخرى لم تعتمد أيضاً.

وكان القضاء الملى لهذه الطائفة يسير على أساس أن يتولى الحكم في جميع الدعاوى بصفة ابتدائية في كل أبرشية محاكم ابتدائية ويستأنف حكمها في كل الدعاوى لدى مجمع يعقد بالإسكندرية برئاسة البطريرك.

٣- الأرمن الأرثوذكس:

كانت تسرى على طائفة الأرمن الأرثوذكس بمصر اللائحة النظامية الأساسية للصادرة بتصديق الباب العالي في ١٨٦٣/٣/١٧ لتنظيم بطريركية الأستانة طبقاً للخط الهمايوني والتي بمقتضاها تشكل للحكم في الدعاوى مجالس قضائية مختلطة من رجال الدين ومن علمانيين منتخبيين من أصل الطائفة.

هذا وقد لوحظ أنه من الصعوبة بمكان تطبيق لائحة الأستانة بكافة تفاصيلها على أبناء الطائفة الموجودين بمصر، ولذلك وضع نظام خاص للأبرشية المصرية صدقت عليه بطريركية القسطنطينية في ١٩٠٧/٥/٢ حيث جعل ولاية الحكم في مصر من اختصاص المجلس المدني بشرط انضمام أعضاء الجمعية العمومية الكليريكين إليه تحت رئاسة المطران أو وكيله (م ٢٥) ولم تعتمد الحكومة هذا النظام.

وإلى سنة ١٩١٤ كانت أحكام هذا المجلس تستأنف لدى المجلس المختلط في بطريركية الأرمن بالأستانة، ولكن انتهى - بعد ذلك - العمل بهذا الاجراء وصار يعتبر الحكم انتهائياً لا استئناف له. ويلاحظ أن الحكومة المصرية كانت لا تنفذ أحكام هذه الطائفة إدارياً لعدم تقديمها لائحة داخلية تخضع لتصديق وزارة الداخلية.

٤ - السريان الأرثوذكس:

من الملاحظ أنه لا يوجد فرق في العقائد بين السريان الأرثوذكس والأقباط الأرثوذكس. ولقد كان السريان تابعين في القضاء لطائفة الأقباط وأن وكالة السريان البطيركية استحدثت في مصر سنة ١٩١٣ بعد موافقة بطيركية الأقباط.

ويرأس هذه الطائفة قسيس يلقب بوكيل بطيركية السريان الأرثوذكس. وقد كان تابعا إداريا وماليا لمطران القدس ولو أن تعيينه يتم بمعرفة البطيريك في ماردين، وتعتمده وزارة الداخلية بأمر كان يصدر من الداخلية إلى محافظة مصر. وكان يساعده في عمله بعض أعيان الطائفة الذين كانوا يؤلفون جمعية أو مجلسا مليا عرفيا بغير نظام موضوع، فليس لهم لائحة بالإجراءات كما أن الوكيل البطيريكى كان لا يحكم فى أى دعوى بل يجرى التحقيق فيها ثم يرفعها إلى البطرک فى ماردين مشفوعة برأيه للتصرف فيها.

(ب) الطوائف الكاثوليكية:

وهى سبع طوائف: الأقباط والروم والموارنة واللاتين والأرمن والسريان والكلدان.

ولقد كانت سلطة القضاء بالنسبة لهذه الطوائف موزعة بين المحاكم الكنسية والمجالس المليية.

أما المحاكم الكنسية فهي كانت مشكلة من رجال الأكليروس فقط ويعينهم الرئيس الدينى للطائفة وتفضل فى الدعوى الزوجية خاصة ما يتعلق منها بصحة العقد وبلزوم المساكنة الزوجية والتفريق بين الزوجين وبالحق فى النفقة، وكانت تستأنف أحكامها باعتبارها محاكم ابتدائية أمام ديوان البطيريك أو رئيس الأساقفة، ويطعن فى الأحكام الاستئنافية أمام الحبر الأعظم فى روما إذا كان موضوعها الفصل فى صحة زواج أو بطلانه فحسب.

أما المجالس المليية، فقد وجدت بالنسبة للطوائف الكاثوليكية ما عدا طائفة اللاتين، وكانت هذه المجالس تسمى "مجالس البطيريكخانة" أو "اللجان

القضائية مشكلة من أعضاء علمانيين منتخبين أو معينين يرأسها البطريرك أو مندوبه لإدارة الأمور المالية والزمنية في الطائفة وللحكم في باقي مسائل الأحوال الشخصية، ما عدا مسألة الزواج.

وبلاحظ أن الهيئات التي كانت تتولى الحكم في المجالس المليية غير منظمة في أكثر الطوائف الكاثوليكية، لعدم اعتماد الحكومة لوائحها. وأخرها كان يسير بغير اطراد على منهاج طائفة الأرمن الكاثوليك المنتظمة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٥٠.

ولقد كانت الحكومة المصرية تجرى على تنفيذ أحكام المجالس المليية دون أحكام المحاكم الكنسية، بل حتى بالنسبة لطائفة الأرمن الكاثوليك مع تنظيمها بقانون لم تضع لائحة للإجراءات الداخلية فلم تنفذ الحكومة أحكامها إدارياً. وقد لوحظ أن اتباع هذه الطوائف كانوا يلجأون دائماً للمحاكم الشرعية في كل أحوالهم الشخصية عدا مادة صحة الزواج وبطلانه والتفريق الجثامي.

(ج) الطوائف البروتستانتية:

اعترفت الحكومة المصرية بطائفة البروتستانت في ١٨٧٨/٦/٤ حيث صدر أمر عال بتعيين أول وكيل للطائفة الذي أجمعت عليه كلمة الكنائس الانجيلية وكان مجرد الاعتراف بالطائفة يكسبها ولاية القضاء طبقاً للخط الهمايوني.

هذا وقد صدر أمر عال في أول مارس ١٩٠٢ بشأن الانجلييين الوطنيين. وفي هذا النظام تم توحيد كافة الفرق البروتستانتية الموجودة حينئذ في طائفة واحدة وأجيز سلفاً أن تضم الكنائس والفرق التي قد تنشأ في المستقبل وتمثيلها في المجلس العمومي بنسبة عدد اتباعها وقد ضمت فعلاً بعد ذلك عدة كنائس.

وبلاحظ على اتباع طائفة البروتستانت أنهم كثيراً ما ينشقون على كنيسة انجيلية معينة وتكوين كنيسة أخرى تحت اسم آخر ويتبعها بعض أبناء الملة، فهل يعد اتباع الكنيسة الجديدة مكونين لطائفة أخرى جديدة ؟

لقد رفضت محكمة النقض المصرية مثل تلك الانقسامات واعتبرت أتباع المذهب البروتستانتي طائفة واحدة مهما تفرقوا إلى شيع وفرق واعتبرتهم وحدة طائفية واحدة. وربت على ذلك أن الانضمام إلى مثل تلك الفرق والشيع لا يعتبر تغييراً للعقيدة يعتد به.

ثانياً: الطوائف اليهودية:

ينقسم اليهود إلى قسمين: الربانيون والقراءون:

(أ) الربانيون:

ينقسم اليهود الربانيون إلى قسمين: اشكنازيم وسفاراديم، ويعتبرون طائفة واحدة اعترفت بها الحكومة، وتمتد ولاية حاخامهم إلى سكان القطر كله ما عدا الأسكندرية والبحيرة فتتبع حاخاماتة الأسكندرية. وكان للطائفة مجلس إدارة منظم بلانحة وضعت سنة ١٨٨٧ وهو يختص بالنظر مع الحاخام في كل أمور الطائفة عدا المسائل القضائية فهي من اختصاص الحاخام نفسه يتولاها بنفسه أو بواسطة من ينيبه.

وقد وضع مجلس الطائفة لانحة في سنة ١٩١٠ لتنظيم وظيفة القضاء نصت على كيفية تشكيل الهيئة التي تتولى الحكم وسميت بالمحكمة الشرعية وعلى الإجراءات التي تتبعها، ثم عدلت هذه اللانحة بلانحة أخرى صدرت في عام ١٩٢٨ وبمقتضى هذه اللانحة الأخيرة كانت المحاكم على درجتين ابتدائية واستئنافية وجميع الدعاوى كانت تنتظر ابتدائياً ويجوز استئنافها.

ولقد كان اليهود الربانيون في الإسكندرية (والبحيرة) يؤلفون طائفة مستقلة عن الربانيون في القاهرة وسائر القطر، معترف بها رسمياً من قبل الحكومة، حيث كان يعتمد رئيسها بأمر من وزارة الداخلية، غير أن المحاكم الأهلية والمختلطة كانت تنفذ هذه الأحكام. وكان نظام هذه الطائفة مختلفاً عن أنظمة سائر الطوائف، فمجلس الإدارة ينتخب من عامة الشعب، والمجلس يعين الحاخام بعقد لمدة معينة ويحدد مرتبه ويجوز تجديد تعيينه، ويتولى المجلس إدارة أموال الطائفة المالية والخيرية. ويتولى الحاخام إقامة الشعائر

الدينية ويرأس المحكمة الشرعية.

(ب) القراءون:

وقد اعترف بهم في مصر كطائفة مستقلة بمقتضى إرادة سنية صادرة إلى رئاسة مجلس النظار في ١٨/١١/١٨٨٤.

ولقد كانت لهذه الطائفة لائحة عامة غير مصدق عليها، وكان لهم مجلس ملئ من اثني عشر عضواً ينتخبون بالاقتراع العام من عموم الطائفة. وكان هذا المجلس يتولى برئاسة الحاكم إدارة كل أمور الطائفة والفصل في الدعاوى. وأحكام المجلس كانت نهائية لا تستأنف لعدم وجود سلطة أعلى منه وإن كان يجوز المعارضة فيها من الخصم الغائب.

الفرع الثالث

عدم تعارض شريعة غير المسلمين

مع النظام العام

قضى المشرع في الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بأنه بالنسبة لمنازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون، فتصدر الأحكام طبقاً لشريعتهم "في نطاق النظام العام". كما تقرر ذلك الشرط في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بعبارة: "قيماً لا يخالف النظام العام".

واضح أن هذا الشرط لا يمكن للقاضي أن يتعرض له إلا بعد توافر الشرطين السابق دراستهما، فإذا ما ثبت للقاضي اتحاد الخصوم في الديانة والملة والطائفة، وثبت أيضاً وجود جهة قضائية ملية منظمة لهم قبل صدور قانون ١٩٥٥، كان هناك مجال لتطبيق شريعتهم على منازعاتهم، وعندئذ يثار هذا الشرط الثالث، حيث يجب ألا تتعارض حكم هذه الشريعة مع النظام العام.

الحكمة من اشتراط عدم تعارض الشريعة الخاصة مع النظام العام:

يمكن الوصول إلى غاية المشرع من هذا الاشتراط بمقارنة الوضع في مجال التنازع الدولي بين القوانين ومجال التنازع الداخلي بين الشرائع الوطنية.

ففي مجال التنازع الدولي للقوانين، إذا أشارت قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين على النزاع، فإنه يجب على القاضي أن يستبعد هذا التطبيق إذا وجد أن القانون الأجنبي يتصادم مع فكرة النظام العام والآداب العامة في النظام القانوني الوطني. وهذا الاستبعاد له ما يبرره، فقوانين الدول المختلفة - عند تخلف الوحدة القانونية بينها - تتباين أسسها ومبادئها. وبالتالي يمكن تصور قيام التعارض بين هذه القوانين في حكم مسألة معينة، ولذلك تستخدم فكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي الذي تتعارض أحكامه مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني، فالدفع بالنظام العام - إذن - يعد وسيلة هامة لدفع القوانين الأجنبية التي تتعارض مع الشعور العام الوطني والتي لا تتفق مع الأسس السياسية والاجتماعية الوطنية، عن أن تطبق داخل الوطن برغم كونها أصلاً واجبة التطبيق طبقاً لقاعدة الاسناد الوطنية.

أما في مجال التنازع الداخلي بين الشرائع الوطنية، فإن استخدام فكرة النظام العام إنما يقصد به استبعاد شريعة وطنية لتعارضها مع النظام العام الوطني. فإذا أمكن تصور وجود التعارض بين القوانين الأجنبية والقانون الوطني، فكيف يمكن تصور قيام هذا التعارض بين شريعة وطنية والنظام القانوني الوطني؟ أو كيف يتصور التعارض بين جزء من النظام القانوني المصري وجزئه الآخر.

يرى البعض أن الأصل أن تكون جميع أجزاء النظام القانوني الواحد متناسقة وغير متعارضة، ولا يمكن أن يرد على ذلك بأن اتفاقات الأفراد قد تبطل إعمالاً لفكرة النظام العام، إذ المعروف أن مصدر هذه الاتفاقات هو الإرادة الفردية، ولذلك يرى هذا البعض أن نص المادة السادسة فيما اشترطه من وجود عدم تعارض الشريعة الخاصة مع النظام العام يبدو نصاً غريباً.

وتبدو هذه الغرابة - في نظر بعض أئمة - من أن استخدام فكرة النظام العام لاستبعاد الشريعة الطائفية، إنما يؤدي إلى استبعاد أحكام تلك الشريعة والأصل فيها أنها قواعد دينية تتصل بالصق المعاملات بذات الإحسان وتمسه في أدق المشاعر ودمس العائلات في أدق العلاقات، فإذا كانت القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة تطبق في علاقات أبناء تلك الطوائف فيما بينهم، فكيف يتصور أن يقال إن مثل تلك القواعد، التي كان لها احترامها لديهم، قد يمتنع على القاضي تطبيقها لمساسها بالنظام العام؟

هذه الغرابة في مسلك المشرع سرعان ما تتبدد إذا ما تم مراعاة الاعتبارات الآتية:

أولاً: من الملاحظ أن كثيراً من الشرائع الطائفية المطبقة على فئات معينة من غير المسلمين قد وضعت أصلاً في بيئات أجنبية عن مصر ثم نقلتها الإدارات القائمة على هذه الطوائف لتطبق على تلك الفئات في مصر. مثال ذلك القواعد المطبقة على طوائف الكاثوليك، فقد أصدر هذه القواعد الحبر الأعظم في روما - والمسماة بقوانين الكنائس الشرقية - وهي مشابهة لتلك القواعد المطبقة في البلدان المسيحية التي لا تدين بالطلاق.

ثانياً: من الثابت أن المشرع المصري لم يضع قواعد قانونية تطبق على منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين، وإنما ترك هذا الاختصاص للشرائع الدينية الطائفية، وهذه الشرائع لا تقتصر أحكامها على ما ورد بالكتب المقدسة فحسب. وإنما استمدت معظمها من أقوال وآراء وتعاليم رجال الدين والكهنة ومن أوامر رؤساء دين غير مصريين. ومثل هذه القواعد قد تتأثر بعوامل شتى تبعاً لظروف الزمان والمكان، الأمر الذي يتصور معه قيام التعارض بينها وبين النظام العام في مصر، لأنها لم توضع للبيئة المصرية.

كما أن العرف يلعب دوراً هاماً كمصدر من مصادر الشرائع الطائفية، وقد تضطر طائفة معينة على اتباع سلوك يتنافى مع النظام العام في مصر بأسرها، ومن هنا يحتمل أن يتعارض العرف الطائفي مع قواعد النظام العام. نخلص مما تقدم، أنه متى تعارضت الشريعة الخاصة لغير المسلمين

مع مفهوم النظام العام فعلى القاضى - فى مصر - استبعاد هذه الشريعة وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ولكن ما هو مفهوم فكرة النظام العام فى التشريع المصرى ؟.

نعرض أولاً لتحديد جوهر أو مفهوم النظام العام بصفة عامة، ثم نعرض بعد ذلك لمفهومه فى خصوص الأحوال الشخصية. ثم نختم هذا الفرع بعرض بعض أمثلة لتعارض حكم الشرائع الخاصة مع النظام العام.

المطلب الأول

تحديد جوهر النظام العام

تمهيد:

يتجه الفقه الغالب إلى أن جوهر النظام العام هو أنه الوضع الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم. فالنظام العام إذاً هو وضع أو حالة، وليس قانوناً أو مجموعة من القوانين والمبادئ. وهذا الوضع يكون مادياً فيشمل كل عناصر المجتمع من أشخاص وأشياء وتصرفات، ويكون مضموناً فيشمل ما يهيمن على الجماعة من عقائد راسخة، ومبادئ قانونية وأخلاقية واقتصادية. فعناصر النظام العام هى إذن نفس عناصر المجتمع.

وطالما أن النظام العام هو ذلك الوضع الطبيعى للمجتمع، فإنه يجب المحافظة عليه والدفاع عنه، ويجب على كافة أجهزة الجماعة أن تتضافر وتتعاون لتحقيق تلك الغاية، فالمشرع يسن القوانين المحققة لهذا الوضع، وجهات الإدارة والقضاء عليها تطبيق تلك القوانين وإكراه أفراد الجماعة على احترامها، كما يجب على الأفراد أن يحترموا ما تضعه السلطة التشريعية من قواعد خاصة بالمحافظة على الجماعة أى خاصة بتحقيق هذا الوضع الطبيعى.

ويخلص من كون النظام العام هو الوضع الطبيعى للجماعة، أن هذا النظام يرتبط بجماعة معينة. كما يتطور بتطور هذه الجماعة. ولذلك كانت فكرة النظام للعالم من الأفكار المعيارية المرنة غير المحددة والتي تتغير وفقاً

ظروف الزمان والمكان، فهي فكرة مرنة ونسبية. ويمكن تقريب هذه الفكرة إلى الأذهان بالقول بأن النظام العام يتمثل في مجموع المصالح الجوهرية والأساسية للجماعة، أو مجموع الأئس التي يتأسس عليها نظام الجماعة وكيانها من النواحي السيامية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية بحيث لا يمكن تصور بقاء هذا الكيان سليماً دون استتاده واستقراره على تلك الأئس.

ذلك هو جوهر النظام العام في أى نظام قانونى، فهل يتسق اصطلاح النظام العام الوارد في الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ مع هذا الجوهر ؟ هذا ما نعرض له الآن.

هل تعد أحكام الشريعة الإسلامية هي النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية:

قد يقول قائل أنه طالما عدت الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية لكافة المصريين، وإن الشرائع الطائفية تطبق باعتبارها استثناء من هذا الأصل، وأنها لا تطبق إلا في حالة عدم تعارضها مع النظام العام، فإنه يجب لهذا السبب اعتبار أحكام الشريعة الإسلامية هي النظام العام في خصوص مسائل الأحوال الشخصية، خاصة وأن المشرع لم يشترط لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ضرورة اتساقها مع النظام العام الذي يفهم منه أن المشرع قد اعتبر هذه الأحكام ذاتها مكونة لفكرة أو مفهوم النظام العام.

والواقع أن الشريعة الغراء قد وضعت أحكاماً تفصيلية جامعة لكافة مسائل الأحوال الشخصية. والقول باعتبار أحكام الشريعة الإسلامية هي النظام العام، مفاده أن القاضى إذا وجد في قاعدة الشريعة الطائفية ما يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية، فعليه أن يستبعد الشريعة الطائفية ويطبق حكم الشريعة الإسلامية، الأمر الذي سينتهى إلى استبعاد أحكام الشرائع الطائفية تماماً، بل أنه إذا وجد القاضى أن قاعدة الشريعة الطائفية متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه يطبقها لا باعتبارها أنها مستمدة من الشريعة الطائفية وإنما باعتبارها متفقة وبالتالي مستمدة من الشريعة الإسلامية، وهذا ما سوف

يؤدى بنا إلى إيجاد وحدة تشريعية فى مسائل الأحوال الشخصية، وهذا ما يتنافى ويتعارض مع قصد المشرع فى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ومن بعده القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

فالمشرع فى المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ قد تصور إمكانية تطبيق الشريعة الطائفية، بدليل أنه وضع شروطاً لهذا الانطباق، وإذا فهم النظام العام على أنه هو أحكام الشريعة الإسلامية، لكان هذا الشرط الثالث - وهو شرط عدم تعارض شريعة غير المسلمين مع النظام العام - كافياً لاستبعاد أحكام الشرائع الطائفية، وكان نص المادة الثالثة الذى سمح بتطبيق تلك الشرائع لغواً، الأمر الذى لا يمكن أن يكون قصد المشرع قد انصرف إليه.

هل تعد الأحكام الثابتة فى الشريعة الإسلامية هى النظام العام فى مسائل الأحوال الشخصية:

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثون أن جميع أحكام الشريعة الإسلامية لا تعتبر من النظام العام، وإنما يفرقون بين نوعين من القواعد.

الأولى وهى القواعد الكلية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، وتلك يدل عليها نص صريح قطعى الثبوت وقطعى الدلالة، كأن يكون مصدره نص فى القرآن ودل الشارع على أن المراد منه دلالة قاطعة، ولم يترك للمجتهد أو للقاضى مجالاً للاجتهاد فيه، أو أن يكون مصدره سنة متواترة قطعية الدلالة أو كان محلاً لاجماع المسلمين. فمثل تلك القواعد والمبادئ لا تقبل التغيير أو التبديل ولا تختلف باختلاف الأزمنة أو الأماكن فهى بمثابة التشريع العام الذى قصد به تحصيل المصالح ودرء المفاسد. وهذه القواعد الكلية والمبادئ الأساسية تعد فقهاً ثابتاً، ولذا تعد من النظام العام.

والثانية عبارة عن قواعد قصد بها مسابرة الزمن وتحقيق المطالب التى تتحدّد وتتووع حسب تطورات ظروف الأمم وأحوال الأفراد، فهى لذن أحكام أساسية ليست من الفقه الثابت الذى لا يتحول ولا يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، وهى أحكام مرنة وبالتالي لا تعد هذه الأحكام من النظام العام.

ويبدو أن المحكمة اعادها الشرعية - في مصر - قد اندازت إلى هذا الاجتهاد.

ويرى البعض أن القول بأن النظام العام يشمل الفقه الثابت أو الأحكام الشرعية الثابتة التي تثبت بأدلة قطعية والتي لا تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والبيئات لا يمكن أن يكون قصد المشرع قد انصرف إليه، وعلى ذلك لا يمكن أن يتمثل في تلك الأحكام الشرعية الثابتة فكرة النظام العام الذي تضمنته المادة الثالثة، لأن النظام العام فكرة وضعية وليست دينية وأول خصائصه النسبية والتغير وليس الدوام.

كما أن فكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية أساسها النظر إلى الدليل الذي دل عليه الحكم وهل هو قطعي أم غير قطعي، أما في القوانين الوضعية فإن أساس هذه الفكرة هو موضوع الحكم وكونه متعلقاً بمصلحة المجتمع أم لا، وواضح أن الفكرتين مختلفتان ولا يمكن أن تعنى أحدهما الأخرى.

كما أنه توجد بعض القواعد المتعلقة بالنظام العام الإسلامي ولكنها لا تعتبر من النظام العام بالنسبة لغير المسلمين ولذلك لا تلزمهم، وأبرز مثال لذلك هو حق الزوج المسلم في أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة فهو يتعلق بالنظام العام الإسلامي ويبطل كل اتفاق يخالفه ولا يجوز للزوج أن يتنازل عن هذا الحق. ومع ذلك فلم يعتبر تقييد الطلاق لدى غير المسلمين مخالفاً للنظام العام.

وينتهى هذا الرأي إلى أن الربط بين الأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية وفكرة النظام العام لا يعبر عن واقع فكرة النظام العام في مفهوم المادة الثالثة.

انحياز غالبية الفقه لفكرة النظام العام بمفهومها العلماني:

يرى غالبية الفقهاء استبعاد الربط بين قواعد الشريعة الإسلامية - كلها أو بعضها - وبين قيد النظام العام، ويرون أن فكرة النظام العام هذه،

يجب أن تؤخذ بمفهوم علماني بحت.

فالنظام العام المقصود في المادة الثالثة والذي ينبغي ألا تصطدم به الشرائع الطائفية، هو الوضع الاجتماعي والسياسي والاقتصادي الذي يهدف إلى مصلحة عامة أعلى من مصالح الأفراد، فيجبر هؤلاء على تغليب المصلحة العامة على مصالحهم الفردية. وبعبارة أخرى فإن القواعد التي تصطدم مع النظام العام هي تلك القواعد التي لا يشعر معها بارتياح ولا تحوز القبول في المجتمع لأنها تتعارض مع مصالح عامة أوجب بالرعاية من المصالح الفردية، أي أن تكون مخالفة للنظام العام في المجتمع برمته وطوائفه الدينية التي تعيش فيه.

إذن متى تم استبعاد الربط بين فكرة النظام العام وقواعد الشريعة الإسلامية، وأخذنا بمفهوم النظام العام العلماني، في نطاق الأحوال الشخصية، فإن فكرة النظام العام هنا تتمتع بذات خصائص النظام العام بمفهومه التقليدي من نسبية ومرونة.

المفهوم المختلط لفكرة النظام العام:

يذهب جانب من الفقه إلى محاولة التسيق بين كل من المفهوم الديني والعلماني لفكرة النظام العام، ويرى أن فكرة النظام العام في مسائل الأحوال الشخصية تقوم على فكرة من العقيدة الدينية وتلك العقيدة هي الإسلام. فالنظام العام يجب أن يتمثل في القواعد الأساسية التي تلزم المسلم وغير المسلم على السواء والتي بالتالي لا يجوز لهما الخروج عليها أو تعطيلها أو تعديلها أو الاتفاق على ما يخالفها، أي الأحكام التي تسرى على من هم من أهل دار الإسلام. فهذه القواعد الأساسية التي تسرى على المسلمين وغير المسلمين على السواء تمثل الحد الأدنى لما يجب أن تؤسس عليه فكرة النظام العام في مفهوم المادة الثالثة.

وإذا كانت القاعدة هي ترك غير المسلمين وما يدينون به، فإن لكل قاعدة استثناءات، فكتب الشريعة الإسلامية تحدثنا عن الأحوال التي تعتبر فيها بعض أحكام الشريعة الإسلامية من النظام العام بالنسبة لغير المسلمين أي أننا

لا نتركهم وما يدينون في نطاق هذه المسائل إذا تحارض ذلك مع أحكام الإسلام.

والاستثناء الأساسى الذى يرد على قاعدة ترك الذميين وما يدينون هو عدم جواز المساس بحق المسلم، كما إذا كانت امرأة متزوجة بمسلم فطلقها، أو توفى عنها، وقبل انقضاء العدة، وبعد التفرقة بينهما تزوجها غير المسلم، فالقاضى يجب أن يفرق بينهما محافظة على حق المسلم، لأنها بزواجها قبلى انقضاء العدة من المسلم قد اعتدى على حقه فى مراجعة زوجته إذا كان الطلاق رجعياً وفى المحافظة على نسب ولده منها.

فهذا القدر من القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية يمثل الحد الأدنى للقواعد التى يجب أن تعتبر متعلقة بالنظام العام فى مفهوم المادة الثالثة.

المطلب الثانى

حقيقة المشكلة بالنسبة لتحديد مفهوم النظام العام

(فى المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠)

بعد أن استعرضنا الآراء المختلفة التى قيلت فى شأن تحديد مفهوم النظام العام، نعيد السؤال الذى طرحناه فى مقدمة هذا الفرع قائلين هل اصطلاح النظام العام الوارد بالمادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ يعنى أن يكون هو ذات مفهوم اصطلاح النظام العام فى التشريع المدنى باعتباره هو الوضع الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم، أم أن هذا الاصطلاح يعنى شيئاً آخر ؟.

الواقع قبل الإجابة على هذا السؤال نعرض جملة من الحقائق الآتية:

أولاً: القاعدة هى حرية الاعتقاد للمواطنين جميعاً، بلا تفرقة، فلا اكراه فى الدين، بل احترام كامل لكافة الأديان، وقد سبق لعلماء الفقه الإسلامى أن قالوا "بأننا طالما التزمنا بعقد الذمة فلا نتعرض لهم (أى لغير المسلمين) فى الإكراه على الإسلام". وترتيباً على ذلك كانت القاعدة فى

الشريعة الإسلامية هي تركهم وما يدينون.

ثانياً: إنه في ظل دولة تسرى فيها أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها شريعة الغالبية، وعند وجود مواطنين غير مسلمين، يمكن أن يثار سؤال محدد وهو ما هي أحكام الإسلام التي تسرى على غير المسلمين؟ وبالتالي يلتزمون بها، وعند تعارض شرائعهم معها تطرح أحكام هذه الشرائع ويعمل بالحكم الإسلامي؟

اتفق العلماء على أن غير المسلم مكلف بما يأتي:

أ - بالإيمان بأن رسالة النبي ﷺ عامة لجميع الناس. قال تعالى: ﴿ قُلْ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا الَّذِي لَهُ مَلِكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ يُحْيِي وَيُمِيتُ فَأَمَّا مَنْ أَدْبَرَ وَرَسُولَهُ ﴾.

ب - باعتقاد وجوب العبادات، مثل اعتقاد وجوب الصلاة والصوم.

ج - اتفقوا على أنه في شئون المعاملات والعقوبات - كالمسلم - وذلك لأن المقصود من المعاملات (مثل البيع والشراء) - مصالح الدنيا والحاجة بالنسبة إلى المعاملات موجودة عنده، والمقصود من العقوبات المشروعة في الدنيا الانزجار من الإقدام على أسبابها، حفظاً لسلامة المجتمع، وصيانة لبناء العمران، وهذا الأمر لا يتم إلا إذا تساوى المسلم وغيره فيه حتى يبتعد كل شخص عن التعدي على حقوق غيره خوفاً من العقوبة.

واختلفوا في تكليف غير المسلم بأداء العبادات والمختار عدم التكليف لرجحان دليله.

ثالثاً: تلك هي التكليف التي يفرضها الإسلام على غير المسلمين ونقف عند إحداها وهي التكليف المتعلق بشئون المعاملات والعقوبات، ونقول إن خطاب الشارع الإسلامي في شأنها خطاب عام للمسلمين والذميين في دار الإسلام حيث - طبقاً للراجح في الفقه الحنفي - يستوي غير المسلمين قاطبة والمسلمون في الأحكام فيما عدا الأنكحة ونفي المهر وتمليك الخمر والخنزير وتملكهما.

فبالنسبة لأتاحة غير المسلمين فإنه يمكن إرجاع مسائلها إلى ثلاثة أصول:

أ- إن كل نكاح صح بين المسلمين فهو صحيح بين غيرهم لأنهم يعتقدون جوازه ونحن نعتقد ذلك في حقهم أيضاً.

ب- إن كل نكاح فسد بين المسلمين لفقد شرطه يجوز في حق غيرهم إذا اعتدوه. ومن صور فقد الشرط، ما إذا تزوج غير المسلم بغير شهود. فإنه لا يجوز عندنا ويجوز عند غير المسلمين ويحكم بصحته ولو بعد الإسلام وهذا هو رأي أبو حنيفة وصاحبه، وعلّة ذلك أن الإشهاد على النكاح من حق الشرع وهم لا يخاطبون بحقوق الشرع مما هو أهم من هذا كجرمة الخمر والخنزير، كما أن القاعدة هي أن يترك أهل الكتاب وما يعتقدون إلا ما استثنى عليهم كالربا والزنا.

ومن صور فقد الشرط أيضاً ما إذا تزوج غير المسلم امرأة معتدة من غير مسلم، فإنه يجوز النكاح عند أبي حنيفة، ولا يفرق بينهما بعد الإسلام أو المرافعة. وتعليل مذهب أبي حنيفة أن العدة لا تجب من النمي لأن وجوبها لحق الشرع أو لحق الزوج، ولا يمكن إيجابها لحق الشرع هنا لأنهم لا يخاطبون بذلك. ولا لحق الزوج لأنه لا يعتقد ذلك.

ج- إن كل نكاح حرم لحرمة المحل كنكاح المحارم مثل الأم والبنات والأخت يقع جائزاً عندهم ولهذا تجب النفقة، ويخذ القاذف فيه حد القذف كما يحد في النكاح الصحيح، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

ويلاحظ أن دليل الإمام أبي حنيفة رحمه الله في آرائه السابقة أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات، كالصوم والصلاة، وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات، فولاية الإلزام بالسيف وبالمحاجة، وهذا منقطع عنهم نظراً لعقد الذمة بيننا وبينهم لأننا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون، فصاروا في هذه الحالة كأهل الحرب، بخلاف حكم الزنا لأنه حرام في الأديان كلها فيحرم عليهم، وبخلاف حكم الربا فإنه مستثنى من عقودهم التي يعتقدون حلها لقوله

صلى الله عليه وسلم "إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد".

رابعاً: يتبين مما سبق أن أحكم الزواج في الشريعة الإسلامية لا تسري على غير المسلمين المقيمين في دار الإسلام وإنما يتركوا وما يعتقدون، ولا يستثنى من ذلك إلا أن يكون الأمر فيه إخلال بحق المسلم، كما إذا كانت الذميمة متزوجة بمسلم فطلقها أو توفى عنها وتزوجها غير المسلم في العدة، عندئذ يجب على القاضي التفريق بينهما لأن مثل هذا الزواج ينطوي على الاعتداء على حق المسلم في مراجعة زوجته إذا كان الطلاق رجعياً وفي المحافظة على نسل ولده منها.

ويتأكد المبدأ السابق في مسألة عدة غير المسلمة أيضاً، فإذا كانت غير حامل فلا عدة لها عند أبي حنيفة إذا كانوا يعتقدون ذلك لأننا أمرنا بتركهم وما يعتقدون، ولأن العدة لا تجب إلا لحق الله أو لحق الزوج، والمرأة في هذه الحالة غير مخاطبة بحق الله فإنها لا تخاطب بالصلاة والصوم، والعدة مثلثتها، وحق الزوج قد سقط لأنه اعتقد عدم وجوب العدة وكذلك إذا مات عنها زوجها فلا عدة عليها عند أبي حنيفة خلافاً للصاحبين.

خامساً: وهناك من أحكام الشريعة الإسلامية ما يسري على غير المسلمين، منها العقوبات، فالمقصود من شرع العقوبة صلاح المجتمع الإنساني، ليعيش الناس في أمن على أنفسهم وأموالهم ولذلك كان من الضروري تساوي الناس في الأمور الزاجرة لهم عن التعدي على الغير في النفس أو في المال، لذلك جعل الشارع الخطاب بالعقوبة منتظماً لغير المسلم لأنه أهل للزجر عن التعدي على الغير.

ومنها أيضاً حد الزنا، فقد قيل بأن المواضع التي يحد فيها المسلم حد الجلد يحد فيها الذمي، لأنه بالنزعة والعهد للترم أحكام الإسلام مطلقاً إلا في قدر ما وقع الاستثناء فيه ولم يوجد هنا، كما أن الزنا يعد حراماً في الأديان كلها. وفي شأن حد السكر والشوب، فشراب الخمر مباح لأهل الذمة فلا يكون جنائياً. وفي إقامة الحد عليهم تربص لهم من حيث المعنى، لأننا نمنعهم عن الشرب، أما إذا

سكروا فيحذون لأن السكر حرام في الأدیان كلها. وحد القذف وهي الرمي بالزنا صريحاً يقام على غير المسلم لأنه مثل المسلم في هذا الحكم، ولأن حد القذف فيه حق العبد وقد التزم الذمي إيفاء حقوق العباد، وهكذا الشأن في حد السرقة.

تلك الأحكام ونظائرها تسري على غير المسلمين - وهي - بعد أن ~~تكون~~ مرضنا بعضها - تسري في شأنهم لا لأنها أحكام إسلامية ولكن لأنها من ألزم الأسباب المحققة لأمن المجتمع وسلامته وبقائه. وتلك الأحكام تعد هي النظام العام الإسلامي الواجب سريانه على غير المسلمين.

وعلى ذلك يبدو لنا أنه من غير الصواب تحديد مفهوم موحد لفكرة النظام العام في الشريعة الإسلامية يسري في شأن المسلمين وغيرهم. فمن الأحكام الشرعية ما يعد من قبيل النظام العام بالنسبة للمسلمين ولا يعد كذلك بالنسبة لغير المسلمين كمسائل الأنكحة، على التفصيل الذي بيناه.

سابعاً: نخلص مما تقدم أن الشريعة الإسلامية - وبما تميزت به من نظرة تسامح إلى غير المسلمين - تسمح بسريان شرائع غير المسلمين في مسائل الزواج عليهم، فلا يلتزمون بأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد إلا ما استثنى وهو قليل جداً وسبقت الإشارة إليه. وبناء على ذلك فإن مفهوم المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، ومن بعده المادة ٢/٣ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، أنها تسمح بتطبيق الشرائع الطائفية على غير المسلمين في شأن أحوالهم الشخصية، والفرض هنا هو اختلاف أحكام تلك الشرائع عن أحكام الشريعة الإسلامية. وعلى ذلك لا تجوز المقارنة بين أحكامهم وأحكام الشريعة الإسلامية - في هذا الخصوص - والقول بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عليهم إذا تعارضت أحكامهم مع أحكامها. فلا يجوز ذلك حتى ولو كانت أحكام الشرعية الإسلامية قد ثبتت بأدلة قطعية، فالأمر هنا يتعلق بخطاب الشارع في مسائل الأنكحة وهم غير مخاطبين به.

سابعاً: ولكن تقضي المادة الثالثة باستبعاد أحكام الشريعة الطائفية إذا

تعارضت مع النظام العام، فما هو مقصد المشرع من ذلك؟

الواقع - وبعد الذي قدمناه - أنه يقصد بهذا النظام العام، ذات المفهوم المعطى له في القانون الوضعي، حيث تستبعد أحكام الشريعة الطائفية إذا ما تعارضت مع مجموع الأسس والمصالح الجوهرية الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية للمجتمع.

ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في تحديد مفهوم فكرة النظام العام. ولكن لا يجب أن يفهم من ذلك أن القاضي في تحديده لمفهوم فكرة النظام العام سيقدر ويفصل بناء على محض أرائه ومعتقداته الشخصية، وإنما مفهوم تمتع القاضي بمثل هذه السلطة هو أنه يمثل الجماعة في التعبير عن مصالحها الجوهرية عند تحديد فكرة النظام العام.

وعلى أية حال فإن القاضي في تحديده لمفهوم النظام العام سيخضع لرقابة محكمة النقض لأنه يفصل لا في مسألة واقع وإنما في مسألة قانون، وفي هذا الخضوع خير ضمان وأمان لرد القاضي إلى جادة الصواب إذا ما عزف عن استلزام ضمير الجماعة وخضع لميوله الخاصة. وعلى ذلك لا يجوز للقاضي استبعاد حكم الشريعة الخاصة إلا بالقدر الذي يلزم للمحافظة على النظام العام بمفهومه السابق.

هذا وتعرضت محكمة النقض لمفهوم النظام العام فقضت بأنه "وإن خلا التفتين المدني والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من تحديد المقصود بالنظام العام إلا أن المتفق عليه أنه يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد، وتقوم فكرته على أساس مذهب علماني بحث يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها ولا يجب ربطه البتة بأحد أحكام الشرائع الدينية، وإن كان هذا لا ينفي قيامه أحياناً على سند مما يمت إلى العقيدة الدينية بسبب متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي المستقر في

ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد به، مما مفاده وجوب أن تنصرف هذه القواعد إلى المواطنين جميعاً من مسلمين وغير مسلمين بصرف النظر عن ديانتهم، فلا يمكن تبييض فكرة النظام العام وجعل بعض قواعده مقصورة على المسيحيين وينفرد المسلمون ببعضها الآخر، إذ لا يتصور أن يكون معيار النظام العام شخصياً أو طائفيّاً وإنما يتسم تقديره بالموضوعية متفقاً وما تدين به الجماعة في الأغلب الأعم من أفرادها، وبهذه المثابة فلا يمكن اعتبار مبدأ عدم تعدد الزوجات من النظام العام بالمعنى السابق تجليته أخذاً بما هو مسلم به من قصره على الشريعة المسيحية وحدها.

المطلب الثالث

أمثلة على تعارض حكم الشرائع الخاصة مع النظام العام

أ- في شريعة الأقباط الأرثوذكس:

١- تقضي المادة (٦٩) من مجموعة نصوص الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس بأنه يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق أن يتزوج من شخص آخر إلا إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج، وفي هذه الحالة لا يجوز لمن قضى بحرمانه أن يتزوج إلا بتصريح من المجلس.

يستفاد من هذا النص أن جزاء الحرمان من الزواج يوقع على الزوج (وقد يوقع على الزوجين) الذي كان سبباً في حل رابطة الزوجية، إما جزاء وعقوبة له على خطئه الذي أدى إلى انحلال الزوجية، وإما أن يكون هذا الحرمان حائلاً دون عقد زواج جديد فاشل إذا كان التطبيق قد تم على أساس تخلف تحقيق غايات الزواج في الزيجة التي انحلت عندما يكون انحلالها بالطلاق علاجاً.

يتضمن النص السابق إذن جواز الحكم بالحرمان من الزواج، وهذا الحكم

لا شك في تعارضه مع النظام العام. فالدستور قد كفل للمواطنين جميعا مجموعة من الحريات العامة ومنها الحرية الشخصية وما يتفرع عنها كحرية الزواج، ومثل هذا الحرمان يصطدم بهذه الحرية التي تكفل لكل مواطن الحق في تكوين أسرة. ولذلك يجب على القاضي استبعاد هذا الحكم لمخالفته للنظام العام.

ويلاحظ أن القاضي بإمكانه عدم إثارة مدى اتصال هذا الحكم بالنظام العام لأن توقيع مثل هذا الجزاء جوازيا له، فباستطاعته ألا يوقعه.

٢- تقضي المادة ٤٩ من مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس بأن "ينسخ الزواج إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحي".

ويقتضي هذا الحكم أنه إذا غير أحد الزوجين ديانته وافترضنا أن التغيير كان إلى الإسلام مثلا، حق للطرف الآخر المسيحي أن يطلب التطلاق منه.

فإذا كانت الزوجة هي التي اعتنقت الإسلام، فلا إشكال في الأمر حيث سوف يفرق بينها وبين زوجها المسيحي إعمالا لأحكام الشريعة الإسلامية والمتعلقة هنا بالنظام العام والذي يقضي بعدم جواز زواج المسلمة بالذمي وقد سبق لنا التعرض لذلك. أما إذا كان الزوج هو الذي اعتنق الإسلام، فيرى البعض أنه يحق للزوجة أن تطلب التطلاق "وفي هذه الحالة يكون التطلاق متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز للزوجة أن تطلب التطلاق إذا كان يلحقها ضرر من الحياة الزوجية".

وهذا القول لا يمكن قبوله ذلك أن مجرد اعتناق الزوج للإسلام لا يعد ضررا للزوجة يخول لها الحق في طلب التطلاق، والمذاهب الفقهية الإسلامية التي أخذت بالتطلاق للضرر لم تجعل من مسيباته اعتناق الزوج للإسلام، ولذلك كان من الخطأ البين أن يقال أن التطلاق هنا يعد متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ويذهب رأي آخر إلى أنه يعتبر متعارضا مع النظام العام النصوص التي تقر طلاق المسيحية التي يسلم زوجها وذلك على أساس أن الطلاق في هذه

الحالة من شأنه أن يمس حقوق الزوج المسلم لأن الإسلام يسمح بالزواج بالكتابية.

والواقع أن القاضي لن يطبق نصوص الشريعة غير الإسلامية والتي تقر للزوجة حقاً في التطليق إذا أسلم زوجها، وهو لن يطبق هذه النصوص لا على أساس مخالفتها للنظام العام، وإنما على أساس تخلف شروط انطباق الشريعة غير الإسلامية لعدم اتجاه المتنازعين في الديانة، وإنما ستطبق هنا أحكام الشريعة الإسلامية والتي لا تمنع هنا الزوجة الحق في التطليق، حيث يحق للزوج المسلم إمساك هذه الزوجة، كما أن مجرد إسلامه لا يعد ضرراً بذاته يلحق الزوجة.

ب- في شريعة الطوائف الكاثوليكية:

العدة - كمانع للزواج - هي الأجل المضروب شرعاً لانقضاء ما بقي من آثار الزواج، وقد شرعت العدة لبراءة الرحم وخلوه حفظاً للأنساب من الاختلاط. وإلى جانب ذلك تعتبر فترة حداد على الزوج السابق في حالة وفاته، وذلك من باب الوفاء والإخلاص للعلاقة الزوجية السابقة.

والملاحظ أن نظام الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية لم ينص على أن العدة تعد مانعاً من موانع الزواج، الأمر الذي دفع ببعض إلى القول بأن العدة في الشرع الكاثوليكي لا تعد مانعاً من موانع الزواج.

والواقع أن فقهاء الشريعة الإسلامية - كما رأينا منذ قليل - قد أقروا غير المسلمين على النكاح الذي يعقد في العدة إذا كانوا يعتقدون بجوازه، ولكن يجب ألا ننسى أن العدة تعد من الأمور الجوهرية الضرورية اللازمة لحفظ الأنساب التي يترتب عليها صون علاقة الشخص بأسرته وما ينشأ عن هذه العلاقة من حقوق وما عليه من واجبات، ولذلك تعد العدة من الأمور التي تتصل بفكرة النظام العام في المجتمع. وبرغم سكوت الشريعة الكاثوليكية عن هذا المانع، إلا أن الملاحظ أن مجمع نيقية قد أقر هذا المانع سنة ٣٢٥ ميلادية قبل انقسام الكنيسة، لذلك يجب اعتبار هذا المانع مانعاً عاماً لدى كافة الطوائف

وعلى ذلك فإن إغفال الكنائس الأخرى لهذا المانع لا يحول دون الأخذ به باعتباره حكماً تفرضه قواعد النظام العام في المجتمع. ويؤكد هذا المعنى إذا ما علمنا أن بعض القوانين الجنائية (المادة ٤٧٠ عقوبات سوري والمادة ٤٨٤ عقوبات لبناني) تحظر زواج المرأة قبل انقضاء عدتها، وفرضت عقوبات على رجل الدين الذي يعقد زواج امرأة قبل انقضاء عدتها.

وبناء على ما تقدم إذا فهمنا أن شريعة الكاثوليك بسكوتهما عن إيراد العدة كمانع من موانع الزواج، أنها تقر زواج المعتدة، فإنه يجب استبعاد هذا الحكم لمخالفته للنظام العام.

ج- في الشريعة اليهودية:

١- زواج بيوم:

في عهد التوراة نشأ في المجتمع اليهودي - مجتمع الرعي والزراعة في هذه الفترة - ما يسمى بنظام زواج بيوم وهو نظام زواج الأخ الحي بأرملة أخيه المتوفى دون أولاد، فيرث الأخ التركية والزوجة معاً، ويلبس الأولاد الجدد إلى الأخ المتوفى.

فلقد أورد سفر التثنية زواج بيوم مضمناً هذا النظام إجراءات مستلزمة من عادات المجتمع اليهودي، حيث يقول:

"إذا سكن إخوة معاً ومات واحد منهم وليس له ابن فلا تصير امرأة الميت إلى خارج لرجل أجنبي، أخو زوجها يدخل عليها ويتخذها لنفسه زوجة ويقوم لها بواجب أخي الزوج، والابكر الذي تلده يقوم باسم أخيه الميت لئلا يمحي اسمه من إسرائيل. وإن لم يرض للرجل أن يأخذ امرأة أخيه تصعد امرأة أخيه إلى الباب إلى الشيوخ وتقول قد أبى أخو زوجي أن يقيم لأخيه اسماً في إسرائيل، لم يشأ أن يقوم لي بواجب أخي الزوج. فيدعوه شيوخ مدينته ويتكلمون معه فإذا أصر وقال لا أرضى أن اتخذها، تتقدم امرأة أخيه إليه أمام

أعين الشيوخ وتخلع نعله من رجله وتبصق في وجهه وتصرخ وتقول هكذا يفعل بالرجل الذي لا يبني بيت أخيه، فيدعى اسمه في إسرائيل بيت مخلوع النعل"^(١).

هنا وقد أدرج الربانيون المفرديم في مجموعتهم سنة ١٩١٢ (والتى وضعها حاي بن شمعون) نظام "اليوم"، حيث قضت المادة ٣٦ من هذه المجموعة بأن "المتوفى زوجها إذا لم يترك أولاداً وكان له شقيق أو أخ لأبيه عدت له زوجة شرعاً ولا تحل لغيره ما دام حياً إلا إذا تبرأ منها". وتقضى المادة ٤٢: بأن "تبرؤ سلف الزوجة المتوفى زوجها من غير عقب من التزوج بها منصوص على طريقته في سفر التثنية بالإصحاح ٢٥".

ولقد تعرضت محكمة القاهرة الابتدائية لزواج ييوم^(٢). وقضت بمخالفة هذا الزواج للنظام العام حيث قالت:

"حيث أن المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الذي ألغى المحاكم الشرعية والمجالس المليية تقضى بأنه في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة تصدر الأحكام في نطاق النظام العلم طبقاً لشريعتهم. وحيث أن مدار البحث ينحصر في هل القضاء بشريعة الخصم طبقاً للقاعدة السالفة الذكر، وهم من طائفة اليهود الربانيون، يتعارض مع النظام العام أم لا.

وحيث أن الزواج ما هو إلا عقد كباقي العقود، من أركانه الرضا، لا يتم إلا بعد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، فركن الزواج الإيجاب من طرف والقبول من طرف آخر.

وحيث أن شريعة طرفي الخصومة تعتبر أرملة أخ المتوفى كزوجة لشقيق المتوفى بمجرد وفاة الشقيق، وثبت لها حقوقاً كالزوجة تماماً، بفرض نفقة لها على شقيق زوجها، كل ذلك دون توقف على رضا الطرفين. إلا أنه قد يقال

(١) سفر التثنية الإصحاح ٢٥ - العدد ٧ - ١٠.

(٢) حكم ١٩٥٦/٦/٢٥ مشار إليه في - صالح حنفي، ج ١ ص ٢٨١.

إن الشقيق يمكنه أن يتخلص من هذا الزواج بإعطاء أرملة أخيه "الحاليساه" وهي أشبه بالطلاق لكي ينهي هذه العلاقة. ولكن الحال بالعكس بالنسبة لأرملة المتوفى، فإنه لا يمكنها التخلص من الزواج إذا رغبت عنه في حالة قبول الشقيق للزواج مما يعدم الرضا من جانب الزوجة، ويجعل الإرادتين غير متطابقتين، الأمر الذي ترى معه المحكمة أن الأساس الذي بنيت عليه قاعدة الزواج متعارض مع قاعدة من النظام العام، هي الرضا الواجب توافره من الطرفين لاتعداد كافة العقود، وهو في عقد الزواج الذي يجمع بين آدميين ألزم، لما لهذا العقد من عظيم الأثر والشأن، ويتعين لذلك عدم الأخذ بقاعدة إرصاد الأرملة لأخ زوجها لتعارضها مع النظام العام".

٢- إكراه الصغيرة على الزواج:

تقضي المادة ٢٤ من مجموعة الربانيين (مجموعة حاي بن شمعون) بأنه "يجوز زواج الصغيرة بولاية أبيها متى أراد أو متى أرادت أمها، أو أختها إذا كانت يتيمة ورضيت". وتقضي المادة ٢٥ بأن "الصغيرة المتزوجة بولاية أبيها لا ينقضي عقدها إلا بالطلاق ولو ادعت أن زوجها بغير قبولها". وتقضي المادة ٢٦ بأن "تنقضي ولاية الأب في تزويج الصغيرة بطلاقها أو بوفاة زوجها". ويقصد بالصغيرة هنا، الفتاة التي وصلت إلى سن اثنتا عشرة سنة (مادة ٤٣ من المجموعة).

يتبين من هذه النصوص أن الأب باستطاعته تزويج ابنته غير البالغة، ويعتبر للزواج صحيحاً ولازمًا بالنسبة إلى الفتاة رضيت به أم لم ترض. ولكنها تسترد حرمتها إذا طلقها زوجها، فتتقضي ولاية الأب عليها وتصبح حرة في قبول الزواج أو رفضه بعدئذ، فالزواج السابق قد أدخلها في سلطة الزوج وأسقط ولاية الأب، فلا تعود هذه الولاية بعد سقوطها.

ومعنى هذه النصوص أنها تعترف للأب بسلطة إكراه ابنته الصبية على زواج لا ترغب فيه، فتساق إلى رجل لا تطمنن إليه، وتتورط في علاقة لا تدرك عواقبها، وفي هذا إهدار لحرية الفتاة في الزواج بعد البلوغ، لأن الأب

يملك تزويج ابنته وهي صغيرة فتتوت عليها تلك الحرية إلى الأبد. والملاحظ أيضاً أن المجموعة تجيز تزويج الصغيرة اليتيمة بإرادة أمها أو أحد أخوتها إذا رضيت بذلك الزواج، ولكن ما قيمة رضا تلك الفتاة القاصر عندما لا تكون قد تجاوزت سن المراهقة؟.

لا شك في مخالفة النصوص التي منحت الوالدين أو الأخوة ولاية إجبر الصغيرة على الزواج للنظام العام، وبالتالي يجب استبعادها، وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد.

المبحث الثاني

تطبيق الشريعة الإسلامية على علاقات

الأحوال الشخصية لغير المسلمين

(عند تخلف شروط انطباق الشرائع الخاصة)

تقسيم:

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ تقضي بأنه تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ - طبقاً لتشريعهم - فيما لا يخالف النظام العام.

وعلى ذلك إذا تخلف شرط من تلك الشروط التي سبق أن عرضنا لها تفصيلاً، تعين تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على منازعة الأحوال الشخصية لغير المسلمين، وبعبارة أخرى، تصدر الأحكام في هذه الحالة طبقاً لما هو مقرر في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ والتي تقضي بأن تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها ويعمل فيما لا يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح

الأحوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".

وتثير تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين - في حالة وجوب تطبيقها - عدة مسائل. الأولى وتتعلق بتحديد المقصود بقواعد الشريعة الإسلامية التي تحكم علاقات غير المسلمين، والثانية وتتعلق بمدى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، وبعبارة أخرى هل توجد قيود معينة على تطبيق الشريعة الإسلامية على هذه المنازعات؟

الفرع الأول

المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية

التي تسري على علاقات غير المسلمين

تمهيد:

إذا لم تتوافر شروط انطباق الشريعة الطائفية الواردة بالفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، فإنه يجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على منازعة الأحوال الشخصية لغير المسلمين إعمالاً لحكم الفقرة الأولى من ذات المادة والمشار إليها منذ قليل.

ومفاد هذا النص أنه يجب تطبيق القواعد التشريعية أولاً، سواء وردت هذه القواعد في تشريع خاص كالمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (في شأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية والصادر في ١٢/٨/١٩٢٠) والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) وكذلك المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥). فإذا لم تكن هناك قاعدة تشريعية، فإنه يعمل بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة وذلك طبقاً لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

فإذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية ستحكم منازعة الأحوال الشخص غير المسلمين، فإن الأمر لا يخرج عن فرضين:

الأول: قد تحكم الشريعة الإسلامية هذه المنازعة بسبب تغيير أحد أطراف العلاقة لديانته إلى الإسلام، وفي هذه الحالة تحكم الشريعة الإسلامية هذه العلاقة بكاملها سواء بالنسبة لمن قام بالتغيير أو بالنسبة للطرف الآخر. وهذا الأخير إذا كان لن تطبق عليه شريعته ويفقد بالتالي الحقوق والمراكز القانونية التي تخولها له، فإنه لا شك سيستفيد من الحقوق والمراكز المقابلة والتي تخولها له الشريعة الإسلامية، والتي تبيح للمسلم الزواج بالكتائية التي سيكون لها ذات الحقوق التي للزوجة المسلمة، فيكون لها حق في المهر والنفقة والعشرة بالمعروف أو التسريح طلاقاً بإحسان. أما إذا كانت الزوجة هي التي أسلمت فليسوف تتحل رابطة الزوجية بقوة القانون كما أشرنا من قبل، وليس في كل ذلك أي أشكال.

الثاني: قد تحكم الشريعة الإسلامية منازعة الأحوال الشخصية لغير المسلمين بسبب تغيير أحد أطراف العلاقة لطائفته أو ملته، فيصبح للمتزوجون مختلفين في الملة والطائفة أو في أحدهما. هنا ثار الخلاف حول المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية التي ستنطبق على المتزوجين غير المسلمين، فمن الثابت أن الشريعة الإسلامية تشتمل على قواعد موضوعية تطبق على المسلمين، كما تشتمل أيضاً على قواعد تنطبق على أهل الذمة، فأي نوع من هذه القواعد تطبق على غير المسلمين المختلفي الطائفة والملة؟

يذهب الرأي الراجح إلى أن المقصود بقواعد الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق على منازعات غير المسلمين المختلفي الطائفة هي القواعد الموضوعية في الشريعة الإسلامية الخاصة بالمسلمين.

وهذا ما قضت به محكمة القاهرة الابتدائية في ١٤/٤/١٩٥٧ والأخذ بالرأي المخالف يؤدي إلى تطبيق شريعة غير المسلمين حتى ولو اختلفوا في الطائفة والملة وهو ما لم يقصد إليه المشرع، إذ أن إرادة المشرع في المادة ٦

من قانون توحيد القضاء ظاهرة في أنه أراد المغايرة في الحكم بين غير المسلمين إذا اتحدوا في الطائفة والملة وبينهم إذا اختلفوا في ذلك، فأوجب في الحالة الأولى تطبيق شريعتهم، وفي الثانية تطبيق الشريعة الإسلامية كما أنه لا محل للتأويل في موضع صراحة النص.

وتسير على ذات الاتجاه غالبية الأحكام القضائية كما يحظى بتأييد الفقه. ولقد انتصرت محكمة النقض المصرية لهذا الرأي مقررّة أن المقصود بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على منازعات غير المسلمين هو تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية الموضوعية دون قواعد الإسناد فيها. ولكنّ قادت المحكمة العليا هذا التطبيق بغير هام وهو أنه لا محل لإعمال تلك القواعد الموضوعية في الشريعة الإسلامية إذا تصادمت مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية (أو عقيدة غير المسلم بصفة عامة) والتي تعد مخالفة المسيحي لها مروفاً من ديانته وانحرافاً عن عقيدته وخرقاً لمسيحيته، طالما لا تنطوي مبادئ الشريعة الخاصة على ما يتجافى وقواعد النظام العام في مصر.

نخلص من كل ما تقدم أن القانون عندما قضى بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين المختلفي الطائفة والملة، فإن هذا التطبيق يتم وفقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، فنطبق القواعد التشريعية الموضوعية التي صدرت بها تشريعات من الدولة كالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أيضاً. وعلى القاضي تطبيق تلك الأحكام الواردة في هذه التشريعات دون النظر لما إذا كانت متعارضة أو متوافقة مع معتقدات غير المسلمين المختلفين في الطائفة والملة. أما إذا لم يجد القاضي - في نزاع غير المسلمين المختلفي الطائفة والملة - حكماً في هذه التشريعات - تعين عليه الرجوع إلى أزرع الأحوال في مذهب أبي حنيفة للفصل وحده للملأ، فنطبق القواعد الموضوعية الواردة في هذا المذهب في أزرع أقواله بشرط عدم

اصطدام تلك القواعد مع المعتقدات الأساسية لغير المسلمين، وطالما لم نكر هذه المعتقدات متعارضة مع قواعد النظام العام في مصر.

الفرع الثاني

مدى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية

على غير المسلمين المختلفي الطائفة أو الملة

تمهيد وتقسيم:

رأينا أنه عند اختلاف المتنازعين في الطائفة أو الملة، فإنه يجب تطبيق القواعد الموضوعية في الشريعة الإسلامية، ومعنى هذا التطبيق أن تسري على غير المسلمين المختلفين في الطائفة أو الملة ذات القواعد التي يخضع لها المسلمون.

ولكن هل تكون المساواة هنا تامة بين غير المسلم والمسلم في خصوص انطباق الشريعة الإسلامية على أحوالهم الشخصية؟ وبعبارة أخرى هل يحق للزوج أو الزوجة طلب التلطيق من المحكمة برغم أن شريعتها لا تجيز انحلال الزواج بهذا السبب؟ وهل يحق للزوج غير المسلم أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة كالزوج المسلم طالما حكمت الشريعة الإسلامية أحواله الشخصية؟ وهل يجوز له أن يعدد زوجاته؟

تلك هي المسائل التي سنحاول الإجابة عليها في هذا الفرع. والقاعدة التي ستحكم إجابتنا على هذه التساؤلات، هي أنه لا محل لتطبيق القاعدة الموضوعية الواردة في الشريعة الإسلامية على غير المسلمين إذا تصادمت مع جوهر العقيدة الدينية للمتنازعين غير المسلمين.

مكتبة الفرق الإسلامية للاستشارات الشرعية

المطلب الأول

لا طلاق بين من لا يدينان بوقوعه

تمهيد:

كانت الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (وهي من المواد التي استبقاها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) بقضي بأن "لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق".

ويفهم من النص السابق أنه في حالة انطباق أحكام الشريعة الإسلامية على نزاع غير المسلمين، فإن على القاضي أن يقضي بعدم قبول دعوى التطلق من جانب من غير ملتة أو طائفته أو حتى ديانتة ولكن إلى غير الإسلام، إلا إذا كانت شريعة الطرف الآخر تبيح التطلق.

ثم جاء القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ وقضى في المادة ٣/١٧ بأن: "ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدتي الطائفة والملة إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه".

وقد يبدو لأول وهلة أن المشروع في القانون الجديد أراد أن يكرر الحكم الذي كانت تتضمنه المادة (٩٩/فقرة أخيرة) المشار إليها، وهذا غير صحيح، فنص المادة ٩٩/فقرة أخيرة يواجه حالة انطباق الشريعة الإسلامية عند اختلاف الخصوم ديانة أو طائفة أو ملة وحيث تنطبق أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد. أما النص الوارد في القانون الجديد فهو يواجه حالة انطباق الشريعة الطائفية عند اتحاد الخصوم في الديانة والطائفة والملة.

وبناء على ذلك نعرض أولاً لحكم المادة ٩٩/فقرة أخيرة والتي تم إلغاؤها ضمن النصوص التي ألغاهها القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، ثم نعرض بعد ذلك لحكم المسألة في ظل المادة ٣/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

أولاً: حقيقة المقصود بنص المادة ٩٩/فقرة أخيرة:

وجوب إعمال حكم المادة ٩٩ فقرة أخيرة:

ذهبت العديد من الأحكام القضائية إلى أنه إذا طبقت أحكام الشريعة الإسلامية على الخصوم فإنه ينبغي أن يكون هذا التطبيق في الحدود التي أوردتها المادة ٩٩ فقرة أخيرة.

قد راعت المحاكم الشرعية قبل إلغائها تلك الحدود، وقد كانت هذه المحاكم تطبق أحكام الشريعة الإسلامية بين غير المسلمين المختلفي الملة أو الطائفة.

كما أنه قد صدر منشور من وزارة العدل رقم ١٨ في ٣ يونيو ١٩٣١، والذي بموجبه كان على المحاكم الشرعية أن تفصل في دعاوي الطلاق التي ترفع إليها من غير المسلمين على وفق المنهج الشرعي مع مراعاة ما نص عليه في المادة ٩٩ فقرة أخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

كما أن نص المادة ٩٩ فقرة أخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لم تلغ ضمن النصوص التي ألغيت طبقاً للمادة ١٣ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، فالنص باق يتعين تطبيقه، بل إن هذا النص يعتبر من النصوص الأمرة التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها. ولهذا يجب عدم سماع دعوى الطلاق متى تبين أن شريعة أحد الزوجين لا تجيز الطلاق أو التطبيق بصرف النظر عما إذا كانت شريعة الطرف الآخر تبيح انحلال رابطة الزوجية.

كما أن إيقاع الطلاق بين زوجين لا يدين أحدهما بوقوع الطلاق من شأنه أن يوقع من لا تبيح شريعته الطلاق في حرج ومثيقة بالغة، وتوحيد القضاء ليس من شأنه أن يرفع ذلك الحرج كلية طالما أن القواعد القانونية لم توحد، ولهذا تظل قائمة الحكمة التي ذكرتها المذكرة الإيضاحية تعليقاً على المادة ٩٩ فقرة أخيرة.

كما أنه عند تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في علاقات غير المسلمين يجب أن يراعى التسامح الديني الذي تميزت به الشريعة الإسلامية.

ولهذه الأسباب كلها سارت غالبية المحاكم على وجوب إعمال حكم المادة ٩٩ فقرة أخيرة عند تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين.

كما قضت محكمة النقض في ١٩٦٣/٢/٦ بأن "مفاد المواد ٧٠٦، ٧٠٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع قصد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في منازعات الأحوال الشخصية التي تقوم بين الزوجين غير المسلمين إذا ما اختلفا طائفة أو ملة وإن استبقى المشرع المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تقضي بعدم سماع دعوى الطلاق بالنسبة للطوائف التي لا تدين بوقوع الطلاق وهي طوائف الكاثوليك وذلك دفعا للحرص والمشقة. فإذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن الطرفين مختلفا الطائفة ودينان بوقوع الطلاق فقد تعين تطبيق أحكام الشريعة على واقعة النزاع بينهما، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأسس قضائه برفض دعوى الطاعن "إثبات الطلاق" على أن القواعد الموضوعية المشتركة بين نوي الملة المختلفة هي الواجبة التطبيق وأن تلك القواعد لا تجيز الطلاق بمجرد الإرادة المنفردة فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه".

والواقع أن هذا الرأي الذي أبدته محكمة النقض لهو رأي جدير بالتأييد. فلقد أشرنا - من قبل - إلى أن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين المختلفي الطائفة أو الملة يجب أن يتقيد بعدم مخالفة حكم هذه الشريعة مع ما يعد عقيدة أساسية لدى غير المسلمين. والقول بإيقاع الطلاق برغم تحريم العقيدة الدينية له، لهو أمر بلا شك يوقع الحرج بين غير المسلمين لاتصال ذلك بما يعد أساسا من الحلال والحرام في عقيدتهم.

نطاق تطبيق حكم المادة ٩٩ فقرة أخيرة:

من الثابت أن اليهود يدينون بالطلاق "لا يرفع قيد الزواج إلا بالطلاق" (مادة ٣٢١ من مجموعة حاي بن شمعون لليهود الربانيون)، و"الطلاق في يد

الرجل" (المادة ٣٦٤ من المجموعة السابقة) وقبول المرأة الطلاق لغير شروطاً" (المادة ٣٦٥ من المجموعة السابقة) وبناءً على ذلك لا محل لإحصاء حكم المادة ٩٩ فقرة أخيرة في شأن اليهود بكافة طوائفهم.

أما بالنسبة للمسيحيين فقد اختلف الفقه والقضاء في مسألتين: الأولى وهم تحديد المسيحيين الذين يستفيدون من النص، والثانية هي مدى سريان النص إذا تحقق في شأن أحة الزوجين فقط. فنعرض لكل من المسألتين.

١- تحديد المسيحيين المستفيدين من نص المادة ٩٩ فقرة أخيرة:

ينذهب للرأي الراجح لفظها وقضاه إلى تحديد نطاق المادة ٩٩ فقرة أخيرة بالطوائف الكاثوليكية، فهم فقط الذين لا يدينون بوقوع الطلاق، وأنهم فقط الذين قصدهم المشرع وأراد حمايتهم.

فقد قضت محكمة استئناف القاهرة في ١٩٥٧/٣/٦ بأنهم لا يقر للطولي القائم بأن هذا القانون يحرم التطلق بين جميع المسيحيين بحجة أن الديانة المسيحية لا تعرف الطلاق، ذلك أن المذكرة التفسيرية قاطعة في أنه لم يقصد بهذا القانون إلا الطوائف التي لا تدين بوقوع الطلاق، إذ أن هناك طوائف أخرى من المسيحيين تدين بوقوعه. وإذا كان الشارع لم يراع الدقة في التفرقة بين التطلق والطلاق فن يترتب على ذلك إفعال ما قصد من قصر أحكام القانون من تلك الطوائف التي لا تعرف التطلق وهي طائفة الكاثوليك.

هذا وقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الاتجاه فقد قضت^(١) بأنه:

"حيث أن ما ينص عليه القانون على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، ذلك أنه قضى بعدم سماع الدعوى إعمالاً للفقرة السابعة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية مع أن هذه المادة شرعت لإطائفة الكاثوليك التي لا تدين بوقوع الطلاق وليس أحد من طرفي الخصومة كاثوليكياً.

(١) نقض ١٩٦٣/٢/٦ طعن ٢٤٦ لسنة ٢٩. والطعن ٢٧ لسنة ٣٠. والطعن ٣٠ لسنة ٣١.

وحيث أن هذا النعي في محله، ذلك أن الشارع إذ نص في الفقرة السابعة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية بأنه "لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بالطلاق" فإنه قد قصد وعلى ما يبين من المذكرة الإيضاحية التفارقة بين الطوائف التي تدين بالطلاق فأجاز سماع دعوى الطلاق بالنسبة لهم وبين الطوائف التي لا تدين بالطلاق وهم الكاثوليك فمنع سماع دعوى الطلاق بينهم دفعا للحرج والمشقة. ولما كان الثابت أن الطرفين مختلفا الملة والطائفة ولا ينتمي أحدهما إلى طائفة الكاثوليك وكان الحكم المطعون فيه رغم ذلك قد قضى بعدم سماع الدعوى فإنه يكون قد خالف القانون مما يتعين نقضه ودون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن.

نخلص مما تقدم أن الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لا ينصرف حكمها إلا للطوائف المسيحية التي لا تدين بوقوع الطلاق. وهم طوائف الملة الكاثوليكية، وهذا ما يذهب إليه الفقه السائد.

٢- مدى سريان نص المادة ٩٩ فقرة أخيرة إذا كان أحد الزوجين فقط يدين بالطلاق:

من الواضح أنه إذا كان طرفي النزاع من الكاثوليك، فلا شك في خضوعهم لأحكام المادة ٩٩ فقرة أخيرة، فلا تسمع دعوى الطلاق المرفوعة من أحدهما على الآخر، فكلاهما لا يدين بالطلاق. والفرض هنا هو اختلافهما في الطائفة واتحادهما في الملة، ذلك أنه إذا كانوا متحدين طائفة وملة لانطبقت عليهم الشريعة الطائفية دون أن تثار مشكلة تطبيق أحكام المادة ٩٩ فقرة أخيرة.

ولكن ما الحكم إذا كان الزوجان مختلفي الملة، أحدهما يتبع ملة تجيز انحلال رابطة الزوجية بالطلاق، والآخر يتبع ملة أخرى لا يدين أصحابها بذلك، كأن يكون الزوج قبطي أرثوذكسي والزوجة قبطية كاثوليكية، هل يمكن إعمال حكم المادة ٩٩ فقرة أخيرة على مثل تلك الحالات؟

الواقع أن صياغة المادة ٩٩ فقرة أخيرة قد أتت بالشكل الآتي لا تسمع... إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق". وعلى ذلك يكفي أن يكون أحد الزوجين لا يدين بالطلاق حتى يتم إعمال حكم المادة ٩٩ المشار إليها، وبعبارة أخرى يكفي أن يكون أحد الزوجين كاثوليكياً حتى لا تسمع دعوى الطلاق التي يرفعها الزوج الآخر عليه.

ويلاحظ أن حكم المادة ٩٩ فقرة أخيرة يعد واجب التطبيق متى كان أحد الزوجين كاثوليكياً بصرف النظر عما إذا كان الزواج صحيحاً أو باطلاً في نظر شريعة الكاثوليك، فلو فرضنا مثلاً أن أحد الزوجين كان أرثوذكسياً والآخر كاثوليكياً، فإن هذا الزواج يكون باطلاً لاختلاف الملة، فإذا أتى أحد الزوجين يطلب الطلاق تطبيقاً لحكم الشريعة الإسلامية، فإنه لا تسمع هذه الدعوى لأن أحد أطراف العلاقة الزوجية يتبع شريعة لا تعرف نظام انحلال الزواج بالطلاق.

فالقاعدة في هذا الصدد أنه إذا كانت الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق لاختلاف الخصوم في الملة والطائفة، طبقت أحكام المادة ٩٩ فقرة أخيرة ولا يرجع إلى شريعة الخصوم إلا للبحث عن مسألة واحدة هي مدى دينونة الزوجين أو أحدهما بوقوع الطلاق، والقول بغير ذلك معناه السماح بتطبيق الشريعة الطائفية في حالة يمتنع فيها هذا التطبيق.

ثانياً: حقيقة المقصود بنص المادة ٣/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

تقضي الفقرة الثالثة من المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بأنه: "ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدي الطائفة والملة إلا إذا كانت شريعتها تجيزه".

لقد أشرنا في موضع سابق إلى أن المادة الرابعة من قانون الإصدار للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ قد قضت بإلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم رقم ١٧٨ لسنة ١٩٣١ والتي كانت تتضمن المادة ٩٩ فقرة

أخيرة، وإزاء هذا الإلغاء فإن السؤال المطروح هو هل نص المادة ٣/١٧ من القانون الجديد قد حل محل المادة ٩٩/فقرة أخيرة، وبالتالي يكون الحكم أنه لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين وغير المتحدي الطائفة والملة - في حالة انطباق أحكام الشريعة الإسلامية عليهم - إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق؟.

لواقع أن نص المادة ٩٩/فقرة أخيرة من اللائحة الملغاة إنما كان يواجه فرضاً محدداً وهو وجود متنازعين مختلفي الطائفة والملة، فاعتقد الاختصاص التشريعي للشريعة الإسلامية، وعندئذ لا تسمع دعوى الطلاق من أيهما على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق على النحو الذي أشرنا إليه من قبل.

أما نص المادة ٣/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ فهو يواجه فرض آخر وهو وجود متنازعين متحدي في الطائفة والملة، فلا تقبل دعوى الطلاق من أيهما على الآخر إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه. ولكن هل يحتاج هذا الحكم إلى نص خاص يقرره. الواقع أنه في حالة اتحاد الخصوم في الطائفة والملة فإن شريعتهما ستطبق عندئذ ولن تقبل دعوى الطلاق إلا إذا كانت شريعتهما تجيزه، وهذا الحكم لا يحتاج إلى نص خاص يقرره، فولاية الشريعة الطائفية مقررة هنا بغير نزاع ولا يمكن تحميل نص المادة ٣/١٧ أكثر من هذا المعنى الواضح والذي لم تكن هناك حاجة إلى تقريره.

ولذلك نعود إلى التساؤل فنقول هل يحمل نص المادة ٣/١٧ معنى آخر غير المعنى الواضح الذي بيناه؟ إننا نربأ بالمشروع من يأتي بنص يقرر حكماً لا خلاف عليه ولا يثير أدنى جدل فالتصوص التشريعية الجديدة لا تأتي تزيدياً وتوضيحاً لأمر واضح من قبل وإنما تأتي بأحكام تفصل في خلاف أو ترفع شبهة أو تقرر حكماً جديداً، أو تلغي حكماً قائماً... الخ.

ولذلك نعتقد أن نص المادة ٣/١٧ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ قد تضمن خطأً تشريعياً غير مقصود. فجاءت صياغته منحرفة عن المعنى المقصود، يؤيدنا في ذلك الرجوع إلى أصل المادة ٣/١٧ قبل عرضها على مجلس الشعب.

فلقد كانت المادة ٢/٢٣ من مشروع القانون الخاص بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية والذي أعدته وزارة العدل، تقضي بأنه "ولا تقبل دعوى التطليق بين غير المسلمين إلا إذا كانت شريعتها تجيز التطليق". هذا ولقد كانت المادة الثانية من قانون الإصدار لهذا المشروع تقضي بإلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي كانت تتضمن نص المادة ٩٩/فقرة أخيرة.

وعلى ذلك فإن نية واضعي مشروع القانون كانت متجهة بوضوح شديد إلى الإتيان بنص مماثل في هذا المشروع يحل محل المادة ٩٩/فقرة أخيرة. ومعنى ذلك اتجاه النية إلى الإبقاء على حكم المادة الأخيرة دون تغيير أو تعديل، ولكن عندما أرسل مشروع القانون لمجلس الشعب أضيفت عبارة "متحدي الطائفة والملة" إلى نص المشروع، وهذا هو الخطأ بعينه، فمثل هذه الإضافة جعلت من الفقرة الثالثة من المادة ١٧ من القانون بمثابة تحصيل حاصل، أما النص الذي كان وارداً بالمشروع فكان مماثلاً تماماً لنص المادة ٩٩/فقرة أخيرة من اللائحة الشرعية. ولكن التسرع وعدم التأني في دراسة المشروع ومراجعته المراجعة التشريعية الدقيقة أوجدتنا في هذا الحرج، فنص المادة ٩٩/فقرة أخيرة قد ألغى ولم يوجد بديل له في القانون الجديد، ولذلك نهيب بالمشروع أن يسرع بتعديل نص الفقرة الثالثة من المادة السابعة عشرة من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ويعيدها إلى صياغتها الأولى التي تقنن حكم المادة ٩٩/فقرة أخيرة من اللائحة الشرعية الملغاة، وما استقر عليه قضاء النقض في تطبيق النص الأخير.

المطلب الثاني

مدى جواز إيقاع الزوج المسيحي

للطلاق بإرادته المنفردة

تمهيد:

أشرنا من قبل إلى أن الشريعة الموسوية تأخذ بمبدأ الطلاق بإرادة الزوج ومثيبتة كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية. غير أنه "لا يصح الطلاق

شرعاً إلا أمام السلطة الشرعية بوثيقة يحضره شاهدان" (المادة ٣٣٦ من مجموعة حاي بن شمعون) هذا بالنسبة لطائفة الربانيين. أما بالنسبة للقرانيين فإن المرأة لا تطلق إلا بمسوغ فلا تكفي هنا إرادة الزوج، والطلاق لا يقع إلا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من المسوغات، إلا إذا تراضى الزوجان، حيث يكون للزوج أن يطلقها أصلاً ما دامت قابلة.

أما بالنسبة للمسيحيين فإنه لا إشكال في الأمر إذا اتحد المتنازعان ديانة وملة وطائفة، حيث ستطبق الشريعة الطائفية، والشرائع المسيحية - على حسب ما انتهت إليه - لا تجيز للزوج المسيحي أن يوقع الطلاق بمشيتته أو إرادته المنفردة حتى في الحالات المحددة التي يباح فيها الطلاق عند بعض الطوائف وذلك لأن تقرير السبب الخاص بالطلاق أو التحقق منه يجب أن يترك للقضاء لا للزوج.

ولكن قد تتخلف شروط تطبيق الشريعة الطائفية وتصبح الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق على منازعة الأحوال الشخصية لغير المسلمين، هنا تطبق الشريعة الإسلامية كما تطبق في علاقات المسلمين، وعلى ذلك يتمتع الزوج المسيحي بنفس حقوق الزوج المسلم.

ومن هذه الحقوق التي تخولها الشريعة الغراء للزوج المسلم الحق في إيقاع الطلاق بمشيتته وإرادته المنفردة. فإذا ما قيل بتطبيق الشريعة الغراء على منازعة غير المسلمين، فهل يحق للزوج غير المسلم المسيحي أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة، وذلك بالنسبة لمن يدينون بالطلاق، وهم أساساً الطوائف الأرثوذكسية والإنجيلية؟

ينتج القضاء السائد إلى أنه لما كانت الشريعة الإسلامية تجيز للزوج التطبيق بإرادته فإن الزوج غير المسلم الذي تطبق عليه الشريعة الإسلامية له أن يطلق زوجته بإرادته.

"فللزوج أن ينفرد بإيقاع الطلاق بزوجه، وإن يرفع قيد الزواج بمجرد صريح قوله. ولا شأن له في ذلك بعقيدة الزوج، سواء كان مسلماً أو غير

مسلم، لأنه يستعمل حقاً من الحقوق الناشئة عن تطبيق الأحكام الموضوعية للشريعة الإسلامية في خصوص الطلاق".

هذا وقد حظي القضاء المتقدم بتأييد من محكمة النقض المصرية، حيث قضت بأن "الشريعة الإسلامية تبيح للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة وهي - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - القانون العام الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفي الطائفة أو الملة وتصدر الأحكام فيها طبقاً لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية"^(١).

وقضت بأنه "متى كان الحكم قد استخلص من أوراق الدعوى وفي حدود سلطته الموضوعية أن الزوج انضم إلى طائفة الأقباط الإنجلييين قبل رفع الدعوى، بينما تنتمي الزوجة إلى طائفة الأقباط الأرثوذكس وكلاهما يدين بالطلاق، وطبق في شأنهما أحكام الشريعة الإسلامية وهي تجبر للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة، فإنه - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه"^(٢).

ويعارض غالبية الفقه مسلك القضاء في الاعتراف للزوج المسيحي عند الاختلاف في الطائفة والملة - بالحق في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة.

١- فمن الناحية العاطفية من الصعب القول بأن الزوج المسيحي يجوز له أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة^(٣).

٢- إن هذا القضاء رغم ثواتره يخالف الشريعة المسيحية على اختلاف مللها وطوائفها، فلا توجد طائفة أو ملة مسيحية تجيز الطلاق للزوج بإرادته المنفردة وحدها، ولذلك فإن الهيئات الدينية المسيحية لا تعترف عملاً بالطلاق،

(١) نقض ١٩٦٨/٢/١٤ طعن ٨ س ٣٦ق.
(٢) نقض ١٩٦٥/٥/٢٦ طعن ٢٥ س ٣٣ق.
(٣) حسام الأهواي - المرجع السابق - ص ١٨٨، أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٨٦.

الذي صدقت عليه المحكمة، وتعتبر أن الزوجية في هذه الحالة قائما طالما لم يتوافر سبب للتطليق تفره شريعتها، وتكون النتيجة هي وقوع الحرج الذي أرادت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تلافيه بمنع تطبيق الشريعة الإسلامية في الطلاق على من لا يدين بوقوعه من المسيحيين^(١).

٣- كما أنه من الناحية الاجتماعية قد يؤدي ذلك القضاء إلى أن تصاب الأسر بأشد الأضرار، فالزوج الذي يعتقد أن الشريعة الإسلامية تحكم علاقته الزوجية ويطلق زوجته بإرادته المنفردة ويتزوج بامرأة ثانية، قد يخطئ في تطبيق القانون بحيث لا تتوافر شروط انطباق الشريعة الإسلامية وبالتالي يعتبر طلاقه كأن لم يكن. ويترتب على ذلك أن يظل الزوج مرتبطا بالزوجية الأولى وتعتبر الزوجية الثانية لاغية. وجلي عن البيان النتائج الخطيرة التي تترتب على ذلك^(٢).

٤- كما أن اعتبار الكنيسة أن الزواج قائم رغم تصديق المحكمة على توقيعه، سيترتب عليه منع كل من الزوجين من الزواج مرة أخرى، لأن أحدا منهما لن يجد كنيسة تعقد له زواجا جديدا^(٣).

٥- كما أن ذلك الرأي من شأنه أن يتيح للزوجين المسيحيين التخلص من الرابطة الزوجية بالاتفاق. وهو ما تحرمه الشريعة المسيحية، وذلك عن طريق تغيير أحدهما لملته أو طائفته وبالتالي يستطيع الزوج أن يطلق بإرادته المنفردة^(٤). وينتهي الفقه المنتقد لقضاء محكمة النقض إلى أن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في الطلاق على المسيحيين كما يجرى عليه هذا القضاء، ورد الفعل العكسي لدى الهيئات الدينية المسيحية في عدم الاعتراف بهذا الطلاق،

(١) - سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٨١، حسام الأهواني - المرجع السابق - ص ١٩٨.

(٢) - توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٣١٩، حسام الأهواني - المرجع السابق - ص ١٨٨، ١٨٩.

(٣) - سمير تناغو - المرجع السابق - ص ٨١.

(٤) - حسام الأهواني - المرجع السابق - ص ١٨٩، أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ٢٨٢.

يستدعي تدخل المشرع بنصوص واضحة لرفع الجرح في هذا الشأن.

تأيد قضاء النقض: حق الزوج المسيحي - في حلفة تطبيق الشريعة الإسلامية عليه - في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة - لا يضطدم بجوهر العقيدة المسيحية:

الواقع أننا قلنا أن مناط تطبيق الشريعة الإسلامية على المسيحيين في حالة اختلافهم ملة أو طائفة، هو في عدم اصطدام القاعدة الشرعية الإسلامية للمراد تطبيقها مع جوهر العقيدة المسيحية. والسؤال هل تعرف الشريعة المسيحية انحلال الزواج في حياة الزوجين؟ يلاحظ أن الشريعة المسيحية - فيما عدا الكنيسة الكاثوليكية، والمادة ٩٩ فقرة أخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تراعي أحكام تلك الشريعة - يأخذ بمبدأ انحلال الزواج لأسباب مختلفة - ولكن كان المثل الأعلى لرجال الكنيسة الذين أباحوا انحلال الزواج في حياة الزوجين، هو ضرورة خضوع هذا الانحلال للسلطة المختصة وعدم جوازه إلا بحكم يصدر منها. ولقد كان اعتبارهم في ذلك هو عدم جواز ترك الزوج يستقل بتقدير سبب الطلاق بحيث يكون خصماً وحكماً وأن ينهي العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة.

ومعنى ما تقدم أن المسيحية تعرف نظام انحلال الزواج، غير أن الخلاف بين قواعدها وقضاء النقض السابق يكمن في تحديد وسيلة هذا الإنهاء. هذه الوسيلة - وهي صدور حكم قضائي بالانحلال أو عدمه - لا نعتقد أنها تضطدم بجوهر العقيدة المسيحية خاصة إذا علمنا أن من الأفكار التي تؤيد الكنيسة في موقفها هو في اعتبار الزواج سر مقدس وأن خلفاء السيد المسيح - رسله في المجمع المقدسة والبطاركة - قد منحوا من القوة والسلطان ما جعل النفوس تستقر دينياً على أن ما يربطونه في الأرض يكون مربوطاً في السماء، ومن قام بالربط هو الذي يستطيع الحل، فلا يتم لذلك انحلال الزواج إلا على يد المجمع الكنسي أو الأسقف.

ولكن في حالات الاختلاف في الطائفة أو الملة بين الزوجين يصعب

تطبيق المبدأ السابق فأي كنيسة تلك التي تستطيع حل الرابطة الزوجية؟ أي الكنيسة الأولى التي عقدت الزواج أم الثانية التي أصبح أحد الزوجين تابعاً لها؟ وأيضاً فلقد ألغى المشرع القضاء الطائفي والذي كان يمكن أن يقوم بهذه المهمة، ولكن - على فرض وجوده - لن يستطيع ذلك في حالة الاختلاف.

أمام كل هذه الاعتبارات صدر عن محكمة النقض المصرية العديد من الأحكام التي تؤكد قضاءها السابق ويرد على الاعتراضات المثارة حول مسلكها الثابت.

مدى حق غير المسلمين في اللجوء إلى "الخلع" عند انطباق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع"

تقضي المادة ١/٢٠ من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بأن "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه".

نلاحظ في البداية أن النص السابق يقرر حكماً موضوعياً فلا يعد من قبيل النصوص التي تعالج إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ولذلك يبدو غريباً أن يرد نظام الخلع ضمن قانون الإجراءات الخاصة بالأحوال الشخصية. كما أن نظام الخلع لم يكن وارداً في المشروع الأصلي للقانون الذي أعدته وزارة العدل وإنما أضيف إلى هذا المشروع من بعد.

والملاحظة الثانية أن هذه القاعدة الموضوعية المستقاة حكمها من الشريعة الإسلامية لا تنطبق على مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمصريين غير المسلمين المتحدي طائفة وملة، فشرائعهم لا تعرف نظام الخلع.

ولكن إذا ما تخلفت شروط انطباق الشريعة الطائفية لعدم اتحاد الخصوم في الديانة أو الملة أو الطائفة ابتداءً أو من بعد وانعقد الاختصاص للشريعة الإسلامية التي ستحكم النزاع، فلا مانع عندئذ من استفادة الزوجين غير

المسلمين من نظام الخلع، فطالما استقر قضاء النقص على حق الزوج غير المعلم في حالة انطباق أحكام الشريعة الإسلامية على النزاع - على إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، فإنه من المعقول أن تستفيد الزوجة غير المسلمة في الحالة السابقة من نظام الخلع طالما كانت الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق في هذه الحالة، خاصة أن بعض الطوائف غير الإسلامية تعرف نظام المهر أو الصداق وأحياناً تحت مسميات أخرى، كما أن الزوجة في حالة طلاقها تكون مستحقة لنفقة العدة الأمر الذي يوفر للخلع مقوماته.

المطلب الثالث

لا يجوز للزوج المسيحي - في حالة انطباق

الشريعة الإسلامية - أن يعدد زوجاته

قد يكون الزوجان المسيحيان مختلفين ملة أو طائفة، وعندئذ تكون الشريعة الإسلامية هي صاحبة الولاية في حكم منازعات الأحوال الشخصية لهؤلاء، وتطبيق الشريعة الغراء يعني تطبيق القواعد الموضوعية فيها. وقد أشرنا من قبل إلى أن إعمال القواعد الموضوعية في الشريعة العامة والتي يتمتع بمقتضاها الزوج المسيحي بنفس حقوق الزوج المسلم إنما ينبغي أن يتوقف إذا تصادمت تلك القواعد المقررة لهذه الحقوق مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية والتي تعد مخالفة للمسيحي لها مروقاً من ديانتها وانحرافاً عن عقيدته وخرقاً لمسيحيته طالما لم تتطو مبادئ الشريعة الخاصة على ما يخالف قواعد النظام العام في مصر.

وبناء على هذه المبادئ هل يجوز للزوج المسيحي - في حالة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية عليه - أن يعدد زوجاته؟

يراعى أنه برغم عدم ورود نص صريح في الإنجيل يحرم تعدد الزوجات، إلا أن الفقه الكنسي قد فهم هذا التحريم من روح المسيحية وتعاليمها وأصبحت كافة القواعد القانونية لمختلف الطوائف المسيحية أخذة

بمبدأ تحريم التعدد، واتصال هذا التحريم بجوهر العقيدة المسيحية. ولذلك ينبغي احترام هذه القاعدة وعدم السماح للزوج المسيحي - عند تطبيق الشريعة الإسلامية عليه أن يعدد زوجاته وإذا فعل كان الزواج الثاني باطلا مطلقا، حتى ولو ثبت تراخي الزوجين بهذا الزواج، ويكون لهما ولكل ذي شأن حق الطعن فيه.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية عندما قضت بأن:

"المستقر في قضاء هذه المحكمة أن الشريعة الإسلامية هي شريعة القانون العام وبمعنى أنها تختص أصلا بحكم علاقات الأسرة بالنسبة للمسلمين وغيرهم وأن الشرائع الأخرى تختص بصفة استثنائية، عند توافر شروط معينة بحكم هذه العلاقات، ومفاد المادتين ٦ ، ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن إلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم المليية والمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلانحة ترتيب المحاكم الشرعية، أن أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة هي الواجبة التطبيق في منازعات الأحوال الشخصية التي تقوم بين الزوجين المسيحيين إذا اختلفا طائفة أو ملة، والمقصود بالخضوع للشريعة الإسلامية أن تكون أحكامها الموضوعية التي يخضع لها المسلم - دون أحكام الشريعة الخاصة - هي الواجبة التطبيق، لأنه من غير المقصود أن يكون تطبيق الشريعة العامة يقصد به تطبيق قواعد الإسناد التي تقضي بترك غير المسلمين وما يدينون في تنظيم أحوالهم الشخصية وتكون الإحالة إلى الشريعة الإسلامية منذ البداية لغوا ينبغي أن ينزه عنه المشرع، إلا أنه لا محل لإعمال هذه القواعد الموضوعية في الشريعة العامة والتي يتمتع بمقتضاها الزوج المسيحي بنفس حقوق الزوج المسلم إذا تصادمت مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية والتي تعد مخالفة المسيحي لها مروقاً من لحياته وانحرافاً عن عقيدته وخرقاً لمسيحيته، طالما لا تتطوي مبادئ الشريعة الخاصة على ما يتجافى وقواعد النظام العام في مضر ومن قبيل هذه المبادئ التي لا تتعارض وقواعد النظام العام في مصر وتعتبر من الأصول الأساسية في الديانة

المسيحية مبدأ حظر تعدد الزوجات إذ لا يجوز إعمال ما يناقضه من الأحكام الموضوعية في الشريعة العامة.

لما كان ما تقدم وكان ما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من أنه "يكفل احترام ولاية القانون الواجب التطبيق حتى لا يكون هناك إخلال بحق أي فريق من المصريين مسلمين أو غير مسلمين في تطبيق شريعة كل منهم" لدليل غير داحض على أن المشرع إنما قصد احترام كافة الشرائع عامة وخاصة وإن الإخلال بالقواعد الأساسية المتعلقة بصميم العقيدة وبجوهر الديانة، لم يرد بخلده وفيه مجاوزة لمراده.

يؤيد هذا النظر أن الشارع استبقى الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي تستلزم الدينونة بالطلاق لسماع الدعوى به من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر، عانياً بذلك طائفة الكاثوليك التي تدين بعدم قابلية العلاقة الزوجية للانحلال، احتراماً لمبدأ أصيل متعلق بجوهر العقيدة الكاثوليكية بطوائفها أخذاً بتخصيص القضاء ودفعاً للحرج والمشقة. يظاهر هذا القول إن إباحة تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية مقيد بعدم مجاوزة الزواج من أربع ومشروط بالعدل بين الزوجات والقدرة على الأنفاق، ولنن لم يكن هذان الشرطان من شروط الصحة فينعتد الزواج صحيحاً رغم تخلفهما، إلا أن الشخص يكون أنما يحاسبه الله سبحانه وتعالى على الجور وعلى عدم القيام بتكاليف الزواج. فإن الخطاب في هذا الشأن - كما هو ظاهر - موجه إلى المسلمين دون غيرهم، ويغلب فيه الجزاء الديني بحيث يستعصى القول بانسحاب هذه القاعدة الدينية البحتة على من لا يدين أصلاً بالعقيدة التي تستند إليها إباحة التعدد، ويكون إجازة تعدد الزوجات المعاصرة للمسيحي حتى عند اختلاف الملة أو الطائفة بغير سند.

وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجعل عمدته في قضائه إعمال الأحكام الموضوعية للشريعة العامة في غير حالات انطباقها وأباح تعدد الزوجات للمسيحي رغم تنافره مع أصل أساسي من أصول عقيدته فإنه يكون مخالفاً للقانون."

خطة البحث:

نتعرض الآن بإذن الله لدراسة قانون الأسرة لدى الطوائف غير الإسلامية. وتتكون الأسرة من ثلاث روابط: رابطة الزوجية ورابطة القرابة ورابطة المصاهرة، وسنقتصر في هذا الجزء على دراسة رابطة الزوجية ورابطة القرابة، أما رابطة المصاهرة فيلاحظ أن شرائع غير المسلمين لا ترتب عليها أثر، ولذلك لن نتعرض لرابطة المصاهرة إلا بقدر اعتبارها من الموائع المشار إليها.

وبناء على ذلك نقسم هذه الدراسة إلى قسمين، قسم أول لدراسة رابطة الزواج، وقسم ثاني لرابطة القرابة.

هذا مع ملاحظة أننا سنقتصر في هذه الدراسة على أحكام الأسرة في شريعة الأقباط الأرثوذكس.





المفتدين

القسم الأول

رابطة الزواج في الشرائع غير الإسلامية

تمهيد:

قبل أن نشرع في دراسة رابطة الزواج في الشرائع غير الإسلامية، نمهد لتلك الدراسة في فصل تمهيدي بتعريف الزواج وبيان خصائصه وغاياته.

فصل تمهيدي

التعريف بالزواج وبيان خصائصه وغاياته

المبحث الأول

التعريف بالزواج

معنى الزواج بصفة عامة:

الزواج - بصفة عامة - هو ارتباط الرجل بالمرأة ارتباطاً يقره القانون ويرتب عليه آثاراً ويحث عليه الدين، وذلك بقصد إنشاء أسرة.

ومن هذا التعريف يتبين:

١- أن الزواج ضرورة اجتماعية وخلقية، فهو ضرورة اجتماعية، فيه تتكون الأسرة. وهي نواة المجتمع، فيتحقق به العمران. وهو ضرورة خلقية، فيه تشبع الغريزة ويمنع اختلاط الأنساب.

٢- وطالما أن غاية الزواج هو تكوين الأسرة وكفالة تربية ما ينتج عن علاقة الزوجية من أولاد، فإن هذه الغاية تقتضي دوام رابطة الزواج بدوام المصالح التي تقوم من أجلها، فرابطة الزواج رابطة أبدية لمدى حياة

٣- وإذا كان الزواج رابطة قانونية تنشأ بالاتفاق، إلا أنه ونظراً لغاياته الاجتماعية والخلقية، فإن الأديان كلها تحت عليه، وتحرص أغلبها على تنظيمه، الأمر الذي يجعله ذو صبغة دينية.

تعريف الزواج في الشرائع المسيحية:

الزواج في الشرائع المسيحية جميعها رابطة مقدسة تجمع بين رجل وامرأة في حياة مشتركة، ولذلك عنيت الشريعة المسيحية بتنظيم الزواج ووضع أسسه وأحكامه وحقوق أطرافه. ويلاحظ أن المسيحية وإن كانت قد حثت على الزواج إلا أنها لم تجعله فرضاً كما هو الحال في الإسلام واليهودية، وإنما فضلت عليه التبتل. فالعفاف أكثر من الزواج كرامة وكمالاً، وإذا كان هذا هو شأن الزيجة الأولى فإن الزيجة الثانية تعد مكروهة في نظر الكثيرين من علماء المسيحية. وعلى أية حال فقد حرص القانون رقم ٧٧٨ من مجموعة قوانين الكنائس الشرقية للكاتوليك بالنص على أن "يوسع الجميع أن يتزوجوا ما لم يمنعهم الشرع".

وفي شأن تعريف الشرائع المسيحية للزواج تقضي المادة ١٥ من مجموعة عام ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس في مصر - بأن:

"الزواج سر مقدس يثبت بعقد يرتبط به رجل وامرأة ارتباطاً علنياً طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية بقصد تكوين أسرة جديدة والتعاون على شئون الحياة".

وتعرفه المادة ١٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس - في مصر بأن:

"الزواج سر مقدس يتم بصلاة الإكليل على يد كاهن طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية يرتبط به رجل وامرأة بقصد تكوين أسرة والتعاون على شئون الحياة ويثبت بعقد يجريه الكاهن".

المبحث الثاني خصائص الزواج المسيحي

أولاً: الزواج سر من أسرار الكنيسة:

أسرار الكنيسة أو مقدساتها هي أعمال ترمز إلى تطهير النفس واتجاهها إلى سلوك طريق الصلاح والخير والاستقامة، فهي تؤهل النفس لنيل نعمة السماء التي يرمز إليها ذلك السر، وأسرار الكنيسة عند الأرثوذكس والكاثوليك سبعة هي: المعمودية أو العماد، التثبيت، العشاء الرباني، التوبة، المسحة، الكهنوت، الزواج.

هذا وقد جرى فلاسفة المسيحية من قديم على اعتبار الزواج من المقدسات وحيث لازم هذا الوصف الزواج عند المسيحيين فيما عدا البروتستانت، وقد استقر هذا الوصف في الفقه المسيحي الغربي وأيضاً في الفقه المسيحي الشرقي، وإن كانت تلك الصفة غير واضحة تماماً في الآثار الأولى للفقه المسيحي الشرقي، ولذلك أتت تعريفات المجموعات الأرثوذكسية والكاثوليكية على أن الزواج سر مقدس، وهو بصفته هذا "مولد للرحمات ككل المقدسات الأخرى، وارتباط الرجل بالمرأة فيه، من صنع الله واختياره، ولهذا يتخطى حدود الإنسان لأن الصفة الإلهية تتجلى فيه، وهو يمثل ارتباط المسيح بالكنيسة ولهذا فهو أبدي لا ينفصم".

ولقد اختلف فقهاء الشريعة المسيحية الغربية حول ما إذا كان يمكن فصل "العقد" عن "السر". حيث ذهب بعض منهم إلى أن للعقد وجوداً متميزاً عن السر، فالعقد له كيانه ومقوماته، والسر يحل فيه بعد أن يكون قد انعقد صحيحاً، غير أن الرأي الراجح والذي أصبح هو المعمول به الآن في الكنائس الغربية يجعل من الزواج عقداً وسراً في آن واحد "فالسر لا يتميز فعلاً عن العقد في زواج المعموديين، لذلك فإذا صح السر فيه صح العقد وبالعكس".

ويراعى أخيراً أن البروتستانت لا يجعلون من الزواج سرًا وإن كانوا

يعدونه رابطة مقدسة ويفضلونه على البتولية.

ثانياً: الزواج نظام قانوني:

الزواج كما يتبين - مما تقدم - "حالة قانونية يكون عليها الشخص الذي ارتبط مع آخر برباط الزوجية ومصدر هذه الحالة عقد الزواج، ذلك أن الرابطة الزوجية لا تنشأ أبداً إلا بناء على عقد يكون عقده شخصان: رجل وامرأة".

ولكن فكرة العقد هذه بدأت تنهوى في وقت من الأوقات أمام استلزام وتطلب الإجراءات والطقوس الدينية لإتمام الزواج، وعلى ذلك ومن وقت سيطرة الكنيسة على مسائل الأسرة في أوروبا لم يكن من المقبول القول بأن الزواج عبارة عن عقد كغيره من العقود وذلك لأن تراضي أطرافه لم يكن كافياً حينئذ لإنشائه، ولكن صدر أثناء الثورة الفرنسية - والتي كانت بين أهدافها القضاء على سيطرة رجال الدين - دستور عام ١٧٩١ والذي ينص على اعتبار الزواج عقداً مدنياً (المادة ٢/٧ من هذا الدستور)، كما تأثر قانون نابليون (القانون المدني الفرنسي) بهذا النص، فنظم الزواج باعتباره عقداً من العقود لا ينشأ إلا بتراضي أطرافه بقصد إحداث أثر قانوني معين، شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر.

وقد حظي هذا التطور بتأييد البعض الذي رأى أن التصور السليم للتصرف القانوني المنشئ للرابطة الزوجية، هو أنه عقد كأي عقد من العقود التي نظمها القانون.

وقد انتقدت الغالبية هذا الرأي للأسباب الآتية:

أولاً: أن تسوية عقد الزواج بغيره من العقود لا يتفق تماماً مع الأوضاع الناشئة عن الزواج. ففي العقود العادية، تترتب آثارها وفقاً لمشيئة وإرادة المتعاقدين، ولا يقدح في ذلك وجود بعض القواعد الأمرة - أحياناً - بالنسبة لهذه العقود والتي قد تفرض عليها آثاراً معينة، فوجود تلك القواعد لا يؤثر في

المجال الخاص الذي تسود فيه إرادة المتعاقدين. وهذا لا يتحقق في عقد الزواج، حيث يلتزم المتعاقدان بأحكام النظام القانوني الذي وضعه المشرع رغماً عنهما، فلا يجوز لهما الاتفاق على آثار أخرى غير تلك التي رتبها المشرع، وإذا كان لهم الحرية في التزوج من عدمه، إلا أنه يقبولهما الزواج خضعا لكل الآثار المترتبة عليه بأحكام القانون.

ثانياً: إن فكرة العقد لا تتلاءم مع الوضع القانوني الناشئ عن الزواج، فالأصل في العقد أن ترتفع أحكامه - عادة - بالتقابل، والعقد إذا ورد على حرية من الحريات الشخصية لا يمكن إلا أن يكون موقوتاً، في حين أنه في الزواج لا تنتهي رابطته باتفاق أطرافه على إنهائه، بل لا بد من صدور حكم قضائي ينهي تلك الرابطة، كما لا يمكن أن تنتهي تلك الرابطة بإرادة أحد المتعاقدين.

ثالثاً: إن فكرة العقد لا تفسر وجود دور للسلطات العامة في انعقاد الزواج وانحلاله، فالزواج لا ينعقد إلا بتدخل السلطة العامة وأمام موثق معتمد منها، ولو كان الزواج عقداً مدنياً عادياً لنشأ بمجرد التراضي.

وبسبب الانتقادات المتقدمة ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الزواج نظاماً قانونياً قرره المشرع على صورة معينة ولا دخل لإرادة الطرفين في إنشاء أحكامه أو تغييرها أو الاتفاق على ما يخالفها، وإن كان تطبيق هذا النظام على المتعاقدين لا يتم إلا باتفاقهما على الزواج، وهذا الاتفاق لا يعد عقداً ولكنه انضمام إلى هذا النظام القانوني الذي وضعه المشرع. ويتمثل الوضع هنا مع انضمام شخص إلى جمعية أو نقابة، فإذا كانت إرادته موجودة وأن هذا الانضمام تم إرادياً، إلا أنه يقبل - بهذا الانضمام - كل الأحكام والقواعد التي تنظم الجمعية أو النقابة التي انضم إليها دون أن يملك تغييرها، وهذا هو الشأن في الزواج. ولا شك أن فكرة النظام القانوني تتفق مع تقسيم الأستاذ ديجي للتصرفات القانونية، فمن التصرفات ما أطلق عليه التصرف الشرطي، ويتخذ به التصرف الإرادي الذي يعتبر شرطاً لانطباق نظام قانوني، وبذلك يعد

http://www.dakr.org
الزواج بمثابة تصرف قانوني هو شرط ضروري لانطباق النظام القانوني للزواج كما وضعه المشرع.

والواقع أن نظرية العقد ونظرية النظام القانوني لا شك في صحة تعبيرهما عن جانب واحد فقط من الحقيقة، ولذلك وجد اتجاه ثالث في الفقه يرى الأخذ بكلتا النظريتين معاً. فنظرية العقد صحيحة من ناحية لزوم تراضي طرفيه - الزوج والزوجة - على الزواج، فلا يتصور إمكانية الاكتفاء بإعلان فردي من أحدهما للانضمام لهذا النظام القانوني، إذن لا بد من تلاقي إرادتين في عقد الزواج، ثم تأتي بعد ذلك فكرة النظام القانوني بمعنى أن عقد الزواج ينشأ حالة قانونية تخضع لنظام قانوني معين وقواعد أمره من وضع المشرع الذي يستقل بتحديد تلك القواعد دون دخل لإرادة أطراف العلاقة الزوجية بها، وحيث تخضع تلك العلاقة لتلك القواعد القانونية الأمر التي تضعها السلطة العامة والتي تتدخل في إبرام العقد كما تتدخل في إنهاء تلك العلاقة.

ولكن يلاحظ أن اعتبار الزواج نظاماً لا ينفي أنه يستلزم لنشوءه اتفاق أطرافه وسلامة إرادتهما، وإذا كان الزواج في الفقه المسيحي يعد من المقدسات وجوهره إتباع الطقوس الدينية، فليس معنى ذلك إهدار جوهر التعبير عن الإرادة والقول بأن هذا التعبير وحده دون إتباع تلك الطقوس لا ينعقد به الزواج ولا يعتبر سراً. فالحقيقة أن الزواج المسيحي عقد رقيه السيد المسيح إلى مقام الأسرار ولذلك يعد زواج المسيحيين عقداً وسراً معاً وأن هذا السر يتم في الزواج عند الاتعقاد، أما بعد الاتعقاد فيخضع الزواج للنظام القانوني المقرر دون دخل لإرادة الطرفين في ذلك.

ثالثاً: الزواج نظام شكلي ديني:

يأخذ الزواج المسيحي طابعاً دينياً شكلياً خالصاً، فطالما كان الزواج سر من أسرار الكنيسة فلا بد لاتعقاده من تدخل رجل الدين عن طريق قيامه بصلاة

وطقوس معينة، حيث لا يتم الزواج إلا عن طريق الكنيسة وكهاتها^(١).

فالمادة ١٤ من مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس تقضي بأن "الزواج سر مقدس يتم بصلاة الإكليل على يد كاهن طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية".

ويلاحظ "أن شكلية الزواج ليست كشكلية أي عقد آخر، ذلك أن الشكل ليس مجرد صورة يظهر فيها اتفاق طرفيه، مع اعتبارها هذا الاتفاق هو المنشئ للزواج، بل إن ما يلزم في الزواج من صلاة الإكليل طبقاً لطقوس الكنيسة هو الذي ينشئ هذا الزواج لا الاتفاق بين طرفيه".

ولقد ورد في كتاب القوانين لابن العسال أن "عقد التزويج لا يتم ولا يكون إلا بحضور كاهن وصلاته عليهما وتقريبه لهما القربان المقدس في وقت الإكليل الذي به يتحدان ويصيران جسداً واحداً كما قال الله سبحانه. وعلى خلاف ذلك لا يعد لهما تزويجاً فإن الصلاة هي التي تحلل النساء للرجال والرجال للنساء".

رابعاً: وحدة الزواج:

مبدأ الوحدة في الزواج يعد من المبادئ الأساسية في المسيحية، فالزواج لا ينشأ إلا بين رجل واحد وامرأة واحدة، وعلى ذلك لا يجوز للرجل أن يجمع بين أكثر من زوجة في وقت واحد، ولا يجوز للمرأة أن تجمع أكثر من زوج في وقت واحد.

فلقد جاء في رسالة بولس الرسول إلى أهل كورنثوس الأولى أنه "ليكن لكل واحد امرأته، وليكن لكل واحدة رجلها". وورد في الإنجيل "أن الذي خلق في البدء خلقهما ذكراً وأنثى" من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسداً واحداً، إذا ليس بعد اثنين، بل جسد واحد". ومن

(١) ورد في المادة (١٤) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للطوائف المسيحية في مصر بأن "لا يعقد الزواج صحيحاً، إلا إذا تم بمراسيم دينية على يد رجل دين مسيحي مخلص مصرح له بأجرانه من رئاسته الدينية".

ناحية أخرى فقد نص الإنجيل على أن من غلق امرأته إلا بسبب الزنا وتزوج بأخرى فإنه يزني، كما أنه إذا طلقت امرأة من زوجها وتزوجت بأخر فإنها تزني فإذا كان الأمر كذلك فإن يكون من باب أولى، أن الجمع بين زوجين أو زوجتين يعد زنا ظاهراً.

هذا وقد أشارت إلى مبدأ الوحدة المادة ٢٤ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس حين قالت: "لا يجوز لأحد الزوجين أن يتخذ زوجاً ثانياً ما دام الزواج الأول قائماً".

خامساً: أهدية الرابطة الزوجية وعدم قابليتها للانحلال:

الرابطة الزوجية في الشريعة المسيحية أبدية لا تنقسم، فمتى انعقد الزواج صحيحاً فإنه لا ينحل أثناء حياة طرفيه وذلك استناداً على ما ورد بالكتاب المقدس واستناداً أيضاً إلى اعتبار الزواج من الأسرار المقدسة وقد شبهت الرابطة الزوجية في الشرع المسيحي بالعلاقة بين المسيح والكنيسة، وطالما كانت العلاقة الأخيرة مقدسة ودائمة فكذلك تكون الرابطة الزوجية.

هذا هو المبدأ في الشرائع المسيحية جميعها من حيث نظرتها للزواج باعتباره رابطة أبدية، وقد طبق الكاثوليك هذا المبدأ تطبيقاً حرفياً بدون استثناء حيث لم يبيحوا انحلال الزواج لأي سبب كلن، أما البروتستانت فيبيحونه لعدة الزنا وخروج أحد الزوجين عن الدين المسيحي، وأما الأرثوذكس فلهيهم أسباب متعددة للتطبيق، وسنعود من بعد إلى تفصيل أكثر بشأن هذه الخاصة من خواص الزواج المسيحي.

المبحث الثالث

غايات الزواج المسيحي

حرصت بعض المجموعات القانونية لغير المسلمين على بيان غايات الزواج المسيحي.

مجموعة الأقباط الأرثوذكس (عام ١٩٣٨ و ١٩٥٥) تحدد غايات الزواج

بأن القصد منه هو تكوين أسرة جديدة والتعاون على شئون الحياة. أو هو - طبقاً لمجموعة الروم الأرثوذكس - بقصد التعاون على الحياة الزوجية وحمل أعباء العائلة وتربية الأولاد.

يتبين من النصوص المتقدمة أن غايات الزواج المسيحي بصفة عامة هي الإنجاب وتربية الأولاد ومداواة الشهوة والتعاون على شئون الحياة، غير أن هذه النصوص قد اختلفت فيما بينها في ترتيب تلك الغايات بحسب أهميتها.

ومع ذلك فيمكن التوفيق بين النصوص المتقدمة وتحديد غايات الزواج المسيحي بالترتيب الآتي فنقول: أن الغاية الأساسية للزواج المسيحي هو إنجاب الأولاد وذلك بقصد بقاء النوع يدل على ذلك ما ورد في الأناجيل "أنمروا وأكثروا، وأملئوا الأرض" وهذا لا يكون إلا بتمام المعاشرة الجسدية، فلقد غرس سبحانه وتعالى في الإنسان الشهوة لكي يتحقق الهدف الأساسي من الزواج وهو حفظ النوع، وبذلك فإن الهدف الأول وهو إنجاب الأولاد لا يتحقق إلا بهدف ثانوي مرتبط به وهو المعاشرة الجسدية، وعلى ذلك فإن دفع ألم الشهوة بالاجتماع ليس هو الغاية الأساسية من الزواج. يقول ابن العسال: "القصد الأول من الزيجة هو إيلاد الأولاد لتبقي النوع ويدل عليه قول الله للجدين الأوليين: أنميا واكثرا؛ وهذا لا يكون إلا بالاجتماع للتوليد، ثم أنه لما غرست الشهوة في الطبيعة الحيوانية ليحصل الطلب للاجتماع الذي يحصل عنه النسل، تبع ذلك قصد ثان وهو دفع ألم الشهوة بالاجتماع المولد". كما أن هدف إنجاب الأولاد يستتبع حتماً تربية الأولاد فلا يمكن التفضيل بين إنجاب الأولاد وتربيتهم "لأن الواحد لا يكفي دون الأخرى".

أما الغاية الثانية للزواج فهو التعاون على شئون الحياة (أو المساعدة المتبادلة) أو "المعونة الحاصلة للمتزوجين أحدهما بالآخر على تخفيف التعب في هذه الحياة ويدل عليه قوله تعالى عن الجدين الأولين {لا يحسن أن يكون آدم وحده فلخلق له معوناً مثله}. والغاية الثانية هي غاية فرعية وليست رئيسية.

وبناء على ما تقدم تتحدد غايات الزواج المسيحي بما يلي:

أولاً: إنجاب الأولاد وتربيتهم وما يستتبع ذلك من إخماد الشهوة أو الحفاظ من التحرق.

ثانياً: التعاون على شئون الحياة بمساعدة كل زوج للآخر.

خطة البحث في القسم الأول:

بعد هذا التمهيد لدراسة الزواج في شرائع غير المسلمين، نشرع الآن في دراسة الزواج. غير أن الزواج في كافة الشرائع يقتضي التمهيد له بما يسمى بالخطبة أو مقدمات الزواج، فإذا انتهينا من دراسة الخطبة بدأنا في دراسة إنشاء الزواج ثم لاحتلاله، وأخيراً لآثاره.

وعلى ذلك تنقسم الدراسة في هذا القسم إلى أربعة أبواب:

الباب الأول: الخطبة.

الباب الثاني: إنشاء الزواج.

الباب الثالث: آثار الزواج.

الباب الرابع: انحلال الزواج.



الباب الأول

الخطبة في الشرائع المسيحية

الفصل الأول

التعريف بالخطبة

تهديد:

للزواج في كافة الشرائع مقدمات تسبقه وتمهد له، وقد فرضت تلك المقدمات أهمية الزواج وخطورته، وتلك المقدمات تعرف "بالخطبة"، والخطبة ليست هي الزواج وإنما هي مرحلة سابقة عليه تمهد له.

أهمية الخطبة في الشرائع المسيحية:

نظراً لخطورة الزواج في حياة الإنسان، فإن مختلف الشرائع قد قررت نظام الخطبة التي تستهدف للمقبلين على الزواج بتعرف أحوال بعضهم البعض حتى يتسنى لهم التأكد من أن زيجتهما ستكون ناجحة. وتبدو أهمية الخطبة واضحة في المجتمعات الشرقية التي تحكم علاقة الرجل والمرأة بها تقاليد راسخة يصعب تجاوزها كما هو الحادث في المجتمعات الغربية، وحيث تمثل الخطبة في بلدان الشرق فترة اختبار حقيقية تسمح بالتعرف بين الراغبين في الزواج حيث تكون كاشفة للنفوس ومحقة للرضا بالزواج من بعد بروية دون عجل. وتزداد أهمية الخطبة لدى المسيحيين عموماً لأن الزواج لديهم لا يقبل الانحلال كقاعدة عامة.

وقد أوضح بن العسال أهمية الخطبة بقوله: "وتقديم الخطبة والإملاك على التزويج ليكون الرضا به بروية تامة وعن فخص كاف في هذه المهلة المشتركة ولتتأكد المحبة مع الرضا وليضبط الشخص الموافق إلى حين بلوغه كيلا يسبق إليه. وليكن رجاء الزيجة الطاهرة مساعداً على حفظ العفة وليصرف الاهتمام في مدة المهلة إلى إعداد ما تدعو الحاجة إليه للزيجة وليقوى الشوق إلى الاتصال وللإقتداء بتدبير الحكيم تعالى لأنه قال " { لا يحسن

أن يترك الرجل وحده فلنجعل له معينا مثله: فوعد ثم فعل...}.

التعريف بالخطبة في شريعة الأقباط الأرثوذكس:

كانت الخطبة - بالمعنى القديم - يطلق عليها عند الأقباط "الإملاك". وقد عرف بن العسال هذه الإملاك بقوله: هو "عهد وميعاد لتزويج مستأنف ويكون بمكاتبة وبغير مكاتبة" ويعرفها اليغومانوس فيلوثاوس بأن "الإملاك هو عهد وميعاد لتزويج مستأنف بحيث يكون برضا المتعاقدين إما بأنفسهما إن كان سلطانهما إليهما وإما بواسطة وكيلهما أو وليهما...".

ومعنى ذلك أن الإملاك يتضمن الاتفاق على الزواج، والزواج يتم في الأجل المحدد له في الإملاك. ويتعقد الإملاك ما بين الزوجين "بحضور كاهنين قسيسين أو قس وشماسين رشيدين ويوضع الصليب ويقرر المهر ويكتب مكتوب من ثلاث نسخ تكون إحداها عند مقدم البيعة واثنان عند المليكين وبموافقة المتواصلين إما بأنفسهما إن كان سلطانهما إليهما وإلا فأوليائهما". ثم يقوم الكاهن بوضع الصليب ويعقد الإملاك على خاتمين من جهة المليكين بالصليب والتبريك والصلاة الربية ثلاث مرات كالرتبة المعتبرة لذلك، ويراعى أن الزوجة ينوب عنها في العادة وليها، غير أن رضائها بالعقد مطلوب، وقد يكون رضائها ضمنياً، وإذا عقد الإملاك ولي الصغير، كان للأخير أن يعدل عنه متى بلغ سن البلوغ وهي ١٤ سنة بالنسبة للذكور و١٢ سنة بالنسبة إلى الإناث، هذا مع مراعاة أنه لا يجوز إملاك من لم يبلغ سن السابعة.

ويتضمن عقد الإملاك - غالباً - الاتفاق على المهر، على أنه يجوز الإملاك بلا مهر، كما يجب أن يتضمن العقد المدة التي يجب إتمام الزواج في خلالها، فإذا لم تحدد تلك المدة وجب إتمام الزواج في خلال سنتين أو ثلاث سنوات، سنتان إن كان الخاطب جاضراً وثلاث سنوات إن كان غائباً، وقد تمتد المدة إلى أربعة سنوات في حالة المرض أو الغيبة.

ويترتب على الإملاك التزام الخاطب (الزوج) بإتمام الزواج في خلال المدة التي يظل الإملاك قائماً فيها لم ينحل، فإذا أخل أحد الخاطبين بهذا الالتزام وتحلل من الزواج، حق تغريمه.

ومن الممكن أن يفسخ الإملاك في حالات نكح عايبها وهي:

١. إذا عقد الإملاك وثبت قيام مانع من موانع الزوجية.

٢. إذا مات أحد المليكين قبل عقد الزواج بالإكليل.

٣. كما تنقضي الرابطة المتخلفة عن الإملاك إذا ما حبس أحد الزوجين لمدة طويلة أو اشتهر بسوء السيرة أو استغرقت ذمته بالديون.

٤. إذا كان المليكين يتيمين وإملاكاً قبل أن يبلغا بتوسط القوم، فمن ندم منهما كان له عند بلوغه أن يفسخ الإملاك.

ويجوز أن يتضمن الإملاك دفع عربون معين من أحد الزوجين للآخر، ويقول ابن العسال "والعربون من شأنه أنه متى امتنع قابضه وفرك الموافقة أن يرد ما قبضه مضعفاً، وإن فرك المعطى سقط العربون الذي دفعه. فإن عرض موت، ففيه قولان (أحدهما) يرد ما حمل إلا أن يكون المتوفى هو السبب في التأخير عن تمام العرس (وثانيهما وهو الأرجح) إن كانت المرأة هي المتوفاة فليسترجع الخطيب من أهلها ما صار لها من جهته سوى المأكل والمشروب، وإن كان الرجل هو المتوفى ولا وارث له فليترك لها ما صار لها من جهته فهي أحق به وإن كان له ورثة فلترد عليهم نصف ما وصلها من جهته ويبقى النصف الآخر لها إن كان الإملاك صحيحاً".

يتبين مما تقدم أن الإملاك كان أكثر من مجرد وعد بالزواج. فلقد كان منشأاً للالتزامات في ذمة أطرافه لمدة طويلة تسبق المرحلة الثانية للزواج المسماة بالإكليل، ومعنى ذلك أن الإملاك كان مرحلة من مراحل الزواج، ويبدو هنا تأثير الفقه القبطي بالفقه البيزنطي وبما كانت عليه الخطبة قديماً، فيما عدا أن خطبة الإملاك القبطية كانت لا تحل المخالطة الجسدية.

وإلى جانب الخطبة ذات الطابع الشكلي الديني، عرف الفقه القبطي ما يسمى بالخطبة البسيطة، وقد تحدث المجموع الصقوي عن هذه الخطبة بأنها "الخطبة إنما تصح بين من يصح زيجتهما، والمخطوب له إن لم يكن تحت ولاية غيره صحت خطبته لنفسه إما بنفسه أو بكتابة أو بمن يرضاه واسطة وإلا قام وليه مقامه، وإن أثير خطيب أو خطيبة الرهينة بعد حمل المهر وأخذة فللخطيب أن يأخذ ما أعطاه وللخطيبة أن ترد ما أخذته من غير ضعف بشرط

أن يترهب من أراد منهما الرهينة أعنى أن أحدهما لا يفسخ وإلا فلا".

"فإذا كانت الخطبة صارت بدون عقد إملاك رسمي أو صارت بغير حضور الكهنة وبدون إقامة صلاة رسمية واحتفال مشتهر، بل كانت مجرد اتفاق بسيط بين الفريقين ولو أن ذلك كان بحضور كاهن لكنه لم يجر إتمام الخطبة بالصلاة الرسمية، فإذا رغب أحد الفريقين عدم التزوج بالآخر فلا يجبر بل هو حر يتزوج بمن يريد ولا غرامة عليه بشيء ما دامت الخطبة بسيطة بدون صلاة كهنوتية رسمية".

ويتبين مما تقدم أن الخطبة البسيطة تميزت بما يلي:

١- أنه من الممكن عقدها بواسطة الولي ولو بدون رضا الصغير.

٢- أنه لا يشترط فيها مراسم دينية.

٣- وأنه لا يترتب عليها أي التزام بوجود إتمام الزواج.

هذا ولما اتضحت مساوئ خطبة الإملاك، فقد أصدر البطريك كيرلس الرابع أمراً بمنعها والاكْتفاء بالخطبة البسيطة، وأصبحت تتم مراسم الإملاك مع الإكليل في وقت واحد، فالمنع كان قاصراً على القيام بمراسم الإملاك مستقلة عن مراسم الإكليل.

هذا هو ما انتهى إليه التطور في الفقه القبطي، أما مجموعات الأقباط الحديثة، فنقضت المادة الأولى من مجموعة ١٩٥٥ بأن "الخطبة عقد بين رجل وامرأة يعد فيه كل منهما الآخر بالزواج في أجل محدد".

والسؤال المطروح هنا، هل الخطبة التي نظمتها مجموعة الأقباط الأرثوذكس هي الخطبة البسيطة التي عرضنا لها منذ قليل؟ تبدو أهمية الإجابة على هذا السؤال، عندما يتبين أنه إذا كانت الخطبة التي نظمتها تلك المجموعة هي الخطبة البسيطة لكان حكمها أنها تخضع لأحكام القانون المدني، أما إذا كانت تلك الخطبة ذات طابع شكلي وديني منظم فإنها تعد عندئذ من قبيل الأحوال الشخصية التي تخضع لقواعد الشريعة الطائفية.

يرى البعض أنه يجب التفرقة بين نوعين من الخطبة، نوع أول يراعى في انعقادها الإجراءات الشكلية التي تنص عليها الشرائع المسيحية، وهذه تعد عقداً وتخضع للشريعة الطائفية، والنوع الثاني لا يراعى في انعقادها الشكل

اللازم لاعتقاد الخطبة شرعا وفقا لما تقضي به التقنيات الشرعية المسيحية
فهي تتم باتفاق ورضا أطرافها ودون أن تعترف بها الشرائع الدينية، وهذه
الخطبة تخضع لأحكام القانون المدني وليس للشريعة الطائفية.

بينما يرى بعض آخر أن الخطبة لا يسري بشأنها مبدأ تعدد الشرائع ولا
تطبق عليها الشريعة الخاصة لأطراف النزاع، ولكنها تخضع لقواعد موحدة
وضعها القضاء وتسري على المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين. ويستند
هذا الرأي إلى أن الخطبة من المسائل التي تدل على الخطأ في استخدام فكرة
الأحوال الشخصية لتحديد القانون الواجب التطبيق، لأن استخدامها أدى إلى
القول بأن الشرائع الخاصة هي التي تسري على الخطبة وهذا غير صحيح.
وفكرة الأحوال الشخصية أصبحت الآن فكرة سلبية من حيث تحديد القانون
الواجب التطبيق لأن الشرائع تتعدد بالنسبة لما بقي من الأحوال الشخصية ولم
يصدر بشأنه قانون موحد. وما بقي من الأحوال الشخصية ولم يصدر بشأنه
قانون موحد، فكرة سلبية، لأنه إذا عرضت مسألة فقد تكون من المسائل التي
صدر بشأنها قانون موحد وقد لا تكون كذلك، قد تكون مما سبق توجيده، وقد
تكون مما بقي لم يوحد. ولهذا فالمعيار الصحيح لمعرفة القانون الواجب
التطبيق هو البحث أولا وقبل كل شيء عما إذا كانت توجد قواعد موحدة بشأن
هذه المسألة أم لا. فإذا وجدت بشأنها قواعد موحدة فهي التي تسري ولو كانت
هذه المسائل المعتمدة قديما من الأحوال الشخصية فتتعدد بشأنها الشرائع في
الماضي، ونظرا لأن القضاء المصري قد عبر في أحكامه عن قواعد موحدة
للمصريين جميعا في مسألة الخطبة فإن هذه القواعد تعتبر القانون المصري
في هذا الشأن.

نعود إلى السؤال الذي طرحناه وتعدل فيه بعد بيان الخلاف المتقدم، هل
الخطبة التي أوردتها مجموعة الأقباط الأرثوذكس هي خطبة الإملاك، أم هي
الخطبة البسيطة؟ فإذا كانت الأولى فهي تعد مرحلة من مراحل الزواج
وتخضع للشريعة الطائفية، وإذا كانت الثانية، فهي مجرد وعد يخضع للأحكام
العامة في القانون المدني دون الشريعة الطائفية.

الواقع أن تعريف الخطبة كما هو وارد في تقنين ١٩٣٨ و ١٩٥٥
والتنظيم الذي قرر لتلك الخطبة في تلك التقنينات يبعد بها إطلاقا عن أن تكون

هي خطبة الإملاك التي عرفتها الشريعة القبطية الأرثوذكسية، كما أن هذه الخطبة ليست هي الخطبة البسيطة التي أشرنا إليها، فالخطبة البسيطة تتم دون حضور كاهن ودون إقامة صلاة رسمية أو احتفال، وإنما هي مجرد اتفاق بسيط بين طرفين لكل منها حق العدول، أما الخطبة التي نص عليها في تلك التقنيات فهي نوع جديد لم تعرفه الشريعة القبطية ولكن تقرر من الكنيسة القبطية، وهذه الخطبة الجديدة - والتي اصطلح على تسميتها بالخطبة الرسمية - تتم في احتفال ديني يحضر فيه الخطيب بنفسه أو وكيله ووكيل الخطيبة لدى الكاهن وجملة من أبناء الكنيسة، وبعد أن يتأكد الكاهن من توافر بعض الشروط من حيث عدم قيام مانع من موانع الزواج، توافر الرضا، تناسب السن، وميعاد الزواج وبلوغ الطرفين السن القانون للزواج عند حلول هذا الميعاد، يحرر كتاب بكل هذا ويوقع عليه من الطرفين ومن الشهود الحاضرين ويصدق عليه الكاهن ثم يتم الكاهن الخطبة رسمياً بالصلاة الربية والأدعية الروحية ثلاث مرات قائلاً هكذا: باسم ربنا وإلهنا ومخلصنا يسوع المسيح اجتمعنا لتتم خطبة الابن الأرثوذكسي البكر (فلان) لخطيبته الابنة الأرثوذكسية البكر (فلانة). ولا شك أن هذه الخطبة الرسمية هي نوع جديد ليس هو بالإملاك ولا بالخطبة البسيطة كما أنه لا يجوز الاستعاضة بالخطبة الرسمية عن الإملاك، فلا زالت طقوس الإملاك تمارس مع الإكليل (الزواج)، إما في الليلة نفسها، وإما أن يتم الإملاك في ليلة والإكليل في صباح اليوم التالي. وبذلك استقلت الخطبة الرسمية عن الإملاك، وهذه الخطبة الرسمية التي نص عليها في مجموعات الأقباط ليست مجرد اتفاق عادي (خطبة بسيطة) وإنما هو تعاقد يتم عن طريق الكنيسة وبتقوسها وبالتالي يخضع للشريعة الطائفية ولا يجوز القول بأن المشرع والقضاء المصري قد وحدوا قواعد وأحكام الخطبة بالنسبة للمصريين جميعاً. وعلى ذلك - وبرغم أن الخطبة التي عرفتها الشريعة القبطية بالإملاك - لم تنص عليها مجموعات الأقباط وإنما نصت على خطبة من نوع آخر، فإن الخطبة الأخيرة لا زالت تتمتع بالطابع الديني وبالتالي فهي تخضع للشريعة الطائفية دون الأحكام العامة الواردة في التقنين المدني.

الفصل الثاني

انقضاء الخطبة

تمهيد:

رأينا أن الخطبة في شرائع المسيحيين تعد عقداً من العقود الشكلية (غالبا)، وهذا العقد ذو طابع ديني ويحتاج إلى إشهار وإعلان، حتى يتسنى لمن لديه اعتراض أو معارضة أن يتقدم بها.

المبحث الأول

الشروط الموضوعية في الخطبة

تقسيم:

ركن الخطبة الأساسي هو التراضي، وللتراضي عناصر، فهناك عنصر السبب وعنصر المحل، وهذا وذاك يخضع لحكم القواعد العامة في نظرية العقد، ونشير إلى المحل فقط بأن محل الخطبة هو إبرام عقد الزواج في المستقبل. وللتراضي طرفان، يجب أن يتوافر فيهما سن معينة، وللتراضي مضمون يختلف عن مضمون أي عقد آخر، فنعرض لهذه المسائل تباعاً.

الفرع الأول

طرفا الخطبة

بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية تنص المادة الرابعة من مجموعة الأقباط الأرثوذكس بأن: تقع الخطبة بين الخطيبين بإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر، فإذا كان أحدهما قاصراً وجب أيضاً موافقة وليه على ذلك.

ويتبين مما تقدم ما يلي:

أ- انعقاد الخطبة برضاء أطرافها: تتعقد الخطبة بين ذكر وأنثى لا يحول حائل دون زواجهما. ويشترط في الرضا بالخطبة أن يكون سليماً لا تشوبه شائبة أو عيب من عيوب الإرادة. وعيوب الرضا التي قد تصاحب الزواج يمكن تصورها أيضاً في شأن الخطبة. فإذا وجدت الإرادة معيبة، أمكن لمن تعيبت إرادته أن يطلب إبطال الخطبة استناداً إلى هذا العيب.

ويرى البعض أنه يمكن لمن تعيبت إرادته أن يستغنى عن سلوك طريق دعوى الإبطال "فالخطبة بطبيعتها عقد غير لازم، والرجوع فيها لا يرتب أية مسؤولية متى كان هناك مسوغ له. والمقصود بالرجوع هنا هو أي إجراء فردي يعبر عن إرادة الشخص بعدم إتمام الزواج... ولا شك أن عدوله عن الخطبة سوف يكون مبنياً على مسوغ مشروع، على أن الشخص قد يفضل أن يرفع دعوى الإبطال ليحصل على حكم به، حتى يدفع أية شبهة قد تتور حول مشروعية عدوله. فكل قيمة لسلوك دعوى الإبطال منحصرة إذن في دفع هذه الشبهة، وهو أمر لا يستأهل سلوك طريق الدعوى، لأنه متى ثبت أمام القاضي - حين ترفع الدعوى على من عدل - أن رضا من عدل لم يكن سليماً حين الخطبة فإنه سوف لا يلزمه بالتعويض".

ويجب - أصلاً - أن يكون الرضا بالخطبة شخصياً، أي صادراً من الخاطبين أنفسهما، كما هو الحال في الزواج، فالأمر يتعلق بمسألة لا يمكن البت فيها من غيرهما.

ب- انعقاد الخطبة بطريق النيابة:

يلاحظ - لدى الأقباط الأرثوذكس - أنه إذا كان المخطوب له غير خاضع لولاية غيره، صحت خطبته لنفسه أو بوكيل أو بكتابة، ومن الممكن لوليه أن يقوم مقامه في ذلك، أما إذا كان أحد الأطراف قاصراً، فلا يكفي رضائه لانعقاده الخطبة، بل يجب أيضاً موافقة وليه على ذلك. وإذا كنا بصدد خطبة بسيطة، فهي تجوز للولي بغير رضا القاصر ولا يوجد ما يمنع من انعقاد الخطبة عن طريق الوكالة.

الفرع الثاني

السنن

تقضي المادة الثالثة من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (مجموعة ١٩٣٨ و ١٩٥٥) بأنه: "لا تجوز الخطبة إلا إذا بلغ سن الخاطب سبع عشرة سنة والمخطوبة خمس عشرة سنة ميلادية كاملة".

ويجب - أصلاً - أن يكون الرضا بالخطبة شخصياً، أي صيادراً من الخاطبين أنفسهما، كما هو الحال في الزواج، فالأمر يتعلق بمسألة لا يمكن البت فيها من غيرهما.

تحديد السن الواجب توافره في أطراف الخطبة:

يتبين مما تقدم أن الشرائع المسيحية تحدد للخطبة سناً أقل غالباً من سن الزواج، وهذا أمر طبيعي حيث أنه من المعتاد أن تعقد الخطبة قبل الزواج بمدة معينة، وفي شأن تحديد سن أطراف الخطبة، اختلفت الشرائع المسيحية فيما بينها فلم تكف بمن التمييز وإنما تطلب معظمها سناً يجاوز ذلك.

ويفسر البعض هذا التشدد (وبمناسبة شريعة الأقباط الأرثوذكس) بأنه يقصد به ألا تطول مدة الخطبة قبل الزواج بسنة، وهي عبارة عن الفرق بين السن المتطلبة للزواج والسن المتطلبة في الخطبة وهي تكفي للتبصر والروية، ومعرفة كل من الخطيبين أحوال صاحبه، ولم تجز الخطبة في سن تجعل الفترة بينها وبين الزواج أكثر من سنة، لأنه لا فائدة ترجى من وراء ذلك بل ربما نجم الضرر.

ويرى جانب آخر بحق، "أن هذا القول لا يمكن اعتباره تعليلاً كافياً للتشدد، إن الرغبة في عدم إطالة مدة الخطبة، لا يمكن منطقياً، أن تؤدي إلى تحديد مثل هذا السن للتمييز. ودليل ذلك أن المادة ٩ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس قد توقعت أن تطول مدة الخطبة عن سنة، ومع ذلك لم ترتب البطان على هذه الإطالة".

والواقع أن تحديد السن في الخطبة ليست مسألة دينية، ولذلك لم يرد

بشأنها نص حاسم وإنما استقلت التقنيات الطائفية بتحديداتها على ضوء العرف والظروف الاجتماعية وغيرها. وإذا كانت تلك التقنيات قد تشدّت أحياناً في تحديد هذا السن، فعذرها في ذلك أن الزواج عقد خطير بالغ الأهمية في حياة الإنسان، ولذلك يكون من الأوفق الإرتفاع بالسن إلى حد معين يتوافر معه في الخاطبين قدر كاف من الإدراك والتبصر بخطورة ما هم مقدمون عليه.

والسن لدى الأقباط الأرثوذكس هي ١٧ سنة للخطاب و١٥ سنة للمخطوبة، هذا مع ملاحظة أن السن المطلوبة لعقد الزواج هي ١٨ سنة للرجل و١٦ سنة للمرأة. وبناء على ما تقدم فإن الخطبة لا تتعقد إذا لم يكن المتعاقدان قد بلغا السن القانونية وقت إبرامها، وكذلك الحال أيضاً إذا كان أحدهما دون السن القانوني حتى ولو كان للعقد قد عقده ولي الصغير منهما.

الفرع الثالث

مضمون التراضي

تقضي المادة الخامسة من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (عام ١٩٤٨) بوجود اشتغال وثيقة الخطبة على "٦- الميعاد الذي يحدد لعقد الزواج، ٧- قيمة المهر وشروط وفائه إذا حصل الاتفاق على مهر" وتقضي المادة السابعة بأنه "يجوز باتفاق الطرفين تعديل الميعاد المحدد للزواج في عقد الخطبة مع مراعاة السن التي يباح فيها الزواج، ويؤثر بهذا التعديل في ذيل عقد الخطبة ويوقع عليه من الطرفين ومن الكاهن".

التراضي على مدة الخطبة:

يتبين من النصوص المتقدمة أن شريعة الأقباط الأرثوذكس تستلزم تراضي أطراف الخطبة على موعد الزواج، كما يجوز بالاتفاق تعديل الميعاد المحدد للزواج في عقد الخطبة مع مراعاة السن التي يباح فيها الزواج، ويحمي التأشير بهذا التعديل في ذيل عقد الخطبة ويوقع على التعديل كلياً من الطرفين والكاهن. ويمكن أن يشمل التراضي أيضاً - علاوة على المدة - المهر أو

العربون وهو ما يدفع من أصل المهر.

ويلاحظ أخيراً أن عدم تحديد مدة للزواج في عقد الخطبة لا يؤدي إلى بطلانها وفي هذا الصدد "إذا كانت الشريعة الخاصة تضع حداً أقصى لفترة الخطبة ولم يبد أحد الطرفين استعداده لإتمام الزواج فإنه بمضي هذا الأجل يستطيع الطرف الآخر أن يعتبره قد عدل، وكذلك الشأن إذا لم تضع الشريعة حداً أقصى فإنه يجوز لأحد الطرفين أن يطلب من القاضي تحديد الأجل، فإن مضى دون إيداء الطرف الآخر استعداده للزواج كان عدولاً من ناحيته. وهكذا ففي الحالتين يجوز للشخص الراغب في الزواج أن يعتبر الخطبة منتهية. أما مسئولية الطرف الآخر فتحدد حين التعرض لدراسة العدول عن الخطبة بوجه عام"^(١).

المبحث الثاني

الشروط الشكلية في الخطبة

لا يكفي التراضي لاتعداد الخطبة في الشرائع المسيحية، بل لابد من توافر شكل معين يتمثل في أن يتم تبادل التراضي أمام رجل الدين مع إتباع طقوس وإجراءات معينة، فالخطبة عقد شكلي في مختلف تلك الشرائع.

الاقباط الأرثوذكس:

تحدثت المادة الخامسة من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الأرثوذكس عن هذا الركن الشكلي قائلة "تثبت الخطبة في وثيقة يحررها كاهن من كهنة الكنيسة القبطية الأرثوذكسية". وقد يبدو من صياغة النص واستخدام كلمة "تثبت" أننا أمام إجراء من إجراءات الإثبات، وهذا غير صحيح، لأن تحرير الوثيقة بمعرفة رجل الدين يأتي بعد اتخاذ إجراء ديني معين هو إقامة الشعائر حسبما وردت في شريعتهم. وقد بين الإيغوماثوس فيلوثاؤس في خلاصته القانونية تلك الشعائر قائلاً أنه إذا كان المقصود خطبة عقد لا إهلاك فيتحرر بما ذكر كتاب ويمضي عليه من الفريقين ومن الشهود الحاضرين ويصدق على ذلك

(١) أحمد سلامة - المرجع السابق - فقرة ١٢٣ من ٣٤٧.

من الكاهن ثم يتم الكاهن الخطبة رسمياً بالصلاة الربية والأدعية الروحية ثلاث مرات قائلاً: باسم ربنا وإلهنا ومخلصنا يسوع المسيح اجتمعنا لنتمخ خطبة الابن الأرثوذكسي البكر (فلان) لخطيبته الابنة الأرثوذكسية (فلانة)".

وعلى ذلك يتحدد ركن الشكل فهو يتضمن إجراءين، الأول: هو إقامة الشعائر، والثاني هو إفراغ عقد الخطبة في وثيقة رسمية يحررها كاهن من كهنة الكنيسة القبطية الأرثوذكسية مرخص له بمباشرة عقد الزواج.

ويجب على الكاهن قبل تحرير عقد الخطبة أن يتحقق:

أولاً: من شخصية الخطيبين ورضائهما بالخطبة.

ثانياً: من عدم وجود ما يمنع شرعاً من زواجهما سواء من جهة القرابة أو الدين أو المرض أو وجود رابطة زواج سابق.

ثالثاً: من أنهما سيبلغان في الميعاد المحدد لزواجهما السن التي يباح فيها الزواج شرعاً (المادة السادسة من مجموعة ١٩٢٨ للأقباط الأرثوذكس ومجموعة ١٩٥٥).

وبعد أن يقوم الكاهن بالتحقق من الأمور السابقة، يتولى بعد ذلك تحرير وثيقة أو عقد الخطبة، ويجب أن تتضمن هذه الوثيقة على ما يلي:

- ١- اسم كل من الخاطب والمخطوبة ولقبه وسنه وصناعته ومحل إقامته.
- ٢- اسم كل من والدي الخطيبين ولقبه وسنه وصناعته ومحل إقامته وكذلك اسم ولي القاصر من الخاطبين ولقبه وسنه وصناعته ومحل إقامته.
- ٣- إثبات حضور كل من الخطيبين بنفسه وحضور الولي إن كان من بينهما قاصر ورضا كل من الطرفين بالزواج.
- ٤- إثبات حضور شاهدين على الأقل مسيحيين راشدين وذكر اسم كل من الشهود وسنه وصناعته ومحل إقامته.
- ٥- إثبات التحقق من خلو الخاطبين من موانع الزواج الشرعية.
- ٦- الميعاد الذي يحدد لعقد الزواج.

٧- قيمة المهر وشروط وفائه إذا حصل الاتفاق على المهر.

ويوقع على هذه الوثيقة كل من الخاطب والمخطوبة وولي القاصر منها والشهود ومن الكاهن الذي حصلت على يده الخطبة ثم يتلوها الكاهن على الحاضرين وتحفظ بعد ذلك في سجل خاص بدار البطريركية أو المطرانية أو الأسقفية التي حصلت الخطبة في دائرتها" (المادة الخامسة).

توثيق الخطبة في مصر في ظل أحكام القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥:

قضت المادة الأولى من القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ بأن تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية كما تلغى عملية التوثيق بالمجالس المليية وتحال إلى مكتب التوثيق جميع المضابط والسجلات والدفاتر المتعلقة بها.

وبناء على هذا النص ألغيت عملية التوثيق بالمجالس المليية (للطوائف غير الإسلامية) وأصبحت من اختصاص مكاتب التوثيق بوزارة العدل. وعلى ذلك يمكن أن يستتج من ذلك أن رجل الدين لم يعد من اختصاصه توثيق الخطبة عند لزوم هذا التوثيق طبقاً لنصوص بعض الشرائع الطائفية، وبالتالي فركن الشكل في الخطبة يصبح متوافراً بمجرد انعقاد الخطبة على يد رجل الدين وقيامه بالطقوس الدينية اللازمة لذلك، ولا حاجة إلى توثيق الخطبة رسمياً.

ولكن يلاحظ أن المادة الثالثة من القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ قضت بأن تتولى مكاتب التوثيق، توثيق جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتضادق على ذلك الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المختلفي الطائفة والملة. ويتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة موقوفون منتدبون بقرار من وزير العدل". ومفهوم هذا النص أن المشرع قد أناط بالموتقين المنتدبين توثيق الزواج والطلاق فقط ولم يشر النص إلى توثيق الخطبة.

وإزاء ذلك ذهب البعض إلى أن توثيق الخطبة أصبح من اختصاص الموتقين المنتدبين بقرار من وزير العدل لتوثيق عقد الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة، وذلك وفقاً للقانون رقم

ولكن وبرغم تناقض هذا الرأي مع صراحة المادة الثالثة من القانون رقم ٦٢٩، فإن المادة ١٥ من قرار وزير العدل الصادر بلانحة الموثقين المنتدبين (عام ١٩٥٥) قد قضت بأنه: "لا يجوز للموثق المنتدب أن يوثق غير عقود الزواج والرجعة والطلاق والتصادق على ذلك الخاصة بالأشخاص المصريين المتحدي الطائفة والملة التابعين للجهة الدينية التي قوم بالتوثيق بها".

ولذلك يذهب الرأي الراجح إلى أن توثيق الخطبة للمصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة، لا يزال باقياً كما كان عليه الحال قبل صدور القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥، أي يظل رجل الدين أو الكاهن هو المختص بتوثيقها، فإذا لم توثق على يده فإن ركن الشكل لا يعد متوافراً وذلك في نظر شرائع الطوائف التي تستلزم ركن الشكل لاتعداد الخطبة^(٢).

هذا وقد تم أخيراً إدخال بعض التعديلات على لائحة الموثقين المنتدبين (الصادرة بقرار وزير العدل في ١٩٥٥/٩/٢٦) بقرار وزير العدل رقم ١٧٢٧ لسنة ٢٠٠٠ ولم يأت هذا التعديل بأي جديد يغير من هذا الرأي الراجح، المشار إليه منذ قليل، بل أن مجمل تلك التعديلات تؤيد هذا الرأي وهو عدم اختصاص الموثق المنتدب بتوثيق خطبة غير للمسلمين والتي يختص بها رجل الدين أو الكاهن وحده.

المبحث الثالث

الإعلان عن الخطبة والمعارضة في الزواج

الغرض من الإعلان:

معنى إعلان الخطبة إشهارها بين أكبر عدد من الجمهور حتى يتسنى له العلم بها وبما نواه أطرافها من إبرام الزواج مستقبلاً، ويهدف هذا الإعلان

(١) شفيق شحاته - المرجع السابق - فقرة ٩٧ ص ٩٠.

(٢) إيهاب حسن اسماعيل في شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف المليية ١٩٥٧ - ص ١٤٠، أحمد سلامة - المرجع السابق - فقرة ١٢٦ ص ٣٥٢، ٣٥٣، توفيق حسن فرج - المرجع السابق - ص ٣٨٥ - هامش (١).

إتاحة الفرصة لمن لديه أية معلومات عن وجود مانع يمنع ارتباط أطراف الخطبة، أن يتقدم به، وأيضاً تمكين من لديه أسباب لمعارضة هذا الزواج المستقبل، أن يعترض. ويراعى أن إجراء الإعلان لا يدخل في ركن الشكل اللازم لانعقاد الذميلة عند الشرائع التي تستلزمه، وإنما هو إجراء مستقل قصد به تحقيق غاية معينة لا تتصل بإجراءات الخطبة الموضوعية والشكلية^(١).

الفرع الأول

الإعلان عن الخطبة

إعلان الخطبة في شريعة الأقباط الأرثوذكس:

طبقاً للمادة الثامنة من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (عام ١٩٣٨) يحرر الكاهن الذي باشر عقد الخطبة ملخصاً منه في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ حصوله ويعلقه على كنيسته (أي في لوحة الإعلانات بالكنيسة) وإذا كان الخاطبان أو أحدهما مقيمين خارج دائرة هذه الكنيسة ترسل نسخة منه إلى كاهن الكنيسة التي يقيم كل من الخاطبين في دائرتها ليعلقه على بابها (أو في لوحة الإعلانات بالكنيسة). ويبقى الملخص معلقاً قبل الزواج مدة عشر أيام تشمل على يومي أحد". وتقضي المادة التاسعة من المجموعة بأنه "إذا لم يتم الزواج في خلال سنة من تاريخ انقضاء ميعاد العشرة الأيام المنصوص عليه في المادة السابقة، فلا يجوز حصوله إلا بعد تعليق جديد يعمل بالطريقة المتقدمة ذكرها".

وتقضي المادة العاشرة بأنه: "يجوز لأسباب خطيرة (أو عند الضرورة) للربنيس الديني والأسقف أو المطران في الجهة التي حصلت الخطبة في دائرتها أن يعفي من التعليق المنصوص عليه في المادتين السابق ذكرهما".

يتبين من النصوص المتقدمة وجوب قيام الكاهن الذي باشر الخطبة بكتابة ملخصاً عنها ويقوم بوضعه في مكان ظاهر للجميع (لوحة إعلانات الكنيسة) حتى يعلم كل متردد على الكنيسة بحصول الخطبة وأطرافها، ولكي يحقق

الإعلان الهدف منه، إذا ثبت أن أطراف الخطبة كانا مقيمين (أو أحدهما) خارج دائرة الكنيسة التي عقد العقد فيها، التزم الكاهن بإرسال نسخة من الإعلان إلى الكنيسة التي يقع في دائرتها محل إقامتهما ليتم التعليق والإعلان في الكنيسة الأخيرة. كما يجب أن يظل الإعلان قائماً لمدة كافية وقد حددتها المجموعة بعشرة أيام تشمل على يومي أحد وهو اليوم الذي يكثر فيه التردد على الكنيسة للصلاة. ويجوز عند الضرورة للرئيس الديني المختص أن يقرر عدم التعليق في لوحة إعلانات الكنيسة اكتفاء بالإعلان داخل الكنيسة، وهذا الإغفاء يكون من التعليق فقط، أما انتظار مدة العشرة أيام فلا بد منها، فقد يحدث أن يكون أطراف الخطبة قد ارتبطا من قبل برابطة حرة فظن الناس جميعاً أنهم متزوجين، وعندئذ يجوز الإغفاء من الإعلان بالتعليق للحفاظ على سر هؤلاء فحسب. وقد تتمثل الضرورة المبررة للإغفاء من الإعلان بالتعليق أو الإغفاء من الإعلان كليةً أن يكون الأمر متعلق بزواج مريض في مرت الموت أو كانت الرغبة في الزواج على وشك أن تضع مولوداً.

الفرع الثاني

المعارضة في الزواج

في شريعة الأقباط الأرثوذكس:

تقضي المادة ٢٩ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس في مضر (عام ١٩٣٨) بأنه: "يكون للأشخاص الآتي ذكرهم حق المعارضة في الزواج:

أ- من يكون زوجاً لأحد المتعاقدين.

ب- الأب وعند عدمه أو عدم إمكان إيداء رغبته يكون حق المعارضة للجد الصحيح ثم للأُم ثم للجد لأم ثم لباقي الأعمام المنصوص عليهم في المادة ١٦٠ بحسب الترتيب الوارد فيها وتقبل المعارضة ولو تجاوز المتعاقد سن الرشد.

ج- الولي الذي يعينه المجلس الملي طبقاً للمادة ١٦٠."

فحق الاعتراض على الزواج لا يكون لأي شخص وإنما لأبد أن يكون من الأشخاص المذكورين بالنص، فإذا تراءى لأحد هؤلاء أن يعترض فإنه

تحصل المعارضة في ظرف عشرة الأيام العندمصر عليها في المادة الثامنة (وهي المادة التي أوجبت تعليق المخلص مدة عشرة أيام قبل الزواج) بتقرير . يقدم إلى الرئيس الديني المختص ويجب أن يشتمل على أسم المعارض وصفته والمحل الذي اختاره بالجهة لزمع عقد الزواج فيها والأسباب التي يبني معارضته عليها والتي يجب أن تخرج عن الموانع المنصوص عليها في الفصل الثالث من هذا الباب وإلا كانت المعارضة لاغية" (المادة ٣٠ من مجموعة ١٩٣٨).

ولقد كانت المادة ٣١ من مجموعة ١٩٣٨ تقضي بأن: "ترفع المعارضة إلى المجلس الملي المختص في خلال ثلاثة أيام من تاريخ وصولها للفصل فيها بطريق الاستعجال. ولا يجوز عقد الزواج إلا إذا قضى في المعارضة برفضها انتهائياً".

ولما كان المجلس الملي المشار إليه في النص السابق لم يعد له اختصاص قانوني بموجب القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، لذلك ينعقد الاختصاص للمحكمة الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية) لأنها هي المختصة أصلاً ببطلان الزواج فيما لو كان قد تم.

وعلى ذلك إذا ما تقدم أحد الأشخاص المشار إليهم في نص المادة ٢٩ بالمعارضة، ترتب عليها عدم القيام بإجراءات الزواج، فيتوقف القيام بها على نتيجة الفصل في هذه المعارضة، فإذا قضى بصحتها بطلت الخطبة لفقدانها أحد الشروط الموضوعية، أما إذا قضى برفض المعارضة، فإنه يمكن بعد ذلك القيام بإجراءات الزواج، هذا فضلاً عن إمكانية القضاء على المعارض بالتعويض إن كان له مقتضى وتوافرت شروط القضاء به.



مكتبة

المفتدين

الفصل الثالث آثار الخطبة

تحديد آثار الخطبة:

إذا انعقدت الخطبة على النحو المتقدم، مستوفية لجميع شرائطها الشكلية والموضوعية، فما هي الآثار المترتبة عليها؟

أ- هل يتولد عن الخطبة التزام بإبرام عقد الزواج في المدة المتفق عليها:

رأينا أنه طبقاً للمادة الأولى من مجموعة الأقباط الأرثوذكس فإن الخطبة عقد يتضمن التزاماً متبادلاً "بالزواج ببعضهما في أجل محدد".

ولدى طائفة الإنجلييين أيضاً تنشئ الخطبة هذا الالتزام بإتمام الزواج في خلال مدة سنة (عند عدم تحديد المدة في العقد) أو للمدة الأطول المتفق عليها، أو المدة المحددة برضاء الطرفين (المادة ١٤ من مجموعة الإنجلييين بلبنان).

وبالنسبة للكاثوليك فالوعد بالزواج قد يكون متبادلاً ينشئ التزامين متقابلين على عاتق كل من الخاطب والمخطوبة، وقد يصدر هذا الوعد من جانب واحد، ومضمون الوعد هو إبرام الزواج في المدة المتفق عليها.

ظاهر من النصوص المتقدمة أن الخطبة في شرائع غير المسلمين تولد التزاماً بإبرام الزواج في المدة المتفق عليها أو تلك المنصوص عليها في شرائعهم. وهذا الالتزام إذا ما حدث إخلال به، يجب أن يكون هناك جزاء يترتب على ذلك، ولهذا نتساءل عن طبيعة هذا الالتزام والجزاء المترتب عليه.

يرى البعض أن الخطبة تعد عقداً بالمعنى القانوني الدقيق وتتضمن وعداً بإبرام الزواج في المدة المحددة له، ما لم يطرأ ما يبرر العدول عنها وهي تنشئ التزاماً بإبرام الزواج، غاية الأمر أن الوعد بالزواج لا يتأتى بتفذيده عننا، لما قد ينطوي عليه التنفيذ العيني من مساس بإحدى الحريات الشخصية، ولذلك

فإن أثره يقتصر على المطالبة بالتعويض. ويقول آخرون عن هذا الالتزام، أنه التزم بعمل يتعلق بالحرية الشخصية للمدين، وهي حرية الزواج، ولذلك لا يجوز تنفيذه عينا، فإذا أخل أحد الخاطبين بوعده وقاضاه الخاطب الآخر، اقتصرت المطالبة والحكم على التعويض.

ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تقريب الخطبة بعقد العمل غير محدد المدة، ففي العقد الأخير يجوز لأطرافه إنهائه بالإرادة المنفردة، وإن هذا الإنهاء لا يؤدي إلى مسؤولية الطرف الذي أنهى العقد، غاية الأمر أن الحق في الإنهاء من الممكن أن يرد عليه التعسف، وبالتالي تتحقق مسؤولية من أنهى العقد بإرادته المنفردة، إذا ثبت أنه كان متعسفا في هذا الإنهاء ولم يكن هناك ما يبرره من أسباب جدية، وهذا ما يمكن تطبيقه في مجال الخطبة، فهي عقد صحيح ولكن يجوز إنهائه بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه، فإذا ثبت أن الطرف الذي أنهى تلك الخطبة كان متعسفا في الإنهاء تحققت مسؤوليته العقدية، وبناء على ذلك فإن الطرف الآخر عليه إثبات وجود الخطبة وإثبات أن العدول كان بغير وجه حق - أي تعسفا - حتى يتوافر الخطأ في جانب الطرف الذي عدل.

ورأى آخرون أن الخطبة لا يمكن أن تعد وعدا بالتعاقد، فهي لا ينتج عنها أي أثر في حد ذاتها، ولا يمكن قياسها على الوعد بالتعاقد الذي تحدث عنه المادتان ١٠١، ١٠٢ من القانون المدني المصري، فهاتان المادتان ينحصر حكمهما في نطاق الأحوال العينية.

وفي البداية نبدي الملاحظات الآتية على ما تقدم:

أولاً: أنه من الخطأ قياس عقد الخطبة على العقود الأخرى، والقول بأنها تنشئ التزاماً معيناً هو إبرام الزواج في الميعاد المتفق عليه، ولما كان يستحيل تنفيذ هذا الالتزام عينا، انقلب التنفيذ إلى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض، ومن الخطأ أيضاً مقارنة الخطبة بالعقود التي يقرر فيها للعاقدين الحق في إنهائها بمبرر، ففي العقود الأخيرة يجب أن يلتزم أطرافها بحد أدنى من الالتزامات التي تحقق تنفيذاً مبدئياً للعقد ثم يقوم أحدهما بعد ذلك بإنهائه أي

بوضع حد لهذا العقد. أما الخطبة فالأمر فيها مختلف حيث يجوز لأي من طرفيها أن يتحللوا منها نهائياً دون أن ترتب أية التزامات في حقهم.

ثانياً: أنه من الخطأ أيضاً القول بأن الالتزام بإبرام الزواج يتحول - في حالة العدول - إلى التزام بالتعويض عن العدول في حد ذاته، فالخطبة ذاتها غير ملزمة بداية ولذلك لا يوجد أدنى التزام بالتنفيذ.

ثالثاً: ومن الخطأ أيضاً الادعاء بأن الخطبة لا تتضمن وعداً بالزواج، وإلا حق لنا أن نتساءل وما هو الهدف منها إن لم تتضمن هذا الوعد؟.

والواقع أن الخطبة لا يمكن إنكار أنها تعد عقداً في نظر الشرائع المسيحية، كما لا يمكن إنكار أن هذا العقد يتضمن وعداً بالزواج في الأجل المتفق عليه أو المحدد في الشريعة الطائفية. غاية الأمر أن هذا العقد بما تضمنه من وعد، يعد من قبيل العقود غير اللازمة.

ولا يغير من هذه الطبيعة كون عقد الخطبة في الشرائع المسيحية عقد شكلي ذو طابع ديني، فالشكلية تحقق أهداف أخرى ولا تغير من طبيعة عقد الخطبة باعتباره من العقود غير اللازمة، فالغرض من الشكلية هو إعلام الغير حتى يتسنى لمن لديه اعتراض على الزواج الموعود به، أن يتقدم باعتراضه وبالتالي ينكشف ما قد يوجد من موانع، وهذه الأهداف لا ترقى بالخطبة إلى أن تكون من العقود اللازمة.

كما أن الطابع الديني للخطبة لا يضيف عليها أية قوة إلزامية، وهذا ادعى في الشريعة المسيحية حيث الأصل فيها عدم قابلية الزواج للانحلال، ولذلك يجب أن يقترن عدم اللزوم بالخطبة دائماً، والقول بغير ذلك معناه إمكانية إتمام الزواج رغم إرادة ومعارضة طرفيه أو أحدهم، الأمر الذي يترتب عليه مساوئ وأضرار لا حد لها، ولذلك فالطابع الديني للخطبة يتلازم مع طبيعة الزواج في الشريعة المسيحية، وحيث تفرض الطبيعة الأخيرة وهي اللزوم في عقد الزواج، إلى أن تكون طبيعة الخطبة غير لازمة.

ويترتب على كون الخطبة من العقود غير اللازمة، أن يكون لكل من الطرفين الحق في العدول عن هذه الخطبة، وهذا العدول ينهيها، أي كان سبب

العدول، دون أن يترتب عليه أي التزام عقدي على عاتق الطرف الذي عدل،
فبالعدول ترتفع الخطبة بما تضمنته من وعد بالزواج.

ويلاحظ أن طبيعة الخطبة من كونها عقداً غير لازم وأن لأطرافها العدول
عنها، إنما تتفق تلك الطبيعة مع إرادة الأطراف، فمن يقدم على الخطبة لا
يمكن أن ينشأ لديه يقين كامل بأنها سوف تؤدي حتماً إلى الزواج، وإنما
تتصرف إرادة أطراف الخطبة إلى أنها مرحلة تمهيدية قد تسفر وقد لا تسفر
عن زواج، ولذلك فإن مبدأ العدول إنما يرد في خاطر كل من المتعاقدين عن
التعاقد، ولذلك إذا ما عدل طرف فليس للثاني أن يتضرر من مجرد هذا
العدول.

ويترتب على عدم لزوم عقد الخطبة - في الشرائع المسيحية - أن يبطل
كل شرط يرد في عقد الخطبة ويحول أو يعوق استعمال الأطراف للحق في
العدول، وحيث يتصل هذا الحق بمقتضيات النظام العام.

ب- لا يترتب على الإغواء إلزام الخاطب بالزواج:

إذا حدث وقام الخاطب بمعاشرة خطيبته جنسياً أو قام باغتصابها فهل
يلتزم الخاطب بالزواج من خطيبته خاصة إذا ثبت أن الخطيبة كانت قد أسلمت
نفسها لخاطبها تحت تأثير الخطبة التي سبقتها زواج؟

لقد ورد في الخلاصة القانونية في المسألة العاشرة (الدى الأقباط
الأرثوذكس) أنه: "إذا اغتصبت بكر من إنسان، ووقع بها قهراً أو اختياراً، فإن
كانت مخطوبة لآخر وارتضى بها، فهو أولى بزيجتها. وإن لم يرتض خطيبها
أو كانت غير مخطوبة من أحد ألزم غاصبها بزيجتها، إن لم يكن متزوجاً،
بحيث يرضى به أهلها، فإن لم يتزوجها سواء كان المانع من جهة عدم رضاه
أهلها به أو كان بالنسبة لكونه متزوجاً، يلتزم بأن يؤدي له قيمة مهر أمثالها".
وقد اعتاد بعض الفقهاء إيراد النص السابق في مجال استخلاص الأحكام
الخاصة بالإغواء المصاحب للخطبة، ولكن ما ورد في الخلاصة القانونية لم
يتعرض للمعاشرة الجنسية بين الخطيبين وأثر ذلك في الإلزام بتبرام الزواج.

ولذلك لا يوجد في شريعة الأقباط الأرثوذكس ما يستخلص منه التزام الخاصم
بالزواج من خطيبته إذا عاشرها جنسياً.

ولدى فقهاء القانون الكنسي الغربي، كان هناك ما يسمى "بالزواج المقدر"
أو الزواج المفترض، وهو الزواج الذي كان يفترض حدوثه - في الشرع
القديم - بالاستناد إلى بعض القرائن، وأولى هذه القرائن: المجامعة بين
خطيبين خطبتهما صحيحة، وسبب هذا التقدير أن المجامعة تتضمن الرضا
بالزواج، ولكن ألغيت هذه القرينة بمقتضى قرار المجمع التريدينتي وذلك في
الأماكن التي أذيع فيها مرسوم هذا المجمع، حتى جاء البابا لاوون الثالث عشر
وعمم الإلغاء المتقدم فشمّل كافة الأمكنة التي لم ينشر فيها المرسوم المتقدم،
ولذلك أتى القانون الكنسي الغربي الحالي خالياً من الحكم القديم، وعلى ذلك
أصبحت المعاشرة الجنسية بين الخطيبين عديمة الأثر من حيث دلالتها على
إبرام الزواج.

ولكن إذا كان الخاطب - في حالة معاشرة خطيبته جنسياً - لا يلتزم قانوناً
بالزواج منها - إلا أنه لا يمكن إنكار ارتكابه لأفعال مستقلة عن العدول من
شأنها إصابة خطيبته بأفدح الأضرار الأدبية لا سيما إذا لم يكن هناك ثمة خطأ
من جانب الخطيبة.

وقد تعرض القضاء المختلط في مصر لهذه المسألة، ويستخلص من
أحكامه ما يلي:

أن العدول عن الخطبة إذا كان قد سبقه استغواء من الخاطب لخطيبته،
فإنه ينشأ للأخيرة حقاً في التعويض الأدبي، وحيث يكون القصد من الوعد
بالزواج هو استغواء الطرف الآخر، وأن يكون الاتصال الجنسي قد حدث
بسبب هذا الوعد^(١) وأن الإغواء قد صاحبه غش وخديعة أو ضغط أدبي من

(١) استئناف مختلط ١٩٢٢/٣/٣، بلتان المحكمة المختلطة ٣٤ ص ٣١٤، وحكم استئناف
مختلط أيضاً في ١٩٢٨/١/١٢ - بلتان ٤٠ ص ١٣٤، ١٩٢٨/٤/١٩ - الجازيت
١٨ رقم ٣٢٢ ص ٢٥٣، ١٩٢٠/٢/٢٠ - بلتان ٤٣ ص ٣٠٧.

الخطاب على خطيبته لا سيما إذا كانت الخطيبة في سن لا يسمح لها بتقدير عواقب الأمور^(١) أما إذا كانت المخالطة الجسدية بين الخطيبين قد تمت بإرادتهما ورضائهما واندفاعهما في الشهوة، فإنه يتحقق هنا خطأ مشترك لا يرتب أي حق في التعويض للخطيبة إذا عدل الخطاب عن الزواج^(٢).



- (١) استئناف مختلط ٩١٦/١/٢٩ - الجزيت ٦ رقم ٢٣٩ ص ٧٦، انظر استئناف مختلط لى ١٨٩٤/١٢/١٢ - بطنان ٧ ص ٣٨ والنظر المحاماه س ٩ رقم ٥٥٩ ص ٢٥ .
- (٢) استئناف مختلط فى ١٩٣٤/١٢/١٨ - بطنان ٣٧ ص ٨٤ والمحاماه س ٨ رقم ٨٠ ص ١١١ .

الفصل الرابع

انقضاء الخطبة

تمهيد وتقسيم:

إذا ما انعقدت الخطبة صحيحة وتمت، فإنها لا تدوم، بل لا بد لها من نهاية، وقد تتمثل هذه النهاية في إبرام الزواج، وهنا تكون الخطبة قد أدت غرضها وسلكت سبيلها الطبيعي. ولكن قد تتمثل هذه النهاية في انقضاء الخطبة دون زواج وتخلف بعض المشكلات التي تحتاج إلى بحث وحلول قانونية لها.

والأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الخطبة قد تكون أسباباً غير إرادية وقد تكون إرادية، فنعرض الآن لتلك الأسباب.

المبحث الأول

الأسباب غير الإدارية لانقضاء الخطبة

١- انقضاء الخطبة بالرهينة:

بالنسبة للأقباط الأرثوذكس، تنقضي المادة (١١) من مجموعة عام ١٩٣٨ بأن "تفسخ الخطبة إذا وجد سبب من الأسباب المانعة من الزواج أو إذا اعتنق أحد الخاطبين الرهينة، فالرهينة تؤدي إلى انحلال الخطبة بشرط أن يترهين الراغب في إنهاء الخطبة حقيقة".

٢- وفاة أحد الخاطبين:

تنقضي الخطبة لدى كافة الطوائف المسيحية، بوفاة أحد الخاطبين فبالنسبة للأقباط الأرثوذكس فلقد ذهب فقهم القديم أنه إذا عرضت وفاة لأحد الخاطبين، ففيها قولان، أحدهما أن يرد الطرف الآخر ما قبضه إلا أن يكون المتوفى هو السبب في التأخير عن إتمام الزواج. والقول الثاني - وهو الأرجح - أنه إن كانت المرأة هي المتوفاة فليسترجع الخطيب من أهلها ما

صار إليها من جهته سوى المأكل والمشروب، وإن كان الرجل هو المتوفى ولا وارث له فليترك لها ما صار لها من جهته فهي أحق به. وإن كان له ورثة فلترد عليهم نصف ما وصلها من جهته ويبقى النصف الآخر لها إن كان الإملاك صحيحاً" وواضح أن شرط احتفاظ الخطيبة بنصف المهر في حالة وفاة خطيبها هو أن نكون بصدد خطبة إملاك مستوفاة شرعاً.

أما بالنسبة لمجموعة الأقباط الأرثوذكس، فتتضمن المادة (١٤) من مجموعة ١٩٣٨ بأنه:

"إذا توفى الخاطب قبل الزواج فلورثته استرداد المهر أو ما اشترى به من جهاز.

وإذا توفيت المخطوبة فللخاطب أن يسترد المهر أو ما اشترى به من جهاز.

أما الهدايا فلا ترد في الحالتين.

غير أنه إذا لم يحصل اتفاق على مهر وإنما قدمت هدية لتقوم مقام المهر فيكون حكمها حكم المهر".

يفرق النص المتقدم بين المهر والهدايا، فبالنسبة للهدايا لا يجوز استردادها سواء توفى الخاطب أم المخطوبة، فالهدايا إنما تقدم عادة بنية التبرع، وهذه النية كافية لاستبقاء الطرف الآخر للهدايا برغم انقضاء الخطبة. أما بالنسبة للمهر، وما سبق دفعه ثمناً للجهاز أو ما قدم من هدية لتقوم مقام المهر، فإنه يجب رده لأنه دفع بسبب الخطبة، فإذا زال وانقضى السبب، حق للطرف الآخر استرجاعه.

٣- بطلان الخطبة أو حدوث ما يمنع الزواج بصفة عامة:

إذا ما حدث وتمت المعارضة في الزواج والتي أشرنا إليها سابقاً، أو رفعت دعوى بطلان وصدر حكم بذلك، زالت رابطة الخطبة وأعيد الخاطبان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الخطبة فيرد كل طرف ما أداه للآخر من مهر أو عربون، أما الهدايا فيطبق بشأنها حكم القواعد العامة في الهبة، هذا فضلاً

عن جواز الحكم بالتعويض على الخاطب الذي كان يعلم بسبب البطلان ومع ذلك كتّمه عن الطرف الآخر.

وكذلك أيضاً تتقضى الخطبة بقيام مانع من موانع الزوجية ما بين الخطيبين يحول دون زواجهما، فالخطبة ما هي إلا وسيلة تمهد للزواج، فإذا قام مانع يحول دونه، انقضت الخطبة وأصبحت بغير ذات موضوع، فقيام مانع من موانع الزوجية يفقد العاقدین أهلية الوجوب بالنسبة لتعقد الزواج، فأشبهه الوفاة، وهذا المانع كما يحول دون انعقاد الخطبة إذا قام عند إبرامها، يؤدي إلى انقضائها إذا ما طرأ على العاقدین بعد ذلك.

وتقضى المادة (١١) من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الأرثوذكس بأن تفسخ الخطبة إذا وجد سبب من الأسباب المانعة للزواج.

المبحث الثاني

الأسباب الإرادية لانقضاء الخطبة

تمهيد وتقسيم:

رأينا أن الخطبة في الشرائع المسيحية تعد من العقود غير اللازمة، فيحق لأي طرف أن يتخلص من قيد الخطبة، والزواج بالتالي، إذا عدل بإرادته عنها. وفي شأن الأسباب الإرادية لانقضاء الخطبة، نعرض في فرع أول لتلك الأسباب الإرادية وفي فرع ثاني ندرس الآثار المترتبة على انقضاء الخطبة بالعدول.

الفرع الأول

أسباب العدول عن الخطبة

الملاحظ أن شرائع المسيحيين قد تكلم معظمها عن عدول الخاطبين أو أحدهما عن الخطبة، ومنها من عدد أسباب العدول المبررة أو العدول بمسوغ وأسباب العدول غير المبررة، ووضع لكل نوع منها أحكاماً معينة. ونعرض هنا لأسباب العدول التي وردت في هذا الشرائع مرجئين بيان الحكم القانوني

بشأن تلك الأسباب من حيث الآثار المترتبة عليها للفرع الثاني.

١ - التنازل أو اتفاق الطرفين على إنهاء الخطبة:

لما كانت الخطبة تتم باتفاق طرفيها عليها، فإنه مما لا شك فيه جواز اتفاقهما أيضاً على إنهاؤها، فهي عقد غير لازم بالنسبة لهما ويجوز لكل من الطرفين العدول عنها، ومن باب أولى جواز هذا العدول إذا تم منهما معاً. وعادة ما يتفق الأطراف - في حالة التنازل - على تنظيم الآثار المترتبة على ذلك، فإذا لم يتفقا، فيعاد كل منهما إلى مركزه السابق على الخطبة نزولاً على القواعد العامة.

فتتضي المادة (١٢) من مجموعة الأقباط الأرثوذكس لعام ١٩٣٨ بأنه "يجوز الرجوع في الخطبة باتفاق الطرفين أو بإرادة أحدهما فقط. ويصير إثبات ذلك في محضر يحرره الكاهن ويضم إلى عقد الخطبة"^(١).

٢ - عدول أحد الطرفين عن الخطبة:

العدول هو إنهاء الخطبة بالإرادة المنفردة، ويتم العدول بتعبير إنفرادي لا يشترط فيه أن يصل إلى علم الطرف الآخر، وهذا العدول ينهي الخطبة أياً كانت البواعث المبررة للعدول، أو حتى لو كان بغير باعث، فالخطبة كما رأينا عقد غير لازم، ونزولاً على مبدأ حرية الزواج، يجوز لأي من الخاطبين إنهاء الخطبة، والقول بغير ذلك معناه إهدار هذا المبدأ.

فتتضي المادة (١٢) من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (عام ١٩٣٨) بأنه "يجوز الرجوع في الخطبة باتفاق الطرفين أو بإرادة أحدهما فقط...".

يتبين مما تقدم أن كافة الشرائع المسيحية قد قررت مبدأ العدول عن الخطبة وأن الخطبة لا تنشئ التزاماً على الخاطب بإبرام الزواج، وقد قررت محكمة النقض المصرية ذات المبدأ عندما قضت في ١٤/١٢/١٩٣٩ بأن: "الخطبة أو الوعد بالزواج ليس إلا تمهيداً لرابطة زوجية، وهذا الوعد لا يقيد أحداً من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل في أي وقت شاء. إذ لا مرأى في أنه

(١) لا مقابل لهذا النص في مجموعة ١٩٥٥.

يجب أن يتحقق كامل الحرية في إجراء عقد الزواج الذي له دخله في شئون المجتمع. وأنه وإن كان لكلا المتواعدين على الزواج مطلق الحرية في العدول عنه من غير أن يترتب على هذا العدول إلزام بتعويض ما، إلا أنه إذا لازمت الوعد بالزواج والعدول عنه أفعال مستقلة عنها استقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بتأخذ المتواعدين قانها تكون مستوجبة للتضمنين على من وقعت منه باعتبارها أفعالاً ضارة قى ذاتها لا نتيجة عن العدول".

يتبين مما تقدم أن القاعدة لدى المسيحيين هي في عدم لزوم الخطبة وحق كل طرف في العدول عنها، وقد حرصت بعض شرائع المسيحيين على ذكر أسباب العدول المبررة أو ذات المقتضى، والأسباب غير المبررة، ونعرض الآن لبيان هذه الأسباب في تلك الشرائع، مبيتين من بعد هل تلك الأسباب قد وردت على سبيل الحصر أم أنها أمثلة للقاعدة العامة للعدول.

الأسباب الواردة في شرائع المسيحيين للعدول:

يلاحظ أن مجموعة الأقباط الأرثوذكس قد فرقت بين العدول بمقتضى العدول بغير مقتضى، ولم تحدد ما هو العدول المبرر وغير المبرر، وإنما حرصت في المادة ١٣ من مجموعة (١٩٣٨) على بيان حكم العدول بغير مقتضى^(١).

وفي شأن ما تقدم يراعي ما يلي:

أولاً: لقد رأينا - من قبل - أن الخطبة في شرائع غير المسلمين لم تعد مرحلة من مراحل الزواج، وإن طبيعتها التعاقدية لا تغير من كونها عقداً من العقود غير اللازمة، ولذلك يبدو غريباً ما تنص عليه بعض المجموعات^(٢) من عرض أسباب تخول طلب الفسخ، وكأننا أمام تعاقد يجب للتحلل منه الالتجاء إلى القضاء لطلب الفسخ عند وجود السبب المبرر في تلك المجموعات. الأدق هنا أن يفهم الفسخ على أنه عدول عن العقد وإنهاء له بالإرادة المنفردة دون حاجة أصلاً إلى أي إجراء آخر، حتى لو كانت الخطبة رسمية تمت طبقاً

(١) ويقابلها في مجموعة ١٩٥٥ المادة (١٢).

(٢) أنظر مثلاً المواد ٤٩، ٥٢، ٥٣ من مجموعة السريان الأرثوذكس.

لقواعد الشريعة الطائفية، وإذا كانت بعض المجموعات تقضي بضرورة التأشير بالرجوع في عقد الخطبة، فلا أهمية قانونية لعدم اتخاذ ذلك الإجراء. ثانياً: أنه لا يجوز أن توضع أية قيود على حرية الخاطبين في العدول أو الرجوع، سواء أكانت تلك القيود مباشرة أم غير مباشرة، ولذلك لا يجوز إعمال النصوص التي تتكلم عن ضرورة تقديم المبرر للرجوع، أو الحكم بدفع الطرف الذي يرجع لمبلغ يأخذ شكل غرامة أو شرط جزائي أو غيرها، أو التهديد بفقده للمهر والهدايا وغيرها، وإنما يجب أن تفهم هذه النصوص - كما سنرى من بعد - من أنه إذا تم العدول ولم يبرره مقتضى، هنا تعمل هذه النصوص بما تضمنته من قواعد ترتبت على العدول بعد حصوله.

ثالثاً: أن هناك من شرائع المسيحيين من عدد أسباب للعدول أو الرجوع للمشروع، فهل تلك الأسباب قد وردت في تلك الشرائع على سبيل الحصر؟ إن الإجابة على هذا السؤال هي بالنفي المؤكد، فأسباب الرجوع لا تقع تحت حصر لارتباطها بظروف مختلفة للخطاب أو المخطوبة، وبحالة نفسية تتغير من شخص إلى آخر، بل وقد يحدث الرجوع دون سبب، لذلك فالتنصوص التي تحدثت عن أسباب العدول هي نصوص استرشادية، ضربت أمثلة فقط لأسباب العدول، ولكن ليس معنى ذلك أن تفقد تلك النصوص كل أهمية لها. فالأهمية الأولى لها أنها كرست مبدأ العدول في ذاته باعتبار الخطبة من العقود غير اللازمة، والأهمية الثانية تبدو من أن الأسباب التي ذكرتها تلك النصوص والمبررة للعدول تصبح لها قيمتها أمام القضاء، حيث نفت تلك النصوص عن تلك الأسباب وصف العدول غير المبرر، ولذلك فهي مقيدة للقاضي، فمتى توافر سبب منها اعتبره القاضي عدولاً بمسوغ أو بغيره.

الفرع الثاني

الآثار المترتبة على العدول عن الخطبة

أولاً: القيمة القانونية للنصوص الواردة بشرائع المسيحيين والمحددة لآثار العدول:

يلاحظ أن نصوصاً شرائع المسيحيين تعتبر أن العدول عن الخطية بغير مقتضى يُعد خطأ مستوجبا لتعويض الطرف الآخر.

ذهبت محكمة النقض المصرية إلى عكس ما ذهبت إليه شرائع المسيحيين، فقد قضت بأن العدول في ذاته لا يعد مكوناً لركن الخطأ، وبالتالي لا يمكن مسائلة من عدل لمجرد العدول (أي العدول بغير مقتضى أو العدول الطائش) وإنما يلزم لمساءلة الخاطب الذي عدل أن يكون عدوله قد صاحبه أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاماً ومنسوبة إلى من عدل ونتج عنها ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر.

كما قضت بأن "استطالة أمر الخطبة في الزواج والأحجام عن إتمامه ثم العدول عن الخطبة، كل ذلك أمور لا تفيد سوى العدول عن إتمام الخطبة ولا تعد أعمالاً مستقلة بذاتها عن العدول. ومجرد العدول عن الخطبة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يعد سبباً موجبا للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضرراً بأحد الخاطبين".

ولا شك في مخالفة هذا القضاء لشرائع غير المسلمين التي حكمت بمسئولية الخاطب الذي يعدل عن الخطبة بغير مبرر أو مقتضى. حيث أسست المحكمة المسئولية على الخطأ التصريحي ورفضت اعتبار مسئولية الطرف الذي عدل عن الخطبة مسئولية عقدية كما ذهبت شرائع غير المسلمين، فالعدول - في نظر محكمة النقض - لا يعد بذاته خطأ حتى ولو لم يكن له مبرر، وأنه لا يمكن أن يقضى بالتعويض بسبب هذا العدول، ولكن يقضى به إذا توافرت شروط المسئولية التصريحية، أي متى وجدت أفعال خاطئة في حد ذاتها من أحد الخاطبين وكان هناك ضرر ورابطة سببية بينهما، وبناء على هذا القضاء فإنه ينبغي ألا يفقد من عدل عن الخطبة بغير مقتضى ما قدم من مهر وهدايا، كما تقضي بذلك بعض شرائع المسيحيين، بل يكون له أن يستردها - في الأصل - من الطرف الآخر حتى لا يثرى الأخير على حسابه. ويبدو أن الباعث الذي حدا محكمة النقض إلى تقرير المبدأ السابق هو في

حرصها على أن تضمن الحرية الكاملة للخطيبين في إتمام الزواج من عدمه، وعدم تهديدهم بشبح التعويض تأسيساً على القول بأن العدول كان بغير مقتضى.

نخلص من ذلك إلى أنه طبقاً لما ذهب إليه محكمة النقض والمؤيد قضائها من جانب من الفقه، فإن القواعد الواردة في بعض شرائع غير المسلمين والتي نظمت أحكام العدول عن الخطبة، لا يجوز تطبيقها الآن على خطبة غير المسلمين أو أن يقال "أن الخطبة من المسائل التي قد توحدت بشأنها القواعد، والتوحيد جاء في هذه المرة من القضاء لا من المشرع ذاته، وأصبحت قواعد القضاء في هذا الشأن هي القاتون الذي يسري على المصريين جميعاً مسلمين أو غير مسلمين"^(١).

والواقع أنه يمكن إبداء الملاحظات الآتية على قضاء محكمة النقض وعلى النتيجة التي أدى إليها هذا القضاء:

أولاً: أن محكمة النقض في أخذها وتطبيقها لقواعد المسؤولية للتصيرية تكون وكأنها قد نفت عن الخطبة بالنسبة لغير المسلمين صفة العقد. وسنزيد هذا الأمر تفصيلاً بعد ذلك.

ثانياً: أن المحكمة قد تشددت في حمايتها لحرية أطراف الخطبة في العدول. ولكن من الثابت أن القضاء بالتعويض على العدول الخاطئ لا يمكن أن يهدد حرية الأطراف في العدول. فالطرف الذي يرجع عن الخطبة بمقتضى لن يخشى الحكم عليه بالتعويض، وعلى ذلك فلا قيد على حريته في العدول، أما الطرف الذي يعدل عن الخطبة بغير مقتضى وكان عابثاً طائشاً، فليس من العدالة إفلاته من المسؤولية بدعوى استواء العدول عن طيش مع العدول بغير طيش.

ثالثاً: إن المعايير التي وضعتها محكمة النقض للعدول الواجب التعويض عنه، معايير لا تخلو من الغموض، وذلك عندما قالت بأن العدول "يجب أن

(١) سمير تناغو - المرجع السابق - فقرة ٢٠ ص ١٢٢.

تكون قد لازمته أفعال في ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاماً، فكيف يكون الفعل ملازماً للعدول وفي ذات الوقت مستقلاً عنه؟ "فكرة السبب المستقل استقلالاً تاماً والذي يكون ملازماً في نفس الوقت، فكرة تقوم على الألفاظ فقط، وتحديد الفعل على هذا النحو يسبب ارتباكاً للمحاكم في تطبيقها لقضاء المحكمة العليا، وفي وصفها للفعل بأنه مستقل استقلالاً تاماً ولكنه ملازم في نفس الوقت للعدول، دون أن يكون لاصقاً به".

رابعاً: إن محكمة النقض بقضائها السابق تكون قد استيعبت القواعد الواردة في الشرائع الطائفية، والقواعد الأخيرة هي قواعد واجبة التطبيق متى توافرت الشروط الواردة في القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (ومن بعده القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠). ولا يمكن استبعاد تلك القواعد بحجة تعارضها مع النظام العام. فهذه القواعد لم تسلب الشخص حريته في العدول، وإنما رتبته مسؤولية من يعدل بغير مبرر أو مقتضى "وإذا كانت بعض أحكام الشرائع الخاصة تمنع التطبيق لأي سبب حتى في حالة الزنا ولم يقل أحد أن هذا الحرمان مخالف للنظام العام، فبالأولى تكون متفقة مع النظام العام تلك القواعد التي تسمح بالعدول عن الخطبة ولكنها ترتب المسؤولية التقصيرية إذا كان العدول خاطئاً".

خامساً: إن الخطبة - ولا شك في ذلك على وجه الإطلاق - تعد تمهيداً للزواج، ولا شك أيضاً في وجوب أن تكون الأحكام التي تخضع لها الخطبة متسقة ونابعة من فلسفة أحكام الزواج الذي يتبعها، فلا انفصال بين الخطبة والزواج في روح الأحكام وفلسفتها، ولا شك أيضاً أن أحكام الزواج وفلسفته في الشريعة الإسلامية تختلف جذرياً عن تلك التي يخضع لها زواج غير المسلمين، ولذلك يبدو من التجاوز إخضاع خطبة غير المسلمين لأحكام الخطبة في الشريعة الإسلامية طالما كانوا متحدين في الطائفة والملة ووجدت في شريعتهم أحكاماً للخطبة لا تتعارض مع النظام العام. ولاشك أن الأحكام الواردة في الشرائع الطائفية لم تضع جزاءً على مجرد العدول، فلا يوجد من بينها شريعة تقرر إلزامية الخطبة، ولكن هذه الشرائع قدرت أن الخطبة وهي وعد بالزواج تنشئ على نحو ما علاقة واقعية وارتباط يحقق مفهوم التعارف

بين الخطيبين الذي يجعلهم إذا أقدموا على الزواج أن يقدموا عليه من بينة وبصيرة ومعرفة بأحوال الطرف الآخر، وقد تستمر الخطبة زمناً، فإذا قام أحد أطرافها بمفاجأة الطرف الآخر بالعدول عن الزواج بغير مسوغ أو مقتضى، أفلا يتضمن هذا عبثاً واستهتاراً وتشجيعاً للبعث باستغلال الخطبة لأغراض شخصية تلحق أبلغ الأضرار بالأسر وسمعتها؟ أفلا يكون من المنطق والعدل ألا تكون حرية أطراف الخطبة مطلقة بغير حد، وأن توضع أحكام يقصد منها الضرب على أيدي العابثين؟ فإذا أتت شريعة ما وقررت وضع قيوداً وأحكاماً على الطرف الذي عدل بغير مقتضى، أفىكون مسلكها غير متفق مع أحكام القانون؟ وهل يمكن أن يقال أن مثل تلك الأحكام تقيد هذا الطرف في العدول؟.

وإذا كانت الشرائع الطائفية قد افترضت في العدول بغير مقتضى أنه مسلك خاطئ محققاً للضرر بالطرف الآخر، فليس لذلك بالغريب أو العجيب. ولدينا مثال قريب، فبمقتضى أحكام المادة (١١ مكرر) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) فإنه "يجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه - إذا لحقها ضرر يستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها غيرها". أفيقال - بالنسبة لما تضمنه هذا النص من التطبيق للضرر بمجرد الزواج بثانية - أن هذا النص يتضمن قيوداً على حرية الزوج في الزواج بثانية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية؟ إن الأمر لا يختلف بين أن توضع أحكام للعدول بغير مقتضى وبين تقرير الضرر في الزواج الثاني في الشريعة الإسلامية وإباحة الطلاق للزوجة الأولى بافتراض الضرر من مجرد الزواج بثانية.

سادساً: وإذا انتهينا إلى وجوب معالجة العدول بغير مقتضى، فكيف السبيل إلى ذلك؟.

١- يرى البعض أن الخطبة - في شرائع المسيحيين - تعتبر عقداً شكلياً وهي إذ لا تؤدي إلى إلزام الخاطب بإبرام العقد جبراً عنه، فليس معنى ذلك أنها لا تنشئ التزاماً بإبرام الزواج، ولكن للوعد بالزواج لا يتأتى تنفيذه عينا،

لما قد ينطوي عليه التنفيذ من مساس بإحدى الحريات الشخصية، ولذلك، فإن أثره يقتصر على المطالبة بالتعويض، وذلك كله إعمالاً لقواعد المسؤولية العقدية. وأنه إذا ما عدل أحد الطرفين بمسوغ مشروع انقضى العقد. أما إذا عدل أحدهما بدون مبرر أو مسوغ، لم ينحل العقد، والتزم بالتعويض، وأن أمر المسوغ - في المجموعات التي لم تحدده - يترك تقديره للقاضي - وللقاضي أن يسترشد في ذلك بنظرية التعسف في استعمال الحق التي أصبحت أصلاً عاملاً من أصول القانون المدني المصري، حيث أن العدول بغير مقتضى يستوجب مسؤولية هذا الطرف على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، متى توافرت شروطها^(١).

"قالمدعي في دعوى التعويض عن فسخ الخطبة يُطلب منه فقط إثبات عقد الخطبة. فإذا ما ثبت العقد، تعين على المدعى عليه في دفاعه أن يثبت انقضائه عن طريق العدول المستند إلى مقتضى. فإذا ما ثبت أن لعدوله مسوغاً، انقضى العقد وانقضى تبعاً له التزامه وبرئت ذمته من التعويض الذي يعتبر الالتزام به بديلاً عن الالتزام الأصلي".

"أما إذا عجز عن إثبات المسوغ فإن القاضي يحكم للمدعي بالتعويض ولا يطلب منه إثبات خطأ المدعى عليه. وهذه هي النتيجة العملية المترتبة على اعتبار الالتزام الذي يشغل ذمة الخاطب التزاماً تعاقدياً وأن أساس الحكم عليه بالتعويض هو إخلاله بهذا الالتزام، لا ارتكابه لفعل ضار".

"ونظرية التعسف تساعد على الوصول إلى هذه النتيجة لأن العدول بدون مسوغ هو عدول تعسفي، وباعتباره كذلك لا يكون له أثر قانوني فيظل العقد قائماً بعد العدول كما كان قبله. وهذا هو الجزاء الوفاق للتعسف في استعمال الحق، فهو لا يؤدي دائماً إلى الحكم بالتعويض، وليس التعسف كما يقال في العادة صورة من صور الخطأ، إن الجزاء يكون أولاً وقبل كل شيء إزالة أثر العمل الذي صدر عن قصد غير مشروع. وعلى أن إزالته في الماضي لن تتم إلا عن طريق الحكم بالتعويض. والتعويض هنا لا يعتبر تعويضاً عن الضرر،

(١) شفيق شحاته - المرجع السابق - فقرة ٨٧ ص ٨٠ وفقرة ٩١ ص ٨٢.

بل هو سبيل المدعي إلى حقه" (١).

وقد انتقد الرأي السالف بيناه وذلك على أساس انتفاء حكمة إعمال نظرية التعسف في نطاق المسؤولية العقدية. فهذا الرأي يقول أن من عدل بغير مسوغ يعد متعسفاً، وأن جزاء التعسف ليس دائماً بالتعويض وإنما قد يكون - في حالة الخطبة - بعدم الاعتداد بالعدول، غير أن عدم الاعتداد بالعدول ليس معناه أرغام من عدل على الزواج، بل إلزامه بالتعويض، وهنا يمكن الوصول إلى ذات النتائج دون اللجوء إلى نظرية التعسف، إذا ما اعتبر العدول بغير مقتضى خطأ عقدياً يشغل ذمة صاحبه بالتعويض الذي لا يمكن إلا أن يكون نقدياً.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى قد يقال أن اللجوء إلى نظرية التعسف يعد أمراً لازماً، ذلك أن من حق أي طرف أن يعدل ولا يمكن محاسبته عن ذلك إلا إذا كان متعسفاً في استعمال حقه. ولكن مثل هذا القول من شأنه أن يؤدي إلى تضيق فرصة الطرف الآخر في الحصول على تعويض دون داع، فهو يتطلب تضمن الخطأ العقدي على التعسف، وبالتالي لا يعد العدول تعسفياً إلا إذا توافرت فيه شروط إحدى الصور الثلاث التي أشارت إليها المادة الخامسة من القانون المدني... ولكن فكرة التعسف في القانون المدني أضيق من فكرة الرجوع بغير مقتضى، أي من فكرة الخطأ بصفة عامة، وهذا التضيق لا يتسق مع القول بالمسؤولية العقدية، لأنه إذا كنا أمام "عقد" فإنه يجب أن يتجه تأسيسنا لمسئولية من يخل به إلى التضيق من فرص هذا الإخلال لا إلى التوسعة فيها، ولا شك أن القول بأن من يعدل بغير مقتضى يعد مرتكباً لخطأ يستوجب التعويض، من شأنه أن يوسع من فرصة قيام مسؤولية من عدل وبالتالي يضيق من فرصة الإخلال بالعقد. أما الربط بين الخطأ والتعسف فهو يضيق من فرصة هذه المسؤولية وبالتالي يوسع من فرصة الإخلال، ذلك أن كل تعسف يعتبر خطأ وليس كذلك كل خطأ، لا سيما

(١) المرجع السابق - هامش (١) ص ٨٩.

وأنه من المتفق عليه أن مقتضيات العدول لا يشملها حصر^(١).

كما قيل نقداً للرأي السابق أيضاً، أنه إذا اعتبر العدول بدون مقتضى إساءة لاستعمال الحق، فإنه يكون خطأً تصنيرياً يرتب المسؤولية التصديرية دون أن يعتبر خطأً عقدياً، فضلاً عن أن إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعماله لا يرد إلا على "حق"، والعدول عن الخطبة حرية من الحريات أو حقاً من الحقوق العامة التي تخرج عن نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، وحتى على الرأي القائل بأن الحقوق العامة تدخل في نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق فإن هذا الرأي يستثني من تلك الحقوق الحريات التصديرية ولا يخضعها لأحكام تلك النظرية، والعدول عن الخطبة حرية تقديرية لأن بواعثها أمور شخصية يصعب لغير العادل تقديرها وقد يصعب على العادل التعبير عنها على نحو ما يصعب التعبير عن الحب والكراهية^(٢).

٢- يذهب فريق ثانٍ إلى أن الخطبة إذا اعتبرت عقداً فهي عقد غير لازم، وهذا العقد ينتهي بالضرورة بالعدول من أي طرف بمقتضى أو بغير مقتضى، وعلى ذلك فالعدول بغير مقتضى لا يعد خطأً عقدياً، لأنه لكي تقوم المسؤولية العقدية لابد وأن نكون بصدد عقد قائم، إن حكم العقد يأخذ هنا - أي بعد الرجوع فيه - حكم أية واقعة قانونية أخرى. وأن عقد الخطبة ليس شأنه شأن سائر العقود المدنية، فهذه العقود تولد التزامات بحيث إذا لم يقم المدين بتنفيذها كان عدم قيامه خطأً عقدياً، وجزاء الخطأ العقدي هو التنفيذ العيني للالتزام، فإذا لم يمكن التزم بالتعويض، ولكن التعويض في هذه الحالة ليس من شأنه أن يؤدي إلى اقتضاء الالتزام الناشئ عن العقد بل هو طريق لتنفيذ هذا الالتزام، أما في الخطبة فلا ينشأ أي التزام ومن ثم فعدم التنفيذ لا يعتبر إخلالاً بالتزام عقدي، أي لا يعتبر خطأً عقدياً. ولا يقدح في هذه النتيجة أن يقال أن الحق في العدول مصدره عقد الخطبة، أو إرادة طرفيها المشتركة، ومن ثم فالتعسف في

(١) أحمد سلامة - المرجع السابق - فقرة ١٣٩ ص ٣٨١، ٣٨١.

(٢) عبد الناصر توفيق العطار - المرجع السابق - ص ٣٩.

استعماله يكون خطأ عقدياً. ولكن محاسبة صاحب الحق في استعمال حقه لا ينظر فيه إلى مصدر الحق حتى يقال بأن مسؤوليته عقدية إذا كان مصدر حقه عقداً، والواقع أن التعسف في استعمال الحق يكون دائماً خطأ تقصيرياً أيما كان مصدر الحق الذي وقع التعسف في استعماله.

إن العدول رغم اتصاله بالتعاقد يعد خطأ تقصيرياً كأى إنهاء لعقد تقرر فيه لأحد الطرفين حق إنهائه. ويؤكد صحة ذلك أن القول بالمسئولية التقصيرية هو الذي يبرر لماذا لا تترتب مسئولية من يعدل بمقتضى، فمثل هذا العدول يعد عدم تنفيذ "للتزام بإتمام الزواج" ومع ذلك فصاحبه لا يسأل، ولو أن المسألة كانت مسألة التزام عقدي لكان مجرد عدم تنفيذه خطأ.

وينتهي أصحاب هذا الرأي إلى أن مسئولية الخاطب الذي يعدل بلا مقتضى هي مسئولية تقصيرية وليست عقدية. ويرتب أصحاب هذا الرأي على تلك النتيجة قولهم بأن العدول في ذاته لا يعتبر خطأ، أما الخطأ فهو العدول الذي لا يأتيه الرجل المتوسط إذا وجد في نفس الظروف والملابسات التي وجد بها من عدل.

وبناء على ذلك فإن الحالات التي أوردتها بعض الشرائع الخاصة "للمقتضى" الذي يبرر العدول تعتبر أمثلة لتصرف الرجل المعتاد حيث يوجد في حالة منها، فالرجل المعتاد لا يقدم على الزواج ممن ظهر فساد أخلاقها أو ظهرت بها عاهة أو مرض... الخ كذلك الأمر بالنسبة للأنثى. وعلى ذلك فالعدول في هذه الحالات، وفي غيرها الشبيهة، لا يعتبر خطأ ولا يسأل صاحبه عن أية أضرار تحدث.

ومفاد الرأي السابق أنه يأخذ بما تضمنته الشرائع الطائفية من أسباب مبررة للعدول، وتعتبر تلك الأحكام هي الواجبة التطبيق على خطبة غير المسلمين.

٣- ويذهب فريق ثالث إلى إقامة مسئولية من عدل بغير مقتضى على أساس قواعد المسئولية التقصيرية - أيضاً - ولكن ليس من خلال النصوص الواردة في الشرائع الطائفية والتي تقدر ما يضيع على الشخص في حالة

العدول بدون مبرر تقديراً جزافياً، وليس على أساس انعدام المبرر، وإنما الخطأ في هذه الحالة يكون بالنظر إلى الظروف التي يتم فيها العدول وإلى سلوك من عدل. ولذلك ينبغي أن يترك أمر تقدير التعويض للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، وبالتالي فلا يجوز إعمال القواعد الخاصة الواردة في شرائع غير المسلمين والتي تعرضت لأحكام العدول بمقتضى وبغير مقتضى^(١).

وفي مجال الترجيح بين الآراء المتقدمة، نبدي الملاحظات الآتية:

١- أن الخطبة وباعتبارها تمهيداً للزواج ووعداً به تعد داخلة في صميم مفهوم نظام الأسرة وبالتالي تعد من قبيل مسائل الأحوال الشخصية التي تخضع للشرائع الطائفية، وحيث لم يتاولها التوحيد التشريعي للجميع.

٢- إن الخطبة في شرائع المسيحيين عقد شكلي ذو طابع ديني وهو عقد غير لازم، ولذلك يجوز العدول عن الخطبة بإرادة أياً من طرفيها سواء أكان العدول بمبرر أو بدون مبرر، ويبطل كل شرط في عقد الخطبة يضع جزاءاً على مجرد العدول أو جزاءاً على عدم تنفيذ الوعد بالزواج.

٣- وأن حقيقة الخطبة في شرائع المسيحيين أنها ترتب التزامات معينة تتلاءم مع طبيعتها والغرض الذي تسعى إلى تحقيقه، ومن هذه الالتزامات التزام أخلاقي أو طبيعي بإتمام الزواج في الميعاد المتفق عليه أو في الميعاد المنصوص عليه في تلك الشرائع عند عدم الاتفاق. كما تفرض هذه الشرائع التزاماً آخر على عاتق الطرفين ومفاده ألا يرجع أحدهم عن الخطبة فيعدل عنها بغير مبرر أو مسوغ معقول يضر بالطرف الآخر (أو ما يمكن أن نطلق عليه الالتزام بعدم العدول الطائش) وإلا استحق الجزاء المنصوص عليه في هذه الشرائع من تعويض وفقد لما قدمه من هدايا وغيرها.

٤- فإذا ما عدل طرف من أطراف الخطبة عنها، فإن هذا العدول ينهي عقد الخطبة باعتبارها من العقود غير اللازمة، فإذا كان العدول طائشاً ولم يوجد ما يبرره مطلقاً، فإنه يكون قد أنهى الخطبة بعمل غير مشروع، وخرج

(١) توفيق فرج في كتابة أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين - المرجع السابق فقرة ٩٠ مكرر ص ٤٠٨ وما بعدها.

عن مسلك الإنسان المعتاد في مثل تلك الظروف، وتحققت مسنوليته طبقاً لقواعد المسئولية التصيرية لا التعاقدية، وقد تضمنت الشرائع الطائفية أمثلة من الرجوع الذي يعد خطأً تصيرياً، وأمثلة أخرى للعدول المبرر الذي لا يحق أية مسئولية، ويجب إعمال ما ورد بتلك الشرائع في هذا الخصوص. هذا عن ركن الخطأ، أما عن ركن الضرر، فإنه إذا كنا سنأخذ بالمعايير التي وضعتها الشرائع الطائفية لما يعد خطأً (أو عدولاً بغير مقتضى) فإن ركن الضرر لا يفترض، بل لا بد للقضاء بالتعويض في حالات العدول بغير مقتضى أن يثبت تحقق الضرر من جراء هذا العدول، سواء أكان ضرراً مادياً أم نفسياً، حتى يمكن أن يقضى بالتعويض الذي نصت عليه شرائع غير المسلمين.

ثانياً: موقف الشرائع المسيحية من تقدير التعويض في حالة العدول الخاطي:

يراعي أن القواعد الواردة بشرائع غير المسلمين في تقدير التعويض عن العدول الخاطي (وبشرط تحقق الضرر كما بينا منذ قليل) لا تنطبق إلا إذا كنا بضد خطبة استوفت شروط تلك الشريعة، أما في حالة الخطبة البسيطة، فإن القاضي يسترد حريته في تقدير التعويض طبقاً لقواعد المسئولية التصيرية حيث يغطي تعويضه كافة الأضرار التي وقعت بلا زيادة أو نقص.

فبالنسبة للأقباط الأرثوذكس: تنص المادة (١٣) من مجموعة ١٩٣٨ بأنه:

"إذا عدل الخاطب عن الخطبة بغير مقتضى فلا حق له في استرداد ما يكون قد قدمه من مهر أو هدايا.

وإذا عدلت المخطوبة عن الخطبة بغير مقتضى فللخاطب أن يسترد ما قدمه لها من المهر أو الهدايا غير المستهلكة.

هذا فضلاً عما لكل من الخاطبين من الحق في مطالبة الآخر أمام المجلس الملي بتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عدوله عن الخطبة".

يفرق النص في حالة العدول الخاطئ أو بغير مقتضى بين المهر والهدايا، وبين التعويض عن الضرر الذي لحق الطرف الآخر من جراء هذا العدول الخاطئ.

فبالنسبة للمهر أو الهدايا، فالملاحظ أن العرف يجري على إزام الخاطب بتقديم مهر أو "شبكة" لخطيبته وذلك بعد التأكد من جدية الخاطب في وعده بالزواج وسداً أمام كل شخص يبغى اللهو والعبث تحت ستار الخطبة، ولا يجوز تشبيه المهر بالعربون عند التعاقد كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء. فالعربون هو ثمن حرية المتعاقد في العدول عن إبرام العقد، فإذا عدل من دفعه فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، أما المهر فلا يعد ثمناً للعدول، فالعدول مقرر أصلاً وبغير جزاء إذا كان مبرراً، أما المهر فيدخل في تقدير التعويض في حالة العدول غير المبرر إذا ما توافرت شروط المسؤولية التقصيرية.

وبناء على ذلك إذا كان العدول من جانب الخاطب وتحقق الضرر للمخطوبة (والضرر الأدبي من جراء العدول غير المبرر متحقق دائماً) فإنه يفقد ما قدمه من مهر وهدايا، وإذا كانت تلك الأشياء غير جابرة للأضرار الأخرى (المادية) فيجوز الحكم عليه بتعويض آخر. أما إذا كان العدول الخاطئ من المخطوبة، فللخاطب أن يسترد ما قدمه من مهر وهدايا غير مستهلكة، فضلاً عن إمكانية مطالبتها بتعويض الأضرار الأخرى إن كان لها محل.

دعوى فسخ الخطبة:

عرضنا فيما سبق لآثار العدول عن الخطبة وتبين لنا أن توافر المقتضى أو المسوغ للعدول أو تخلفه يرتب آثاراً مالية غاية في الأهمية، ولذلك يكون متوقفاً التجاء بعض الخاطبين إلى القضاء للحصول على حكم "بفسخ الخطبة" وذلك لإثبات أن للعدول مبرر حتى يغلقوا الباب أمام دعوى الطرف الآخر بأن العدول كان بغير مقتضى، كما يكون الالتجاء إلى القضاء ضرورياً للمطالبة برد الهدايا أو المهر أو المطالبة بالتعويض على النحو الذي رأيناه في آثار العدول.

والخطبة باعتبار أنها من مسائل الأحوال الشخصية فإن دائرة الأحوال الشخصية تختص بالنظر في كافة المنازعات الناشئة عن الخطبة، سواء تعلق الأمر بدعوى فسخ الخطبة أو الحكم في التعويض عن العدول. أما طلب التعويض عن العدول فإنه إذا رفعت به الدعوى مستقلاً فلا مانع من اختصاص الدائرة المدنية به، فضلاً عن اختصاص دائرة الأحوال الشخصية الأصل في هذا الصدد.

وإذا ثبت الاختصاص لدوائر الأحوال الشخصية على النحو المتقدم، فلمن ينعقد الاختصاص، للمحكمة الجزئية أم الابتدائية؟ هناك من الأحكام من اتجهت إلى اختصاص المحاكم الابتدائية وأخرى اتجهت إلى عقد الاختصاص للمحاكم الجزئية.

والواقع أن المادة الثامنة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ كانت تنص على اختصاص المحاكم الجزئية الوطنية وحددته على أساس اختصاص المحاكم الجزئية الشرعية المقرر بمقتضى المادة الخامسة والسادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

ولقد بينت المادة السادسة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - التي أحال إليها المشرع - أن المحاكم الجزئية تختص "بالزواج وبالمواد المتعلقة بالزوجة". ولا شك أن الخطبة تعد من أولى المسائل المتعلقة بالزواج، وحيث لا ينصرف النص إلى المسائل المتعلقة بالزوجة اللاحقة على الزواج، بل كل ما يتصل به سابقاً أو لاحقاً. كما نصت المادة السادسة المشار إليها على اختصاص المحكمة الجزئية بالمهر والجهاز، ولا شك أن هذه الأمور اللصيقة بالخطبة والتي هي من اختصاص المحاكم الجزئية تجعل من الضروري أن يكون الاختصاص بالخطبة لذات المحكمة. هذا مع ملاحظة أن المشرع في المادة الثامنة قد أخرج بعض المسائل من اختصاص المحاكم الجزئية وجعلها من اختصاص المحاكم الابتدائية (وهي دعوى النسب في غير الوقف والطلاق

والخلع والمبارأة والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها والمشار إليها في المادة السادسة) وبناء على ذلك فإنه فيما عدا هذه المسائل يبقى الاختصاص للمحاكم الجزئية ومن بين مسائل هذا الاختصاص المهر والجهاز والزواج والمسائل المتعلقة بالزوجية.

أما في ظل القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، فإنه لا يجوز الرجوع إلى نصوص لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وكذلك مواد القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لإلغائهما، ولذلك فالملاحظ أن نص المادة (٩) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ لم يذكر اختصاص المحكمة الجزئية "بالزواج والأمور المتعلقة بالزوجية" وإنما ورد في رقم (٤) من المادة المشار إليها اختصاص المحاكم الجزئية بدعاوي المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها، وهذا الاختصاص محدد فقط بهذه المسائل فلا يشمل دعاوى فسخ الخطبة، وإزاء ذلك فالأصح هو القول باختصاص المحاكم الابتدائية بتلك الدعاوى باعتبارها من مقدمات الزواج.



الباب الثاني إنشاء الزواج

تقسيم:

لا بد من توافر عدة شروط معينة حتى ينشأ الزواج صحيحاً، فلا بد من توافر الرضا به، فالزواج كما رأينا نظام قانوني لا يجوز فرضه على أحد، ولا بد في هذا الرضا أن يكون حراً سليماً منزهاً عن العيوب التي تعيب الإرادة، كما يجب أن يصدر الرضا ممن لا يمنعهم أي مانع من الزواج، وتلك هي الشروط الموضوعية لإنشاء الزواج أو لانعقاده، ولكن لا بد لهذا الإنشاء من توافر إجراءات شكلية ذات طابع ديني فالرضا وحده ليس كافياً، وتلك هي الشروط الشكلية لانعقاد الزواج. فإذا ما توافرت الشروط الشكلية والموضوعية، نشأ الزواج صحيحاً، وأمكن بعد ذلك أن تثار مشكلة إثباته، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط فلا بد من جزم على مخالفة هذه الشروط، وبذلك تتحدد موضوعات الدراسة في هذا الباب.

الفصل الأول: الشروط الموضوعية للزواج.

الفصل الثاني: الشروط الشكلية للزواج.

الفصل الثالث: إثبات الزواج.

الفصل الرابع: الجزاء على تخلف شروط الزواج.

مكتبة المصطفى للإفتاء والدراسات الشرعية



مكتبة

المفتدين

الفصل الأول

الشروط الموضوعية للزواج

تعدد الشروط الموضوعية للزواج:

تعني الشروط الموضوعية لإنشاء الزواج، أنه يلزم في المقدمين على الزواج توافر شروط معينة حتى يكون زواجهم محققاً للغاية منه ومتفقاً مع قواعد الأخلاق ومصالح الجماعة. فلا بد أن يتم الزواج بين شخصين مختلفي الجنس، ذكر وأنثى بلغا سناً معينة، كما يجب توافر الرضا الكامل بالزواج، وأخيراً يتم الزواج بين من لم يتوافر لديهم موجب من موجبات تحريم الزواج شرعاً. وعلى ذلك تتحدد دراسة هذه الشروط على النحو الآتي:

المبحث الأول: شرط القدرة الطبيعية.

المبحث الثاني: شرط الرضا في الزواج.

المبحث الثالث: شرط انتفاء الموانع.

المبحث الأول

القدرة الطبيعية على الزواج

تمهيد وتقسيم:

لا يمكن إنكار أن من غايات الزواج الأساسية هو إشباع الرغبة الجنسية للزوجين بقصد الإنجاب والتناسل، وهذه الغاية لا بد لها من قدرة طبيعية تتمثل في اختلاف الجنس وبلوغ كل من الزوجين سناً معينة، وأن يكونا بحالة جسمانية تسمح لهما القيام بالواجبات الزوجية.

الفرع الأول القدرة الطبيعية

تمهيد وتقسيم:

إن الغاية الأساسية من الزواج لا تتحقق إلا إذا تحقق في أطرافه (الذكر والأنثى) درجة معينة من النمو الجسدي، بحيث يتوافر في كل منهما القدرة الطبيعية على الزواج.

وهذه القدرة الطبيعية تفترض أصلاً أن يتم الزواج بين شخصين من جنسين مختلفين، فالزواج اتحاد بين جسدين في جسد واحد، ولا يتحقق هذا الاتحاد إذا كنا بصدد شخصين من جنس واحد، وبناء على ذلك إذا كان من المتعذر تحديد جنس الشخص لوجود عيب خلقي في تكوين أعضائه التناسلية، عُد الزواج باطلاً، ولا يعتبر صحيحاً إلا في الوقت الذي يمكن فيه تحديد الجنس المختلف. وكذلك إذا أمكن تغيير جنس الشخص وحدث التغيير بعد الزواج، فالسائد هو القول ببطلان الزواج من لحظة اتحاد الجنسين، بينما نرى انقضاء الزواج بهذا الاتحاد.

فإذا تم الزواج بين شخصين مختلفين جنساً، فهذا لا يكفي، بل لابد أن تتوافر لديهما القدرة الفعلية على تحقيق أغراض الزواج من حيث إشباع الغريزة الجنسية والتناسل.

ويمكن لنا استخلاص ضرورة توافر تلك القدرة الطبيعية الفعلية من بعض النصوص المتفرقة والواردة في شرائع غير المسلمين والتي تعرضت لبعض العيوب والأمراض التي لا تحقق تلك القدرة.

المطلب الأول العجز الجنسي

تمهيد:

من الصعب قبول أن للزواج مفهوماً روحياً أو نفسياً وبالتالي فإن عدم القدرة الجنسية لا يمكن أن تؤثر في صحة الزواج، أو أن يقال أن الزواج ما

هو إلا اتحاد وارتباط ذهني وروحي بين شخصين، وعلى ذلك لا يجوز النظر إليه باعتباره مجرد عملية جنسية، أو أنه مجرد عملية لإنتاج الأطفال، وبالتالي فإن العجز الجنسي لا يجوز اعتباره من الأسباب المانعة أو المبطلّة للزواج.

فهذه الفكرة المثالية قد يحدها باعث ينظر إلى العجز الجنسي باعتباره من المسائل صعبة الإثبات فضلاً عن أثارته للعديد من المشكلات والفضائح العائلية وتشويه السمعة، لذلك يجب استبعاده من نطاق أسباب البطلان لما يؤدي إليه أيضاً من آثار وخيمة على الأسرة والأبناء.

هذه الفكرة المثالية للزواج لم تلق أي اهتمام من أية تشريعة من شرائع غير المسلمين والتي نظرت كلها إلى الزواج نظيرة وإقعية واهتمت بالجانب الجسدي الذي يحفظ على الإنسان عفته وعدم تشجيعه على الفسق والفجور فضلاً عن ضرورة الاتصال الجسدي لإنجاب الأطفال، وتلك غاية أساسية أخرى من غايات الزواج التي تحفظ النوع الإنساني باعتبار الإنسان خليفة لله في الأرض. ولذلك استقرت كافة شرائع غير المسلمين على اشتراط المقدرّة الجنسية فيمن ينوي الزواج. واعتبار تخلف هذه المقدرّة مبطلاً للزواج الذي تم.

فتقتضي المادة (٢٧) من مجموعة الأقياط الأرثوذكس بأنه:

"لا يجوز الزواج أيضاً في الحالات الآتية:

١- إذا كان لدى أحد طالبي الزواج مانع طبيعي أو عرضي لا يرجى زواله يمنعه من الاتصال الجنسي كالعنة والخنوثة والخصاء".

أنواع العجز الجنسي وتقسيماته:

العجز الجنسي هو استحالة أو عدم أهلية القيام بالجماع على الوجه العادي، سواء أكان ذلك راجعاً إلى الرجل أو المرأة.

وأما عن أنواع العجز الجنسي، فيتحقق بشكل مؤكد بالنسبة للرجل إذا لم يكن له قضيب أو كان قصير جداً فلا يمكنه ولوج المهبل ولو جزئياً، أو إذا أصابت القضيب عاهات تحول دون الجماع، كأن يلتصق جلده بكيس الخصيتين فلا يتحقق الانتصاب أو يتضخم تضخماً مرضياً يؤدي إلى العجز عن الجماع. وكذلك يتحقق العجز المؤكد للرجل إذا فقد خصيته بعملية

جراحية، أو إذا بقيت الخصيتان في البطن وكان نموها غير كاف، وأنواع العجز السابقة يطلق عليها للجب والخصاء، ولكن لا يعد عجزاً جنسياً المهبل الشديد للنساء الأمر الذي يجعل الرجل يهرق السائل قبل اقترابه من امرأته، فمثل هذا العيب يمكن شفاؤه بالعلاج الطبي.

غير أن النوع الشائع للعجز الجنسي لدى الرجال هو ما يطلق عليه "العنة" وهو نوع من الضعف الجنسي وتؤدي إلى عدم القدرة على الجماع، ومظهر هذا المرض هو ارتخاء في عضو التناسل مما يجعل الاتصال الجنسي بالمرأة مستحيلاً، هذه العنة إما أن تكون عضوية أو نفسية.

والعنة العضوية (ويطلق عليها أيضاً العنة الثانوية) فترجع إلى ضعف الأعضاء التناسلية، وهذا الضعف إما أن يكون ناتجاً عن التكررين التشريحي للأعضاء التناسلية وراثياً، وإما ناتجاً عن إصابة بعض هذه الأعضاء من أمراض أو إصابات جراحية أو ناتجاً عما يصيب هذه الأعضاء من اضطرابات تحل بالغدد التناسلية ذات الإفرازات الداخلية أو بالغدد غير التناسلية ذات الإفرازات الداخلية أو بالغدد الأخرى.

أما العنة النفسية (ويطلق عليها العنة الابتدائية أو النسبية) وفيها لا تكون هناك أية عاهة في الأعضاء التناسلية وإنما توجع عدم القدرة الجنسية إلى عوامل نفسية، وهي نوع من أنواع الضعف للتناسلي المخي، وقد يتخذ هذا الضعف صوراً مختلفة، منها انعدام الرغبة الجنسية كلياً أو جزئياً. وقد تكون هذه العنة بالنسبة إلى النساء جميعاً أو بالنسبة إلى امرأة بعينها. وينتج عن الإصابة بالعنة سواء أكانت عضوية أو نفسية، عدم القدرة على المباشرة الجنسية وهو ما يعبر عنه بإحباط النصاب.

أما العجز الجنسي لدى المرأة، فيكون أكيداً إذا لم يكن لها الأعضاء التناسلية الخارجية أو الظاهرة، حيث أنها تلقت في هذه الحالة أيضاً الأعضاء الداخلية، وهي حالة غير قابلة للشفاء. ويتحقق العجز المؤقت أيضاً إذا لم يكن للمرأة مهبل، وهي حالة يندر وقوعها، ولكن المهبل قد يصاب بعاهات أكثرها لا تجعل المرأة عاجزة، لقبولها الشفاء طبيياً، ولكن من العجز المؤبد أن يتحد المهبل مع مجرى البول والمستقيم أو أن يكون غير مكتمل النمو ومسدوداً

لجهة الرحم وهو ما يطلق عليه (الرتق).

أما غلاظة غشاء البكارة بحيث لا يتمكن الرجل من تمزيقه فلا يعد عجزاً لقابليته للشفاء بعملية جراحية بسيطة. كما لا يعد عجزاً إصابة المرأة بمرض يجعلها لا تطيق الجماع لما يسببه من ألم لمجرد التفكير فيه أو لمحاولته، وقد ترجع أسبابه إلى دقة الإحساس في غشاء البكارة أو تهيج المهبل أو عدم التكافؤ في الأعضاء التناسلية، أو غير ذلك من الأسباب النفسية (ويطلق عليها عنة المرأة) وهو داء قابل للشفاء.

أما عدم وجود للرحم والمبيضين في المرأة (وعدم وجودها يمنع الحمل) فلقد اختلفت في شأنهما. فقد ذهب البعض باعتباره عجزاً مؤكداً لدى المرأة وقال آخرون بالعكس، ولكن إذا نظر إلى تعريف العجز باعتباره عدم الأهلية للجماع دون أن يدخل في هذا التعريف الغرض من الجماع وهو الإيلاد، فإن هذا لا يعد عيباً وقد سبق لمجمع السننوفيشيو ومجمع الأسرار - كما جاء في أحد أحكام محكمة الروتا - أن سما لمثل هذه المرأة بالزواج. ولكن إذا نظر إلى التماسك باعتباره غاية رئيسية في الجماع، عد ذلك عيباً.

وبالنسبة لقطع القناتين الناقلتين أو ربطهما وهو ما يطلق عليه طبيياً التعقيم، والذي يحول في الرجل - دون انتقال السائل المنوي إلى أعضاء المرأة التناسلية، وعند المرأة دون انتقال البويضتين من المبيض إلى الرحم، ويدخل في ذلك أيضاً عملية استئصال المبيض والرحم. وفي شأن العملية الأولى الخاصة بالرجل فالراجح طبيياً أن هذا العجز يمكن شفائه وبالتالي لا يعد عجزاً إلا إذا استحال الشفاء طبيياً. أما بشأن المرأة (قطع القناتين واستئصال المبيض والرحم) فلقد اختلف بشأنها، فمن قائل أن ذلك يجعل المرأة عاجزة وقال آخرون بالعكس، وذهب البعض إلى أن قطع القناتين في المرأة بدون سبب يبطل الزواج على الأقل بدعوى أنها بذلك تقصد منع الحمل وبالتالي رفض غاية أساسية جوهرية في الزواج.

وقد يتحقق في شخص واحد (الرجل والمرأة) وجود أعضاء الرجال والنساء معاً، وهذا ما يطلق عليه بالخنثى، فالجنين في أول خلقه يكون له

عنصر الذكور والأنثى ولا يعرف جنسه إلا بعد نموه، وتغلب أحد العنصرين على الآخر، فيكون إما مبيضاً وإما خصيتان وغير ذلك من الأعضاء المناسبة للمبيض أو الخصيتين، وكل شذوذ عن ذلك يكون هو الخنثى، إما بأن ينمو أعضاء الجنسين معاً في الجنين، وإما أن يكون له في الخارج أعضاء الرجل وفي الداخل أعضاء النساء أو بالعكس مع بعض الاختلافات. ويلاحظ أن العلماء لا يسمون اليوم بوجود الخنثى الكامل وهو الذي له أعضاء الرجال والمرأة كاملة النمو، ولكن السائد هو وجود الخنثى غير الكامل وهو الذي له أعضاء أحد الجنسين كاملة وبعض الأعضاء الجهرية للجنس الآخر كالمبيض أو الخصيتين، أو الذي له أعضاء الجنسين معاً ولكنها غير كاملة النمو، بحيث لا يمكن اعتباره رجلاً ولا امرأة بالنظر إلى عملية التنازل. ولقد قرر فقهاء القانون الكنسي بشأن الخنثى أنه يعتبر من الجنس الذي تكون أعضاؤه فيه أكثر نمواً، فإذا تكافأت هذه الأعضاء، عندئذ - وفي نظر هذا الفقه - على الخنثى أن يختار الجنس الذي يريده لعقد الزواج مع تعهده بالقسم بأنه لن يغير رأيه من بعد. والواقع أن الأمر مرده إلى حكم الأطباء الذين لهم تقرير حقيقة الجنس من ناحية ومن ناحية أخرى تقرير وجود عجز جنسي من عدمه، ولقد سبق للقضاء الفرنسي أن قضى بأنه إذا تعذر تحديد جنس الشخص، فإن ذلك مما يبطل الزواج ولكن منذ لحظة التعرف على جنس المختلف عن قرينه، فإن الزواج يعد صحيحاً.

وأما عن تقسيمات العجز، فيمكن أن ينقسم إلى عدة أشكال وأقسام.

فهناك العجز المؤقت والعجز الدائم، والعجز المؤقت هو ما كان زواله ممكناً مع الوقت وذلك بطريقة عادية لا تشكل خطراً على حياة الشخص سواء تم ذلك بالعلاج الطبي الجراحي أو النفسي. أما العجز الدائم فهو ما استحال شفاؤه أو تطلب وسائل تشكل خطراً على حياة الشخص.

وهناك العجز المطلق والعجز النسبي، والعجز المطلق هو عدم الأهلية للجماع مع الجنس الآخر مطلقاً، أما العجز النسبي فإنه يتضمن عدم أهلية الجماع مع شخص وإمكانه مع آخر، إما بسبب تركيب خاص في الأعضاء

التناسلية وإما بسبب عوامل نفسية.

وهناك العجز السابق والعجز اللاحق، فالسابق هو الذي ينشأ قبل الزواج، أما اللاحق فينشأ بعده. ولدى الشك في العجز هل هو سابق أم لاحق، اعتبر سابقاً إذا ظهر فور الزواج وإلا فليعد لاحقاً. والعجز السابق يبطل الزواج بل ويمنع انعقاده، أما اللاحق فلا يؤدي إلى البطلان وإن كان يعد لدى بعض الشرائع من أسباب التطليق كما سنرى من بعد.

وهناك العجز التركيبي (أو العضوي) والعجز العملي (أو الواقعي)، فالأول ناتج عن عاهة في الأعضاء التناسلية، والثاني ناتج عن بعض الأمراض العصبية أو بعض العوامل النفسية التي تمنع الأعضاء التناسلية من أداء وظائفها برغم سلامتها من كل عيب.

وهناك العجز المعروف والعجز المجهول، والأول هو العجز الذي أطلع عليه الطرف الآخر والثاني هو العجز الذي لم يطلع عليه الطرف الآخر.

وأخيراً فهناك العجز الطبيعي والعجز العارض، فالطبيعي هو ناتج عن عيب أو تشوه في الأعضاء التناسلية، أما العارض فهو يصدر عن علة خارجية طارئة كالمرض العضوي أو النفسي أو العصبي.

كيفية التحقق من وجود العجز وشواهدة:

قلنا أن العجز الجنسي هو عدم القدرة أو عدم الأهلية للجماع الكامل، وعلى ذلك لا نكون بصدد أي عجز إذا اكتمل الزواج باتحاد الزوجين وصيرورتهما جسداً واحداً وهذا الاكتمال للزواج يتحقق بالجماع السابق تحديد عناصره.

وبناء على ذلك يستبعد العقم في الرجل والمرأة كمظهر أو قرينة على العجز، والعقم سواء أكان طبيعياً أو عارضاً، يحول دون بلوغ الجماع غايته أي التناسل، والعقم قد يرجع إلى تقدم السن وقد ينتج عن أمراض تصيب الرجل في الخصيتين أو الحويصلتين المنويتين أو البيروستاتات وتقتل الحيوان المنوي أو تضعفه، وقد يحدث العقم في المرأة نتيجة بعض الأمراض التي تصيب الأعضاء التناسلية في المرأة وتمنع إفراز البويضة أو تضعفها أو

تحول دون اتصالها بالحيوان المنوي. والعقم لا يحول دون عقد الزواج صحيحاً حتى ولو كان مؤبداً وغير قابل للشفاء، ذلك أن موضوع عقد الزواج المؤبد هو أن يكون لكل زوج حق على جسد الآخر للجماع، وهو يتحقق مع وجود العقم، فللزواج غايات أخرى مبررة وهي المساعدة المتبادلة وإخماد الشهوة، وهي ممكنة بدون نسل.

نعود بعد ذلك إلى كيفية التحقق من وجود العجز وشواهد.

فالحمل قد يكون شاهداً على اكتمال الزواج وعدم وجود العجز، وذلك إلى أن يثبت عكس ذلك، حيث من الجائز أن يتحقق الحمل دون جماع.

ووجود غشاء البكارة سليماً لا يدل على اكتمال الزواج وتحقق العجز، فقد يحدث أن تعود الأعضاء التناسلية في المرأة إلى ما كانت عليه قبل الجماع فيما إذا حدث هذا الجماع بشكل نادر، كما أن غشاء البكارة في بعض النساء قد يكون كثير المرونة فلا يتمزق من أول جماع، كما أن هذا الغشاء قد يصاب بعاهات تحول دون معرفة الأطباء لحالته وهل تمزق أم لا، وهل التمزق طبيعي أو نتيجة الجماع، بل وقد يحدث أن يبقى الغشاء سليماً حتى بعد الولادة، كما أن كثيراً من النساء تمزق لديهن غشاء البكارة لأسباب غير الجماع، ولذلك يجب الاحتراز بالنسبة لغشاء البكارة الذي لا يعد بقاءه أو انقضائه دليلاً مؤكداً على العجز أو عدمه.

ومن شواهد العجز عدم تمكن الرجل من دخول مهبل المرأة بقضيبه ولو دخولا جزئياً، حتى ولو حدث حمل من جراء أهرق السائل على فتحة المهبل.

أما فيما يتعلق بالأدلة على العنة العضوية فالكشف الطبي على الزوج أو الزوجة يكون قاطعاً في ثبوت الإصابة بها، أما فيما يتعلق بالأدلة على العنة النفسية أو الابتدائية والتي ترجع إلى عوامل نفسية كالخوف أو الكراهية أو كثرة الاهتمام والتفكير في تقدير القوة الجنسية، فإنه يصعب طبيياً معرفة سبب العنة من مجرد الفحص، وبالتالي يصعب قيام الدليل عليها. وبإعمال القواعد العامة في الإثبات فإن الأصل في الإنسان السلامة وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، ومع ذلك إذا ادعت الزوجة عنة الزوج النفسية، فليس القول قولها

وإنما عليها إقامة الدليل على ذلك.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن الزواج المسيحي لا يكتمل إلا باتحاد الزوجين جسداً واحداً وهذا لا يتحقق إلا بالجماع الكامل، لذلك إذا تساكنت الزوجان عندئذ يفترض اكتمال الزواج إلى أن يثبت العكس. وإثبات العكس قد يتحقق باجتماع عدة أمور، ثبوت عدم انفراد الزوجين معاً بعد الزواج ولو لمدة وجيزة، عجز الرجل عجزاً أكيداً، سلامة غشاء البكارة بشهادة الأطباء، فإذا ثبتت هذه الأمور قام الدليل على عدم اكتمال الزواج وثبوت العجز الجنسي.

موقف شرانغ غير المسلمين من العجز الجنسي:

الأقباط الأرثوذكس:

لقد تطورت نظرة شريعة الأقباط الأرثوذكس في شأن العجز الجنسي.

ففي البداية تأثرت الشريعة بأحكام القانون الروماني البيزنطي ولكنها لم تفرق تفرقة واضحة بين الجب والخصاء والعنة من ناحية أخرى من حيث الأحكام، فلم تتحدث بشكل واضح صريح عن بطلان الزواج بسبب وجود العجز الجنسي قبل الزواج، وبين الفسخ إذا ما طرأ العيب بعد ذلك.

ولنحاول أن نفهم موقف علماء الأقباط في هذا الشأن.

يقول بن لقلق في قوانينه وفي الفصل المخصص للزواج: "أما الزيجات الممنوعة فلا تصح زيجة..." ثم يتحدث عن موانع القرابة ويعتبر مثل هذه الزيجات ممنوعة ولا تصح. ثم يقول بعد أن ينتهي من موانع القرابة المباشرة: "وأما الاجتماع المقصود بالزيجة فكالخصي والمجنون المطبق والجذام والبرص والعظم الناشز في النساء والعين والخنثى وما يجرى هذا المجرى. ولا يتزوج مؤمن بغير مؤمنة ولا بالثابتة في الزنا المشهورة به ولا بالرابعة فصاعداً ولا يجمع بين زوجين أو أكثر..." ثم يتحدث بعد ذلك عن الزيجات المكروهة المستتعبة.

وواضح كل الوضوح من أقوال بن لقلق أنه يعتبر موانع القرابة وموانع العجز الجنسي والمرضى المشار إليه في قوله، من موانع الزواج وهذه

الزيجات لا تصح. وإذا كان الأمر كذلك فما هو الجزاء الذي يقع عند حدوث الزواج مع وجود مثل هذه الموانع. يرى البعض أن الحكم هنا هو الفسخ لا الإبطال مستنداً في ذلك إلى نص ورد أيضاً عن ابن لقلق حيث يقول: "الزيجة تنفسخ... بأن تكون الزيجة مما تقدم ذكره في الزيجات الممنوعة لا المكروهة بقسميها، وبعثوث ما يمتنع معه الاجتماع المقصود بالزيجة، كما تقدم بيانه. فإذا أقام الرجل بعد الاتصال ثلاث سنين ولم يمكنه أن يفعل ما يخصه، فللمرأة ولو أديها أن يفسخوا الخلطة إذا لم تؤثر المرأة مساكنته ويتبعها جهازها". وقد فهم البعض السابق من هذا النص أن حكم العنة السابقة، وحكم العنة الحادثة واحد، وهذا الحكم هو الفسخ. وهذا الاستنتاج غير صحيح، فابن لقلق يفرق بوضوح بين الانفساخ والفسخ، ويقصد من الانفساخ - عند وجود مانع القرابة وغيره - البطلان حيث لم تجر العادة على استخدام المصطلح الأخير وكان المستخدم بدلاً منه مصطلح الانفساخ، وهذا يؤكد حالة الزواج مع وجود مانع القرابة أو الزنا مثلاً، فلم يحاول أحد - حتى صاحب الرأي الذي عرضنا له - في أن تحقق هذا المانع في الشريعة القبطية القديمة يبطل الزواج ولا يفسخه.

يؤكد ما تقدم أيضاً ما ورد عن ابن العسال فلقد قال: "ولتقدم ذكر التزويج الممنوعة حتى لا يقع فيه خطبة ولا إملاك وذلك خمسة عشر قسماً... ثم ذكر في القسم الثامن "ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة وهو إما طبيعي كالعينين وهو الذي لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع للمذكور والخنثى وهو الذي له فرج الذكر والمرأة معاً في موضع واحد وكمن لها عظم زائد مانع، وإما عرضي وهو ثلاثة أضرب: أحدهما الخصى، وثانيها الجنون الذي يكون زمان الإفاقة منه أقل وثالثها الأمراض القاطعة كالجذام..." ففي هذا النص يتحدث ابن العسال عن الموانع الخاصة بالزواج ابتداءً ويجعل منها مانع العجز الجنسي والمرض المشار إليه.

وعندما يأتي ابن العسال للتحدث عما يفسخ الزواج، يقول "التزويج يفسخ بحجة ضرورية إذا كان الرجل لا يمكن أن يجتمع مع المرأة..." ويقصد من كلمة "ينفسخ" أي يبطل، ويؤكد هذا الفهم أن هذا الفقيه عندما عرض للعجز الجنسي لدى المرأة وتحققه قبل الزواج، قرر أن الجزاء هنا هو أن يفرق

بينهما، والتفريق أثر من آثار بطلان الزواج.

أما صاحب الخلاصة القانونية الإيخومانوس فيلوثاوس، فلقد أورد في المسألة السابعة عشر "من موانع الزيجة" وقال فيها أما الأسباب التي تمنع الزواج فهي قسمان: قسم يشتمل على أسباب ثابتة لا تزول وقسم يشتمل على أسباب يمكن زوالها وبزوالها يصح الزواج. وقسم القسم الأول إلى نوعين: النوع الأول: القرابة، ثم عرض للنوع الثاني من القسم الأول فقال "الموانع الشخصية وهي كل ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزيجة وذلك إما أن يكون طبيعياً كالعنين وهو من لا يتمكن بطبيعة شخصه من الاجتماع والخنثى وهو الذي له عضو الذكر والأنثى معاً وكمن لها عظم زائد مانع وإما عرضياً (وإن كان حادثاً إلا أنه ثابت) وهو الإخصاء وما يجري مجراه من موانع الاجتماع التتاسلي إن كان من جهة الذكر أو الأنثى والجنون المطبق والجذام والبرص فهذه موانع الزيجة الثابتة التي إذا اتفق حصول الزواج مع وجود بعضها فالانعقاد يكون لاغياً مفسوخاً لا يعول عليه".

ويتبين مما ورد في المجموعات القبطية السابق بيانها أن العيوب المانعة هي: ١- العنة ويعرفها ابن العسال بأنها العلة التي لا تمكن الرجل بطبيعة شخصه من الاجتماع. ٢- الخصاء. ٣- الخنوثة، وهي صفة من له فرج للذكر والمرأة معاً في موضع واحد. ٤- القرن وقد عبر عنه ابن العسال بقوله "من لها عظم زائد مانع" وقد أورد ابن لقلق العيوب السابقة ثم قال "وما يجري هذا المجرى" أي أن هذه العيوب لم ترد على سبيل الحصر وإنما ضربت كأمثلة مانعة من الاجتماع المقصود بالزيجة. وبالتالي إذا تحقق سبب منها كان انعقاد الزواج لاغياً أي باطلاً مطلقاً.

ومع ذلك فلقد ورد عن ابن العسال نصاً قد يفهم منه أن الجزاء على وجود المانع المتحقق عند الزواج ليس هو البطلان.

فلقد قال: "إن كان الرجل لما تزوج بها أصابها ناقصة في خلقتها مخالفة لخلقه النساء لا تصلح للرجال، وأنكر ذلك أول يوم دخوله عليها أو ثانية أو ثالثة أو طالع كاهنة بحالها، فقد برئت ساحتها ووجب للأسقف أن يفرق بينهما ويطلق للرجل التزويج وتؤدب المرأة وتمنع من التزويج. ويؤدب وليها بالمنع

من القربان والكنيسة مدة، فإن كتم أمرها وتمادى على قوله القبيح مدة طويلة وانكشف حالها بعد ذلك فليؤدب. وإن كان هو مما يحفظ حرية ويصبر على العفة فلا يؤذن له في التزويج، وإن كان ممن يخاف عليه من الخروج إلى ما هو أقبح مما كان عليه فليطلق له التزويج".

فلقد رأى البعض في هذا النص أن ابن العسال قد اعتبر العيب الموجود بالمرأة عند الزواج يعد سبباً من أسباب الطلاق، أما العقد فلا يحكم بطلانه. ولكن هذا الفهم لا يتفق مع ما ورد بالنص. فابن العسال يتحدث عن هذه المرأة التي وجد بها العيب فقال عنها "تمنع من التزويج" ومعنى ذلك أن العيب يعد مانعاً من الزواج، وللأسف أن يفرق بينهما، وهو يفرق دون طلب بذلك من الطرف المتضرر، إذا فلسنا أمام سبب من أسباب الطلاق، إنما مانعاً يوجب الإبطال والتفريق.

أما عن موقف التقنينات القبطية الحديثة. فالملاحظ أن المادة ٢٧/أ من مجموعة ١٩٣٨ قضت بأنه لا يجوز الزواج "إذا كان لدى أحد طالبي الزواج مانع طبيعي أو عرضي لا يرجى زواله يمنعه من الاتصال الجنسي كالعنة والخنوثة والخصاء" كما وردت هذه الفقرة بنصها في المادة ٢٩ من مجموعة ١٩٥٥. وعلى ذلك وطبقاً لصياغة هذا النص يعد مانع العجز الجنسي لدى الأقباط الأرثوذكس مانعاً مبطلاً للزواج بطلاناً مطلقاً. وقد اشترط النص لبطلان الزواج بسبب تلك العيوب أن تكون سابقة على الزواج وأن تكون غير قابلة للزوال. هذا مع ملاحظة أن المادة (٤١) من اللائحة تقضي بأن: "كل عقد يقع مخالفاً لأحكام المواد ١٥، ١٦، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٢٦، ٢٧، يعتبر باطلاً ولو رضى به الزوجان أو أذن به ولي القاصر، وللزوجين وكل ذي شأن حق الطعن فيه".

شروط بطلان الزواج بسبب العجز الجنسي - تطبيقات قضائية:

١- اعتبار العجز الجنسي مانعاً من الزواج:

حرصت المحاكم في بداية الأمر على تحديد طبيعة العجز الجنسي من حيث كونه مانعاً مبطلاً للزواج وفرقت بينه وبين الموانع الأخرى وأسباب التطلاق.

فقد قضى بأن "هناك موانع تمنع بحسب الأصل إتمام الزواج، وهذه الموانع قسمان، أولهما الأسباب الثابتة التي لا تزول، والثاني أسباب يمكن بزوالها إتمام الزواج أو صحته إذا تم مع وجودها. والقسم الأول وهو الأسباب التي لا تزول فهو موانع طبيعية، فهي القرابة إلى درجات محدودة سواء أكانت قرابة طبيعية أو روحية من ناحية العماد أو رضية من ناحية الرضاع أو زوجية من ناحية النسب لا تحل لقيامها، وموانع شخصية وهي كل ما يمنع من الاجتماع المقصود بالزواج كالعنة والخنثى والخصيان والجنون والجذام والبرص، والقسم الثاني وهي الأسباب التي يمكن أن تزول وهي الاختلاف في الدين المسيحي والزنا المشتهر والثابت والارتباط بالرهينة وعدم رضا الفريقين وعدم بلوغ الذكر أربعة عشر سنة والأنثى اثني عشر سنة وزوج الولي بمن هو موكل في تزويجها وزواج من لم تقض مدة حزنها على وفاة زوجها وهي عشرة شهور^(١).

وقضى أيضاً بأن "الأسباب الأخرى الداعية إلى انحلال الرابطة الزوجية هي تلك التي أسست على ما اقتضته النصوص الألهية وما ورد بالكتاب المقدس من أصول وما أوصى به من تعاليم والتي لا يستقيم ببقائها قيام الزواج شرعاً ويحقق الغاية المرجوة منه، وهذه الأسباب وإن كانت تؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية فإن أساسها ليس راجعاً إلى إياحة حق الطلاق وإنما إلى ما شاب الزواج من بطلان يجعل انعقاده بها غير صحيح أو إلى ما قام من الأوجه الموجبة لفسخ الزواج والتي لا تحقق للزيجة الغرض المقصود منها بعد انعقادها صحيحة وقد اتفق على هذه الأسباب معظم جمهور الفقهاء في الشريعة المسيحية ويمكن إرجاعها إلى ما يأتي... الموانع الشخصية وهي كل ما يمنع المقصود بالزيجة وقد يكون المانع طبيعياً كالعنة والخنثى وما يجري مجرى ذلك، وقد يكون عرضياً إلا أنه ثابت كالإخصاء وما يجري مجراه من موانع الاجتماع التماسلي، وكالجنون المطبق والجذام والبرص، وهذه الموانع تفسخ الزواج متى شاء أحد الطرفين القرقة ولم يرد للمعاشرة... وأساس الفسخ

(١) حكم محكمة إسكندرية الابتدائية في ١٩٥٦/٣/٢٥ منشور في صالح حنفى رقم ٢٩ب ص ٢٩٢.

هنا أن المانع الشخصي لا يتم الغرض من الزيجة، لأن الغاية منها نمو الجنس البشري وحفظه لقوله تعالى {وليس جيداً أن يكون آدم وحده فأصنع له معيناً نظيره} (التوراة - سفر التكوين ٢-١٨). وقوله تعالى {وخلق الإنسان ذكراً وأنثى} (تك ١-٢٧) فضلاً عن أن الغاية من الزواج تحصين الزوجين من الخروج عن دائرة العفاف والتعاون على المعاشرة بمساعدة كل منهما الآخر وقيام أحد هذه الموانع لا تحقق إحدى غايات الزواج وكأنه أصبح عديم الفائدة...^(١).

٤- ما يعد وما لا يعد عجزاً جنسياً:

أشارت العديد من الأحكام القضائية إلى أنواع العجز الجنسي، فذكرت العنة والخثى والإخصاء ومن لها عظم زائد^(٢).

وفي شأن العنة فرقت الأحكام بوضوح بين العنة الجسمانية (العضوية) وبين العنة النفسية (الابتدائية) فلقد ورد في أحد الأحكام أنه "ومن حيث أن الحكم الابتدائي قد نفى تلك الحالة المرضية لدى الزوج واستند إلى ما أثبتته الطبيب المختص من عدم ظهور أعراض العنة لدى الزوج. ومن حيث أن عدم وجود علامات مرضية ظاهرة لا تنفي وجود العنة. فقد يكون لها بواعث نفسية لا تتم عنها أعراض خارجية"^(٣).

ولا يعد من قبيل العجز الجنسي كون الزوج طاعن في السن ولم تصبح له طاقة جنسية عادية طالما أن الزوجة قد قبلت أن تتوجه في هذا السن^(٤).

ولا يعد من العجز الجنسي أيضاً سرعة الأمانء أو القذف طالما أنه يوجد

(١) حكم محكمة لمتهور الابتدائية في ١٠/٤/١٩٥٦ منشور في صالح حنفى رقم ٣٠/د من ٢٩٥ وما بعدها.

(٢) انظر: حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية في ٢٥/٣/١٩٥٦ مشار إليه من قبل، لمتهور الابتدائية في ١٠/٤/١٩٥٦ مشار إليه من قبل، المنصورة الابتدائية في ٢٠/٤/١٩٥٦ - مشار إليه من قبل وانظر استئناف القاهرة في ١٣/٣/١٩٥٧ - صالح حنفى - رقم ٦٠٠ ص ٤٥٩.

(٣) استئناف القاهرة في ٣/٤/١٩٥٧ منشور في خفاجى ورايح جمعة.

(٤) القاهرة الابتدائية في ٢٣/١١/١٩٥٧.

فرصة للزوجة لإشباع غريزتها بالاتصال بزوجها أكثر من مرة^(١). كما أن هذه الحالة تعد قابلة للعلاج^(٢).

كما أن "صغر حجم قضيب الرجل لا يدل على العنة"^(٣). طالما أمكنه الوصول إلى المرأة.

هذا ولقد سوت بعض الأحكام بين العجز الجنسي والإصابة بمرض قاتل يمنع من الاتصال كالسل مثلاً^(٤).

والعمم لا يعد من قبيل العجز الجنسي، ويقصد به عدم القدرة على الإتيان بالرغم من إمكان ممارسة الحياة الجنسية بصورة كاملة. وقد يكون العمم متحققاً في المرأة وقد يكون في جانب الرجل، وشرائع غير المسلمين واضحة في عدم اعتبار العمم عيباً جنسياً. وقد استقرت الأحكام القضائية على ذلك فالعمم لا يعد عيباً من الاتصال الجنسي^(٥). ما لم يكن العمم بسبب حالة مانعة من الاجتماع المقصود بالزواج كحالة العينين والخنثى وكمن لها عظيم زائد وحالة الإخصاء وما يجري مجراه^(٦).

٣- شروط البطلان بسبب العجز الجنسي:

يمكن تحديد شروط البطلان بسبب العجز الجنسي، من واقع الأحكام القضائية المتسقة مع نصوص شرائع غير المسلمين بالآتي:

أ- أن يكون العجز سابقاً على الزواج وقائماً وقت العقد:

فإذا كانت العنة المنسوبة للزوج سابقة على عقد زواجه وكان من شروط صحة الزواج عدم وجود مانع من موانع الزواج، فإن قيامها ولا شك يبطل لهذا الزواج الذي كانت تجهل الزوجة إصابة زوجها به فهي في حل من فسخه

(١) توفيق فرج - المرجع السابق - ص ٥١٦ من الهامش.

(٢) حكم القاهرة الابتدائية في ٢٣/١١/١٩٥٧.

(٣) حكم محكمة إسكندرية الكلية للأحوال الشخصية في ١٢/٣/١٩٥٧.

(٤) استئناف القاهرة في ١٣/٣/١٩٥٧ منشور في خفاجي وجمعة - ص ٢١.

(٥) استئناف القاهرة في ١٢/١٢/١٩٥٦ - صالح حنفي - المرجع السابق رقم ٥٩٧ ص ٤٥٥.

(٦) استئناف المنصورة ١٠/٥/١٩٥٧ - صالح حنفي رقم ٦٠٣ ص ٤٦١.

دون حاجة لأن يعطى للزوج أجل ليعالج أو يشفى منه، خصوصاً وقد مضى على هذا الزواج ما يزيد على السنتين^(١). "فئة الرجل السابقة على الزواج مانع من موانع انعقاده بحكم الحق الطبيعي نفسه، وهي مانع يتصل بأمر واقع لا يرتفع برضا الطرف الآخر"^(٢).

ب- أن يكون العجز لا يرجى شفائه أو زواله:

ومعنى ذلك أن يكون العجز دائماً أو مؤبداً، أما إذا كان عرضياً مؤقتاً فلا يكون سبباً لإبطال الزواج، والعجز يكون دائماً إذا كان لا يرجى زواله بطرق طبيعية مشروعة ولو كانت بعملية جراحية بشرط إلا تعرض صاحب العجز للخطر. فقد قضى بأنه "إذا كانت حالة العجز الجنسي سابقة على الزواج وتحققه وقت قيامه فإنها تعتبر مانعاً من موانع انعقاده، لاتصالها بأمر واقع يتعلق بالشخص ويجعله غير صالح له بحكم الحق الطبيعي، فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، بشرط ثبوت أن العجز لا يرجى زواله ولا يمكن البرء منه، فإذا برئ الشخص منه ولو بعملية جراحية فلا يعد العجز مانعاً مبطلاً لعقد الزواج"^(٣). أما إذا لم يبرئ من العيب وكان من شأن التدخل الجراحي استقرار حالة العيب مما يجعله عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه، قام العجز الجنسي هنا مبرراً للبطلان، ويظل هذا الحكم قائماً حتى ولو نتج عن التدخل الجراحي إمكانية المباشرة ولكن بإلحاق أبلغ الأضرار بالزوجة^(٤).

هذا وقد اتجهت بعض الأحكام إلى أن التثبيت من كون العجز لا يرجى شفائه أو زواله قد يقتضي أن تمكث الزوجة مع زوجها في منزل الزوجية مدة زمنية معينة تعد كافية لهذا التثبيت. ولا يوجد تحديد لهذه المدة فيمكن أن تكون أشهر قليلة ولا يجوز في هذا الصدد الاستناد إلى ما ورد بالشريعة الإسلامية التي تشترط بقاء الزوجة فصولاً أربعة.

وتحديد ما إذا كان العجز قابلاً للشفاء أم لا، يعد من المسائل الواجب

(١) القاهرة الابتدائية في ١١/٢٥/١٩٥٦ - خفاجي وجمعة - ص ٢٥، ٢٦.

(٢) نقض ١٩٧٠/٥/٢٧ - طعن رقم ٢٨ س ٣٧ق.

(٣) نقض ١٩٧٩/٥/٢٣ طعن س ٤٨.

(٤) نقض ١٩٨١/٦/٢٣ طعن رقم ١٣ س ٥٠ق.

الالتجاء فيها إلى الخبرة الطبية لدقة تلك المسألة واحتياجها إلى فحص وغيره.

ج- أن يكون من شأن العجز إلحاق الضرر بالطرف الآخر:

فالعجز الجنسي يجب أن يكون من شأنه الإضرار بالطرف الآخر ضرراً جسيماً. ويتحدد هذا الضرر الجسيم بفوات الهدف الأساسي من الزواج وتحقيق غايته من الاتصال الجنسي المشروع المعتاد المشبع للرغبة الجنسية. فإذا لم يكن من شأن العجز إلحاق الضرر بالطرف الآخر على هذا الوجه، فلا أثر له ولا يؤدي إلى بطلان الزواج.

٤- إثبات العجز الجنسي:

إن عبء العجز الجنسي يقع على عاتق من يدعي وجوده، فهو يدعي على خلاف الأصل، فالأصل هو السلامة، وعلى من يدعي العكس إثبات ذلك، ولا بد في هذا الادعاء أن يحصل من الطرف الذي يتضرر من وجوده.

ومن أدلة إثبات العجز الجنسي لدى الرجل، كون زوجته لا زالت بكراً، فقد قضى بأنه "والمحكمة تحقياً لدفاع المدعية من أن زوجها مصاب بالعنة وأنها ما زالت بكراً أحالت الزوجين إلى الطبيب الشرعي لتوقيع الكشف عليهما لبيان صحة ما نسبته المدعية إلى زوجها من إصابته بالعنة وأنها ما زالت بكراً نتيجة لهذا العجز. وقد أثبت التقرير أن الزوجة لا تزال بكراً وغشاء بكارتها سليم وليس به أي أثر لحصول إيلاج، كما جاء بالتقرير أن الزوج لم يذهب للطبيب الشرعي لتوقيع الكشف عليه رغم طلبه للحضور، وأن ثبوت احتفاظ المدعية ببكارتها مع امتناع المدعي عليه من التوجه إلى الطبيب المنتدب لتوقيع الكشف عليه رغم طلبه للحضور دليل على صحة ما نسبته الزوجة". ولكن يجب الاحتراز من الأخذ بالقرينة المتقدمة، فقد يحدث وكما قلنا من قبل أن المباشرة الجنسية من الممكن أن تتم ويبقى غشاء البكارة على حاله، أو قد يرجع إلى امتناع الزوجة عن زوجها وعدم تمكينه منها. وقد يحدث العكس فقد يحصل تمزق جزئي في غشاء البكارة برغم تحقق وجود العجز، فمثل هذا التمزق الجزئي لا يؤكد حصول إيلاج ووقاع كامل. وقد يرجع هذا التمزق لأسباب أخرى غير الإيلاج.

ويلاحظ أن عدم الحمل ليس قرينة قاطعة على العجز الجنسي، وبالعكس فإن الحمل وإنجاب طفل يعد قرينة على القدرة الجنسية لدى الرجل، ولكنها قرينة بسيطة، فمن الممكن حدوث الإنجاب مع وجود مانع العجز، ويرجع ذلك إلى إمكان الإنجاب من انتصاب جزئي وإدخال جزئي في فتحة المهبل وإهراق النطفة. ولقد تعرضت محكمة الروتا في روما والمحكمة الكنسية لطائفة الروم الكاثوليك في بيروت لقضايا من هذا النوع وقضت ببطان الزواج لمانع العجز رغم وجود طفل^(١).

ويراعى أن الادعاء بوجود حالة العجز الجنسي يقتضي التحقق من وجوده بشكل قاطع، ولذلك يمكن الاستعانة بأهل الاختصاص من الأطباء، فلا يؤخذ بإقرار أحد الزوجين بوجود هذا العجز حتى ولو صدر الإقرار من الطرف المريض ذاته، فقد يكون مدعياً بذلك للتخلص من رابطة الزوجية.

٥- تقرير وجود العجز المبطل للزواج يخضع لتقدير محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض:

استقر قضاء محكمة النقض على أن "تقدير قيام المانع الطبيعي أو العرضي الذي لا يرجى زواله ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية هو - وعلى كما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى قام قضاؤها على أسباب سائغة"^(٢).

المطلب الثاني

الأمراض الأخرى

تمهيد:

قلنا أن الزواج يقتضي - طبقاً لغاياته - توافر القدرة الطبيعية، ورأينا أنه مما يتنافى مع تلك القدرة وجود عجز جنسي بالمفهوم الذي عرضنا له منذ

(١) انظر الموجز في قانون الكنائس الشرقية للأب الياس ناقوز - دمشق ١٩٩٣ ص ٥٦.

(٢) نقض ١٩٧٧/١/١٦ طعن رقم ٣٩ س ٤٥ ق، ونقض ١٩٧٩/٥/٢٣ طعن رقم ٣٣ س ٤٥ ق.

قليل، ولكن هل إصابة الشخص بأمراض أخرى تؤثر في قدرته الطبيعية يمكن أن تأخذ حكم العجز أم لا؟.

الواقع أنه يجب لتحقيق الزواج غاياته، أن يتمتع أطرافه بحد أدنى من الصحة والسلامة، فلا يكون أحدهما مريضاً بمرض خطير أو معد أو قتال يهلك الطرف الآخر أو يؤثر على ذريته بإنتاج أطفال مرضى أو معوقين. ولذلك يبدو أنه من المنطق عدم جواز السماح بزواج مثل هؤلاء الأشخاص المصابين بأمراض وراثية أو معدية أو قاتلة، مع جواز تدخل القانون لتحديد تلك الأمراض وإلزام كل المقبلين على الزواج بالفحص الطبي والحصول على شهادة تؤكد سلامتهم من هذه الناحية.

ويلاحظ في هذا الصدد أن التشريع المصري بدأ يسير في الاتجاه المتقدم، وهو وإن لم يتطلب إلزام المقبلين على الزواج بالفحص الطبي وحصولهم على شهادة معتمدة تؤكد سلامتهم، إلا أنه خطأ خطوة إلى الأمام، فبمقتضى المادة (٢٧) من لائحة الموثقين المنتدبين والمعدلة بقرار وزير العدل رقم ١٧٢٧ لسنة ٢٠٠٠، فإنه يجب على الموثق المنتدب قبل توثيق عند الزواج أن: "يحصل على إقرار الزوجين بخلوهما من الأمراض التي تجيز التفريق، بعد تبصرتها بهذه الأمراض، وخاصة: العنة والجنون والجذام والبرص والإيدز".

وفي الشريعة الإسلامية لا يعد المرض - في الأصل - من موانع الزواج، ولكن هناك رأي في مذهب الحنفي هو رأي محمد بن الحسن الشيباني يجعل من بعض الأمراض كالجنون والجذام والبرص من الأسباب التي يحق للمرأة معها أن تطلب الفسخ. ولقد أخذ المشرع المصري بهذا الرأي وضمه في حكم المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والذي جاء فيه: "أن للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها القيام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق".

أما بالنسبة لغير المسلمين، فنعرض أولاً لنصوص شرائعهم في هذا الشأن:
تقضي المادة (٢٧) من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (مجموعة ١٩٣٨) بأنه:

"لا يجوز الزواج أيضاً في الأحوال الآتية:

ب- إذا كان أحدهما مجنوناً.

ج- إذا كان مصاباً بمرض قتال كاسل المتقدم والسرطان والجذام".

وتقضي المادة (٢٨) بأنه:

"أما إذا كان طالب الزواج مصاباً بمرض قابل للشفاء ولكنه يخشى منه على سلامة الزوج الآخر كاسل في بدايته والأمراض السرية فلا يجوز الزواج حتى يشفى المريض"^(١).

وعلى أي حال نفرق في هذا الصدد بين الجنون وبين غيره من الأمراض:

١- الجنون:

من الملاحظ أن شرائع غير المسلمين من يعتبر الجنون مانعاً للزواج، كشرعية الأقباط الأرثوذكس، ومنها من اعتبره سبباً للفسخ أو للبطلان، ومنها من سكت ولم يتعرض لحكمه.

ومع ذلك فنعتقد أن المجموعات الشرعية لغير المسلمين والتي لم تذكر الجنون صراحة كمانع من موانع الزواج، إنما لم تتعمد ذلك ولا تعتبره مانعاً، وإنما الأصح هو أنها تركته للقواعد العامة في شأن صحة عقد الزواج. وبناء على ذلك نقول أنه لا بد لاتعداد الزواج من صدور رضاه به بين طرفين يعتد

(١) يلاحظ أن مجموعة ١٩٥٥ للأقباط الأرثوذكس لم تذكر سوى الجنون فقط باعتباره مانعاً من موانع الزواج دون الأمراض الأخرى التي أوردتها مجموعة ١٩٣٨ والمشار إليها في المتن. وإزاء خلو مجموعة ١٩٥٥ من الأمراض المشار إليها في مجموعة ١٩٣٨ (ما عدا الجنون) فلقد اختلف الفقه حول الأخذ بأحكام مجموعة ١٩٥٥. ونوعاً ١٩٣٨، والراجع - وكما أشرنا من قبل - أن قضاء النقص لدينا قد استقر على اعتبار مجموعة ١٩٣٨ باعتبارها هي العرف الذي كانت تطبقه المجالس المليية قبل إلغائها، وعلى ذلك فمجموعة ١٩٣٨ هي واجبة النفاذ في شأن هذه الأمراض.

به قانوناً. والمجنون معدوم الإرادة، فلا يصلح أن يصدر عنه رضاء بالزواج، كما أن شرائع غير المسلمين لا تعرف (غالبيتها) ولاية الإيجاب في الزواج حيث لا بد وأن يصدر الرضاء بالزواج من الشخص ذاته، أما موافقة ولي النفس فغير متصورة إلا بشأن الشخص القادر على إصدار الرضاء ولكن لم يصل إلى سن الرشد. وبناء على ذلك يقع زواج المجنون باطلاً في كافة شرائع غير المسلمين وذلك لانتعدام الرضاء.

ويفرق البعض في شأن الجنون بين الجنون المطبق والجنون المتقطع أو الغير مطبق. نلمس ذلك مثلاً في قول ابن العسال عن الجنون المانع "الجنون الذي يكون زمان الإفاقة منه أقل" (١). ويقول عنه صاحب الخلاصة في المسألة ١٧ (موانع الزيجة) "الجنون المطبق... فهو من موانع الزيجة الثابتة التي إذا اتفق حصول الزواج مع وجودها فالاعتقاد يكون لاغياً مفسوخاً لا يعول عليه" (٢).

فالجنون المطبق هو الذي يستوعب كل الوقت، وغير المطبق تتخلله فترات إفاقة. أما بالنسبة للجنون المطبق - وسواء أصيب الإنسان به منذ ميلاده أم بعد ذلك لأسباب طارئة - فهو يعدم الإدراك والأهلية اللازمة للتعاقد - ويشترط بعض فقهاء القانون الكنسي أن يكون الجنون وقت عقد الزواج، وقوياً فيحرم العاقد النضج الكافي لمعرفة وتقدير أهمية عقد الزواج وخطورة الحقوق والواجبات المترتبة عليه.

أما الجنون المتقطع (غير المطبق) فلا يبطل العقد إلا إذا كان قائماً وقت العقد. وبناء على ذلك إذا ثبت الجنون قبل الزواج وبعده، أفترض قيامه وقت العقد فيبطله، أما إذا ثبت أن المريض قد انتابته نوبات المرض قبل الزواج وبعده، فمن المحتمل أن يكون العقد قد تم أثناء نوبة من تلك أو أثناء فترة إفاقة، فإذا ثبت الأول عد العقد باطلاً، وإذا ثبت عقده في فترة الإفاقة عد العقد صحيحاً، وفي حالة الشك يفترض أن العقد قد تم وقت نوبة من الجنون لا

(١) ابن العسال - المرجع السابق - ص ١٩٦.

(٢) الخلاصة القانونية - المرجع السابق - ص ٢١٨.

وقت الإفاقة.

والواقع أن هذه التفارقة لا محل للأخذ بها في شأن عقد الزواج، فهو لا يتماثل مع العقود الأخرى، وأن وجود الشخص في لحظة إفاقة وقت إبرام العقد لا ينفي عن المرض ولا يجعله صالحاً لتحمل ما يفرضه الزواج من واجبات.

وفي شأن إثبات الجنون، يراعى أن الأصل في الإنسان هو سلامة العقل، لذلك يجب أن يثبت بشكل يقيني تحقق الجنون وقت العقد، ويمكن التحقق من ذلك بالنظر إلى تصرفات هذا الشخص وتقارير الأطباء المختصين عن حالته وذلك قبل أن يقضى ببطلان زواجه، هذا مع مراعاة أن للقاضي سلطة تقديرية في شأن التقارير المقدمة إليه طالما كان تقديره سائغاً مقبولاً.

ب- الأمراض الأخرى الخطيرة:

لم تتفق كلمة شرائع غير المسلمين بشأن الأمراض الأخرى الخطيرة وهل تعد مانعاً مبطلاً للزواج أم لا.

فمن الشرائع من اعتبر تلك الأمراض مانعاً مبطلاً، كشرعية الأقباط الأرثوذكس. وشرعية السريان الأرثوذكس.

ومنها من اعتبر هذه الأمراض مبرراً للطلاق كشرعية الروم والأرمن الأرثوذكس والطائفة اليهودية.

وبالنسبة للشرائع التي اعتبرت المرض مانعاً مبطلاً للزواج فلم تضع معياراً لما يعد مرضاً خطيراً مانعاً. فالمجموعة القبطية ذكرت أمثلة لهذه الأمراض "كاسل المتقدم والسرطان والجذام" ويمكن أن نحدد طبيعة المرض المبطل من نصوص تلك المجموعة بأنه المرض غير قابل للشفاء ويخشى منه على سلامة الزوج الآخر، وبالتالي يبطل الزواج في حالة إصابة أحد الزوجين بمرض آخر تتوافر فيه هذه الشروط كمرض نقص المناعة مثلاً.

ومن الأمثلة المتقدمة نستطيع أن نحدد شروط المرض المعتبر مانعاً من الزواج في الشرائع التي تأخذ بهذا المانع بأنها:

أ- يجب أن يكون المرض من الأمراض الخطيرة على سلامة الإنسان ذاته وأن يكون من شأنها انتقاص في قدرته الطبيعية وتجعل منه زوجاً غير

طبيعي وغير صالح لتحمل أعباء الزواج.

ب- يجب أن يصل المرض إلى درجة من الخطورة يخشى معها على حياة الزوج الآخر أو على الأقل يخشى على سلامته وصحته، ويتحقق هذا بالنسبة للأمراض المعدية مثلا.

ج- أن يكون من شأن هذا المرض التأثير على ذرية الشخص تأثيرا وراثيا فيتحملون بذات المرض. وعلى ذلك لا يقتصر مفهوم المرض على الأمراض العضوية المشار إليها من قبل، وإنما يلحق بها وجود عاهات مستديمة كالصمم والبكم والعمى، حيث يمكن أن يرث الأولاد هذا النقص، كما أن هذه العيوب والعاهات لا تحقق الكفاءة في السلامة بين الزوجين.

د- يجب أن تكون هذه الأمراض والعيوب غير قابلة للشفاء وأن تكون موجودة قبل عقد الزواج لا طارئة بعده. وهذا شرط بديهي.

هـ- ولكن هل يشترط للبطلان هنا عدم ثبوت علم الطرف الآخر بهذه الأمراض وقت انعقاد الزواج؟ وأن تكون هذه الأمراض مما ورد النص عليها؟

يرى البعض أن إذا ثبت العلم بهذه الأمراض أو حدثت إجازة ضمنية مستفادة من مجرد المعاشرة مدة كافية للكشف عن المرض، لم يجز طلب الأبطال، وبالتالي فإن حكم هذه الأمراض أن تجعل الزواج قابلا للإبطال وليس باطلا بطلانا مطلقا^(١).

ويرى آخرون^(٢) أن اعتبار الأمراض غير القابلة للشفاء من موانع الزواج، يعتبر كذلك قيذاً على حرية الزواج ومساساً به يجب ألا يؤخذ به إلا في أضيق الحدود، ولذلك لا يعتبر من الأمراض التي تمنع الزواج، غير العجز الجنسي والجنون سوى الجذام الذي ورد النص عليه في كل من المجموع الصفوي والخلاصة القانونية وقوانين ابن لقلق. ومنطق هذا الرأي يؤدي إلى حصر البطلان المطلق في الجنون والجذام، ولكن تقرير البطلان

(١) حسام الأهواني - المرجع السابق - ص ٤٣٥.
(٢) جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ١٠٣.

عند تحقق الجذام لدى أحد الأطراف إنما ينبع من علة معينة هي خطورة المرض وتأثيره على الطرف الآخر وعلى ذريته، لذلك إذا تحققت هذه العلة في أمراض أخرى فإنه يجب أن ينسحب الحكم عليها.

ويرى آخرون^(١). أن اعتبار المرض المنفر مانعاً للزواج أمر لا يمس حرية الزواج، بل تدعو الثقافة الصحية الآن إلى الحيلولة بين المريض مرضاً منفراً والزواج، ومع ذلك فيجب تفسير نصوص الأقباط الأرثوذكس تفسيراً ضيقاً يقتصر على للجذام والبرص وقد ورد ذكرهما بالمجموعات الفقهية عند الأقباط الأرثوذكس وكذلك السرطان والسل والأمراض المسرية التي أضافتها مجموعة ١٩٣٨.

ويذهب فريق آخر إلى وجوب التضييق من أسباب انحلال الزواج، وأن هذا التضييق يتفق مع روح الشريعة المسيحية ولذلك يحصر المرض الموجب للبطلان في الجنون فحسب، كما أن في اعتبار هذه الأمراض سبباً للتطبيق ما يكفي لمعالجة الحالات الأخرى^(٢).

والواقع أن شرائع غير المسلمين التي أخذت بالمرض كمانع، لم تذكر هذه الأمراض على سبيل الحصر وإنما رأت أن هناك من الأمراض ما قد يتجاوز في خطورته العجز الجنسي، فذكرت بعض الأمراض التي كانت شائعة وقتئذ وضربت بها المثل. والقول بغير ذلك يؤدي إلى عدم اعتبار موضع نقص المناعة القاتل عيباً موجباً للبطلان، ولا يمكن أن ينسب إلى أية شريعة مثل هذا الاستنتاج نزولاً على الحصر الوارد بها للأمراض. كما أن إبطال الزواج لهذه الأمراض لا يتعارض - على وجه الإطلاق مع روح الشريعة المسيحية التي تأخذ بمبدأ التضييق من أسباب انحلال الزواج. فالإبطال المعصود هنا هو إبطال زيجة قبل أن تنشأ وتستمر، وهل يتفق مع روح الشريعة المسيحية السماح بزواج من كان مريضاً بهذه الأمراض فتعم البلوى وتنقشى العدوى، ثم يقال بعد ذلك أنه بالإمكان طلب الطلاق بسبب هذه الأمراض المستحيلة

(١) عبد الناصر العطار - المرجع السابق - ص ٩١.

(٢) أحمد سلامة - المرجع السابق - فقرة ١٨٢ ص ٤٨٠.

الشفاء؟ إن من الشروط الأساسية لانعقاد الزواج توافر القدرة الطبيعية وهذه القدرة تنتفي مطلقاً مع وجود مثل هذه الأمراض، والقاعدة أنه لا ضرر ولا ضرار، فما ذنب الطرف الآخر، وما ذنب الذرية من الأطفال الناتجة عن هذا الزواج غير المنطقي وغير الطبيعي والمخالف لفكرة الزواج وغاياته. وهل حرية الزواج تسمح بالأضرار؟ وتفويت الغرض من الزيجة؟.

لذلك كله يأخذ حكم العجز الجنسي، إصابة أحد الأطراف قبل الزواج بمرض كالجنون والجذام والبرص والسرطان ونقص المناعة وغيرها من الأمراض غير القابلة للشفاء، سواء علم الطرف الآخر بها أم لم يعلم، وحيث يقع الزواج باطلاً مطلقاً لا تصححه إجازة.

ونسترشد على صحة ما تقدم ببعض الأقوال التي وردت في الفقه الكنسي القبطي. فلقد ورد في قوانين ابن لقلق عن الزيجات الممنوعة: "وأما امتناع الاجتماع المقصود بالزيجة فكالخصي والجنون المطبق والجذام والبرص والعظم الزائد الناشئ في النساء، والعنين والخنثى، وما يجري هذا المجرى"^(١). فلقد سوى بن لقلق بين العجز الجنسي وهذه الأمراض في الحكم.

الفرع الثاني

بلوغ الزوجين سنًا معينة

يقضي تحقيق الزواج للغاية الأساسية منه، وهي الإنجاب والتناسل، أن تتحقق لأطرافه درجة معينة من النمو الجسدي، فبهذه الدرجة من النمو تتحقق القدرة الطبيعية على الزواج. وقد حرصت معظم شرائع غير المسلمين على تحديد سن معينة للزواج يفترض عند بلوغها توفر هذه المقدرة.

فتتضي المادة ١٦ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس بأنه "لا يجوز زواج الرجل قبل بلوغه ثمانية عشرة سنة ميلادية كاملة ولا زواج المرأة قبل بلوغها ستة عشرة سنة ميلادية كاملة".

(١) ملحق ابن العسال - ص ٢٢.

الحكمة من وضع حد أدنى لسن الزواج:

حرصت الشرائع جميعها على وضع حد أدنى لسن الزواج، قاصدة تأخير الزواج حتى بلوغ طرفيه النضج العقلي والجسمي، واكتسابهما بذلك القدرة الطبيعية الكاملة للزواج. فعدم النضج الجسدي لا شك في أنه يعرض الزوجين ونسلهما لمخاطر صحية عديدة، كما أن عدم النضج العقلي قد يؤدي إلى إساءة تربية الأولاد، والتقصير فيما يترتب على الزواج من واجبات ومسئوليات، ولذلك فقد أجمعت الشرائع كلها على أن الشخص لا يكون صالحاً للزواج إلا إذا بلغ سن الحلم، ومن هذا المنطلق وضعت تلك الشرائع حداً أدنى للسن يكون فيه الشخص قادراً على تحمل أعباء الزواج والمشاركة فيه بشكل نافع للمجتمع.

وهذا الحد الأدنى للسن يراعى في تحديده اعتبارات تختلف من بلد إلى آخر: فالبلوغ مقيد بالمناخ وغيره من العوامل الخاصة بكل بلد، فالصبي في المنطقة الحارة يصل إلى البلوغ قبل الموجود في المناطق الباردة وهكذا... ومن هذه الاعتبارات أيضاً أنه بالنسبة للبلاد التي تعاني من كثافة سكانية كبيرة يكون من المرغوب فيه رفع الحد الأدنى لسن الزواج والعكس بالنسبة للبلاد التي تعاني من قلة عدد السكان حيث يكون من المرغوب فيه السماح بالزواج المبكر.

موقف شرائع غير المسلمين في شأن تحديد سن الزواج:

في القانون الروماني في عصره العلمي، كانت لا تشترط سن خاصة لصحة الزواج، اكتفاء بوصول الشخص إلى سن البلوغ الطبيعي بدون تحديد، أما في عهد جستينيان، فلقد حدد للبلوغ سناً قانونية يعد الشخص بعدها أهلاً للزواج، وهذه السن هي سن الرابعة عشرة بالنسبة للزوج وسن الثانية عشرة بالنسبة إلى الزوجة.

لدى الأقباط الأرثوذكس:

هذا وقد تأثرت الشريعة القبطية بسن الزواج الذي حدده جستينيان، فقد ورد في قوانين الملوك (القاعدة الرابعة) "لا يكون تزويج إلا أن يتراضى

المقترنان والذين هما في حجرهم وأن يكونا بالتين، الرجال قد تجاوزاً أربعة عشرة سنة والنساء قد زدن عن اثنتا عشرة سنة، والمزوجة دون ذلك إنما تصير زوجة ناموسية إذا صارت قابلة للرجل".

ومن الثابت أن الإملاك لا يجوز لمن يقل سنه عن سبع سنين وبناء على ذلك يقع باطلاً مطلقاً الزواج الذي يتم دون السن القانونية.

والملاحظ على ما تقدم أنه لو كانت الزوجة دون الثانية عشرة فإنها تصبح زوجة شرعية (ناموسية) متى أصبحت قابلة للرجل (أي متى أصبحت مطيقة للوطء)، ومفاد ذلك أن الزواج الذي يعقد قبل البلوغ لا يكون باطلاً، وغاية الأمر أن حل الاستمتاع بالزوجة لا يكون إلا بعد البلوغ الطبيعي، أما الزواج الذي يعقد قبل ذلك، أي قبل سن التمييز فيكون باطلاً.

وفي قوانين ابن قلق أن "البلوغ للرجال أن يتجاوزوا أربع عشرة سنة والنساء أن يتجاوزن اثنتا عشرة سنة، ففي هاتين المديتين وما بعدهما يكون الزواج ناموسياً لا قيمة قبلهما". وورد أيضاً في قوانين ابن لقلق "وأما الزيجات المكروهة المستبحة فمنها ما يمنع بسببه الزواج فإن اتفق الزواج فيها لم يفسخ بهذا السبب وهو عدم البلوغ..." ومعنى ذلك أن الزواج قبل هذا السن (١٤ سنة للرجال و١٢ سنة للنساء) لا يكون باطلاً وإنما مكروهاً، وعلى ذلك لا يكون عدم البلوغ من الموانع المحرمة للزواج فيمتنع الزواج بسببها ولكن إن اتفق الزواج فيها لم يفسخ".

وبناء على ما تقدم، فإنه لدى الفقه القبطي يبطل الزواج إذا عقد قبل سن التمييز (وهو السابعة) ولكن لا يبطل إذا عقد بعد هذا السن وقبل البلوغ، وعلى ذلك لا يعد شرط السن (١٤ للذكر و١٢ للأنثى) من الموانع المبطلّة لعقد الزواج.

هذا وقد عرفت الشريعة القبطية الحد الأقصى للزواج، فلقد أورد ابن العسال من ضمن الموانع "زيجة من مضى من عمرها ستون سنة" ولقد اعتبر ابن لقلق هذه الزيجة من الزيجات المكروهة المستبحة وبالتالي لا يبطل مثل هذا الزواج.

أما عن المجموعات القانونية الحديثة للأقباط الأرثوذكس، فيلاحظ أن مجموعة ١٩٣٨ قد رفعت سن الزواج إلى ١٨ و ١٦ سنة بدلاً من ١٤ و ١٢ سنة كما هو الحال في الشريعة القبطية، ويبدو أن واضعوا هذا التقنين قد أرادوا من هذا الرفع للسن الالتزام بسن الزواج الخاص بالمسلمين والوارد في القانون الصادر عام ١٩٢٣.

وأما عن حكم الزواج الذي يتم قبل بلوغ السن المتقدمة (١٨ و ١٦ سنة) فإنه يحكمه نص المادة ٤٠ من مجموعة ١٩٣٨ والتي قضت بأن "كل عقد يقع مخالفاً لأحكام المواد ١٦... يعتبر باطلاً ولو رضي به الزوجان أو أذن به ولي القاصر، وللزوجين وكل ذي شأن حق الطعن فيه". وبناء على هذا النص تكون مجموعة ١٩٣٨ قد خالفت الشريعة القبطية من حيث اعتبار الزواج الذي يتم قبل السن القانونية باطلاً مطلقاً لا يجوز تصحيحه ولا ترد عليه إجازة، ومن ثم يكون شرط السن في مجموعة الأقباط الأرثوذكس من الشروط المطلوبة لانعقاد العقد أو لاعتبار طرفيه متمتعين بأهلية الوجوب بالنسبة إلى عقد الزواج.

هذا ولم يرد في مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس حكماً مماثلاً لما ورد في الشريعة القبطية من منع زواج من قضى من عمرها ستون عاماً. حكم مخالفة الحد الأدنى للسن الوارد في الشريعة الدينية لقواعد القانون الوضعي:

أولاً: حكم هذه المسألة قبل صدور القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

قد يحدث أن تحدد الشريعة الطائفية سناً معيناً للزواج يأتي مخالفاً لحكم القانون الوضعي إذا كان متضمناً لقاعدة أخرى مخالفة، وموحدة بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين، فمثلاً تسمح الشريعة الكاثوليكية بزواج الذكر والأنثى وتعتبره صحيحاً إذا عقد في سن السادسة عشرة للذكر والرابعة عشرة للأنثى. في حين أن الثابت في القانون الوضعي المصري تضمن نصاً يقضي بعدم سماع دعوى الزوجية، إذا كانت سن الزوج دون الثامنة عشرة وسن الزوجة دون السادسة عشرة.

يرى البعض أن مثل هذا النص الوارد بالشريعة الطائفية يعد مخالفا لما اشترطه القانون من ضرورة عدم الزواج قبل بلوغ الفتاة سن ١٦ والرجل ١٨ سنة لأسباب صحية واجتماعية، اقتضت ترتيب جريمة وعقوبة لكل من يخالف هذا الوضع، ومن ثم فيجب ألا يقل سن الزواج عن هذا الحد في أي شريعة من الشرائع الطائفية باعتبار أن هذه المسألة من النظام العام^(١) ويترتب على هذا الرأي أنه يتعين على القاضي المصري أن يمتنع عن النظر في دعوى الزوجية ولو كان الزوجان متحدي الملة والطائفة، إذا كانت سنهما دون السن القانونية.

ويذهب آخرون بحق إلى أن النص قد ورد بلائحة ترتب المحاكم الشرعية، والمحاكم الشرعية لم تكن مختصة بالنظر في الدعاوي التي تنور ما بين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة، ولما كانت محكمة الأحوال الشخصية التي تنظر في دعاوى غير المسلمين المتحدي الملة والطائفة قد حلت محل المجالس المليية لا محل المحاكم الشرعية، فإنه يتعين عليها أن تطبق القوانين التي كانت تطبقها تلك المجالس المليية، ولم يكن من بينها القانون الذي يقضي بعدم سماع دعوى الزوجية عند عدم توافر السن القانونية.

أما أن يقال أن قانون سنة ١٩٢٣ قد استحدث حكما متعلقا بالنظام العام وأن محكمة الأحوال الشخصية في حل من تطبيق شريعة غير المسلمين إذا كانت تتعارض مع النظام العام، فمردود بأن الولاية على النفس غير الولاية على المال، وإذا كانت أهلية الأداء قد نظمها القانون المدني واعتبرت أحكامها فيه متعلقة بالنظام العام، فإن الولاية على النفس بقيت من صميم موضوعات الأحوال الشخصية. والنظام العام بالنسبة إلى أهلية الزواج يتحدد في حدود كل طائفة تبعاً لما جاء بقوانينها فلا يجوز الاحتجاج بالنص الوارد بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهو يقيد الولاية على النفس في باب الزواج من طريق ملتو، على أنه نص يتعلق بالنظام العام بالنسبة إلى المسلمين وغير المسلمين جميعاً.

(١) ايهاب اسماعيل - مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف المليية - طبعة أولى ١٩٥٧ -
فقرة ٢٤٠ ص ٣٥٩.

كما أنه لا توجد في القانون الوضعي المصري قاعدة تمنع زواج غير المسلمين قبل بلوغ سن ١٨ و ١٦ سنة. فالمادة ٢٢٧ من قانون العقوبات تقضي بمعاقبة "كل من أبدى أمام السلطة المختصة أقوالاً غير صحيحة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً..." والسن القانونية التي أشارت إليها المادة ٢٢٧ هي السن التي كانت قد تحددت بالمادة ٣٦٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بالنسبة إلى المسلمين، وهي السن التي يلتزمها المأذونين وفقاً للمادة ٣٤ من لائحة المأذونين. أما بالنسبة إلى غير المسلمين، فلقد ورد لهم نصاً مماثلاً، فقد ورد بالمادة ٢٨ من لائحة الموثقين المنتدبين أنه "لا يجوز توثيق عقد الزواج إذا كان سن الزوج أقل من ١٨ سنة و سن الزوجة أقل من ١٦ سنة..." وعلى ذلك سوف يتمتع الموثق المنتدب لأجل مباشرة زواج غير المسلمين عن توثيق العقد ما بين من لم يبلغوا السن المحددة بهذا النص.

وبناء على ذلك فللقاعدة الموضوعية تظل بعد ذلك قائمة كما كانت من قبل، فالزواج الذي ينعقد على خلاف لائحة الموثقين، كالزواج الذي يعقد على خلاف لائحة المأذونين، هو زواج صحيح، لا تشوبه شائبة، فلائحة الموثقين كلائحة المأذونين لم تعرض لصحة أو بطلان العقد، ولكنها وضعت قواعد للتوثيق، تستتبع مخالفتها الجزاء التأديبي، وقد تستتبع مخالفتها توقيع العقوبة التي نص عليها قانون العقوبات، أما العقد فلن يعتبر أبداً عقداً باطلاً لمخالفته للنظام العام^(١).

ثانياً: حكم هذه المسألة في ظل القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

تقضي المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ في فقرتها الأولى والثانية بأن: "لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية أو كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى.

ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج - في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ - ما لم يكن الزواج ثابتاً بورقة

(١) شفيق شحاته - المرجع السابق - ج ٣ فقرة ٢٩٧ ص ٩١، ٩٣.

رسمية، ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة".

يُعد هذا النص عام التطبيق بالنسبة للمصريين جميعاً أياً كانت ديانتهم، وبالتالي فإن دعوى الزوجية لا تقبل بين غير المسلمين إذا كانت سن الزوجة أقل من ستة عشر سنة، وسن الزوج أقل من ثماني عشرة سنة ميلادية، ويراعى أن حساب هذا السن يتم في وقت رفع دعوى الزوجية أمام القضاء وذلك باتخاذ الخصومة فيها بتمام الإعلان، وعلى ذلك إذا كان سن أحد الزوجين تقل عن السن المحددة في القانون كانت الدعوى غير مقبولة لرفعها قبل الأوان. ولكن يجوز رفعها بعد بلوغ هذا السن. ولكن يبدو أنه لن تثار أية صعوبات بالنسبة لتطبيق النص المتقدم، لا سيما أن المادة ٢٨ / ٢١ من لائحة الموثقين المنتدبين الصادرة بالقرار الوزاري في ١٢/٢٦/١٩٥٥ والمعدلة بالقرار الوزاري رقم ١٧٢٧ لسنة ٢٠٠٠ تقضي بأنه "لا يجوز توثيق عقود الزواج إذا كان سن الزوج أقل من ١٨ سنة ميلادية وسن الزوجة أقل من ١٦ سنة ميلادية...".

ولكن هل يتصور أن تكون عقود زواج غير المسلمين غير موثقة طبقاً لأحكام القرار الوزاري المتقدم الإشارة إليه، وبالتالي يكون هناك مجالاً لتطبيق ما نص عليه المشرع في المادة (١٧) من القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ فيما قضى به من قبول دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة؟ لا نعتقد ذلك فغير المسلمين لا يعرفون الزواج العرفي، فمن خصائص الزواج المسيحي أنه نظام شكلي ديني وأنه سر من أسرار الكنيسة كما بينا ذلك من قبل، وبالتالي يصعب تصور إمكانية لهذا التطبيق، إلا في حالات نادرة جداً - لم نسمع عنها حتى الآن - يمكن فيها زواج غير المسلمين زواجاً مدنياً بعد أتباع الشكل الديني أي يكون زواجهما عرفياً، وإذا حدث مثل هذا التصور، فإن الحكم هو في قبول دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها بشرط أن يكون هذا الزواج العرفي قد ثبت بأي دليل كتابي.

هذا وقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠

بشأن الحكم السابق ما يلي: "والمشروع يفتح بهذا الحكم المستحدث، باباً للرحمة بالزوجات اللاتي وقعن في مشكلة الزواج العرفي ولا تجدن مخرجاً منه، بسبب عدم سماع دعوى الزوجية المستندة إليه، فأتاح لهن المشروع سماع دعاواهن بطلب التطلق، وواجه ذلك أمراً واقعاً فيه إعانت للمرأة يتمثل في تعليقها على ذمة زوج عقد عليها بزواج عرفي ثم هجرها وأهملها أو غاب عنها إلى حيث لا تعلم ولا تجد فكأما من وصمة مثل هذا الزواج، فيجيز لها المشروع رفع دعوى طلب التطلق عليه، وتسمع دعاوها هذه إذا كان زواجها ثابتاً بأي كتابة، وفي هذا الأمر عدل، وفيه تصفية لمثل هذه الأوضاع المجحفة بالمرأة، وغني عن البيان أن الحكم بالتطلق في مثل هذه الحالات لا يترتب عليه سوى إنهاء رابطة الزواج العرفي بما يحرر الزوجة منها ويتيح لها أفق الدخول في زوجية شرعية موثقة، ولا يترتب على ذلك الحكم بالتطلق ما يترتب من الآثار الأخرى للحكم بالتطلق في زواج رسمي موثق".

وهذا الدليل الكتابي المشترط لقبول دعوى التطلق أو الفسخ للزواج العرفي يمكن أن يكون عقداً اشتمل على كافة عناصر عقد الزواج، ويمكن أن يكون دليلاً آخر بشرط أن يكون مكتوباً كرسالة موجهة من الزوج والزوجة بشرط تضمنها عناصر الزواج الصحيح، أو أي دليل كتابي آخر يحمل ذات المعنى. وهذا الدليل الكتابي يقتصر أثره فقط على قبول دعوى التطلق أو الفسخ دون امتداد الحكم لدعاوى أخرى كالنفقة والمتعة والميراث وما شابه، وإنما يفيد هذا الدليل في قبول انفصام تلك الرابطة الزوجية غير الموثقة وفي إثبات النسب حماية للصغير الناتج عن مثل هذا الزواج.

ويراعى أخيراً أن بعض الشرائع الطائفية قد تقضي بمنع زواج المرأة مثلاً إذا وصلت إلى سن معينة، فلقد أورد ابن العسال (في الفقه القبطي) قوله بمنع زواج المرأة بعد سن الستين، ناقلاً القاعدة الموجودة في قوانين باسيلوس الكبير والتي تقول "وأرملة من بعد ستين سنة من عمرها ترجع دفعة أخرى للزواج فلتخرج فاسقة"^(١). ويقول في موضع آخر ضمن الزيجات الممنوعة

(١) ابن العسال - المرجع السابق - ص ٢٠٤.

زيجة من مضي من عمرها ستون سنة^(١) أما ابن لقلن فلقد اعتبر هذه الزيجة من الزوجات المكروهة المستبحة^(٢).

والواقع أن ما أورده لا يقطع بأن هذه الشرائع تضع حداً أقصى لسن الزواج، وإنما الأصح هو أنها تضع قواعد استرشادية في هذا الصدد، والجزاء على مخالفتها الكراهة فقط.

وأخيراً فلا يوجد في شرائع غير المسلمين أية قواعد تتحدث عن مسألة التناسب أو عدمه في السن بين الزوجين^(٣). وإن كان من المستحسن تعديل لائحة الموثقين (وبخاصة في شأن الزوجات المختلطة التي يكون الزوج فيها أجنبياً) بالزام الموثق بحدود معينة لهذا التناسب قبل توثيقه للعقد، حفاظاً على الزوجة الوطنية وحقوقها من مخاطر الزواج بأجنبي، والذي عانت منه مصر معاناة بالغة.

المبحث الثاني

الرضا في الزواج

تمهيد:

ينشأ الزواج بتراضي أطرافه عليه، والتراضي هو الركن الأول للزواج في مختلف الشرائع فلا بد من توافره إذا لقيام الزواج. أما للدخول فلم يعد ركناً من أركانه. وهذا الرضاء لا بد من توافره سليماً منزهاً عن أي عيب من عيوب الإرادة. وعلى ذلك تتحدد موضوعات هذا المبحث، حيث نعرض فيه للأمر الآتية:

الفرع الأول: وجود الرضا.

الفرع الثاني: صحة الرضا.

(١) المرجع السابق - ص ١٩٧.

(٢) ملحق ابن العسال - ص ٢٢.

(٣) اللهم إلا ما أورده صاحب الخلاصة القانونية وبمناسبة كلامه عن كيفية اتمام الخطبة (المسألة الثانية) من أن على الكاهن أن يفحص تناسب السن بينهما.

الفرع الأول

وجود الرضا

المطلب الأول

كفاية الرضا ومضمونه وصفاته

تقضي المادة ١٧ من مجموعة سنة ١٩٣٨ للأقطاط الأرثوذكس بأن "لا زواج إلا برضا الزوجين".

وبناء على هذا النص نعرض للأمر الآتية المتصلة بالرضا في الزواج.

كفاية الرضا لإنشاء الزواج:

يتبين من النصوص المتقدمة أن الرضا هو قوام الزواج في شرائع غير المسلمين، لا يمكن أن يقوم الزواج بدون، ولا يمكن أي إجراء أو عمل آخر أن يحل محله، فلا زواج إلا برضا الزوجين، لا يعني عنه أبداً ركن الشكل - الطقوس الدينية - حتى ولو أعقبه دخول.

وهذا التراضي يتم بتبادل التعبير عن الإرادة بين الرجل والمرأة على إنشاء الزواج حالاً، فإذا تخلف هذا التبادل فلن يوجد الرضا ولا ينشأ الزواج، فعقد الزواج لا ينعقد إلا بتطابق إرادتين على الارتباط به.

صدور الرضا ممن هو قادر عليه قانوناً:

يجب أن يصدر الرضا ممن يملك القدرة عليه، ولقد رأينا - من قبل - ارتباط هذه القدرة ببلوغ الشخص سناً معينة اختلفت شرائع غير المسلمين في تقديرها، فنحيل إلى ما قلناه هناك.

كما يجب أن يصدر الرضا ممن كان سليماً في قواه العقلية، وحيث لا وجود للرضا إذا صدر من مجنون حتى ولو كان بالغاً السن القانونية للزواج. وقد عرضنا أيضاً للمجنون عند حديثنا عن الأمراض التي تؤثر في القدرة الطبيعية على الزواج، وما قلناه عن المجنون يسري أيضاً على السكران، والنائم بفعل التتويم المغناطيسي وما شابه حيث لا يكون للشخص إرادة، فلا يكون العقد صحيحاً بسبب فقدانه التمييز.

المطلب الثاني التعبير عن الإرادة

الإيجاب والقبول:

يتم الرضا بالزواج عن طريق الإيجاب والقبول، ولا تتضمن شرائع غير المسلمين ما يوجب على العاقدين التعبير عن إرادتهما على صورة معينة أو بصيغة معينة، وعلى ذلك فكل ما يدل على الرضا من الألفاظ وإشارات يعد تعبيراً صحيحاً عن التراضي.

ولقد كان الفقه المسيحي الغربي يفرق بين اللفظ الدال على الحال وذلك الدال على الاستقبال. وذهبوا إلى أن الزواج لا ينعقد إلا إذا تم بلفظ موضوع للحال. أما الألفاظ التي توضع للمستقبل فلا ينعقد بها زواج، وإنما تتصرف إلى الخطبة، هذا إلى أنه كانت توجد في العمل ألفاظ معينة، اعتبرت هي الصيغة المعتبرة لانعقاد الزواج. حدث بعد ذلك تطور فقهي حيث تسادى لومبارد بأن الألفاظ ما هي إلا مجرد وسيلة للتعبير عن الإرادة ولذلك فإن العبرة هي بالمعاني والمقاصد لا بالألفاظ المستخدمة. وعلى ذلك ينعقد الزواج بأي لفظ دال عليه، سواء استخدمت في ذلك ألفاظ عادية ورد بيانها في كتب الطقوس أو جرت بها العادات المحلية.

ولكن هل يلزم دائماً للتعبير عن الإرادة أن يكون بالألفاظ، أم من الممكن أن يتم بالإشارة الدالة على هذا التعبير؟

يلاحظ أن الزواج - إذا اعتبر عقداً - فهو ليس كغيره من العقود بالنظر إلى خطورته وعظيم شأنه ووجوب الاحتياط في أمره. إذ به تصير المرأة حلاً للرجل بعد أن كانت محرمة عليه، ولذلك كانت القاعدة في الشريعة الإسلامية أنه إذا كان العاقدان حاضرين مجلس العقد وكانا قادرين على النطق فإنه يجب عليهما التعبير عن إرادتهما باللفظ المنطوق، أما الإشارة فلا ينعقد بها العقد، حيث لا يلجأ إليها إلا عند وجود المبرر والمسوغ لها، وهنا لا يوجد. ولكن إذا تحقق المبرر لعجزهما عن الكلام أو عجز أحدهما انعقد الزواج بالإشارة المفهومة حيث تعد هي السبيل الوحيد للتعبير عن الإرادة. وعلى ذلك فإن الإشارة لا تقوم مقام اللفظ إلا عند تعذره.

وفي شرائع غير المسلمين هل لابد من استخدام الألفاظ لانعقاد العقد، أم يكفي التعبير بأية وسيلة مفصحة عن الرضا حتى ولو كانت هي الإشارة؟.

يلاحظ أنه في الفقه القبطي القديم كان الزواج - كما رأينا من قبل - يتم على مرحلتين: الإملاك والإكليل، وكان التراضي يحدث عند الإملاك بتبادل الطرفين الخاتم والصليب بحضور كاهنين شيوخين ويتفقان على المهر، وهذا التراضي يتم بين الأطراف شفاهة، وقد يتم عن طريق الكتابة أو بواسطة وكيل. أما عند إجراء مراسيم الإكليل أو التتويج فيبدو أنه لم يكن مطلوباً من الطرفين التعبير مرة أخرى عن رضاهما وذلك اكتفاء بالرضا الحاصل وقت الإملاك. ولم تكن هناك ألفاظاً معينة يتعين استخدامها للتعبير عن الرضا، حيث يصح التراضي بأية ألفاظ أو أية وسائل أخرى دالة على الرضا دلالة ظاهرة. وعلى ذلك أتت مجموعة الأقباط الأرثوذكس بنصر المادة (١٨) من مجموعة ١٩٣٨ حيث تقضي بأن: "ينفذ زواج الأخرس بإشارته إذا كانت معلومة ومؤدية إلى فهم مقصوده". ويلاحظ أنه لا يمكن أن يستنتج من هذا النص أن عقد الزواج لدى الأقباط الأرثوذكس من العقود اللفظية بحيث لا تصلح أي وسيلة أخرى غير الألفاظ في التعبير عن إرادة من لم يكن أخرس، فالتراضي لديهم لم يخضع لأية أوضاع خاصة، بل كان يستفاد من حضور الطرفين إجراءات الإملاك والتتويج.

هل يصلح السكوت تعبيراً عن الإرادة؟

القاعدة في القانون المدني أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون ضمناً، إذا اتخذ هذا التعبير شكلاً ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ولكنه لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الإرادة، أما السكوت فهو أصلاً لا يصلح تعبيراً عن الإرادة إلا إذا كان سكوتاً ملابساً أي اقترنت به ظروف وملابسات أدت إلى اعتباره كذلك.

وقد رأينا أن الفقه المسيحي الغربي قد ذهب في بادئ الأمر إلى وجوب التعبير عن الإرادة لفظاً ثم انتهى تطوره إلى قبول أية أفعال دالة على وجود الرضا. فقد اعتبر سكوت البكر - في وقت من الأوقات - دالاً على رضاهما بالزواج إذا عقده وليها دون اعتراض منها، كما كان هذا الرضا يفترض حصوله إذا تم الدخول بعد الخطبة أو بعد الزواج المعلق على شرط ولم

يتحقق بعد الزواج الذي عدّه البالغ فيما لو حدث الدخول بعد اللوغ، وإذا كانت هذه الصور للتعبير الضمني بالقبول لم تعد قائمة اليوم في القانون الكنسي الغربي، فإن أحكام هذا القانون لا تحول دون أن يتم التعبير عن القبول بغير طريقة الألفاظ، وحتى بالسكوت إذا كان ملبساً ولا يحتل شك في دلالة على الرضا بالزواج وهذا ما ذهب إليه فقهاء القانون الكنسي الغربي، حيث قالوا بأن السكوت بعد سؤال الكاهن لا يكفي للتعبير عن الإرادة إلا إذا دلت القرائن على أنه بمثابة إظهار للرضا وفقاً لعادة البلاد. أما إذا لم يتحقق في هذا السكوت هذا الشرط. فهو لا يصلح أساساً لانعقاد الزواج. وبالتالي فإن الزواج الذي يكفي فيه بموافقة والد البنت دون أن تبدي هي اعتراضاً يعد زواجا باطلاً حيث لا يعد السكوت هنا ملبساً.

أما بالنسبة للطوائف الأرثوذكسية، فإن التعبير عن الرضا بالزواج لا يتقيد بأي شرط، بل لقد تأثرت هذه الطوائف بأحكام الشريعة الإسلامية فذهبت بعضها إلى أن سكوت البكر يفيد رضاها، وقد يتحقق هذا الرضا بالسكوت وقبول المخطوبة للخاتم. كما ذهب ابن العسال بأن رضا الزوجة قد يستفاد من سكوتها.

والواقع أن إجراءات الزواج لدى الطوائف المسيحية وخاصة في حفل الإكليل أو التتويج تخضع لمراسم دينية تقتضي - لدى كافة الطوائف - سؤال الطرفين عن رغبتهما في الزواج، والغالب أن يقع الجواب بالألفاظ بل أن الإجراءات الشكلية لدى بعض الطوائف ولا سيما الكاثوليكية تقتضي أن يقوم الكاهن باستجواب الطالبين بعد القسم على الإنجيل وذلك للتأكد من عدم وجود أي مانع أو لتبنيه الخاطبين إلى بعض الواجبات والشروط التي يجب أن تتوافر للزواج الصحيح، ومن ضمن هذه الأسئلة ما يتعلق بالتحقق من وجود الرضا بالزواج وعدم وجود ما يفسده ولذلك نعتقد أن مسألة اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة أو القبول ليست بذات شأن لدى المسيحيين أمام شكلية عقد الزواج ووجوب التقيد بمراسم دينية معينة لإتمامه.

هل يصح انعقاد الزواج بالكتابة (أو المراسلة)؟

نثبت أولاً هنا أن حضور الطرفين حفل التتويج يعد أمراً لازماً في الشرائع المسيحية.

فبالنسبة للأقباط الأرثوذكس فإن الخطبة تثبت في وثيقة يحررها الكاهن وتشمل "إثبات حضور كل من الخاطبين بنفسه وحضور الولي إن كان بينهما قاصر ورضا كل من الطرفين بالزواج" (المادة ٥ من مجموعة ١٩٣٨) وكذلك الأمر عند مباشرة عقد الزواج عن طريق الكاهن الذي يجب عليه أن يثبت حضور الطرفين ورضاهم (المادة ٣/٣٣ - مجموعة ١٩٣٨).

ويخلص من كل ما تقدم أنه بالنظر إلى شكلية الزواج في شرائع المسيحيين - فإن هذه الشكلية وما ي صاحبها من مراسم وإجراءات دينية يجب أن تتم وقت الإكليل أو التتويج - تقضي أن يكون حضور الزوجين أمراً لازماً لا يعقد العقد إلا بحضورهم، وعلى ذلك لا يجوز في نظر هذه الشرائع أن يتم العقد كتابة أو بالمراسلة.

المطلب الثالث

الوكالة في الزواج

أشرنا من قبل إلى أن الزواج كان يتم على مرحلتين في الفقه المسيحي الشرقي، والمرحلة الأولى وهي الخطبة (أو الإملاك) كانت تتم عادة عن طريق وكيل الزوج والزوجة، وكان هذا الفقه متأثراً بأحكام للشريعة الإسلامية والتي كانت تجيز الوكالة في الزواج، ولذلك ليس غريباً أن يقول ابن العسال بإمكانية الخطبة بالواسطة.

ولكن بعد أن أصبحت خطبة الإملاك مندمجة في الإكليل وأصبح الزواج مرحلة واحدة لا مرحلتين، كان من اللازم حضور الطرفين لحفل الإكليل أو التتويج بأنفسهما وذلك لإتمام الطقوس والمراسم الدينية التي لا ينعقد بدونها زواج، فالصلاة هي التي تحل النساء للرجال، لذلك أصبح من المنطقي عدم جواز الوكالة في شرائع الأرثوذكس (وأيضاً الإنجليكان) ولهذا ظلت مجموعاتهم من الحديث عن الوكالة في الزواج.

المطلب الرابع

الولاية في الزواج

تمهيد:

في الشريعة الإسلامية، إذا كان الزوج قد بلغ سن أهلية التعاقد، أمكنه

مباشرة العقد بنفسه دون حاجة إلى رضا أبيه أو وليه. أما بالنسبة للبنت فحتى لو كانت كبيرة فإنه يثبت لوليها الشرعي أو أبيها ولاية عليها يطلق عليها ولاية النذب أو الاستحباب في الفقه الحنفي. وحديث تمنح هذه الولاية للولي الحق في فسخ زواج البنت إذا باشرته بنفسها ولكن بمهر دون مهر الضل، كما اعتبر زواجها باطلا إذا تم بمن لا كفاء لها وبدون موافقة الولي. أما في الفقه المالكي والمالكي للولي ولاية الإيجار على ابنته ولو كانت كبيرة، فيحق له تزويجها دون حاجة إلى رضائها.

القاصر - في أحكام الفقه الإسلامي - تثبت عليه ولاية الإيجار، فيستطيع أبوه أو وليه أن يزوجه ويعقد العقد بدلا منه، ودون توقف على رضاه. فإذا كان الصغير معيضا وعقد العقد بنفسه وقع العقد صحيحا غير نافذ، أي موقوفاً على إجازة وليه. ولكن إذا باشر العقد ولي للنفس غير الأب أو الجد كان العقد غير لازم وأمكن للصغير فسخه بعد بلوغه حتى ولو كان قد دخل بزوجه. أما الوصي فلا تثبت له هذه الولاية.

ويلاحظ أن الولاية على النفس تزول عن الصغير ببلوغه السن الذي يعد فيها متمتعاً بأهلية الأداء (ويتحقق هذا البلوغ بظهور علامته كالاختلام والحيض أو بلوغ سن الخامسة عشرة) ومع ذلك تظل البنت خاضعة لولاية الاستحباب حيث يكون بإمكان وليها تزويجها حتى بعد بلوغها، ولكن إذا انعقد العقد بعد البلوغ فإنه يشترط حصول رضاها وحيث يقوم الولي بمباشرة العقد بصفته وكيلاً عنها، هذا مع ملاحظة أنه في ظل بعض المذاهب تظل البنت الكبيرة خاضعة لولاية الإيجار لا الاستحباب.

وفي القانون الروماني كان سن البلوغ هو ١٤ سنة للولد و١٢ سنة للبنت، ومن بلغها كان بإمكانه عقد الزواج ولكن بشرط الحصول على إجازة رب الأسرة طالما كان خاضعاً لسلطانه، وأياً كان سنه. أما المرأة فلا تستطيع تزويج نفسها حتى ولو كانت غير خاضعة لسلطان رب الأسرة إلا إذا بلغت الخامسة والعشرين عاماً، أما قبل ذلك فلا بد من إذن الأب أو الأم عند عدمه أو الأقربين عند قدمهما. وإذا امتنع رب الأسرة عن تزويج من هو في ولايته على النحو المتقدم، أمكن الرجوع إلى القاضي والحصول على إذن بالزواج. بعد هذا التمهيد نعرض لأحكام شرائع غير المسلمين في مسألة لزوم

موافقة الأولياء على الزواج.

الأقباط الأرثوذكس:

ورد في المجموع الصفوي في المادة (٥٨) بأن "كمال البلوغ في السن يعني الكمال الذي به يصير سلطانهم إليهم. أما الرجال فعشرون سنة إلى خمس وعشرين سنة، وأما الإناث، فمن ثعاني عشرة سنة إلى خمس وعشرين سنة". وبناء على ذلك فالزواج الذي يعقده القاصر الذي لم يبلغ السن المقرر بالنص لا يصح إلا بإجازة الولي، حيث تقول المادة (٧٨) من المجموع الصفوي بأن "لا يكون تزويج إلا أن يتراضى الطرفان المقترنان والذين هما في حجرهم".

هَذَا وَقَدْ رَأَيْنَا أَنَّ الزَّوْجَ لَدَى الْأَقْبَاطِ كَانَ يَمُرُّ بِمَرَحَلَتَيْنِ الْإِمْلَاقِ وَالْإِكْلِيلِ، وَفِي الْإِمْلَاقِ (الخطبة) كَانَ لَا يَدُ أَيْضًا مِنْ رِضَاءِ الْوَلِيِّ، فَقَدْ نَصَّتِ الْمَادَّةُ (٤٦) مِنَ الْمَجْمُوعِ الصَّفْوِيِّ بِأَنَّهُ "بَغِيرُ رَأْيِ الَّذِي هُوَ تَحْتَ الْحَجَرِ لَا يَكُونُ إِمْلَاقَهُ وَلَا يَكُونُ تَزْوِيجُهُ إِلَّا بِتَرَاضِي الْمَقْتَرِنِينَ وَالَّذِينَ هُمَا فِي حَجْرِهِمْ، وَهَذَا يَمْنَعُ مِنَ التَّزْوِيجِ وَالْإِمْلَاقِ وَلَا يَمْنَعُ مِنَ الْخُطْبَةِ" وَقَضَّتِ الْمَادَّةُ (٥٣) بِأَنَّهُ "وَالْأَبُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَحِلَّ إِمْلَاقَ الْوَلِيِّ هِيَ تَحْتَ سُلْطَانِهِ الَّتِي سُلْطَانَتُهَا إِلَيْهَا، وَلَا يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَحِلَّ مَا قَدْ كَانَ".

ولكن لا يجب أن يفهم من النصوص المتقدمة أن للولي ولاية الإيجار على من هو في ولايته، فلا زال للأخير الحق في عقد زواجه مستقلاً عن وليه والذي يكون للأخير أن يجيزه فحسب، فتقتضي المادة (٦٥) من المجموع الصفوي بأنه "لا يجوز للأب إلزام ولده بالتزويج إذا كان الولد عفيفاً وتحت سلطانه" أما إذا كان الولد "مفرطاً في سيرته" فليس له أن يمتنع عن رأي والده بتزويجه، ولكن هذا الامتناع لا يخول للولي سلطة إجباره على الزواج، أما بالنسبة للبنات فليس لوليها أن يزوجهما بغير رضاها. وإذا حدثت وكانت البنت سيرتها قبيحة وأراد وليها تزويجها مع تحملها بجهازها فأبى، فإن الجزاء ليس في إجرائها على الزواج ولكن في حرمانها من الميراث، فتقتضي المادة (٦٦) من المجموع الصفوي بأنه إذا "أراد أحد الوالدين أن يزوجه ابنته أو بنت ولده ويدفع من الجهاز بمقدار ماله، فامتنعت عن ذلك وآثرت السيرة القبيحة، فلتنف من ميراثه".

ويتبين مما تقدم أن موافقة الأولياء على زواج من كانوا تحت سلطانهم

لا تغني أبداً عن ضرورة رضا أطراف العقد به، وهذا ما أكتنه للمواد ٤٦ و ٧٨ من المجموع الصفوي وأيضاً المادة (٥٠) والخاصة بالإملاك حيث ورد فيها أن الإملاك لا يعقد إلا بموافقة المنحور عليها لمن هي تحت حجره بأن لا تتردد قوله، ولها أن تتردده إذا رام أن يملكها عنى من نيس هو أهلا لها وقيحا بها".

ويلاحظ أن الزواج الذي يبرمه الصغير أو الصغيرة ورضي به الولي، لا يجوز نقضه بعد ذلك لأي سبب، فتقضي المادة (٦٧) من المجموع الصفوي بأنه "لا يجوز للأولاد أن ينقضوا الزواج إضراراً بالديهم، وتغريمهم الجهاز أو الهدية التي يهبونها قبل العرس". ولكن إذا كان الإملاك قد تولاه غير الأب أو الجد ولم يكن الصغير بالغاً عند إتمامه، كان من حقه أن يفسخه عند بلوغه أو وصوله إلى سن الخامسة عشرة إذا ما اختار الفسخ.

ولكن قد لا يرضى الولي بزواج الصغير، وعندئذ يقع عقد زواج الصغير باطلاً، وهذا هو مفهوم المادة (٧٨) من المجموع الصفوي والتي تقول "لا يكون تزويج إلا أن يتراضى الطرفان والذين هما في حجرهم".

والولاية على النفس تكون للأب فإذا كان الأب موسوساً فالجد يقنع إذا كان عاقلاً وإلا فالزاي لأهلها فإن اختلف مع الكاملة السن فالاختيار للرئيس. فإن كان الذي يختاره الأهل والذي تختاره هي متساويين في الجنس والحال عمل برأيها. وإن اختلف في تزويج اليتيمة غير المدركة الأم والقرائب والأوصياء فالاختيار للرئيس. والوكيل على مال اليتيمة فقط لا حكم له في زيجتها بمنع أو طلاق.

وإذا كان الأب غائباً أو أسيراً فإنه "وإذا لا يعود الأسير في مدة ثلاث سنين فيجوز لولده أن يتزوج فإن جهل موضع الأب مدة ثلاث سنين ولم يعلم إن كان حياً فيجوز لأولاده من أية الطبيعتين كانوا أن يتزوجوا على حسب الناموس وأولاد الأسير والغائب أن يتزوجوا قبل ثلاث سنين وكان بينا أن ذلك الشخص لا يرضاه الأب فالتزويج غير صحيح".

وقد يرفض الولي تزويج الصغير أو يرفض إجازة عقده إذا تولاه بنفسه، فإذا حدث ذلك فإنه "من امتنع أن يزوج الذين تحت حجره إذا رغبوا في ذلك فللرؤساء أن يلزموهم بالتزويج والتجهيز بمقدار حاله".

ويراعى أن الولاية على النفس (وأبضا على المال) تزول ببلوغ الشخص سن الرشد، ومع ذلك تظل المرأة بعد هذا السن خاضعة لنوع من ولاية الاستحياب (المعروفة في الفقه الإسلامي الحنفي)، فالأصل أن "التي لها سلطان نفسها وتكون سنها كاملة، فلها أن تقارن بعلا على ما يوجبها الناموس (الصفوي) ومع ذلك فالتى "يكون عمرها دون خمس وعشرين سنة، وإن كان لها سلطان نفسها، فإنها إذا أرادت أن تتزوج ثانياً، فسيبيلها أن تتزوج برأي أبيها، وإن كان قد توفى فبرأي أهلها. وإن اختلفوا فاختيار الأفضل للرئيس حتى إذا كان الخطيبان الذي يختاره الأهل والذي تختاره الجارية متساويين في الجنس والحال كان رأي المرأة الذي يعمل عليه" (المادة ٨٩ من المجموع الصفوي).

أما التي تجاوزت الخامسة والعشرين من عمرها دون زواج وتكاسل والدها في تزويجها، فلها أن ترفع الأمر إلى السلطات الكنسية لإجبار والديها بتزويجها وتجهيزها. فلقد ورد في المادة (٦٩) من المجموع الصفوي بأنه "والتي قد تجاوزت خمسا وعشرين سنة إن تكاسل والدها عن تزويجها، فلها أن ترسل الرؤساء حتى يلزموا والديها بالتزويج والتجهيز لمقدار ما تحتمله أحوالهم".

هذا هو نظام الولاية في الزواج في الشريعة القبطية كما وردت في أقوال ابن العسال في كتابه "القوانين" وفي مجموعته الصفوي وفي قوانين ابن لقلق، وفي الخلاصة القانونية للإيغوماتوس فيلوثاوس. وحيث ظلت تلك القواعد مطبقة حتى صدور المجموعة القبطية عام ١٩٣٨، فهل أخذت هذه المجموعة بالأحكام السابقة أم لا؟

يلاحظ أولاً أن مجموعة ١٩٣٨ قد أخذت بتحديد جديد لمن الزواج سبق أن عرضنا له من قبل وهو ١٨ سنة للرجل و١٦ سنة للمرأة. ولكن ليس بالحثم أن من يبلغ سن الزواج يكون حتماً متمتعاً بأهلية الأداء، فلقد حددت المادة (١٩) من مجموعة ١٩٣٨ سن الرشد بإحدى وعشرين عاماً - كما هو الحال في التقنين المدني - ولذلك هل يلزم موافقة ولي النفس على زواج من لم يبلغ سن الرشد وبلغ في ذات الوقت سن الزواج؟

أجابت على ذلك المادة (٢٠) من مجموعة ١٩٣٨ بقولها "إذا كان سن الزوج أو الزوجة دون الحادية والعشرين فيشترط لصحة الزواج رضا وليه

المنصوص عليه في المادة ١٦٠، فإذا امتنع ولي القاصر عن تزويجه فيرفع طالب الزواج الأمر إلى المجلس الملي للفصل فيه^(١).

يتبين من هذا النص أن رضا الولي - في الحالة المتقدمة - يعد أمراً لازماً لصحة الزواج لا لانقاده، وبالتالي يكون الجزاء هو البطلان النسبي لا للمطلق، ويؤكد هذا الفهم ما جاء بالمادة (٣٩) من مجموعة عام ١٩٣٨ بأنه "إذا عقد زواج القاصر بغير إذن وليه، فلا يجوز الطعن فيه إلا من الولي أو من القاصر". كما أن هذا البطلان من الممكن إزالته بالإجازة الصريحة أو الضمنية، فلقد قضت المادة (٤٠) بأنه: "ومع ذلك لا تقبل دعوى البطلان من الزوج ولا من الولي متى كان الولي قد أقر الزواج صراحة أو ضمناً، أو كان قد مضى شهر على علمه بالزواج، ولا تقبل الدعوى أيضاً من الزوج بعد مضى شهر من بلوغه سن الرشد"^(٢).

وأما عن الولي على النفس، فطبقاً للمادة (١٦٠) "الولاية على النفس شرعاً هي للأب ثم لمن يوليه الأب بنفسه قبل موته. فإذا لم يول الأب أحداً فالولاية من بعده للجد الصحيح ثم للأب ما دامت لم تتزوج ثم للجد الأم ثم للأرشد من الأخوة الأشقاء ثم من الأخوة لأب ثم من الأخوة لأم ثم من الأعمام ثم من الأخوال ثم من أبناء الأعمام ثم من أبناء الأخوال ثم من أبناء العمات ثم من أبناء الخالات. فإذا لم يوجد ولي من الأشخاص المتقدم ذكرهم يعين المجلس ولياً من باقى الأقارب أو غيرهم".

ولكن الولاية في المجموعات القبطية الحديثة ليست بولاية إجبار، وعلى ذلك فإن رضا القاصر بالزواج يعد جوهرياً لانقاده العقد ولا يمكن أن يقوم رضاه وليه مقامه "فلا زواج إلا برضاء الزوجين".

(١) يرى البعض - تادرس ميخائيل - المرجع السابق - فقرة ٩٣ - أنه لا داعي لعرض المسألة في حالة عدم موافقة الوالدين على زواج ابنتهما أو ابنتهما على المحكمة، وإنما تعرض على المجلس الملي. وبالنظر إلى إلغاء المجالس المليية، فقد ذهب آخرون أنه يجب عرض الأمر على الرئيس الدينى لأخذ موافقته وبذلك تقوم هذه الموافقة مقام رضا ولي النفس - توفيق فرج - المرجع السابق - فقرة ٩٩ ص ٤٦٤ ولكننا نعتقد أن الحل الواجب الاتباع هنا، هو عرض الأمر على الجهة التي حلت محل المجلس الملي وهي محكمة الأحوال الشخصية. وأنظر عكس ذلك في أحمد سلامة - فقرة ١٥٢ ص ٤٠٨ و ٤٠٩.

(٢) وتختص بنظر دعوى البطلان المشار إليها، محاكم الأحوال الشخصية التي حلت محل المجالس المليية.

وأما عن ولاية الاستحباب أو الندب فلا أثر لها في التقنينات القبطية الحديثة، فإذا بلغ الشخص سن الرشد أمكنه الزوج دون حاجة إلى استئذان ولديه حتى ولو كان من النساء.

وإذا لم يكن للأولياء سلطان على زواج من يبلغ سن الرشد، فإنه يلاحظ أن المشرع القبطي الحديث قد استحدث نظام المعارضة في الزواج وقرره لبعض الأقارب.

فإنقضى المادة (٢٩) من مجموعة ١٩٣٨ بأن:

يكون للأشخاص الآتي ذكرهم حق المعارضة في الزواج:

(ب) الأب وعند عدمه أو عدم إمكانه إيداء رغبته يكون حق المعارضة للجد ثم للأب ثم للجد لام ثم لباقي الأقارب المنصوص عليهم في المادة ١٦٠ بحسب الترتيب الوارد فيها وتقبل المعارضة ولو تجاوز المتعاقد سن الرشد.

(ج) الولي الذي يعينه المجلس الملي طبقاً للمادة ١٦٠.

وتنقضى المادة (٣٠) بأن تحصل المعارضة في ظرف العشرة الأيام المنصوص عليها في المادة الثامنة بتقرير يقدم إلى الرئيس الديني المختص ويجب أن يشتمل على اسم المعارض وصفته والمحل الذي اختاره بالجهة المزمع عقد الزواج فيها والأسباب التي يبني معارضته عليها والتي يجب أن لا تخرج عن الموانع المنصوص عليها في الفصل الثالث من هذا الباب وإلا كانت المعارضة لاغية.

ويتبين من هذا النص أن من له حق الاعتراض على الزواج لا يكون له أية سلطة في إجازة الزواج أو رفضه، وإنما كل ما له هو إيداء الأسباب التي تحول دون عقد الزواج، وهذه الأسباب مشار إليها في التقنين ذاته، فإذا خرجت عنها كانت المعارضة لاغية. وعلى أي حال ترفع المعارضة إلى المجلس الملي المختص في خلال ثلاثة أيام من تاريخ وصولها للفصل فيها بطريق الاستعجال. ولا يجوز عقد الزواج إلا إذا قضى في المعارضة برفضها انتهائياً. وينعقد الاختصاص حالياً للمحكمة الابتدائية بنظر دعوى الاعتراض.

الفرع الثاني

صحة الرضا

مفهوم صحة الرضا وعيوب الإرادة:

لا يكفي وجود الرضا بالزواج وإنما يجب أن يكون صحيحاً، والرضا لا يكون صحيحاً إلا إذا كانت إرادة كل من أطراف الزواج سليمة وخالية مما يعيبها، وصاندة من ذي أهلية.

ويجب التمييز بين الإرادة المعيبة والإرادة غير الموجودة، فالإرادة المعيبة، إرادة موجودة، ولكنها صدرت عن شخص ليس حراً في إرادته، فهي إرادة تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ولذلك فهي إرادة موجودة ولكنها ما كانت تتعلق بهذا المحل لو أنها كانت على بينة أو مختارة، فهي موجودة ووجوداً معيباً. أما الإرادة غير الموجودة فهي محض مظهر خارجي يوحي بوجودها ولكنها في حقيقة الأمر غير موجودة لعدم تعلقها بمحلها. ومثال ذلك ما يصدر عنه المجنون والمعتوه والسكران وغير المميز، فما يصدر عنهم قد يوحي بوجود الإرادة، ولكنها في الحقيقة غير موجودة، وبالتالي كانت عقودهم باطلة، وقد عرضنا كل ذلك عندما تحدثنا عن وجود الرضا. أما العقد الذي يقوم على رضا غير صحيح، فهو عقد موجود لوجود الإرادة. ولكنها إرادة معيبة، ولذلك يجوز لمن تعينت إرادته أن يطالب بإبطال العقد. وتلك هي عيوب الإرادة أو عيوب الرضا التي تؤثر في صحته وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

ويرتبط صحة الرضا وسلامته بالتصرف القانوني، وفي هذا الصدد رأينا أن عقد الزواج لا يتساوى مطلقاً مع العقود الأخرى، حيث يتحدد دور العقد هنا في وضع الزوجين في مركز أو نظام قانوني، ولذلك فإن مفهوم صحة الرضا وعيوب الإرادة تختلف في الزواج عنه في العقود الأخرى، فتطبيق نظرية عيوب الرضا (أو عيوب الإرادة) على الزواج، لا شك أنه يؤدي إلى نتائج وخيمة، حيث قد ينتهي الأمر إلى إبطال الزواج وزعزعة أسرة وتقويض أركانها، ولذلك يكون من الخطأ تسوية عقد الزواج بالعقود الأخرى من حيث تطبيق نظرية عيوب الرضا عليه. فعقد الزواج لا يتساوى إطلاقاً مع العقود المالية الأخرى، ولكنه ارتباط شخصي يجب أن يكون بمنأى

عن الصفة المالية، برغم ما قد يترتب على الزواج من آثار مالية، فهذه الآثار ليست بمقصودة لذاتها، وإنما المقصود من الزواج هو تكوين أسرة مستقرة. ولا شك أن تطبيق نظرية عيوب الرضا على الزواج قد يؤدي إلى إبطاله في حالات، وهذا لا يستقيم مع وجوب ما ينبغي أن يتوافر للأسرة من استقرار عائلي. هذا فضلا عن أن الشرائع غير الإسلامية لا يصح إنهاؤه باتفاق أطرافه، ولذلك فإن تطبيق نظرية عيوب الرضا بكاملها على هذا العقد، من شأنه التوسعة في الحالات التي يقبل فيها الطعن في الزواج على أساس عيوب الرضا، وبالتالي يسهل التحايل على إنهاء تلك الرابطة بالادعاء بوجود عيب من عيوب الإرادة، وهذا أمر خطير، لا شك في وجوب تلافيه والحد منه.

"والواقع أن الطبيعة الخاصة لعقد الزواج تتجافى مع النزعة الرضائية المطلقة وما تستوجبه من أعمال للإرادة الباطنة مهما كانت الظروف. ولذلك فإن نظرية عيوب الإرادة قد انكشفت في باب الزواج وانحصرت في حدود ضيقة"^(١).

وفي القانون الروماني لا توجد نظرية عامة لعيوب الإرادة، وإنما يعتبر الإكراه والتدليس من الجرائم المدنية، وكان الجزاء على وجود تلك العيوب هو ردّ الحالة إلى ما كانت عليه، فالعقد يعد أنه موجوداً في الأصل، غاية الأمر أنه يردّ على مرتكب الإكراه والتدليس قصده بإبطال ما ارتكبه فحسب، أما الغلط فكان لا يؤثر على وجود العقد إلا إذا كان منصّباً على ذاتية المحل أو على مادته، أما الغلط في صفة في الشيء فلا يؤثر في صحة العقد. ونظراً لعدم خضوع الزواج - لدى الرومان - لقواعد خاصة، فقد طبقت الأحكام السابقة على عقد الزواج.

ويلاحظ أن الفقه الكنسي الغربي لم يدخل كل عيوب الرضا المعروفة (في المعاملات المدنية) في شأن عقد الزواج، فقد تعرض هذا الفقه للإكراه ليس باعتباره عيباً وإنما باعتباره مانعاً، ولذلك كان جزاءه هو البطلان المطلق، وكذلك الحال بشأن الغلط، أما التدليس فلم يعتبر من أسباب بطلان الزواج.

كما فرّق هؤلاء الفقهاء بين الجهل والغلط من ناحية، والإكراه من ناحية أخرى، ذلك أن للرضا الصحيح بالزواج يقتضى - في نظرهم -

(١) شفيق شحاته - المرجع السابق - ج ٢ - فقرة ١٥٩، ص ٤٩.

فعلان، أحدهما صادر عن العقل أى قوة الإدراك والآخر صادر عن الإرادة التى لا يمكنها أن ترغب فى شئ لم يدركه العقل ويعرضه عليها لترغب فيه أو عنه، والإكراه يعيب الإرادة أما الغلط والجهل فيعيبان الإدراك. ولكن يلاحظ أنه طالما كنا بصدد الإرادة ذاتها، فإن الذى يعيبها هو الإكراه، حيث يؤدى إلى القضاء على الإرادة فى ذاتها أو إلى الانتقاص منها، ولذلك يعد الإكراه عيبا يعيب الإرادة، أما الغلط سواء أكان تلقائيا أم عن طريق وسائل احتيالية فإنه لا ينتقص من الإرادة ولكنها توجد ولكن دون تبصر أو دون إدراك، ولذلك فالغلط وإن كان يؤثر فى الرضا إلا أنه لا يرد على الإرادة ذاتها وإنما يتصل فحسب بالإدراك الحاصل عنها.

أما الفقه المسيحى الشرقى القديم، فأكثر فقهاءه لا يعرضون لعيوب الرضا فى باب الزواج، وإنما عرضوا لبعضها عند عرضهم للموانع الباطلة وذلك على أساس أن البطلان يلحق سواء الزواج الذى يتعقد مع قيام المانع أو ذلك الذى يقوم على إرادة معيبة.

ويراعى أن نظرية عيوب الإرادة فى القانون المدنى - وكما أشرنا منذ قليل - لا تنطبق بكاملها على نظام الزواج فهناك من العيوب ما قد يؤثر فى الإرادة فى نطاق المعاملات المالية ولا أثر له فى نطاق الزواج.

من ذلك مثلا أن نظرية الاستغلال التى تستلزم عدم التعادل بين التزامات الطرفين والنتائج عن استغلال طيش أو هوى، لا مجال لتطبيقها فى مجال الزواج، لأنه ليس بتصرف مالى ولكنه ارتباط شخصى بين رجل وامرأة، وعلى ذلك إذا وقع شخص فى هوى جامع وتزوج أو كان مقبلا عليه وهو طائش، فلا يقبل منه الطعن على هذا الزواج بدعوى الاستغلال.

أما التدليس، فالملاحظ على شرائع غير المسلمين أنها لا تتكلم عنه استقلالاً ولا تحتفى به، كما أن تطبيق عيب التدليس على عقود الزواج، لا شك أنه يؤدى إلى إبطال أكثرية عقود الزواج، فالمشاهد فى أمور الناس منذ قديم، أن كل خاطب يحاول أن يصور نفسه للطرف الآخر على غير صورته وحقيقته، ولقد ورد عن الفقيه "لوزايل" قوله فليغش فى الزواج من يستطيع ذلك دون أن يخشى جزاء، وعلى ذلك فالغش لا يفسد الزواج طالما كان التعامل سائداً على السماح به فى إنشاء رابطة الزواج، فما من خاطب إلا

ويحاول إخفاء عيوبه والمبالغة في إبراز محاسنه، كما أن البطلان هو الجزء الوفاق على التدليس، ولكن هذا الجزء لا يتلاءم مع نظام الزواج وإلا أطلبت غالبية الزوجات، ولذلك لا يعد التدليس عيباً من عيوب الإرادة في الزواج، وإن كانت بعض القوانين الكنسية تدخل العش في الاعتبار في حالات استثنائية.

هذا وقد أشرنا إلى أن فقهاء الشريعة المسيحية الغربية يفرقون في شأن العيوب التي تعيب الإدراك وبين تلك التي تعيب الإرادة. وفي شأن العيوب الأولى يفرقون بين الغلط والجهل، فالجهل هو عدم المعرفة اللازمة أما الغلط فهو إدراك الشيء على غير حقيقته أي بصورة غير صحيحة.

ولذلك نعرض لعيوب الرضا في الزواج بادئين بالجهل ثم الغلط ثم الإكراه.

المطلب الأول

الجهل

الفرق بين الجهل والغلط:

تعرض الفقه المسيحي الغربي - في آثاره الأولى - للجهل باعتباره مانعاً من الموانع، خاصة بعد تقلص نظرية الموانع لدى هذا الفقه وانحصارها في عدد محدود منها. وقد عالج هذا الفقه كلا من الجهل والغلط باعتبارهما عيوباً صادرة عن العقل.

والذي يفرق بين الجهل والغلط، أن الجهل هو عدم المعرفة اللازمة، أو فقدان العلم، أما الغلط فهو علم خاطئ، أو هو إدراك الشيء على غير حقيقته، أي بصورة غير صحيحة.

ولقد لاحظ البعض أن الجهل - في حقيقة الأمر - لا يرد على وقائع أو صفات معينة، وإنما يرد دائماً في المسائل التي تعرض على أنها حكم من أحكام القاتون، ولذلك فقد رأى هذا البعض في الجهل أنه - في حقيقته - ما هو إلا غلط في القاتون^(١). هذا ولم يعرض لموضوع الجهل سوى التكنينات الكاثوليكية^(٢).

(١) شفيق شحاته - المرجع السابق - فقرة ١٨ ص ١٨ و ١٩.

(٢) وإن كان من الملاحظ أن الفقه القبطي قد تعرض لأمور يجب ألا يجهلها الزوجين، ولكن لم يرتب أي جزاء على ثبوت الجهل بهذه الأمور ولم يجعلها مؤثرة في صحة

المطلب الثاني الغلط

<http://www.al-maktabeh.com>

تمهيد:

يلاحظ أن التفتين المدني قد عرض لنظرية عيوب الإرادة فوضع أحكاماً للغلط وغيره من العيوب، والسؤال: هل يجوز في شأن الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الرجوع إلى أحكام القانون المدني لمعرفة أحكام الغلط المؤثر في عقد الزواج ؟

الواقع أنه إذا ورد في الشريعة الطائفية الخاصة أحكاماً خاصة في هذا الصدد، فيجب إعمالها، فلا يرجع إلى نصوص القانون المدني إلا حيث تسكت شريعة معينة عن الحديث في جزئية خاصة بشأن عيوب الإرادة، وذلك لا يجوز الاستعانة بأحكام القانون المدني (وفي جميع الأحوال) في هذا الشأن كما فعل بعض الكتاب.

نصوص شرائع غير المسلمين في الغلط:

تقضى المادة (٣٧) من مجموعة عام ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس بأنه: "إذا عقد الزواج بغير رضا الزوجين أو أحدهما رضاً صادراً عن حرية واختيار فلا يجوز الطعن فيه إلا من الزوجين أو من الزوج الذي لم يكن حراً في رضائه. وإذا وقع غش في شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن في الزواج إلا من الزوج الذي وقع عليه الغش. وكذلك الحكم فيما إذا وقع الغش في شأن بكارة الزوجة بأن ادعت أنها بكر وثبت أن بكرتها أزيلت بسبب سوء سلوكها أو في خلوها من الحمل وثبت أنها حامل.

الزواج وإن كان من الممكن أن يؤثم جاهلها ديانة. فلقد ورد عن ابن العسال قوله: "إنه لا يجوز لأحد أن يعتقد أن الزيجة حرام ولا فعلها، ومن امتنع من الزيجة على أنها نجسة جهلاً منه بأنه كل ما خلقه الله فهو حسن جداً وأن الذكر والأنثى من خلق الله الحسن الجميل فليقطع من الكنيسة فإن كان امتناعه على طريق العبادة والزهد فلذلك مباح له. ومن عيب الزيجة الصحيحة وذكر أن مضاجعتها نجسة وأنها تمنع من الملكوت فهو محروم. ومن ترك زوجة ويشتهي أن ينعزل عنها تنجيساً للتزويج فهو محروم، ابن العسال - المرجع السابق ص ٢١٢.

وتقضى المادة (٣٨) من ذات المجموعة بأنه:

"لا تقبل دعوى البطلان فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة السابقة إلا إذا قدم الطلب فى ظرف شهر من وقت أن أصبح الزوج متمتعاً بكامل حريته أو من وقت أن علم بالغش وبشرط أن لا يكون حصل اختلاط زوجى منذ ذلك الوقت".

تحديد المقصود بالغلط فى شرائع غير المسلمين:

يعد الغلط فى كافة التشريعات من عيوب الإرادة، وقد وردت أحكامه فى المواد من ١٢٠ إلى ١٢٤ من التّنين المدنى. ويمكن تعريف الغلط بأنه "حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع. وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها". والغلط إذا وقع فى ماهية العقد أو فى ذاتية المحل أو فى السبب يُعدم الإرادة ولا يعييبها - وفقاً لنظرية تقليدية فى الفقه الفرنسى - أما الغلط الذى يعيب الإرادة ويؤثر فى الرضا فهو ذلك الغلط الذى لا يقع على ركن من أركان العقد فيعدمه، وهو - فى ظل القانون المدنى الحالى - غلط جوهرى، وهو الذى يبلغ فى نظر المتعاقد الذى وقع فى الغلط حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع فى الغلط، فهو إذا وقع فى صفة الشئ وجب أن تكون هذه الصفة جوهرية فى اعتبار المتعاقدين، وإذا وقع فى ذات المتعاقد أو صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى للمتعاقد. والغلط كما يرد على الواقع، يرد أيضاً على القانون (المادة ١٢٢ مدنى) ومعناه أن يتعاقد الشخص وهو يجهل قاعدة من قواعد القانون، فإذا لم تكن تلك القاعدة أمرة، فإن الغلط فى القانون يؤدي أيضاً إلى إبطال العقد متى كان جوهرياً. وبجانب كون الغلط جوهرياً، يجب أن يتصل به المتعاقد الآخر، فالغلط الفردى لا يبطل العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (المادة ١٢٠ مدنى).

هذه هى الأحكام العامة فى الغلط، وهى يصعب تطبيقها على عقد الزواج، فالزواج كما رأينا من قبل يعد نظاماً من النظم بجانب كونه عقداً، بحيث يقل دور الإرادة فيه عن دورها فى أى عقد آخر، والأخذ بنظرية عيوب الإرادة إنما يقوم على تحليل للإرادة واعتبار ما لها من سلطان فى

تحديد آثار العقد، وهذا المبدأ لا يسود عقد الزواج، ولذلك فإن تطبيق أحكام الغلط على عقد الزواج يتنافى مع طبيعة هذا العقد.

الغلط لدى الأقباط الأرثوذكس:

يلاحظ أن نص المادة (٣٧) من مجموعة الأقباط الأرثوذكس تنص على أنه: "إذا وقع غش في شخص أحد الزوجين... وكذلك الحكم إذا وقع غش في شأن بكاراة الزوجة... أو خلوها من الحمل...". فلقد استخدم النص هنا لفظ "الغش"، فهل يعنى ذلك أن الغلط لا يعتد به إلا إذا كان نتيجة غش؟

يذهب البعض إلى أنه يفهم من استعمال كلمة الغش في صياغة المادة (٣٧) أن المقصود هنا هو التديليس لا الغلط، أو أن المقصود هو الغلط الذى اتصل بالمتعاقد الآخر^(١)، أما الغلط التلقائى فلا يعتد به لبطلان الزواج^(٢)، بينما يذهب آخرون إلى أن كلمة "غش" قد قصد بها إما التحايل والتديليس وإما مجرد التأكيد الكاذب. ويؤيد ذلك - فى نظرهم - أن المادة (٣٧) قد ذكرت أنه إذا كانت الزوجة قد ادعت بأنها بكر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها...^(٣).

والواقع أنه يجب عدم التعويل على استخدام المجموعة القبطية للفظ الغش، فهى لم تقصد إطلاقاً أن يكون الغلط نتيجة غش أى تحايل (أو تديليس)، فلقد رأينا منذ قليل أن الفقه القبطى يعتبر بعض الصفات (كالبكاراة والخلو من الحمل وغيرها) أنها من قبيل الشروط المطلوبة فى الأصل والمفترض تحققها فى الطرف الآخر، وكان يعتبر تخلفها من قبيل العيوب الموجبة للفسخ. ولذلك فعدم تحقق الصفة أو تحقق العيب يفضى إلى الفسخ حتى ولو لم يصاحب ذلك أى غش أو تديليس، المهم أن يكون الزوج الآخر - عند الزواج - غير عالم بهذا العيب، حيث لا يجوز افتراض رضائه هنا، فالشرط مطلوب فى الأصل ويؤدى تخلفه إلى انعدام أهلية الزواج.

والغلط طبقاً للمادة (٣٧) المشار إليها قد يكون غلطاً فى الشخص وقد يكون فى صفة جوهرية من صفاته.

(١) حلمى بطرس - المرجع السابق - ص ١٩٣ - ١٩٥.
(٢) توفيق فرج - المرجع السابق - فقرة ١٠١ ص ٤٧٣.
(٣) أحمد سلامة - المرجع السابق، فقرة ١٥٤، ص ٤١٣.

أولاً: الغلط فى الشخص:

الغلط فى الشخص هو ذلك الغلط الذى يرد على الشخصية ذاتها. ولقد أورد الأنبا الإيغومانوس فيلوثاوس فى "الخلاصة القانونية" مثالا لذلك بقوله: "وإن كان الغش من جهة المخطوبة ويعقد لها مع آخر غيره بحيث ينكر الزوج المظلوم على تلك المخطوبة المغشوشة عند ظهور الأمر له ويرفض الاختلاط مع من غش فيه... فكل ذلك موجب للفسخ بعد التحقيق الشرعى". ويقول شارح المجموع الصغوى إنه "إذا كان حصل غش من جهة المخطوبة بأن قدمت له واحدة ورأها ثم خطبها وبعد ذلك أدخلوا عليه أخرى... وهذا نادر جدا فى هذا الزمان الذى لا يتزوج فيه الرجل إلا بعد أن يرى المرأة وغالبا يتردد على بيت أهلها". ومع ذلك فمن الممكن تصور هذا الفرض إذا كان أحد الأطراف ضعيف البصر، فلم يتمكن من التفرقة بين من خطبها فعلا وبين من أدخلت عليه كزوجة، فإذا ثبت وتحقق الغلط، أمكن فسخ الزيجة، إذا لم يشأ الطرف الآخر أن يستمر الزواج بينه وبين الطرف الذى غش.

ولكن هل يمتد مفهوم الغلط فى الشخص ليشمل الغلط فى الشخصية المدنية على النحو الذى عرضنا له عند عرض موقف القانون المدنى الفرنسى بشأن الغلط فى الشخص؟

يذهب البعض إلى أن "الغلط فى الصفات قد يبطل الزواج إذا أفضى إلى الغلط فى الشخص، وصورة ذلك أن يتضح من ملابسات إنشاء العلاقة الزوجية أن الزوج قد انصرف نيتة إلى أن صفة من الصفات شرط فى العقد وأنه بدونها لا يتعاقد. أو كما إذا كانت الصفة - ولو عرضية - معينة للشخص ومثال ذلك أن يعزم سليمان على الزواج بابنة وزير بكر، فتقدم له شقيقتها التى سبق أن تزوجت ويتعاقد معها على أنها البنت البكر. تقرير ما إذا كان الغلط فى الصفة قد أدى إلى الغلط فى الشخص مسألة من مسائل الواقع متروك للقاضى تبيينها من ظروف الدعوى".

والمواقع أننا نميل إلى حصر الغلط هنا بالغلط فى الذاتية أى فى شخص المتعاقد فحسب دون ذلك الغلط فى صفة جوهرية تؤثر على تلك الذاتية، وحيث يقصد بالغلط فى ذاتية الشخص نفسه، أن يحل شخص محل شخص آخر، فرضا أحد الزوجين فى عقد الزواج يتجه بصفة رئيسية إلى

شخص الطرف الآخر، ولهذا فإن أى إبدال فى شأن الشخصية لا يتوافق معه الرضا، ويبدو اتجاه القضاء فى مصر إلى ذلك يؤيده ظاهر نص المادة (٣٧) من مجموعة الأقباط الأرثوذكس والتي فرقت بين الغلط فى شخص المتعاقد وبين الغلط فى الصفات الجوهرية ولم تعد بهذه الصفات إلا فى حالات معينة ذكرت بشأن الزوجة فقط خاصة وأنا أمام شريعة من شرائع الأرثوذكس التي لا تحصر أسباب انحلال الرابطة الزوجية فى سبب واحد وإنما تتعدد فيها أسباب الفرقة، ولذلك يبدو من المناسب عدم التوسع فى فهم مفهوم الغلط فى الشخصية.

ويلاحظ أن المادة (٣٧) من مجموعة الأقباط الأرثوذكس قد حددت الجزاء على وقوع الغلط فى شخص المتعاقد بقولها "وإذا وقع غش فى شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن فى الزواج إلا من الزوج الذى وقع عليه الغش" فالجزاء هنا هو البطلان النسبى وليس المطلق. وطبقاً للمادة (٣٨) يشترط للقضاء بالبطلان أن ترفع الدعوى فى خلال شهر من وقت العلم بالغش وألا يكون قد حدث اختلاط زوجى بين الزوجين منذ ذلك الوقت. ولا شك فى ملاءمة ومناسبة الجزاء وشروطه مع طبيعة نظام الزواج، وما يجب أن يتوافر له من استقرار سريع.

ثانياً: الغلط فى الصفة:

قلنا إن الفقه القبطى اعتد ببعض الصفات الجوهرية فى الشخص، وجعل تخلفها بمثابة عيوب مانعة. أما المجموعات القبطية الحديثة (مجموعة ١٩٣٨ و ١٩٥٥) فلقد نهجت نهجاً مخالفاً حيث لم تعتبر مثل تلك الصفات الجوهرية موانع للزواج، وإنما اعتبرت أن الأصل هى فى عدم الاعتداد بالصفات، ولكنها تخيرت بعض هذه الصفات وأدخلتها فى دائرة التعاقد وجعلت من الغلط فيها غلطاً جوهرياً يفضى إلى تعيب الإرادة.

وعلى ذلك لا يرجع فى شأن تحديد الصفات الجوهرية إلى كتب الفقه القبطى وإنما إلى نص التقنين القبطى المعمول به وهو تقنين عام ١٩٣٨ والتي حصرها فى اثنين - وفى الزوجة فقط - وهما: الغلط فى شأن البكارة، والغلط فى الخلو من الحمل.

وبناء على ذلك:

أ - لا يعد سلامة الزوجة من المرض بأحد أمراض القلب من قبيل الصفات الجوهرية، وعلى ذلك فالغلط في هذا الأمر لا يعد غلطاً في صفة جوهرية للزوجة يؤدي إلى المطالبة بإبطال العقد، وكذلك الحكم أيضاً بالنسبة لمرض الزوجة بمرض آخرن كالتدرن الرئوي.

ب - ولا يعد من قبيل الصفات الجوهرية كون الزوجة لم يسبق لها الزواج من قبل أو لم تكن مطلقة قبل زواجها الأخير. وعلى ذلك لا يبطل العقد إذا ادعى الزوج أن زوجته أدخلت عليه الغش حينما أخفت عنه أنها كانت متزوجة وسبق الحكم بتطبيقها فأوقعته في غش يتيح له أن يطلب إبطال العقد لأنه جبل على نزعة دينية يعتبر أن الذي يتزوج بمطلقة يزنى بها".

ج - ولا يعد كذلك من الصفات الجوهرية عدم كون الزوجة كبيرة السن (وذلك على خلاف ما ورد في الآثار القبطية الأولى والتي أشرنا لها من قبل) ولذلك فمن يتزوج ثم يتضح له من بعد أن زوجته متقدمة في السن وبالتالي تتعدم الكفاءة في السن - لا يعد أنه قد وقع في غلط جوهرى في الصفة.

وطبقاً لنص المادة (٣٧) من مجموعة الأقطاب الأرتونكس يعد غلطاً في صفة جوهرية "إذا وقع غش في شأن بكاراة الزوجة بأن ادعت أنها بكر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها أو في خلوها من الحمل وثبت أنها حامل".
ولا تقبل دعوى البطلان... إلا إذا قدم الطلب في ظرف شهر من وقت أن علم بالغش وبشرط أن لا يكون حصل اختلاط زوجى من ذلك الوقت"... (المادة ٣٨ من مجموعة ١٩٣٨).

وبناء على ما تقدم يشترط للقضاء بالبطلان الشروط الآتية:

(أولاً) أن يقع الزوج في غلط في شأن بكاراة الزوجة أو في خلوها من الحمل، حيث يجدها فور الدخول ثيباً أو حاملاً. وفي حالة عدم إقرار الزوجة بذلك. فإن عبء الإثبات يقع على الزوج حيث يدعى على خلاف الأصل، ويجوز الاستعانة برأى الخبراء من الأطباء المتخصصين.

(ثانياً) يجب ألا يكون السبب في الحمل أو في إزالة البكاراة راجعاً إلى الزوج قبل الزواج وأثناء الخطبة وهذا شرط بديهي، حيث لا يجوز للزوج أن يتضرر من فعل قد تسبب فيه.

(ثالثاً) يجب أن يثبت - فى شأن البكارة - أنها قد أزيلت بسبب سوء سلوك الزوجة، وعلى ذلك إذا كانت الإزالة نتيجة عملية جراحية أو لأم سبب آخر لا صلة له بسلوك الزوجة - ويستعان لتحديد ذلك بخبرة الأطباء المتخصصين - فلا يتحقق الشرط.

ويقع عبء إثبات سوء سلوك الزوجة المفضى إلى إزالة بكارتها على عاتق الزوج، فهو المدعى، ويجوز له الإثبات بكافة الطرق، ومنها إقرار الزوجة بأن آخر أزال بكارتها.

(رابعاً) أن "يقع غش فى شأن بكارة الزوجة بأن ادعت أنها بكر" (المادة ٣٧ من سنة ١٩٣٨) وذلك على خلاف الواقع والحقيقة.

ولكن ما المقصود بالغش فى هذا الصدد؟

يذهب اتجاه أول فى الفقه أنه يشترط أن يكون الوقوع فى الغلط نتيجة غش، أى نتيجة ادعاء كاذب لا سيما من شخص محل ثقة كبيرة من الشخص الآخر، ولا شك أن الزوج الآخر يكون محلاً لهذه الثقة ويتحقق هذا الكذب بادعائها فى العقد أنها بكر، فالكذب من الوسائل التدليسية فى هذه الحالة، فلا يلزم أن تكون الزوجة أو أحد أفراد عائلتها قد أدخل فى روع الزوج أنها بكر وليست ثيباً. ويرى آخرون أن مجرد كتمان كون الزوجة ثيباً وليست بكرًا يعد مبطلاً لعقد الزواج برغم أن هذا الكتمان لا يعد من قبيل الطرق الاحتمالية ولكنه يدخل فى مفهوم الغش. ويذهب آخرون إلى أن "الأصل هو أن الغش أو الطرق الاحتمالية التى يقوم بها أحد الطرفين فى الزواج لا أثر لها، مهما ترتب عليها من نتائج، لأن هذا أمر طبيعى لا مفر منه بالنسبة لكل زواج. إلا أن الأقباط الأرثوذكس يدخلونه فى الاعتبار إذا وقع فى بكارة الزوجة بأن ادعت أنها بكر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها، أو فى خلوها من الحمل وثبت أنها حامل. والغش فى هذه الحالة قاصر على مجرد ادعاء الزوجة البكارة أو الخلو من الحمل على خلاف الحقيقة".

أما عن موقف القضاء، فيبدو من مسلك محكمة النقض أنها تأخذ بحرفية النص القاضى "بأن ادعت أنها بكر" ولذلك استقر قضاؤها على أن "الغش فى بكارة الزوجة يجيز إبطال الزواج على أساس أنه غلط فى صفة جوهرية يعيب الإرادة وهو يتوافر بمجرد ادعاء الزوجة أنها بكر على خلاف

الحقيقة ثم يتبين فيما بعد أنها لم تكن بكرًا...".

ولكن هل إذا لم تدع الزوجة أنها بكر، وثبت أنها ثيب من بعد، فإن الغش لا يتحقق هنا، وبالتالي لا يجوز للزوج طلب الإبطال طالما لم يحدث ادعاء من الزوجة على خلاف الحقيقة، وهذا ما لا يمكن أن نؤيده، ولا بد للغش هنا من معنى آخر يكشف عن حقيقة نية واضع النص. ولقد رأينا - من قبل - أن الفقه القبطي قد اعتد بصفة البكارة في الزوجة واعتبر تخلفها من قبيل العيوب المبطلّة للزيجة، ولكن واضع مجموعة ١٩٣٨ صاغوا هذا العيب على شكل أنه غلط في صفة جوهرية في الزوجة، واشترطوا في هذا الغلط ألا يكون تلقائياً وإنما نتيجة غش من الزوجة بالادعاء بأنها بكر، وهذا لا سند له في أصول الفقه القبطي، ولذلك فإن كلمة الغش التي استخدموها هنا لا تعنى أكثر من أن الزوج كان يجهل هذا العيب، فليس بلزوم إذن للإبطال ادعاء الزوجة بأنها بكر، بل يكفي هنا، تحقق العيب فعلاً حتى ولو لم تتفه الزوجة عند زواجها بهذا الادعاء.

وعلى ذلك يجب فهم عبارة الادعاء بأنها بكر أنها تشمل كل موقف إيجابي أو سلبي يوحى للزوج بأن زوجته بكر، وذلك على خلاف الحقيقة. والموقف الإيجابي يتحقق بالتصريح للزوج بأن زوجته بكر، وليس بشرط في هذا التصريح أن يكون على لسان الزوجة وإنما من الممكن أن يكون على لسان أهلها أو غيرهم طالما لم تتف الزوجة هذا التصريح الكاذب. وأما الموقف السلبي فيتحقق بسكوت الزوجة أو أهلها عن التصريح بأنها ثيب مع ثبوت جهل الزوج بأن زوجته ليست بكر، هنا يتحقق الغلط ويتأكد العيب الموجب للإبطال.

هذا مع ملاحظة أنه لا أهمية على الإطلاق في إثبات حالة البكارة أو نفيها أن يرد في بيان في وثيقة الزواج بان الزوجة بكر - ويكون ذلك على خلاف الحقيقة - فقد قضى بأنه قد "درج رجال الدين على تقدم اسم الزوجين الذكر والأنثى بكلمة بكر على اعتبار أنهما لم يسبق لهما زواج - الأمر الذي لا يمكن الجزم معه بأن عبارة بكر المنسوبة للزوجة المقصد منها إثبات حالة بكارتها. وبناء على ما تقدم - وبعبارة أخرى - فإن اكتشاف الزوج عدم بكارة زوجته، إما أن يتحقق عن طريق غش بادعاء كاذب من الزوجة بأنها بكر،

وإما ألا يتحقق بمثل هذا الادعاء فنكون بصدد غلط تلقائي لم تصاحبه وسائل احتيالية أو غش، وفي كلا الأمرين نحن أمام غلط في صفة جوهرية تجيز المطالبة بإبطال العقد.

ولذلك فنحن نؤيد ما ذهبنا إليه محكمة النقض في بعض أحكامها من أن واقعة الغلط تعد مسألة موضوعية تستقل محكمة الموضوع بتقدير الأدلة فيها.

(خامساً) يجب أن يثبت عدم علم الزوج أن زوجته ثيباً أو حاملاً، فإذا ثبت هذا العلم انتفى ركن الغش، فمن غير المقبول أن يكون الزوج عالماً بذلك ثم يتم الدخول بالزوجة، ثم يدعى بعد ذلك حدوث غلط في صفة جوهرية في الزوجة.

(سادساً) ألا يثبت تنازل الزوج عن التمسك ببطلان عقد الزواج، وإجازته للعقد ولو بطريقة ضمنية. ويتحقق ذلك في صورتين نصت عليهما المادة (٣٨) من مجموعة الأقباط الأرثوذكس:

(أ) حدوث اختلاط زوجي بين الزوجين، وحيث يفهم من قبول هذا الاختلاط أنه إجازة ضمنية للعقد القابل للإبطال. ولكن ما المقصود بحدوث هذا الاختلاط؟ الواقع أن المادة ٣٨ المشار إليها تقضى بأنه لا تقبل دعوى البطلان إلا إذا قدم الطلب في ظرف شهر من وقت أن أصبح الزوج متمتعاً بكامل حرية أو من وقت أنه علم بالغش وبشرط أن لا يكون حصل اختلاط زوجي من ذلك الوقت. فهذا النص يتحدث عن طلب إبطال زواج لوغوعه بإكراه، وإبطال للغش في البكارة أو الحمل، ومفهوم أن طلب الإبطال للإكراه يتقيد حتماً بعدم حدوث اختلاط بين الزوجين، فأحدهما كان ضحية إكراه ولذلك لا يتصور اختلاط زوجي في هذا الصدد وإلا فإنه يعني القبول بحرية وإجازة للعقد، أما في حالة الإبطال للغش في البكارة أو الحمل، فيجب أن نفهم الاختلاط الزوجي بأن هذا الاختلاط يقع للمرة الأولى التي تؤدي إلى اكتشاف عدم البكارة ثم يمتنع الزوج بعد ذلك عن الاستمرار في الاختلاط ويبادر برفع دعوى الإبطال، أما في حالة الإبطال للغش في كون الزوجة حامل، فإن الاختلاط - المقصود أن يقع أكثر من مرة - فالمهم في الحالة الأخيرة المبادرة برفع الدعوى بعد اكتشاف الحمل.

ويراعى أن مسألة حدوث الاختلاط الزوجي بعد اكتشاف الغلط يعد مسألة موضوعية تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض.

(ب) فوات شهر من تاريخ اكتشاف الغلط دون رفع الدعوى به، حيث تقضى المادة (٣٨) من مجموعة الأقباط الأرثوذكس بأنه "لا تقبل دعوى البطلان إلا إذا قدم الطلب في ظرف شهر ... من وقت أن علم بالغش". وهذه المادة تعد مدة سقوط لا تقبل الوقف أو الانتطاع. ويقصد بالطلب المشار إليه المطالبة القضائية التي تتم بإجراء صحيح عن طريق رفع الدعوى وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات وفي القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. ويراعى أن ميعاد الشهر المشار إليه يبدأ من تاريخ العلم اليقيني بالغش المدعى به. وتخضع واقعة العلم اليقيني لتقدير محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض.

المطلب الثالث

الإكراه

في مجموعة الأقباط الأرثوذكس، تقضى المادة (٣٧) من مجموعة ١٩٣٨ بأنه "إذا عقد الزواج بغير رضاء الزوجين أو أحدهما رضاء صادرا عن حرية واختيار فلا يجوز الطعن فيه إلا من الزوجين أو من الزوج الذي لم يكن حرا في رضائه....".

وطبقا للمادة (٣٨) "لا تقبل دعوى البطلان ... إلا إذا قدم الطلب في ظرف شهر ن وقت أن أصبح الزوج متمتعاً بكامل حريته....".

تحديد المقصود بالإكراه في شرائع غير المسلمين:

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد. والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد.

وفي القانون الروماني يفرق الفقهاء بين الإكراه المادي، والإكراه المعنوي أو الخوف أو التهديد. وذهبوا إلى أن الإكراه المعنوي لا يفقد الاختيار، وكانت عبارتهم الشائعة أن من أراد مكرها، قد أراد دائما، وعلى ذلك فالعقد لا يعد باطلا في الأصل، غاية الأمر أن الإرادة فيه معيبة فقط. هذا وقد منح البريتور العاقد المكره دفعا، ودعوى جنائية، كما كان من الممكن

إصدار أمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه لمصلحة العاقد المكره، الأمر الذى يؤدي فى النهاية إلى نقض العقد، وقد طبقت القواعد السابقة على عقد الزواج.

وفى القانون المدنى الفرنسى قضت الفقرة الأولى من المادة (١٨٠) بأن الزواج الذى يتم بغير رضا حر من الزوجين أو من أحدهما يطعن فيه من الشخص الواقع فى الإكراه. وهذا الإكراه الذى يعيب الرضا بالزواج ليس له مميزات خاصة عن ذلك الإكراه الذى يعيب للرضا فى سائر العقود الأخرى.

ويتحقق الإكراه بوجود خطر محقق بأحد المتعاقدين أوجد فى نفسه رهبة دفعته إلى التعاقد. فهو كل ضغط مادى أو معنوى يمنع الرضاء من أن يكون حراً وعن اختيار، ولا يهم ما إذا كان هذا الضغط قد أحدثه العاقد الآخر أم شخص غيره، ولا يهم أن يقع هذا الضغط على العاقد نفسه أو على شخص آخر تربطه به صلة قرابة أو مصاهرة المهم أن يكون هناك تهديد بخطر جسيم حال، ومؤثراً فى الإرادة، أى دافعاً إلى إتمام الزواج. ويراعى أن تقدير قيام هذا التهديد المولد للرهبة الدافعة للتعاقد يترك لتقدير القاضى على أن يتبع فى تقديره معياراً ذاتياً، حيث يجب أن ينظر إلى جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ما من شأنه أن يؤثر فى جسامته الإكراه.

والإكراه قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً، فالإكراه المادى أو الحسى يعدم الإرادة تماماً، حيث لا إرادة إطلاقاً مع وجود هذا الإكراه المادى. وقد يكون الإكراه معنوياً أو نفسياً، وهو الغالب، وهذا الإكراه لا يعدم الإرادة ولا يفقد الاختيار، وإنما يكون الشخص فيه قد أراد لأنه أجبر وأكره على ما يريد، وفى هذا النوع من الإكراه تستعمل وسائل مادية أو معنوية لتهديد المتعاقد الآخر بالحاق الأذى به أو بشخص عزيز عليه، فتتولد فى نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد درءاً لهذا الخطر المهدد به، وعلى ذلك من يرضى بالزواج خوفاً من القتل يكون قد أراد بلا شك ولكنه لم يردده عن حرية واختيار، فالإرادة موجودة، ولكن إنتقص من حريتها، حيث وازن الشخص بين الضررين واختار أهونهما، ولذلك يعد الإكراه المعنوى عيباً للإرادة والجزاء عليه هو البطلان النسبى لا المطلق، ويتنصر الحق فى طلب الإبطال على الطرف المكره فقط، وتسقط دعوى الإبطال بمضى ستة أشهر من زوال الإكراه.

وفى الفقه المسيحى الغربى، كان الإكراه يعد قديماً من موانع الزواج

والتي كان لا يجوز الإعفاء منها، وهو إما مادي وإما معنوي، والإكراه في صورته المعنوية لا يعدم الرضا، ولكنه يحدث خلافاً في الحالة النفسية سببها الرهبة والخوف من خطر حال أو مستقبل وحيث يتمثل في أعمال التهديد التي تنشئ هذه الحالة من الخوف. أما المعيار الذي يأخذ به في الإكراه فهو معيار شخصي ينظر فيه إلى حالة الشخص المكره، غير أن أعمال التهديد قد تقع عليه أو على شخص عزيز لديه. أما النفوذ الأدبي أو الشوكة أو الاحترام الزائد فلم يدخلوه ضمن وسائل الإكراه. ولقد استقر الرأي في هذا الفقه على أن البطلان المقرر كجزاء للإكراه هو بطلان مطلق لا نسبي، ومع ذلك فيزول هذا البطلان إذا رضى الزوج المكره بالزواج بعد زوال التهديد، على ألا يكون لرضائه أثراً رجعياً، وإنما يعد رضاً جديداً، أي أننا نكون بمثابة تعاقد جديد، وهذا الرضا قد يكون صريحاً وقد يتكون ضمناً كقبول الاشتراك في المعيشة أو الاختلاط الجنسي بين الزوجين بعد زوال الإكراه، كل ذلك والفرض هنا أن الطرف الآخر لا زال قابلاً، أما إذا رغب عن هذا الزواج، فإن هذا الرضا الجديد لن يجد ما يقابله، وهذا ما يؤكد أن البطلان كجزاء للإكراه هو مطلق وليس بطلاناً نسبياً.

وفي الفقه المسيحي الشرقي، فإنه نظراً لقبول الزواج للإحلل بالتطليق في الشرائع المسيحية الشرقية، لذلك لم تهتم تلك الشرائع بالإكراه باعتباره عيباً من عيوب الرضا بقدر اهتمام الشرائع الغربية به.

ومع ذلك فلقد أورد ابن العسال في باب موانع الزواج وفي القسم الخامس عشر من قبيل هذه الموانع: "عدم رضى كل من الرجل والمرأة بزيجة الآخر أو رضاه اغتصاباً بأحد وجوه القهر وذلك ضربان:

(الأول) بغير رأى الذي هو تحت الحجر لا يكون إملاكه ولا يكون تزويج إلا أن يتراضى المقترنان والذين هما في حجرهم وهذا يمنع من التزويج والإملاك ولا يمنع من الخطبة.

(والضرب الثاني) لا يجوز لرئيس ناحية ولا لوالدها ولا أولاده ولا أحد من خواصه أن يملكوا على أحد منها بعناية وكذلك عدم بلوغهما وهذا لا يمنع من الخطبة.

وورد في قوانين ابن لقلق: "وأما الزيجات المكرومة المستقبحة فمنها

ما يمنع بسببه الزواج فإن اتفق الزوجان منها لم يفسخ بهذا السبب وهو عدم البلوغ والرضى إكراهاً".

وورد أيضاً في المسألة الخامسة والعشرين من الخلاصة: "أما عدم رضى الزوجين أو عدم رضى أحدهما إن كانا بعد عقد الزواج لم يختلطا ببعضهما كازواج أو أنهما أُجبرا قهراً على الدخول بدنياً لكنهما تنافرا وانفصلا عن الفراش من المبادئ جملة ولم يعودا يتفقان ويمتزجان امتزاجاً زوجياً فالشريعة توجب فسخهما بعد التحقيق الدقيق. أما إن كانا اختلطا ببعضهما كازواج بعد عقد الزواج فلا يفرقان لأن اختلاطهما دليل على رضاهما ببعضهما".

يتبين من النصوص السابقة أن الإكراه يعد مانعاً من موانع الزواج، ولكن إذا حدث وتم للزوج وكان الإكراه قد زال، فإنه لا يمكن الاستناد إلى الإكراه السابق لفسخ أو إبطال الزيجة طالما أنه حدث اختلاط بين الزوجين حيث يستفاد منه تحقق الرضا، ولكن إذا لم يحدث هذا الاختلاط، فإن هذا معناه بقاء الإكراه قائماً منتجاً لآثاره بحيث يجوز عندئذ القضاء بإبطال هذا الزواج.

وبعد أن عرضنا لموقف شرائع غير المسلمين من الإكراه، نعرض الآن لموقف مجموعاتهم القانونية من هذا العيب.

الإكراه لدى الأقباط الأرثوذكس:

طبقاً للمادة (٣٧) من مجموعة الأقباط الأرثوذكس، يعد الإكراه من العيوب التي تعيب الإرادة فتفسد الرضا وتجعل العقد باطلاً بطلاناً نسبياً.

وهذا البطلان النسبي لا يجوز أن يتمسك به إلا للزوج الذي كان واقعاً تحت الإكراه فلم يكن حراً في رضائه، وهو بطلان لا يقع إلا بحكم من المحكمة وطلب من هذا الطرف.

كما أن هذا البطلان يزول وبالتالي يصبح العقد صحيحاً، إذا أجاز العاقد الذي عيبت إرادته وفسد رضائه هذا التعاقد، وتلك الإجازة تتحقق - لدى الأقباط الأرثوذكس - إذا ما مضى شهر من وقت أن أصبح الزوج المكره متمتعاً بكامل حريته ورضاه دون أن يرفع دعوى الإبطال. وإذا حدث اختلاط زوجي، حتى ولو قبل ذلك، فإنه يسقط الحق في الإبطال.

المختصر

الصفحة

الموضوع

٥ مقدمة
	الباب التمهيدي
٧	في التعريف بغير المسلمين وبيان شرائعهم وشروط انطباقها
٩ الفصل الأول: تحديد مسائل الأحوال الشخصية
٤٩ الفصل الثاني: القضاء المختص بنظر مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين
٦٣ الفصل الثالث: تحديد غير المسلمين وبيان شرائعهم
١١٧ الفصل الرابع: شروط انطباق شرائع غير المسلمين
	القسم الأول
٢٠٢	رابطة الزواج في الشرائع غير الإسلامية
	فصل تمهيدي
٢٠٢	التعريف بالزواج وبيان خصائصه وقاياته
	الباب الأول
٢١٣	الخطبة في الشرائع المسيحية
٢١٣ الفصل الأول: التعريف بالخطبة
٢١٩ الفصل الثاني: انعقاد الخطبة
٢٣١ الفصل الثالث: آثار الخطبة
٢٣٧ الفصل الرابع: انقضاء الخطبة
	الباب الثاني
٢٥٧	إنشاء الزواج
٢٥٩ الفصل الأول: الشروط الموضوعية للزواج