جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
فاس

محاضرات في قانون الأسرة

أعدت لطلبة السنة الثانية حقوق السداسية الثالثة (3)

قسم القانون بالفرنسية

من إعداد موحى ولحسن ميموني

مدخل عام

الزواج

انحلال ميثاق الزواج

السنة الجامعية: 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على مولانا رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين.

تقديم:

أيها الطلبة والطالبات السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

كما تعرفون، فإن «مادة قانون الأسرة» هي مادة مقررة بالنسبة لطلبة الحقوق، جذع مشترك، في السداسية الثالثة من السنة الثانية للإجازة الأساسية، وهي مادة تدرس بالنسبة لطلبة القانون في القسم الفرنسي باللغة العربية، ولذلك ما يبرره، ومنه ما يلي:

1- إن قانون الأسرة هو قانون مغربي أصيل (أي أنه غير مقتبس من أي قانون آخر كما هو الشأن بالنسبة لبعض القوانين الأخرى). وقد وضع أو صيغ ابتداء من لدن المشرع المغربي باللغة العربية عن طريق لجنة فقهية وعلمية عينت لهذا الغرض، كما سنرى بالتفصيل فيما بعد، إذ تم استمداده من أحكام الشريعة الإسلامية وفق المذهب المالكي إلا في بعض الاستثناءات التي أخذت من المذاهب الفقهية الأخرى؛

2- إن قانون الأسرة يعد من المواد القانونية المرتبطة بالمجتمع بشكل وثيق، وواسع، ومكثف لأنه يتعلق بالأسرة، وهي المنبت الطبيعي والشرعي والقانوني الذي ينشأ فيه كل إنسان، لذلك فإن أحكام قانون الأسرة تشمل جميع أفراد المجتمع بدون استثناء سواء في الزواج أو الطلاق أو النسب أو الحضانة أو النفقة أو الوصية أو الميراث...؛

3- إن «مادة قانون الأسرة» تشكل فرصة حقيقة، فعلية، ومناسبة لطلبة القسم الفرنسي للاستفادة من التناوب اللغوي في التدريس، وهي فرصة لهم كذلك للقراءة القانونية باللغة العربية.

نعم إن اختيار الطالب إتمام دراساته الجامعية في شعبة القانون باللغة الفرنسية، أمر في غاية الأهمية، لما تتمع به المدرسة القانونية الفرنسية، في المجال القانوني بشكل عام، من عمق تاريخي وفلسفي وقانوني كبير، ومهم، وملهم لعدد من القوانين المقارنة على الصعيد العالمي، وخاصة مدونة القانون المدني[1]، وهو ما سيمكنه - أي الطالب- من الاستفادة من هذه اللغة في دراسة عدد من القوانين المقارنة، خاصة من تابع دراسته العليا في الماستر أو الدكتوراه. ولكن للغة الغربية كذلك أهميتها في التكوين القانوني، لأنها هي اللغة الرسمية للبلاد بحكم الدستور[2]، وهي لغة معتمدة في مباريات المهن القانونية أو مهن العدالة، كما أن اللغة العربية هي لغة التقاضي، ولغة الترافع، ولغة تحرير الأحكام القضائية. لذلك فإن دراسة قانون الأسرة باللغة

1- تشمل مدونة القانون المدني قانون الإسرة إلى جانب الالتزامات والعقود.

2- نص الفصل (5) من الدستور المغربي لسنة 2011 على أن: «تظل العربية اللغة الرسمية للدولة. وتعمل الدولة على حمايتها وتطويرها، وتنمية استعمالها».

العربية هو فرصة للاحتكاك باللغة القانونية العربية، وكذلك لتشجيع الطلبة في القسم الفرنسي على القراءة باللغة العربية والاستئناس بها في مختلف المواد القانونية الأخرى، كما أنه يتعين على طلبة القانون في القسم العربي أن يتعودوا على القراءة باللغات الأجنبية.

مدخل عام:

سوف نتناول في هذا المدخل العام السياق التاريخي للقانون المغربي للأسرة (I) ثم نتكلم بعد ذلك عن مسار الانتقال من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة (II).

I- السياق التاريخي لقانون الأسرة المغربي:

لم يكن المغرب، في مرحلة ما قبل الاستقلال، يتوفر على مدونة الأحوال الشخصية أو مدونة الأسرة[3]، إذ إن الأسرة المغربية كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية وفق المذهب المالكي من جهة، والأعراف المحلية من جهة أخرى[4]. كما أن مجال الأسرة بقي بعيدا عن التقنين الذي باشرته سلطات الحماية الفرنسية بالمغرب في ميادين قانونية أخرى[5]. بيد أن منهجية التقنين الجديدة التي أدخلها المشرع في عهد الحماية إلى البلاد، وما أفرزته من فوائد عملية سواء على الصعيد القانوني أو على الصعيد القضائي، جعل المشرع المغربي يلتفت مباشرة بعد الاستقلال إلى أهمية تقعيد الأحكام الفقهية والقضائية في مدونات قانونية عصرية، بهدف تحقيق الوحدة القانونية من ناحية، وتوحيد العمل القضائي وتيسيره من ناحية ثانية، وتجاوز بعض الأحكام الفقهية والعرفية التي لم تعد تتماشى مع متطلبات العصر الحاضر من ناحية ثالثة.

ولتحقيق هذه الأهداف في مرحلة ما بعد الاستقلال تم إحداث لجنة لوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي بموجب الظهير الشريف رقم 1.57.190 الصادر بتاريخ 22 محرم 19/1377 غشت 1957[6]. وقد

3- المقصود بقانون الأسرة في هذا السياق هو مدونة القانون وفق منهج التشريع الحديث المقتبس من القوانين الأجنبية الأوربية.

4- كان ميدان المعاملات يخضع في مغرب ما قبل الحماية، كما يجسد أستاذنا محمد شيلح: «لنمطين من أنماط القانون: الفقه المالكي الجاري به العمل من حيث المبدإ في المدن العتيقة على وجه الخصوص، والعرف الجاري به العمل من حيث المبدإ في البوادي». محمد شيلح، «القانون المدني: خلاصة المحاضرات الخاصة بالمدخل العام للنظرية العامة للالتزام في ضوء القانون المغربي»، السنة الجامعية 2004/2003، ص: 3. ولمزيد من الاطلاع على بعض الأعراف السائدة في مجال الأسرة يمكن الرجوع، على سبيل المثال فقط، إلى كتاب روبير أسبينون، «أعراف قبائل زيان: مساهمة في دراسة القانون العرفي الأمازيغي المغربي»، ترجمة محمد أوراغ، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، 2007، ص: 77 وما بعدها. ويمكن الرجوع كذلك في شأن ازدواجية القانون والفقه والعرف، إلى كتاب الأستاذ محمد جلال السعيد، «مدخل لدراسة القانون»، مكتبة دار الأمان 4 زنقة المامونية، الرباط، 1993، ص: 108 وما بعدها. وكذلك عمر بن عبد الكريم الجيدي، «العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب»، مطبعة فضالة، المحمدية (المغرب)، 1982، ص: 214 وما يليها.

5- أصدر المشرع في بداية عهد الحماية في منطقة الحماية الفرنسية عددا من النصوص القانونية منها: قانون الالتزامات والعقود (ظهير 12 غشت 2013)- القانون التجاري (ظهير 12 غشت 2013)- قانون التحفيظ العقاري (ظهير 12 غشت 2013)- قانون الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب (ظهير 12 غشت 2013)- قانون بيع ورهن الأصول التجارية (ظهير 31 دجنبر 2014)- القانون الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة (2 يونيو 1915).

6- منشور بالجريدة الرسمية عدد 2341 بتاريخ 1957/9/6.

تضمن هذا الظهير في ديباجته ما يلي: «وحيث إن مادة الفقه الإسلامي بغزارتها ودقتها وتشعبها يمكن أن يؤدي النظر فيها إلى تأويلات عديدة؛

وحيث إنه أصبح من الضروري الأكيد جمع أحكام الفقه الإسلامي في مدونة تيسر تعليمه وتسهل إجراء العمل به وتطبيق مقتضياته؛

ورعيا لما في ذلك من الفائدة للمتحاكمين والنتيجة الحسنة لضمان سير القضاء، فقد أصدرنا أمرنا الشريف بما يأتي:

الفصل الأول: «تحدث تحت رعاية جنابنا الشريف لجنة مختصة تقوم بوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي تكون بمثابة قانون موحد يصبح بمقتضى ظهير شريف يصدره جنابنا العالي بالله معمولا به في سائر محاكم مملكتنا المغربية».

وقد عبر الملك محمد الخامس رحمه الله عن الأهداف المنتظرة من إحداث اللجنة المذكورة في الخطاب الذي ألقاه في حفل تدشين أعمالها بقوله :«...ولا يخفى أننا أمة عريقة في ميدان الدراسات الفقهية والتشريع نملك من ذلك ثروة تغنينا عن اتخاذ قوانين موضوعة لدول أخرى غير أن كل ما ينقص هذه الثروة هو إظهارها بالمظهر الحقيقي لها بعيدة عما علق بها من تأويلات عقيمة وعادات فاسدة أصبحت بحكم تداولها مع تقادم العهد من مضافات الشريعة الإسلامية ومعدودة منها وقد أخر بعض تلك المضافات تطور البلاد ورقيها فواجبنا إذن هو أن نعود إلى ثروتنا الفقهية ونعمل على إحيائها وذلك بتأليفها في مواد منسقة مضبوطة على شكل -مدونة- وهو عمل جليل سبقتنا إليه بعض البلاد الإسلامية مقدرة فائدته ونفعه وهذا ما نريد أن يضطلع به فقهاؤنا....» [7].

وقد انكبت اللجنة التي أحدثت لتدوين أحكام الفقه الإسلامي في بداية عملها على وضع مدونة للأحوال الشخصية[8]. فشرعت، بدون تأخير، في دراسة مشروع المدونة الذي أعدته وزارة العدل وتمكنت من إتمام مناقشة وإعداد الكتاب الأول المتعلق بالزواج والكتاب الثاني المتعلق بانحلال ميثاقه (الوفاة والطلاق بمختلف أنواعه) فتم إصدارهما بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.57.343 بتاريخ 28 ربيع الثاني 22/1377 نونبر 1957[9].

ثم إن اللجنة واصلت عملها بشكل مسترسل وبدون توقف إلى أن تم إصدار الظهائر الشريفة الآتية:

7- مجلة القضاء والقانون، العدد 5، يناير 1958، ص:434.

8- نص الفصل الأول من الظهير الشريف رقم 1.57.343 الصادر بتاريخ 28 ربيع الثاني 22/1377 تونبر 1957 على أنه: «ستنشر سلسلة كتب في موضوع أحكام الأحوال الشخصية، ويتألف من مجموعها مدونة تحمل اسم مدونة الأحوال الشخصية».

9- منشور في الجريدة الرسمية عدد 2354 الصادرة بتاريخ 13 جمادى الأولى 6/1377 دجنبر 1957 ودخل حيز التنفيذ بموجب الفصل (2) منه ابتداء من 1 يناير 1958.

- الظهير الشريف رقم 1.57.379 الصادر في 25 جمادى الأولى 18/1377 دجنبر 1957 يتضمن الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها[10]؛

- الظهير الشريف رقم 1.58.019 الصادر في 4 رجب 25/1377 يناير 1958 يتضمن الكتاب الرابع المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية[11]؛

- الظهير الشريف رقم 1.57.073 الصادر في 30 رجب 20/1377 فبراير 1958 يتضمن الكتاب الخامس المتعلق بالوصية[12]؛

- الظهير الشريف رقم 1.57.379 الصادر في 13 رجب 3/1377 أبريل 1958 يتضمن الكتاب السادس المتعلق بالميراث[13].

ومع إصدار هذا الظهير الشريف الأخير المتعلق بالميراث اكتملت مدونة الأحوال الشخصية المغربية. فما هي مميزات هذه المدونة؟ وماهي النتائج التي تحققت بإصدارها؟ وماهي الإصلاحات التي أدخلت عليها؟ ولماذا عوضت بمدونة الأسرة؟

II- مسار مدونة الأحوال الشخصية من مفهوم قانوني جديد إلى إلغاء قانوني بديل:

يجب أن نتعرض في البداية إلى مفهوم الأحوال الشخصية باعتباره مفهوما قانونيا ولج إلى القانون المغربي للأسرة بسن مدونة الأحوال الشخصية (1) ثم نردفه بالكلام عن جسر الانتقال من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة (2).

1- مفهوم الأحوال الشخصية:

لم يكن مصطلح «الأحوال الشخصية» موجودا في المؤلفات الفقهية التي كانت معتمدة في المذهب المالكي المطبق في المغرب. كما أن هذا المصطلح لم يكن متداولا في مؤلفات مختلف المذاهب الفقهية الأخرى[14]. وقد اعتمده المشرع المغربي لتسمية المدونة التي وضعها لتنظيم الأسرة في عهد الاستقلال لكن دون أن يعطي أي تعريف «للأحوال الشخصية». غير أن المذكرة الإيضاحية التي أعدتها وزارة العدل لتقديم

10- منشور بالجريدة الرسمية عدد 2358 بتاريخ 11 جمادى الثانية 3/1377 يناير 1958.

11- منشور بالجريدة الرسمية عدد 2363 بتاريخ 17 رجب 7/1377 فبراير 1958.

12- منشور بالجريدة الرسمية عدد 2367 بتاريخ 16 شعبان 7/1377 مارس 1958.

13- منشور بالجريدة الرسمية عدد 2371 بتاريخ 14 رمضان 4/1377 أبريل 1958.

14- تقول بعض المصادر إن محمد قدري باشا هو أول من استعمل مصطلح الأحوال الشخصية في بعض كتاباته، ومن ذلك كتابه المسمى: «الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان».

مشروع مدونة الأحوال الشخصية للجنة المحدثة لتدوين أحكام الفقه المالكي ورد فيها: «اعتنت الشريعة الإسلامية بنظام الأسرة وعلاقة أعضائها بعضهم ببعض وهو ما يسمى اليوم بالأحوال الشخصية»[15].

ونعتقد أن مفهوم الأحوال الشخصية ترسخ في المغرب مثل غيره من الدول ذات المرجعية الإسلامية، بالدرجة الأولى، بمقتضى آليات القانون الدولي الخاص التي دخلت إلى هذه الدول في مرحلة الاستعمار. وقد ترسب هذا المفهوم في الدول المذكورة بسبب استباق جمع وتدوين الأحكام المتعلقة بالأسرة في مدونات قانونية عصرية لتثبيت محفوظية التشريع في مجال الأسرة للشرع الإسلامي، لما لهذا المجال من ارتباط وثيق بالدين. وإن كانت الاعتبارات السياسية والإيديولوجية غير غائبة عنه خاصة بالنسبة للأنظمة السياسية التي جددت مشروعيتها السياسية في عهد ما بعد الاستعمار على المشروعية الدينية.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية في قرار أصدرته بتاريخ 21 يونيو 1934 بقولها: «الأحوال الشخصية هي مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية.

أما الأمور 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 في فكرة التصدق المندوب إليه ديانة فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية الأمر الذي يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحتوي عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شيء مما تختص به من تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة الموصى بها».

وقد عرف الأستاذ موحاند إسعاد الأحوال الشخصية بقوله: «الأحوال الشخصية هي مجمل العلاقات والأوضاع القانونية المتصلة بذاتية الشخص وبعلاقاته العائلية»[16]. وذكر الأستاذ مبروك بنموسى أن وزارة العدل التونسية أجابت على أحد أسئلة مجلس النواب بمناسبة مناقشة مشروع قانون المجلة التونسية

15- علال الفاسي: «التقريب: شرح مدونة الأحوال الشخصية الكتابان الأول والثاني»، نشر مؤسسة علال الفاسي، إعداد وتصحيح عبد الرحمن بن العربي الحريشي، 1986، ص:7.

16- مبروك بنموسى، «شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص»، المطابع المغاربية للطباعة والنشر والإشهار، تونس، الطبعة الأولى، 2003، ص:360.

للقانون الدولي الخاص بأن القصد من عبارة الأحوال الشخصية «هو كل ما يتعلق بحياة الإنسان الشخصية التي لها علاقة بالأسرة من يوم الولادة إلى تلاشي ذمته المالية ووفاته وقسمة تركته»[17].

ولخص الأستاذ علال الفاسي رحمه الله مسألة الأحوال الشخصية في المغرب وغيره بقوله: «قدمنا، من قبل، أن الفقهاء الأقدمين كانوا يضعون مسائل الأحوال الشخصية في أبواب تحمل اسم النكاح والطلاق وما إليهما. وأطلق المدونون الأولون من المحدثين على الأحوال قوانين الأسرة والعائلة.

أما كلمة الأحوال فهي اصطلاح كان أول من استعمله الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر (12) والثالث عشر (13)، إذ كان يقوم في ايطاليا نظامان قانونيان، أولهما روماني وكان يعتبر هو القانون العام، لأنه كان يطبق في سائر ايطاليا. والثاني اعتبر نظاما محليا لأنه لا يتجاوز حدود فيودالية من الفيوداليات أو إحدى المدن. فكان تنازع القوانين، يقع كثيرا بين الراغبين في تطبيق القانون العام وبين الراغبين في تطبيق القوانين المحلية. فأطلقوا على الفقه الروماني كلمة قانون، وأطلقوا على القوانين المحلية اسم الحال الذي يجمع على أحوال، وعنوا بالإطلاق الأول القانون الذي يصحب الإنسان حيثما كان وبالثاني ما يطبق في مكان معين.

ومع قيام الوحدات القومية لم يعد هناك قانون عام وخاص، بل أصبح القانون يطبق على أراضي الدولة كلها، فاصطلح الإيطاليون واقتفى أثرهم الآخرون وأصبح القانون المدني المقارن يقسم إلى نوعين من القواعد، ما يرجع للروابط الشخصية أي ما يتعلق بالأشخاص من جهة حالتهم وأهليتهم وجنسيتهم ويسمى بالأحوال الشخصية.

وما يتعلق بالروابط المالية أو بالمال في تصرفاته ويسمى بأحوال الأموال ثم اختصر المضاف فقيل (الأموال) مقابل الأحوال، وربما أطلق على الثانية الأحوال الشخصية والأولى الأحوال العينية.

ووصف الأحوال الشخصية لا يعني أن هناك مجموعة من الروابط تسمى الأحوال الشخصية وإنما يعني أن هناك مسائل يحكمها القانون الشخصي للمتقاضين أو لأحدهما. فاتصالها بشخص الإنسان إنما هو مناسبة لتبرير سريان القانون الشخصي عليها. فالأحوال الشخصية لا تعرف طائفة من الروابط ولكن تبحث في مسائل يحكمها القانون الشخصي.

والمقصود بالقانون الشخصي ما يعتبره النظام الشرعي المغربي كذلك فالأحوال الشخصية إذن هي مسائل يحكمها القانون الشخصي على أساس أنه النظام الوطني.

ولم تهتم المدونة بتعريف الأحوال الشخصية مكتفية بعد مسائلها التي جمعتها في ستة كتب، الزواج وما إليه، وانحلال ميثاق الزواج، والولادة ونتائجها، والأهلية والنيابة الشرعية. والوصية والميراث. وقد اعترف الكثير من الفقهاء المعاصرين بصعوبة وضع تعريف للأحوال الشخصية لأنها قوانين خاصة فلكل بلد قانونها

17-مبروك بنموسى، «شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص»، مرجع سابق، ص:361/360.

الشخصي الذي يختلف في بعض جزئياته عن غيرها من البلدان. وهناك سؤال يعرض هنا، هل هذا التعداد قصد به الحصر أم هو مجرد سرد لمسائل يمكن أن يضاف إليها غيرها، ولا شك أن هيئة تشريع المدونة قصدت حصر كل ما يدخل في الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين المغاربة. فالقانون شخصي وديني معا. فهي لم تعتبره بمثابة نظام عام يطبق على جميع المغاربة والمقيمين في المغرب على اختلاف دياناتهم وجنسياتهم، وذلك ما اقتضته ظروف ما بعد الاستقلال التي اهتم فيها المسؤولون بمغربية القضاء دون توحيده. فقد أقر المشرع تعدد جهات القضاء وتعدد التشريع، وإن نسق المحاكم كلها في يد وزارة العدل، وهذا ما يعتبر من بقايا الاستعمار التي يجب التحرر منها. ومن المفيد أن ننقل هنا ما كتبناه من تحليل هذه المسألة ونشرناه في مجلة البينة في ما يلي:

فإذا انتقلنا إلى النظام العام فإننا نجد الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب ما تزال طبق الأنظمة القديمة. فقد نصت المادة الثالثة من قانون الإجراءات الطنجي على أن الأجانب يعاملون بمقتضى قانونهم الوطني فيما يرجع لحالتهم الخاصة وهذا ما ينطبق بالفعل على الفرنسيين وغيرهم طبقا للمادة 11 من ظهير 7 غشت 1913 التي تعطيهم الحق في أن يتزوجوا طبقا لقانون بلادهم أو للقانون المغربي.

ويترتب على هذا البحث لكل مواطن أجنبي عن قانونه الخاص. فإذا كانت بلاده تبيح له الزواج الديني صح ذلك في المغرب وإلا أجبر على الزواج المدني طبقا للشكل المعتاد في بلاده أو طبقا للقانون المغربي الإسلامي. ذلك ما يقتضيه منطوق الظهير. ولكن (ايمانويل ديران) يؤيد ضرورة اعتبار القانون المدني في حالة اختيار الفرنسي الزواج طبقا للنظام المغربي ويقول: (وهذا القانون المغربي لا يمكن أن يكون إلا قانونا عصريا بمقتضى الحالة المدنية المعينة 1915، فالفرنسي لا يجد في قانونه الوطني ولا في القانون المغربي ما يسمح له بالزواج الديني في المغرب. بينما الإيطالي نظرا للاختيار المعطى له يمكن أن يتزوج دينيا في المغرب لأن ذلك يسمح به قانونه الوطني»[18].

والسؤال الذي نود طرحه الآن هو: هل مازال بحث مفهوم الأحوال الشخصية مفيدا بعد استبدال مدونة الأحوال الشخصية باسم مدونة الأسرة؟

لئن كان المشرع المغربي استعاض عن تسمية مدونة الأحوال الشخصية باسم مدونة الأسرة[19]، فإن مصطلح الأحوال الشخصية ما زال معتمدا في جملة من النصوص القانونية: نذكر منها:

1- ديباجة مدونة الأسرة التي جاء فيها: «وحرصا على حقوق رعايانا الأوفياء المعتنقين للديانة اليهودية، فقد أكدنا في مدونة الأسرة الجديدة، أن تطبق عليهم أحكام قانون الأحوال الشخصية المغربية العبرية».

18- علال الفاسي، «التقريب: شرح مدونة الأحوال الشخصية الكتابان الأول والثاني»، مرجع سابق، ص: 97/96/95.

19- Art.1:«La présente loi est dénommée Code de la famille. Elle est désignée dans la suite du présent texte par le code».

وقد ترجمت مدونة الأسرة هذا التمييز في القانون المطبق على المغاربة المسلمين والمغاربة اليهود في المادة الثانية عندما نصت على أنه: «تسري أحكام هذه المدونة على:

1 - جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى...

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية».

2- المادة (398) من مدونة الأسرة ورد فيها أنه: «تبقى الإجراءات المسطرية المنجزة في قضايا الأحوال الشخصية قبل تاريخ دخول هذه المدونة حيز التنفيذ سارية المفعول».

3- الفصل (179) من قانون المسطرة المدنية نص على أنه: «تطبق في قضايا الأحوال الشخصية مقتضيات القسم الثالث والبابين الأول والثاني من القسم الرابع إذا لم تكن مخالفة لمقتضيات هذا الباب»؛

4- الفصل (3) من قانون الالتزامات والعقود نص على أن: «الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية»؛

5- المادة (2) من قانون الحالة المدنية نصت أنه: «تكتسي رسوم الحالة المدنية نفس القوة الإثباتية التي للوثائق الرسمية، مع اعتبار الشروط الشرعية في إثبات النسب والأحوال الشخصية»؛

6- الفصل (2) من قانون التنظيم القضائي ينص على أنه: «تنظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة».

7- الفصل (6) من قانون التنظيم القضائي ينص على أنه: «تشتمل محاكم الاستيناف تحت سلطة رؤسائها الأولين وتبعا لأهميتها على عدد من الغرف المختصة، من بينها غرفة للأحوال الشخصية والميراث وغرفة للجنايات. غير أنه يمكن لكل غرفة أن تبحث وتحكم في كل القضايا المعروضة على هذه المحكمة أيا كان نوعها».

8- الفصل (10) من قانون التنظيم القضائي ينص على أنه: «تشتمل محكمة النقض على رؤساء غرف ومستشارين وتشتمل أيضا على كتابة الضبط وعلى كتابة النيابة العامة.

تنقسم إلى ست غرف: غرفة مدنية تسمى الغرفة الأولى وغرفة للأحوال الشخصية والميراث وغرفة تجارية وغرفة إدارية وغرفة اجتماعية وغرفة جنائية».

9- الفصل (11) من قانون الجنسية ينص على أنه: «لا يؤثر نسب أو بنوة الولد على جنسيته إلا إذا ثبت هذا النسب أو البنوة قبل بلوغه سن الرشد.

ويثبت النسب أو البنوة طبقا لأحكام قانون الأحوال الشخصية لأحد الأبوين المعتبر مصدرا للحق في الجنسية».

وعليه، لا مناص من القول إن «مفهوم الأحوال الشخصية» مازل يحتفظ براهنيته في القانون المغربي.

2- جسر الانتقال من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة:

قد لا يخفى على أحد أن مدونة الأحوال الشخصية كانت انطلاقة حقيقية لبناء الأسرة المغربية الحديثة. بيد أن الممارسة كشفت عن عدم ملائمة عدد من مقتضياتها للعصر الحاضر[20]، وقد لوحظ بشأنها تكريس كثير من مظان الحيف تجاه المرأة[21]، كما أنها كانت قاصرة عن توفير حماية كافية للأطفال، لذلك اتسع نطاق المناداة بتعديلها وأحيانا بتغييرها تغييرا جذريا ومحوريا، لكن دعوات التعديل أو التغيير اصطدمت بمقاومة حقيقية من عدة أطراف، كانت ترى في المدونة قانونا دينيا وشرعيا غير قابل للمراجعة أو التصحيح. بيد أن الملك الحسن الثاني رحمه الله استجاب لدعوات إصلاح المدونة[22]، وقام بتشكيل لجنة علمية مكونة من بعض رجال الفقه والقانون وتقدمت هذه اللجنة بمقترحات في شكل تعديلات لبعض فصول المدونة وصدر بشأنها الظهير الشريف رقم 1.93.347 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414/10 شتنبر 1993[23].

بيد أن التعديلات التي شملت المدونة لم تكن كافية لإرضاء الأصوات التي كانت تنادي بإصلاح مدونة الأحوال الشخصية إصلاحا جذريا لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة من جهة، وضمان حماية شاملة وفاعلة لحقوق الأطفال من جهة ثانية. لذلك استمر الجدل المجتمعي بتمظهرات مختلفة حول مدونة الأحوال الشخصية إلى أن تفاقم الصراع بشأنها بعد طرح ما عرف بمشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية من طرف كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة[24]، بحيث بلغت درجة التقاطب الايديولوجي والسياسي والاجتماعي والثقافي حول هذه الخطة حدا أصبحت تهدد معه السلم الاجتماعي[25]، وتهدد الأمن القانوني والقضائي، لذلك تدخل الملك محمد السادس وقام بتكوين لجنة عهد إليها بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، وتم تنصيب اللجنة المذكورة بتاريخ 27 أبريل 2001[26]. وقد كانت

20- حول بعض النقاشات التي أثيرت حول مدونة الأحوال الشخصية يمكن مراجعة مجلة مقدمات، العدد الخاص رقم 2 حول «إصلاح قانون الأسرة حصيلة خمسين سنة من النقاش»، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002.

21- محمد الكشبور، «شرح مدونة الأسرة: الزواج»، الجزء 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006، ص: 6.

22- خطاب الملك الحسن الثاني رحمه الله يوم 29 شتنبر 1992 بمناسبة استقباله لممثلات الحركات النسوية المغربية منشور في مجلة مقدمات، العدد الخاص رقم 2 حول «إصلاح قانون الأسرة حصيلة خمسين سنة من النقاش»، مرجع سابق، ص: 259 وما بعدها.

23- منشور في الجريدة الرسمية عدد 4222 بتاريخ 12 ربيع الآخر 1414/29 شتنبر 1993.

24- يمكن مراجعة بعض مضامين مشروع الخطة الوطنية من أجل إدماج المرأة في التنمية في مجلة مقدمات، العدد الخاص رقم 2 حول «إصلاح قانون الأسرة حصيلة خمسين سنة من النقاش»، مرجع سابق، ص: 220 وما يلها.

25- محمد الشافعي، «قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور»، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2004، ص: 53 وما بعدها. وكذلك «من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة»، منشورات الزمن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2004.

26- خطاب تنصيب الملك محمد السادس للجنة الاستشارية الخاصة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية بتاريخ 27 أبريل 2001 منشور في مجلة مقدمات، العدد الخاص رقم 2 حول «إصلاح قانون الأسرة حصيلة خمسين سنة من النقاش»، مرجع سابق، ص: 265 وما يلها.

هذه اللجنة متعددة المشارب والاختصاصات حيث تمت فيها مراعاة الجانب الفقهي والقضائي والعلمي في اختيار أعضائها، كما تمت مراعاة حضور العنصر النسوي فيها.

وبعد أن انتهت اللجنة من عملها قدمت المشروع إلى الديوان الملكي الذي تولى الحسم في بعض القضايا الخلافية[27]. وعلى إثر ذلك قدم الملك محمد السادس مشروع مدونة الأسرة بمناسبة افتتاح الدورة البرلمانية الخريفية بتاريخ 10 أكتوبر 2003 استعرض فيه أهم مستجدات مشروع مدونة الأسرة[28]. وأمر أن يعرض هذا المشروع الذي أصبح يحمل رقم 70.03 بحكم ما يتضمنه من التزامات مدنية على البرلمان لمناقشته والتصويت عليه.

وبالفعل صادق مجلس النواب على المشروع بتاريخ 16 يناير 2004 ثم صادق عليه مجلس المستشارين بتاريخ 23 يناير 2004. وبعد ذلك صدر الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 22 ذي الحجة 3/1424 فبراير 2004 القاضي بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة[29]. وهذه المدونة هي التي سوف تكون موضوع دراستنا التي سوف تتمحور حول الزواج والطلاق بعد أن نمهد لذلك بالحديث عن نطاق تطبيق مدونة الأسرة (I)، ثم دور النيابة العامة في هذه المدونة (II).

I- نطاق تطبيق مدونة الأسرة:

حدد المشرع المغربي في المادة (2) من مدونة الأسرة نطاق تطبيق هذه المدونة من حيث الأشخاص في الحالات الآتية:

1- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى؛

2- اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة بـ28 يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين؛

3- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا؛

4- العلاقات بين مغربين أحدهما مسلم.

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية[30].

وهكذا، فإننا سنعمد إلى دراسة مختلف الحالات السابقة، من أجل بيان ما تقتضيه كل حالة، بنوع من التفصيل.

27- محمد الكشبور، «شرح مدونة الأسرة: الزواج»، مرجع سابق، ص:8.

28- هذه المستجدات كما وردت في الخطاب الملكي بتاريخ 10 أكتوبر 2001 مدرجة في ديباجة مدونة الأسرة.

29 نشر بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 5/1424 فبراير 2004.

30- Art.2: «les dispositions du présent code s'appliquent:

1) à tous les marocains, même ceux portant une autre nationalité;

2) aux réfugiés, y compris les apatrides conformément à la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative à la situation des réfugiés;

3) à toute relation entre deux personnes lorsque l'une des deux parties est marocaine;

4) à toute relation entre deux marocains lorsque l'un d'eux est musulman.

Les marocains de confession juive sont soumis aux règles du statut personnel hébraïque marocain».

1- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى:

من الطبيعي أن يطبق القانون المغربي للأسرة على جميع المغاربة في المغرب وخارجه، ويرجع ذلك إلى الأسباب التالية:

- إن تطبيق قانون الأسرة المغربي على جميع المغاربة هو مجرد تطبيق لقاعدة قانونية عامة، وهي مساواة جميع المواطنين أمام القانون، وهذه القاعدة العامة نابعة من عدة فصول في الدستور المغربي لسنة 2011 نذكر منها الفصل (6) الذي ينص على أن: «القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة. والجميع، أشخاصا ذاتيين أو اعتباريين، بما فيهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، وملزمون بالامتثال له». وكذا الفصل (19) من الدستور الذي ينص على أنه: «يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها».

- إن تطبيق القانون الوطني يكون بالأولوية على جميع القوانين الأخرى، ثم إنه من المباديء العامة المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص أن قانون جنسية القاضي يطبق بالأولوية على جميع القوانين الأخرى، وإذا كانت للقاضي أكثر من جنسية، فإن جنسية الدولة التي يحكم باسمها هو الذي يطبق بالأولوية على جميع القوانين الأخرى. يقول الأستاذان غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي: «فإذا كان الشخص من تابعي دولة المحكمة التي تنظر النزاع، تطبق المحكمة في هذه الحالة قانونها الوطني على أحواله الشخصية (Lex fori) لأن تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة فلا يقبل المشرع الوطني الاحتكام بشأنها لغير قانونه الوطني، والقاضي لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه الوطني. فالغلبة في ذلك تكون لقانون القاضي دائما، وقد أخذت اتفاقية لاهاي لعام 1930 بهذا المبدإ وهو سائد في العرف الدولي، وينص عليه الشق الأخير من المادة (23) من القانون المدني الأردني بقوله: «... على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد الجنسية الأردنية وجنسية دولة أجنبية، فإن القانون الأردني هو الذي يجب تطبيقه»[31].

وفي نفس السياق يقول الأستاذ العياشي المسعودي: «من المباديء الثابتة في القانون الدولي الخاص المقارن أنه حينما تكون جنسية القاضي طرفا في النزاع فإن هذا الأخير (أي القاضي) يكون مجبرا على ترجيح قانونه على أي قانون أجنبي، فإذا كان الشخص المتنازع في جنسيته يتوفر على شروط حمل جنسية بلد القاضي (الرابطة الدموية - الرابطة الترابية - الإقامة ... الخ) اعترف له بها، وإلا فإن القاضي المرفوع أمامه النزاع يكون ملزما بالحكم بأنه أجنبي دون أن يعين جنسيته الأجنبية.

31-غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، «القانون الدولي الخاص: الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي»، الجزء 1، ص:89.

مثلا: إذا عرض على القاضي المغربي نزاع يتعلق بجنسية شخص ولاحظ أنه يتمتع بالجنسية المغربية لأنه ازداد من أب مغربي وأم فرنسية (الفصل 6 من ظهير 19 شتنبر 1958) فإنه (أي القاضي) يكون ملزما بالحكم بمغربيته حتى وإن كان ذلك الشخص فرنسيا بالنظر إلى القانون الفرنسي نظرا لازدياده من أم فرنسية.

فكيف يفسر هذا الاختصاص المانع والمطلق لقانون القاضي؟

- إن القاضي في أي نظام قانوني يعتبر ملزما باحترام تصور مشرعه للنظام الدولي، وحيث إنه مجرد هيئة داخلية فلا يحق له أن يقف موقفا يتعارض مع موقف السلطة التشريعية التي يستمد منها سلطته، فبإصداره قانون الجنسية يعبر المشرع بما فيه الكفاية من الوضوح عن نظرته إلى النظام الدولي وبالتالي لا يجوز الحديث في الحقيقة عن تنازع قوانين في مادة الجنسية لأن القاضي الوطني يطبق مباشرة وفورا وبصفة مانعة لكل منافسة أجنبية قانون البلد الذي يحكم باسمه.

فمبدأ أسبقية جنسية القاضي على الجنسيات الأخرى مبدأ متفق عليه ليس على الصعيد الداخلي فقط ولكن على الصعيد الدولي كذلك.

- فعلى الصعيد الداخلي نلاحظ أن جميع الأنظمة القانونية تطبق المبدأ تلقائيا من طرف المحاكم الوطنية (محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية قرار 17 يونيه 1968 المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص سنة 1969 ص 59 - قرار 7 نونبر 1972 - المجلة الانتقادية 1973، ص 301).

وعلى الصعيد الدولي تنص المادة الثالثة (3) من معاهدة لاهاي الموقعة يوم 12 أبريل 1930 حول بعض القضايا المتعلقة بتنازع القوانين في مادة الجنسية على أنه: «إذا كان شخص يحمل جنسية أو عدة جنسيات فإن لكل دولة يحمل جنسيتها الحق في أن تعتبره من وطنيها».

لكن هذه الحرية التي تخولها معاهدة لاهاي لهذه الدولة ليست مطلقة لأن الفصل (4) من نفس المعاهدة يقضي بأن الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها لا يمكنها أن تمارس حمايتها الدبلوماسية ضد دولة أخرى إذا كانت تلك الدولة كذلك تعتبر ذلك الشخص من رعاياها»[32].

وقد عبر الأستاذ محمد ناصر متيوي مشكوري عن قاعدة أولوية قانون القاضي عن جميع القوانين الأخرى بقوله: «في حالة مزاحمة جنسية أجنبية يحملها المعني لجنسيته المغربية فإن الجنسية المغربية هي التي يتعين أخذها بعين الاعتبار لذا على السلطات المغربية أن تطبق قانون الحالة المدنية الخاص بالمغاربة دون التفات لجنسية المعني الأجنبية، وأما بشأن الفصل (4) من ظهير 1913/8/12 الذي يخول لقاضي

32- العياشي المسعودي، «محاضرات في القانون الدولي الخاص»، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 1992/1991، ص: 128/127.

الموضوع في حالة تعدد جنسيات المعني تحديد الجنسية الفعلية وبالتالي القانون الشخصي المطبق فلا مجال للرجوع إليه إلا عند عدم وجود الجنسية المغربية في النزاع المذكور»[33].

فالقاضي المغربي، إذن ملزم وفق النص المذكور (المادة 2 من مدونة الأسرة)، بالاعتداد فقط بالجنسية المغربية عند تزاحمها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها الشخص واعتبار القانون المغربي هو القانون الواجب تطبيقه على أحواله الشخصية.

2- اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة بـ 28 يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين:

يخضع اللاجئون في المغرب لقانون الأسرة المغربي. ولا شك أن هذه القاعدة التي أخذت بها المادة (2) من مدونة الأسرة، ترتكز على اتفاقية جنيف الدولية حول وضعية اللاجئين المؤرخة في 28 يوليوز لسنة 1951. هذه الاتفاقية تنص في الفصل (12) منها على أنه تطبق على اللاجيء مقتضيات قانون الأحوال الشخصية للبلد الذي اتخذه موطنا له بعد مغادرته لوطنه الأصلي[34].

أما عديمو الجنسية الذين تحكمهم معاهدة نيويورك المؤرخة في 28 شتنبر 1954، فيلاحظ أن المشرع المغربي جعلهم كذلك مثل اللاجئين يخضعون لمدونة الأسرة بنص المادة (2) من مدونة الأسرة.

وبتبني هذه المقتضيات، يكون المشرع المغربي قد ألغى ضمنيا الفصل (5) من ظهير 12 غشت 1913 حول الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، والذي كان ينص على أنه: «في حالة عدم وجود جنسية معروفة، يخضع الأجنبي في جميع الأمور المتعلقة بحالته وأهليته للقانون الفرنسي»[35]. وهو ما كان يشكل بدون شك اعتداء صارخا على السيادة القانونية للدولة المغربية.

3- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا:

يقصد المشرع في هذا البند حالة الزواج المختلط. والزواج المختلط هو الذي يكون بين شخصين من جنسيتين مختلفتين، مثل الزواج الذي يجمع بين مغربي وسيدة أجنبية، أو بين مغربية ورجل أجنبي.

ومما يجب التنبيه إليه في هذا الصدد، هو أن توثيق الزواج كان خاضعا بالإضافة إلى أحكام مدونة الأحوال الشخصية المغربية لمقتضيات الظهير الشريف رقم 1.60.020 بشأن انعقاد الأنكحة بين المغاربة

33- محمد ناصر متيوي مشكوري، «إثبات وقائع الحالة المدنية في إطار القانون الدولي الخاص المغربي»، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية 1993/1994، ص:26.

34- تمت المصادقة على هذه الاتفاقية من طرف المغرب بظهير 8 غشت 1955 وظهير 26 غشت 1956. وقد نص الفصل (12) منها على أن: «الأحوال الشخصية لكل لاجيء تنظم من طرف قانون موطنه وعند عدم وجود موطن له من طرف قانون بلد إقامته».

35- Art.5: «A défaut de nationalité connue, l'étranger est soumis en tout ce qui concerne son état et sa capacité, à la loi française».

والأجنبيات أو المغربيات والأجانب على الصيغ المعينة في الحالة المدنية الصادر بتاريخ 6 رمضان 4/1379 مارس 1960[36].

ورغم أن المشرع المغربي لم يذكر ظهير 4 مارس 1960 ضمن الظهائر الملغاة سواء في مدونة الأسرة أو في قانون الحالة المدنية، فإنه بالرجوع إلى الظهير الشريف رقم 1.02.239 الصادر في 25 من رجب 3/1423 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 99.37 المتعلق بالحالة المدنية[37] نلاحظ أن المشرع المغربي قد ألغى بمقتضى المادة 48 الظهير الشريف الصادر في 24 من شوال 1333 (4 سبتمبر 1915) المنظم للحالة المدنية والظهير الشريف المؤرخ في 18 من جمادى الأولى 1369 (8 مارس 1950) الممدد لنظام الحالة المدنية كما وقع تتميمهما أو تعديلهما. كما أنه لم يضمن بالقانون الجديد للحالة المدنية مقتضيات مماثلة لتلك التي كانت مضمنة بظهير 4 شتنبر 1915. مما يعني أن المشرع المغربي سحب من ضباط الحالة المدنية المغاربة اختصاص توثيق عقود الزواج المختلط.

وعليه، فإن الزواج المختلط لا يمكن إبرامه أمام ضابط الحالة المدنية المغربي. ويبقى أمام الزوجين الحق في إبرام هذا الزواج أمام المصالح القنصلية لدولة الزوج الأجنبي إن كان قانونه الوطني يسمح بذلك.

36- منشور في الجريدة الرسمية عدد 2474 بتاريخ 27 رمضان 25/1379 مارس 1960. فقد نص في الفصل الأول منه: «إن الأنكحة بين المغاربة والأجنبيات من جهة، والمغربيات والأجانب من جهة أخرى ما لم تكن ممنوعة في قانون الأحوال الشخصية الجاري على الزوج المغربي يجوز أن يقوم بمراسم انعقادها بطلب من الزوجين ضابط الحالة المدنية وفقا لمقتضيات الظهير الشريف المشار إليه أعلاه المؤرخ في 24 شوال 1333 الموافق ل 4 شتنبر 1915».

أما الفصل الثاني فقد نص: «إن انعقاد النكاح حسب صيغة الحالة المدنية يتوقف مع ذلك كله على سابق الإشهاد به طبق الشروط المنصوص عليها من حيث الجوهر والصيغة في قانون الأحوال الشخصية الجاري على الزوج المغربي وفي هذا الصدد يتعين على الزوج المغربي أن يقدم لضابط الحالة المدنية رسم الإشهاد بالنكاح على أن هذا الرسم يجب تسليمه بمجرد تحريره، وعند الاقتضاء إثر الخطاب عليه لينعقد فورا النكاح حسب صيغة الحالة المدنية».

ثم إن الفصل الثالث من الظهير المذكور نص: «إن الأنكحة المشار إليها في الفصل الأول التي قام بمراسم انعقادها ضابط الحالة المدنية قبل تاريخ نشر ظهيرنا الشريف هذا تعتبر صحيحة إن كانت الشروط المنصوص عليها من حيث الجوهر والصيغة في قانون الأحوال الشخصية الجاري على الزوج المغربي قد روعيت وكانت تلكم الأنكحة لا يمنعها القانون المذكور». وبناء على الفصول المذكورة كتب الأستاذ العياشي المسعودي: «إن الأنكحة بين المغاربة والأجنبيات من جهة والمغربيات والأجانب من جهة أخرى، ما لم تكن ممنوعة في قانون الأحوال الشخصية الجاري على الزوج المغربي يجوز أن يقوم بمراسم انعقادها بطلب من الزوجين ضابط الحالة المدنية المغربي، لكن انعقاد الزواج حسب الصيغة المذكورة يتوقف مع ذلك على الإشهاد به طبق الشروط المنصوص عليها من حيث الشكل في قانون الأحوال الشخصية الجاري على الزوج المغربي وبهذا الصدد يتعين على الزوج المغربي أن يقدم لضابط الحالة المدنية رسم الإشهاد على النكاح». العياشي المسعودي، «محاضرات في القانون الدولي الخاص»، مرجع سابق، ص: 251.

37- منشور في الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 7/1423 نوفمبر 2002.

ونعتقد أن المادة (2) من مدونة الأسرة لا يمكنها أن تستبعد تطبيق القانون الأجنبي على العلاقات المختلطة بين المغاربة والأجانب ما لم يوجد ما يبرر ذلك[38]. والسبب في ذلك هو أن تطبيق مدونة الأسرة بمفردها على العلاقات المختلطة يتنافى مع عدد من النصوص القانونية الأخرى، ونذكر من ذلك الفصل (3) من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن: «الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية»[39]. ثم الفصل (3) من ظهير 12 غشت 2013 حول الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب والذي ينص على أنه: «تخضع حالة وأهلية الفرنسيين والأجانب لقانونهم الوطني»[40].

وعليه، نرى أن الشروط الموضوعية للزواج تخضع للقانون الوطني للطرف الأجنبي في العلاقات المختلطة بين المغاربة والأجانب. وخاصة منها يتعلق بموانع الزواج، والكفاءة[41]. وهذا التفسير للمادة (3/2) من مدونة الأسرة هو الذي يتماشى مع الفصل (8) من ظهير 12 غشت 1913 حول الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب والذي نص على أنه: «يخضع إبرام عقد الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين المستقبلين»[42]. ونفس الشيء ينطبق على الطلاق طبقا للفصل (9) من الظهير المذكور قبله والذي نص على أنه: «يحق للفرنسيين والأجانب طلب الطلاق أو الانفصال الجسماني، وفقا للشروط التي يحددها قانونهم الوطني»[43].

ومما يعزز قولنا إن العلاقات المختلطة بين المغاربة والأجانب، يجب أن تكون منضبطة لكل من مدونة الأسرة المغربية، والقانون الوطني للطرف الأجنبي، أن المادة (65) مدونة الأسرة اشترطت في توثيق عقد الزواج

38-من ذلك استبعاد القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام المغربي، أو بسبب وجود غش أو تحايل نحو القانون.

39-Art.3:«La capacité civile de l'individu est réglée par la loi qui régit son statut personnel».

40-Art.3:«L'état et la capacité des Français et des étrangers sont régis par leur loi nationale».

وتجدر الإشارة إلى أن الشروط الشكلية للزواج طبقا للفصل (10) من ظهير 12 غشت 1913 تخضع للقانون الوطني للزوجين أو للقانون المحلي. فقد نص الفصل المذكور على أنه: «تكون التصرفات القانونية التي ينجزها الفرنسيون أو الأجانب في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب صحيحة، من حيث الشكل، إذا تم إنجازها وفقًا لشكليات القانون الوطني للأطراف، أو القانون الفرنسي، أو للقانون الموضوع لمنطقة الحماية الفرنسية، وأخيرا للقوانين والممارسات المحلية».

Art.10:«Les actes juridiques passés dans le protectorat français du Maroc par des Français ou des étrangers sont, quant à leur forme, valables, s'ils sont faits suivant les prescriptions, soit de la loi nationale des parties, soit de la loi française, soit de la législation édictée pour le protectorat français, soit enfin des lois et usages locaux».

41-نص الفصل (7) من الاتفاقية المغربية الفرنسية على أنه: «لا يعقد العدلان الزواج فوق التراب المغربي بين زوج مغربي وزوجة فرنسية إلا بعد إدلاء الزوجة الفرنسية بشهادة الكفاءة في الزواج المسلمة من طرف الموظفين القنصليين الفرنسيين. ويعقد العدلان الزواج طبقا للشكليات المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية للزوج المغربي فإذا لم تعين الزوجة الفرنسية من يمكنه القيام بمهمة الولي فتسند هذه المهمة إلى القاضي الذي يخاطب على العقد. ويشعر القاضي بهذا العقد في جميع الأحوال بدون تأخير الموظفين الفرنسيين المختصين».

42-Art.8:«Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux».

43-Art.9: «Les Français et les étrangers ont le droit de demander le divorce ou la séparation de corps, aux conditions fixées par leur loi nationale».

جملة من الشروط تخص الأجانب. فقد جاء في المادة المذكورة: «... يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية؛ وهي:...

-الإذن بالزواج في الحالات الآتية، وهي:...

-زواج معتنقي الإسلام والأجانب.

-شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب أو ما يقوم مقامها».

وقد ذكر دليل مساطر القضاء الأسري الذي أعدته وزارة العدل بمناسبة تفسيره للمادة المذكورة أن المعنيين بالإذن المذكور في البند الخامس: «هم معتنقوا الإسلام ولو كانوا مغاربة، والأجانب سواء كان الراغبان في الزواج أجنبيين، أو كان أحدهما أجنبيا والآخر مغربيا». ثم إن الدليل المذكور عند سرده للوثائق اللازمة للحصول على الإذن بزواج معتنقي الإسلام والأجانب، أكد أنه يتعين الإدلاء بالوثائق التالية:

- طلب في الموضوع يتضمن هوية المعني بالأمر كاملة و موضوع الطلب؛

- نسخة من رسم الولادة؛

- صورة مصادق عليها من بطاقة التعريف الوطنية أو ما يقوم مقامها، تضاف إليها أخرى حسب الحالات التالية:

- إذا كان صاحب الطلب مغربيا اعتنق الإسلام فيجب الإدلاء بوثيقة اعتناق الإسلام؛

- إذا كان صاحب الطلب أجنبيا، يتعين الإدلاء بالإضافة إلى الوثائق العامة، المومإ إليها، بالوثائق الآتية:

- شهادة الكفاءة أو ما يقوم مقامها؛

- شهادة الإقامة إذا كان مقيما بالمغرب أو ببلد غير بلده الأصلي مع مراعاة مدة صلاحيتها؛

- صورة من جواز السفر، وكذا من الصفحة التي تبين تاريخ دخوله إلى المغرب؛

- أربع صور فتوغرافية شخصية حديثة؛

- شهادة الجنسية، مع إمكانية الاكتفاء في الحالات الصعبة بما يفيد جنسية المعني بالأمر كشهادة الكفاءة في الزواج وبطاقة التعريف الوطنية؛

- شهادة اعتناق الإسلام إذا تعلق الأمر بمعتنق له؛

-في حالة الزواج المختلط، يتعين على الطرف الأجنبي الإدلاء، بالإضافة إلى الوثائق المذكورة، بما يلي:

- شهادة عدم السوابق العدلية، مسلمة له من السلطات الوطنية لبلد إقامته؛

- شهادة من السجل العدلي المركزي الخاص بالأجانب تسلم له من المصلحة المختصة بوزارة العدل؛

- شهادة تبين مهنته ودخله؛

- الإدلاء بإذن من وزارة الداخلية العمانية أو القطرية بالنسبة للشخص العماني أو القطري الراغب في الزواج من مواطنة مغربية يرخص له بها الزواج.

إن اشتراط هذا الإذن لا يقتصر إذن على الدولتين المذكورتين، بل يجب مراعاة ذلك بالنسبة لقوانين جميع الدول، وهذا الشرط ليس، في تقديرنا، إلا تأكيدا لوجوب مراعاة الشروط الموضوعية للزواج التي يتطلبها القانون الأجنبي حتى وإن كان الزواج المراد إبرامه زواجا مختلطا يتضمن طرفا مغربيا وآخر أجنبيا. وإن القول بخلاف هذا سيجعل القاضي المغربي: «يغرق في الإقليمية الضيقة التي طبعت القانون الدولي الخاص الفرنسي منذ عهود بارتان ونيبويه»[44].

وقد أكدت الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بتاريخ 9 شوال 10/1401 غشت 1981[45] في الفصل (1) منها على أنه: «تطبق على حالة الأشخاص الذاتيين وأهليتهم مقتضيات قانون إحدى الدولتين التي ينتمون إليها»[46]. كما نص الفصل (4) من هذه الاتفاقية على أنه: «لا يمكن العدول عن تطبيق قانون إحدى الدولتين المحدد بمقتضى هذه الاتفاقية من طرف محاكم الدولة الأخرى إلا إذا كان منافيا بصورة واضحة للنظام العام»[47]. ونص الفصل (5) من الاتفاقية المذكورة على أنه: «يطبق على كل من الزوجين قانون إحدى الدولتين التي ينتمي لها فيما يخص الشروط الجوهرية للزواج من سن أهلية النكاح، وإيجاب وقبول، وموانع، خاصة ما ينتج منها عن القرابة أو المصاهرة أو الرضاع»[48].

44- العياشي المسعودي، «طلاق الأجانب في القانون الدولي الخاص المغربي»، مجلة القانون والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، العدد 2، 1986، ص:112.

45-منشورة في الجريدة الرسمية عدد 3910 الصادرة بتاريخ 12 صفر 7/1408 أكتوبر 1981 ص:391.

46- Art.1:«L'état et la capacité des personnes physiques sont régis par la loi de celui des deux Etats dont ces personnes ont la nationalité».

47-Art.4:«La loi de l'un des deux Etats désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public».

48-Art.5:«Les conditions du fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité».

وقد نص الفصل السادس (6) من الاتفاقية على أنه: «يطبق قانون إحدى الدولتين التي أقيم بها الزواج فيما يخص الشروط الشكلية. يمكن لكل دولة أن تقرر إقامة عقد الزواج في الدولة الأخرى بين زوجين ينتميان إليها أمام موظفيها القنصليين. ينعقد الزواج بين مغربي وفرنسية فوق التراب الفرنسي أمام ضابط الحالة المدنية المختص طبقًا للقانون الفرنسي. ويسجل لإضفاء الشرعية عليه تجاه القانون المغربي، من طرف الموظفين القنصليين المغاربة المختصين بعد التثبت من إقامته».

Art.6:«Les conditions de forme du mariage sont régies par la loi de celui des deux Etats dont l'autorité célèbre le mariage. Chaque Etat peut décider que le mariage dans l'autre Etat entre des époux qui possèdent tous deux sa nationalité sera célébré par ses fonctionnaires consulaires.

Le mariage sur le territoire français entre un époux de nationalité marocaine et un époux de nationalité française doit être célébré par un officier de l'état civil compétent selon la loi française. Pour la validité de cette union au regard de la loi marocaine, les fonctionnaires consulaires marocains compétents procèdent, après justification de la célébration, à l'enregistrement de ce mariage».

ونصت الاتفاقية المغربية المصرية حول التعاون القضائي في مجال الأحوال الشخصية وحالة الأشخاص بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية الموقعة بتاريخ 27 مايو 1998[49] في المادة (5) منها على أنه: «يطبق على حالة الأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم». كما نصت المادة (6) من هذه الاتفاقية على أنه: «يطبق على كل من الزوجين قانون الدولة المتعاقدة التي ينتمي إليها بجنسيته وقت الزواج فيما يتعلق بالشروط الموضوعية اللازمة لإتمام ولصحة الزواج»[50].

فإذا ثبت إذن أن العلاقات المختلطة بين المغاربة والأجانب، تخضع للقانون الأسري المغربي من جهة، والقانون الوطني للطرف الأجنبي من جهة أخرى، خاصة ما يتعلق بالشروط الموضوعية للزواج. ننتقل لطرح السؤال التالي: ماهو القانون الذي يحكم العلاقات المختلطة بين اليهود المغاربة والأجانب؟

إذا وقفنا عند الصياغة اللغوية للمادة (2) من مدونة الأسرة، لا مهرب من القول إن العلاقات المختلطة بين المغاربة اليهود والأجانب تخضع لمدونة الأسرة. ولكن السؤال الذي لا محالة من طرحه هنا هو: هل يعد وجود طرف أجنبي في العلاقات المختلطة كافيا لتطبيق مدونة الأسرة المغربية على اليهود المغاربة بدل قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية؟

إن التمسك بالتفسير الذي بسطناه في ما يتعلق بالعلاقات المختلطة بين المغاربة والأجانب، تدعونا للقول إن العلاقات المختلطة بين اليهود المغاربة والأجانب تخضع بالنسبة للطرف المغربي اليهودي لقواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية وليس لأحكام مدونة الأسرة. ولكن في حالة مخالفة الأحكام الواجب تطبيقها في العلاقة المختلطة للنظام العام المغربي، فيجب تطبيق مدونة الأسرة.

4- العلاقات بين مغربيين أحدهما مسلم:

تخضع العلاقات الأسرية بين المغاربة المسلمين وغيرهم من المغاربة غير المسلمين، لمدونة الأسرة. ومعنى هذا أن العلاقات بين المغاربة المسلمين والمغاربة اليهود تخضع لمدونة الأسرة[51]، كما أن العلاقات بين المغاربة المسلمين والمغاربة غير اليهود تخضع لمدونة الأسرة. لكن السؤال الذي يبقى مطروحا هو: ما هو القانون الذي يطبق على العلاقات بين المغاربة غير المسلمين وغير اليهود؟

49- منشورة في الجريدة الرسمية عدد 4718، بتاريخ 10 ربيع الأول 1420/ 19 غشت 1999

50- نصت المادة (7) من الاتفاقية على أنه: «يطبق قانون الدولة التي تم فيها الزواج أو تلك التي ينتمي الزوجان بجنسيتها على الشروط الشكلية المتعلقة بالزواج».

51- إن الاختلاف في الدين يعد من موانع الزواج في قانون الأحوال الشخصية المغربي العبري، فقد جاء في مقال للأستاذة زهور الحر أن: «الشخص العبري لا يمكنه الزواج إلا من عبرية. وإذا كان أحد الإثنين من غير الدين العبري لم يجز العقد بينهما إلا إذا رغب الطرف الآخر في اعتناق الديانة اليهودية». زهور الحر، «الأحوال الشخصية للعبريين المغاربة»، مجلة الملحق القضائي، العدد 2، 1979، ص: 21. ولذلك يمكن أن يطرح الزواج بين المغاربة المسلمين والمغربيات اليهوديات، باعتبارهن كتابيات، طبقا لأحكام مدونة الأسرة بعض المشاكل الاجتماعية والقانونية من زاوية قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية.

إن المغاربة غير المسلمين وغير اليهود يخضعون بموجب المادة (2) من مدونة الأسرة لأحكام هذه المدونة. ومما ينبغي ملاحظته في هذا الشأن أن المشرع المغربي قام بتعديل الفصل (3) من الظهير الشريف رقم 1.58.250 بسن قانون الجنسية المغربية، وأصبح ينص بصيغته الحالية على أنه: «يحدد مجال تطبيق مدونة الأسرة في ارتباطها بموضوع الجنسية وفق ما هو منصوص عليه في المادة الثانية من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)»[52].

وتجدر الإشارة إلى أن الفصل (3) من قانون الجنسية كان ينص على أنه: «يطبق قانون الأحوال الشخصية والميراث الخاص بالمغاربة المسلمين على جميع المواطنين باستثناء المغاربة المعتنقين الديانة اليهودية فإنهم يخضعون لقانون الأحوال الشخصية المغربي العبري.

غير أن المقتضيات الآتية فيما بعد تطبق على المغاربة الغير المسلمين وغير اليهود:

1- يحرم عليهم تعدد الزوجات؛

2- لا تطبق عليهم القواعد المتعلقة بالرضاع؛

3- يجب أن يصرح بتطليقهم، بطريقة قضائية بعد إخفاق محاولة التوفيق بين الزوجين وإجراء بحث حول أسباب طلب الفراق؛

وفي حالة الخلاف يرجح قانون الزوج أو الأب».

وفي تقديري، فإن المشرع المغربي وإن كان محقا في إلغاء البند (3) من الفصل (3) من قانون الجنسية، لأن الطلاق في المغرب بمختلف صيغه أصبح يتم تحت مراقبة القضاء، فإنه كان حريا به أن يحتفظ بباقي المقتضيات الأخرى، خاصة أن تعديل الفصل (3) من قانون الجنسية لم يتم بموازة مع صدور مدونة الأسرة. ولا شك أن الابقاء على الاستثناءات التي كانت مكرسة في الفصل (3) من قانون الجنسية بالنسبة للمغاربة غير المسلمين وغير اليهود من شأنه أن يعزز حرص الدولة المغربية، الثابت عبر التاريخ، على حماية وتقدير مختلف الديانات السماوية.

بعد هذا، نأتي إلى طرح السؤال التالي: ما هو القانون الذي يطبق على العلاقات بين المغاربة اليهود وباقي المغاربة غير المسلمين؟

5- العلاقات بين المغاربة اليهود والمغاربة غير المسلمين:

لم يتعرض المشرع المغربي لهذه الفرضية ضمن الحالات التي عالجها في من مدونة الأسرة. لكن بما أن المغاربة غير المسلمين وغير اليهود يخضعون طبقا للمادة (2) من مدونة الأسرة لأحكام هذه المدونة، فإننا نرى أن العلاقات بين المغاربة اليهود والمغاربة غير المسلمين يجب أن تخضع لمدونة الأسرة[53].

52- تم تغيير وتتميم الفصل 3 أعلاه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 62.06 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.80 بتاريخ 3 ربيع الأول 1428 (23 مارس 2007)، الجريدة الرسمية عدد 5513 بتاريخ 13 ربيع الأول 1428 (2 أبريل 2007)، ص: 1116.

53- ذكرنا سابقا أن الاختلاف في الدين يعد من موانع الزواج في قانون الأحوال الشخصية المغربي العبري. وعليه يمكن كذلك أن يطرح الزواج بين المغاربة اليهود والمغاربة غير المسلمين طبقا لأحكام مدونة الأسرة بعض المشاكل الاجتماعية والقانونية من زاوية قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية.

6-الأجانب المعتنقين للديانة الإسلامية:

لم يتعرض المشرع المغربي لهذه الحالة في المادة (2) من مدونة الأسرة، لذلك نطرح هذا السؤال: هل تخلى المشرع عن تطبيق الأحكام الشرعية الأسرية على الأجانب المسلمين بالمغرب؟

إن الذي يبرر طرح هذا السؤال هو أن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قرارها رقم 250 الصادر بتاريخ 5 يوليوز 1974 في قضية السيدة كارميلينا راسيتي ضد الدولة المغربية قضت بأن «اعتناق الديانة الإسلامية يترتب عنه لزوما تطبيق القواعد الشرعية على مسائل الأحوال الشخصية والميراث للمعنيين بالأمر مادام أن ذلك الاعتناق وقع بدون تدليس وطبقا للقواعد الشكلية المقررة قانونا»[54]. وهو ما يعني أن الأجانب الذين اعتنقوا الديانة الإسلامية يخضعون للقانون الأسري المغربي حتى وإن كانوا ينتمون قبل هذا الاعتناق إلى نظام قانوني علماني كالنظام الفرنسي.

وقد كان هذا القرار مناسبة استنتج منها فقه القانون الدولي الخاص المغربي تغيير ضابط الإسناد بقوله: «وبذلك يكون المجلس الأعلى قد أدخل تعديلا مهما على قاعدة الإسناد التقليدية التي كانت تخضع الأحوال الشخصية للقانون الوطني وجعل من الدين عنصر الارتباط بدل الجنسية»[55].

ونعتقد أن المشرع المغربي أحسن بسكوته عن النص على وجوب تطبيق مدونة الأسرة المغربية على الأجانب المسلمين بالمغرب بشكل صريح، لأن من شأن هذا السكوت أن يجنب المشرع تهمة الإغراق في تطبيق امتياز الديانة الإسلامية في النظام القانوني المغربي. بيد أن القاعدة التي كرسها المجلس الأعلى في قراره المذكور، تظل قابلة للتطبيق في ظل مدونة الأسرة الحالية، وبذلك يصح لنا أن نقول إن العلاقات الأسرية بين الأجانب المسلمين، والعلاقات الأسرية التي يكون فيها طرف أجنبي مسلم، تخضع في المغرب، لأحكام مدونة الأسرة.

7-اليهود المغاربة تسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية:

تخضع العلاقات الأسرية بين المغاربة اليهود لقواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية.

وقد بررت ديباجة مدونة الأسرة هذا الاستثناء من القواعد العامة بقولها: «وحرصا على حقوق رعايانا الأوفياء المعتنقين للديانة اليهودية، فقد أكدنا في مدونة الأسرة الجديدة، أن تطبق عليهم أحكام قانون الأحوال الشخصية المغربية العبرية»[56].

54-قرار منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسية والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، العدد المزدوج 14/13، 1983، ص:135.

55-العياشي المسعودي، «طلاق الأجانب في القانون الدولي الخاص المغربي»، مرجع سابق، ص:107.

56-حول قانون الأحوال الشخصية المغربي العبري، يمكن مراجعة زهور الحر، «الأحوال الشخصية للعبريين المغاربة»، مجلة الملحق القضائي، العدد 2، 1979، ص: 18 وما بعدها. ثم العدد 3، 1980، ص: 29 وما بعدها. وقد نصت المادة (17) من كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإسرائيليين على أن: «الدين والمذهب شرط لصحة العقد فإذا كان أحد الاثنين من غير الدين أو من مذهب آخر فلا يجوز العقد بينهما وإلا كان باطلا». ثم نصت المادة 18 من نفس الكتاب على أنه: «يصح أن يعقد بين اثنين كان أحدهما أجنبياً ثم اعتنق الدين أو المذهب اعتناقاً شرعياً». مسعود حاي بن شمعون، «الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإسرائيليين»، مطبعة كوهين وروزنتال، مصر، 1912، ص:7.

II- دور النيابة العامة في قانون الأسرة:

تحدث المشرع عن مركز النيابة العامة في مدونة الأسرة في المادة (3) بقوله: «تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة»[57].

وقد تكلف الفصل (6) من قانون المسطرة المدنية بتحديد وضعية النيابة العامة في الدعوى المدنية، بحيث نص على أنه: «يمكن للنيابة العامة أن تكون طرفا رئيسيا أو أن تتدخل كطرف منضم وتمثل الأغيار في الحالة التي ينص عليها القانون»[58].

ويستفاد من هذا الفصل أن النيابة العامة إما أن تكون طرفا رئيسيا في الدعوى أو أن تكون طرفا منضما.

ومن المعلوم في فقه المسطرة أن النيابة العامة تكون طرفا رئيسيا أو أصليا في الدعوى[59]، عندما تكون مدعية أو مدعى عليها في الحالات التي يحددها القانون على سبيل الحصر[60].

«وتستفيد النيابة العامة في هذه الحالة من كافة طرق الطعن المتاحة للمتقاضين ما عدا التعرض[61]، ويتعين، على الرغم من حضورها الجلسات، أن يتم تبليغ الأحكام الصادرة في الدعوى التي تتدخل فيها كطرف رئيسي إليها، وتبدأ أجل الطعون في السريان بمجرد القيام بهذا الإجراء، كما تسمح هذه الصفة للنيابة العامة بالإجابة عن طلبات الأطراف والتعقيب على مذكراتهم.

وتلتزم النيابة العامة التي تتدخل في الدعوى كطرف رئيسي أن تحضر لكافة الجلسات طبقا لمقتضيات الفصل (10) من قانون المسطرة المدنية[62]، ويتعرض كل حكم صدر من غير احترام هذه الشكلية الجوهرية للبطلان»[63].

57-Art.3:«Le ministère public est partie principale dans toutes les actions visant l'application des dispositions du présent code».

58-Art.6:«Le ministère public peut agir comme partie principale ou intervenir comme partie jointe. Il représente autrui dans les cas déterminés par la loi».

59-استعملت مدونة الأسرة لفظ الطرف الأصلي، بينما استعمل قانون المسطرة المدنية لفظ الطرف الرئيسي.

60- أستاذنا عبد الحميد أخريف، «محاضرات في القانون القضائي الخاص»، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، فاس، السنة الجامعية 1999/1998، ص:132.

61-نص الفصل السابع (7) من قانون المسطرة المدنية على أنه: «يحق للنيابة العامة استعمال طرق الطعن عدا التعرض عندما تتدخل تلقائيا مدعية أو مدعى عليها في الأحوال المحددة بمقتضى القانون».

Art.7:«Lorsque le ministère public agit d'office comme demandeur ou défendeur, dans les cas expressément déterminés par la loi, il dispose de toutes les voies de recours à l'exception de l'opposition».

62-نص الفصل العاشر (10) من قانون المسطرة المدنية على أنه: «يعتبر حضور النيابة العامة في الجلسة غير إلزامي إلا إذا كانت طرفا رئيسيا أو كان حضورها محتما قانونا.ويكون حضورها اختياريا في الأحوال الأخرى».

Art.10:«Le ministère public n'est tenu à assister à l'audience que dans les cas où il est partie principale ou lorsque sa présence est rendue obligatoire par la loi. Dans les autres cas, sa présence est facultative».

63-جواد أمهمول، «الوجيز في المسطرة المدنية»، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، مطبعة الأمنية، الرباط، ص:14.

وقد كان من الممكن أن نفهم المادة (3) من مدونة الأسرة في ضوء القواعد العامة التي تثبت أوصاف المركز الأصلي أو الرئيسي للنيابة العامة، لولا أن الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية عند تعديله بموازة مع مدونة الأسرة لم يتضمن ما يحول دون ذلك. إذ إن الصيغة الجديدة للفصل المذكور بعد تعديله صارت على الشكل التالي: «يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية:

1-القضايا المتعلقة بالنظام العام والدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والهبات والوصايا لفائدة المؤسسات الخيرية وممتلكات الأحباس والأراضي الجماعية؛

2- القضايا المتعلقة بالأسرة؛

3-القضايا المتعلقة بفاقدي الأهلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائبا أو مؤازرا لأحد الأطراف؛

4- القضايا التي تتعلق وتهم الأشخاص المفترضة غيبتهم»[64].

وإذا استحضرنا أن النيابة العامة تتدخل كطرف منضم في جميع القضايا التي يأمر القانون بتبليغها إليها، وكذا في الحالات التي تطلب النيابة العامة التدخل فيها بعد اطلاعها على الملف، أو عندما تحال عليها القضية تلقائيا من طرف القاضي أو المحكمة، نخلص إلى أن النيابة العامة في ضوء الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية تعتبر طرفا منضما فقط في قضايا الأسرة.

وعندما تكون النيابة العامة طرفا منضما يمكنها أن تحضر الجلسة، كما يمكنها أن تكتفي بتقديم مستنتجاتها الكتابية دون حضور الجلسة[65]، ولا يحق لها استعمال طرق الطعن[66]. بينما يكون حضورها

64-تم تغيير وتتميم وتعويض الفصل التاسع (9) أعلاه بموجب القانون رقم 72.03 الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.04.23 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)؛ الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 من ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص 453.

Art.9:«Doivent être communiquées au ministère public, les causes suivantes:

1- celles concernant l'ordre public, l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les dons et legs au profit d'institutions charitables, les biens habous et les terres collectives;

2-celles concernant la famille;

3-celles qui concernent les personnes incapables et d'une façon générale, toutes celles où l'une des parties est défendue ou assistée par un représentant légal;

4-celles concernant et intéressant les personnes présumées absentes...».

65-الفصل 10 من قانون المسطرة المدنية.

66-نص الفصل 8 من قانون المسطرة المدنية على أنه: «تتدخل النيابة العامة كطرف منضم في جميع القضايا التي يأمر القانون بتبليغها إليها، وكذا في الحالات التي تطلب النيابة العامة التدخل فيها بعد إطلاعها على الملف، أو عندما تحال عليها القضية تلقائيا من طرف المحكمة. ولا يحق لها في هذه الأحوال استعمال أي طريق للطعن».

Art.8:«Dans toutes les causes dont la loi ordonne communication au ministère public, ainsi que dans celles où il a demandé à intervenir après communication du dossier ou lorsque la procédure lui a été communiquées d'office par le juge, le ministère public agit comme partie jointe et ne dispose dans ces cas d'aucune voie de recours».

للجلسات إجباريا عندما تكون طرفا أصليا في الدعوى، ويجوز لها استعمال كل طرق الطعن ما عدا التعرض[67]. فكيف نوفق إذن بين مقتضى المادة (3) من مدونة الأسرة والفصل (9) من قانون المسطرة المدنية؟

لقد تنبه كثير من المهتمين بقانون الأسرة إلى ما يلتبس بالمادة (3) من مدونة الأسرة في علاقتها بالفصل (9) من قانون المسطرة المدنية من غموض. فقال الأستاذ محمد الأزهر:«لكن مشرع مدونة الأسرة اعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام المدونة (المادة 3) وقد حدد في كثير من المواد حالات تدخل النيابة العامة، الأمر الذي يثير إشكالا عميقا، إذا رجعنا إلى منطوق الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية، الذي يحتم تبليغ النيابة العامة بعض الدعوى من بينها قضايا الأسرة، حيث تعتبر طرفا منضما، كما نص على ذلك الفصل (8) من قانون المسطرة المدنية....

ومن هذا المنطلق، هل تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا، أو عندما تكون خصما؟ وهذه مسألة مستبعدة لأنه لا يمكن تصورها في جميع القضايا، إن الأمر يختلف حسب طبيعة القضايا، حيث تكون طرفا أصليا في البعض ومنضما في أخرى؟

ونميل إلى الطرح الثاني لأنه لا يمكن تصور ذلك في الواقع، فتدخل النيابة العامة في قضايا الأسرة يختلف حسب طبيعة القضايا كما سنرى، إلا أنه لا يمكننا تصورها خصما في كل هذه القضايا»[68].

وقد ذهب الأستاذ عبد القادر قرموش إلى أن النيابة العامة في ضوء مختلف النصوص التي تنظم اختصاصها في ميدان الأسرة، تكون طرفا أصليا عندما تكون مدعية أو مدعى عليها بموجب نص خاص مثل حالة طلب إعفاء أو عزل الوصي أو المقدم (المادة 270 من مدونة الأسرة)، أو عندما تتدخل للمطالبة بتطبيق القانون الأسري في وضعية مرتبطة بالنظام العام مثل طلب التصريح ببطلان الزواج المنعقد مقترنا بأحد موانع الزواج. وتكون النيابة العامة طرفا منضما في غير ذلك من الحالات. وإن الذي يعزز هذا التفسير هو أن النيابة العامة تكتفي بتقديم مستنتجاتها كتابة وتعفي نفسها عناء الحضور نظرا للخصاص الذي تعرفه المحاكم في عدد قضاتها[69].

أما الأستاذ محمد الكشبور فيقول:«خلافا للفصل (9) من قانون المسطرة المدنية الذي يعتبر النيابة العامة طرفا منضما في قضايا الأحوال الشخصية، تبلغ إليها إلزاميا من أجل الإدلاء بمستنتجاتها تحت طائلة البطلان، نصت المادة (3) من مدونة الأسرة «تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة».

67- نص الفصل (7) من قانون المسطرة المدنية على أنه: «يحق للنيابة العامة استعمال كل طرق الطعن عدا التعرض عندما تتدخل تلقائيا مدعية أو مدعى عليها في الأحوال المحددة بمقتضى القانون».

68- محمد الأزهر، «شرح مدونة الأسرة»، الطبعة السابعة، ص:19-20.

69- عبد القادر قرموش،«الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي»، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2013، ص:205 وما بعدها.

وهكذا يكون المشرع عمليا قد عطل الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية عندما جعل النيابة العامة طرفا أصليا في كل قضية ترمي إلى تطبيق نصوص مدونة الأسرة.

فحسب المادة (3) من مدونة الأسرة تتدخل النيابة العامة كمدعية وكمدعى عليها في كل القضايا الرامية إلى تطبيق هذه المدونة الأخيرة، ولها أن تستعمل كل طرق الطعن التي يخولها القانون، باستثناء التعرض»[70].

وفي تقديرنا، فإن مختلف الآراء السابقة، متأثرة بالتنزيل القضائي للمادة (3) من مدونة الأسرة في علاقتها بالفصل (9) من قانون المسطرة المدنية، ذلك أن النيابة العامة في مختلف المحاكم استقرت في مجمل رأيها على أن تقديم النيابة العامة لمستنتجاتها الكتابية في مختلف قضايا الأسرة كاف لتحقيق الغاية التي استهدفها المشرع من المادة (3) من مدونة الأسرة، إذ إن حضور الجلسة لا يحقق مراده، إذا لم تبد النيابة العامة رأيها بشكل صريح في القضية أو في القضايا التي حضرت لجلستها، وإن تقديم المستنتجات الكتابية يحقق المراد. ونعتقد أن هذا التفسير له ما يبرره لأن الكتابة تتطلب عمقا معرفيا للقضية سواء في جانبها الواقعي أو في جانبها القانوني، وقد سايرت المحاكم فهم أو تفسير النيابة العامة للمادة (3) من مدونة الأسرة على ضوء الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية، وذلك مراعاة للإكراهات المتعددة التي واجهتها النيابة العامة في بداية تطبيق مدونة الأسرة، وعدم قدرتها على تغطية مختلف الجلسات بالحضور دون إرهاق كبير لقضاتها، ووضع جدول زمني للجلسات في حدود ما تسمح به الإمكانات البشرية المتوفرة للنيابة العامة، لحضور كل الجلسات. وبذلك يمكن القول إن الممارسة القضائية لدور النيابة العامة في تطبيق مدونة الأسرة قد رجحت الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية على حساب المادة (3) من مدونة الأسرة. فهل يستند هذا الترجيح إلى سند أو إلى سندات قانونية تبرره؟

قال الأستاذ حسن بيوض: «وها هي النيابة العامة طرفا رئيسيا في قضايا الأسرة والميراث والحالة المدنية والكفالة، وبذلك يكون الترافع أمام القضاء المدني حق من حقوق النيابة العامة تمارسه كأحد الخصوم العاديين إذ لها أن تتقدم بطلباتها ويكون لها حق الرد، وأن تحضر جميع إجراءات البحث والتحقيق بموجب الفصل (55) من قانون المسطرة المدنية ولها حق الطعن في الأحكام وفقا لما بيناه أعلاه.

إنما نعيب على المشرع ما أقدم عليه حينما أبقى على ترتيب الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية وأقحم فيه القضايا المتعلقة بالأسرة، وكأنه قد نسي أن القضايا المذكورة بالفصل (9) من قانون المسطرة المدنية إنما تكون النيابة العامة فيها طرفا منضما لا طرفا رئسيا أو أصليا، ولا يحق لها أن تمارس حق الطعن في الأحكام بموجب صفة الإنضمام وكأننا بالمشرع يسلب باليد اليسرى ما سبق أن أعطاه للنيابة العامة باليد

70- محمد الكشبور، «شرح مدونة الأسرة: الزواج» مرجع سابق، ص: 97.

اليمنى، فما كان يجب أن يقحم قضايا الأسرة في الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية وكان عليه أن يكتفي بما ورد في المادة (3) من مدونة الأسرة باعتبارها المقتضى الخاص الواجب التطبيق تماما كما نص في قضايا أخرى تعتبر فيها النيابة العامة طرفا أصليا دون الإشارة إلى ذلك في الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية كقضايا الحالة المدنية وإحالة بعض أحكام قضايا الجماعات والمقاطعات والنزاعات الحاصلة بسبب صحة إجراءات الإكراه البدني وقضايا المحامين بصفتهم المهنية أو القرارات التي تصدرها مجالس الهيأة»[71].

إذا نظرنا إلى الأمور من زاوية قانونية محضة، يمكن أن نقول إن المشرع المغربي عندما قرر جعل النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق مدونة الأسرة، لم يستهدف خلق مفهوم قانوني جديد يجعل الطرف الأصلي للدعوى مندمجا في التفسير الذي عملت به المحاكم، وسايرته بعض الآراء الفقهية، فلو كان المشرع حقيقة يرمي إلى ذلك التفسير، لوجب عليه، وهو يعلم حقيقة معنى الطرف الأصلي في فقه المسطرة، إعطاء مفهوم إجرائي للفظ الطرف الأصلي في مدونة الأسرة حتى لا يقع الخلط بينه وبين ما هو معلوم في فقه المسطرة بشأنه.

إن الذي نظنه هو أن مشرع مدونة الأسرة كان يراهن على جعل هذه المدونة حدثا قانونيا ومجتمعيا متميزا وإعطائها زخما قضائيا من خلال حضور النيابة العامة، ليس كمدعية أو مدعى عليها في كل القضايا المتعلقة بتطبيق مدونة الأسرة، وإنما كطرف يحضر الجلسات في كل القضايا ويبدي رأيه فيها، وذلك لضمان فاعلية أكبر لتطبيقها[72]. ولذلك لم يكتف المشرع بالمادة (3) من المدونة التي تنص على أن النيابة العامة طرف أصلي في كل القضايا الرامية إلى تطبيق المدونة، بل إنه نص في بعض الفصول على مركز النيابة العامة كمدعية أو كمدعى عليها[73].

والذي يؤكد هذا التفسير هو ما جاء في التقرير الختامي عن الأيام الدراسية التي نظمتها وزارة العدل حول الإشكاليات العملية في مجال قضاء الأسرة والحلول الملائمة لها وهو: «تطرح المادة (3) من المدونة إشكالا عند مقارنتها بالفصل (9) من قانون المسطرة المدنية الذي نص على أنه يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة القضايا المتعلقة بالأسرة، حيث يطرح التساؤل حول ما إذا كان يكفي التبليغ، أم يتعين الحضور؟

71-حسن بيوض، «صلاحيات النيابة العامة في تفعيل مدونة الأسرة»، مجلة القصر، العدد 11، 2005، ص:131.

72-راجح الظن عندنا أن نية مشرع مدونة الأسرة كانت هي جعل النيابة العامة تقوم في قضايا الأسرة بدور مماثل لذلك الذي يقوم به المفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق أمام المحاكم الإدارية.

73-من نماذج هذه المواد المادة (75) من مدونة الأسرة التي أعطت للنيابة العامة صلاحية تقديم طلب إلى المحكمة لاستصدار قرار بكون المفقود المحكوم بوفاته مازال حيا. ومن ذلك كذلك المادة (76) من مدونة الأسرة التي أعطت للنيابة العامة الحق في أن تتدخل كمدعية لاستصدار حكم قضائي بإثبات التاريخ الحقيقي للوفاة، إذا تبين لها أن الحكم القضائي السابق المتعلق بوفاة المفقود مخالف للتاريخ الحقيقي للوفاة. وهناك كذلك المادة (221) من مدونة الأسرة التي تعطي للنيابة العامة الحق في أن تتدخل كمدعية لطلب الحكم بالتحجير أو رفعه.

إن مقتضيات المادة (3) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة»، والفصل (9) من قانون المسطرة المدنية الذي نص على أنه: «يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية: القضايا المتعلقة بالأسرة»، يوجد بينهما تكامل.

والنيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في القضايا المذكورة فإن حضورها وتتبعها ومناقشتها مفيد في جميع ملفات قضايا الأسرة، إلا أنه إذا تعذر حضورها فيكتفى في هذه الحالة بمستنتجاتها لكون المشرع لم يرتب البطلان عن عدم حضورها في غير الجلسات الجنائية، وهذا ما أشار إليه الدليل العملي لمدونة الأسرة في معرض شرح المادة (3) من المدونة الذي ورد فيه: «جاءت المادة (3) بمقتضى جديد أصبحت معه النيابة العامة طرفا أصليا أي رئيسيا في جميع القضايا، بعد أن لم يكن لها هذا الدور والصفة في مدونة الأحوال الشخصية.

ويتعين على النيابة العامة أن تقدم مستنتجاتها في كل ملف، كلما تعذر حضورها ما دام المشرع لم يرتب بطلانا عن عدم حضورها في غير الجلسات الجنائية، طبقا للمادتين (4)[74] و (7)[75] من ظهير التنظيم القضائي: ص:18.

وبالنسبة لتبليغ ملفات الزواج إلى النيابة العامة خلص النقاش إلى أن الأمر يتعلق بمجرد قواعد إجرائية ولا حاجة لإحالتها عليها. ماعدا إذا طلب ذلك، أو إذا رأى قاضي الأسرة المكلف بالزواج أن هناك ما يستوجب الإحالة عليها قبل البت في الطلب»[76].

إن النصوص التي أحال عليها التقرير المذكور، تفيد في نظرنا، عكس ما خلص إليه التقرير تماما، بل إنها حجة عليه، لا دليل له. والذي يظهر، لنا والله أعلم، أن قانون المسطرة المدنية تم تعديل ألفاظه بسرعة لتتلاءم مع صيغ مدونة الأسرة دون التفات إلى المادة (3) من مدونة الأسرة، ليس من باب عدم العلم بها، ولكن من باب السهو فقط، الذي توقع فيه العجلة أحيانا، وهو ما أدى إلى خلق التعارض بين المادة (3) من مدونة الأسرة والفصل (9) من قانون المسطرة المدنية، والشاهد على ذلك أن المشرع احتفظ بمقتضيات

74-نص الفصل (4) من قانون التنظيم القضائي على أنه: «يجب حضور ممثل النيابة العامة في الجلسات الزجرية تحت طائلة بطلان المسطرة والحكم. يعتبر هذا الحضور اختياريا في جميع القضايا الأخرى، عدا في الأحوال المحددة بمقتضى قانون المسطرة المدنية، وخاصة إذا كانت النيابة العامة طرفا رئيسيا وفي جميع الأحوال الأخرى المقررة بمقتضى نص خاص».

75-نص الفصل (7) من قانون التنظيم القضائي على أنه: «تعقد محاكم الاستيناف جلساتها في جميع القضايا وتصدر قراراتها من طرف قضاة ثلاثة وبمساعدة كاتب الضبط تحت طائلة البطلان ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. يعتبر حضور النيابة العامة في الجلسة الجنائية إلزاميا تحت طائلة البطلان. واختياريا في القضايا الأخرى عدا في الأحوال المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية وخاصة إذا كانت النيابة العامة طرفا رئيسيا وفي جميع الأحوال الأخرى المقررة بمقتضى نص خاص».

76-وزارة العدل المغربية، «مجلة قضاء الأسرة»، العدد 1، 2005، ص:30.

السطر(3) و(4) من الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية رغم أنها تدخل في صميم مدونة الأسرة، ولم ينتبه إلى أن مقتضيات السطر الثاني(2) تغني عنها.

ولكن إذا كان المشرع المغربي يقصد بالطرف الأصلي أن تكون النيابة العامة مدعية أو مدعى عليها، في جميع القضايا، فلماذا نص في عدد من المواد الأخرى على صفة النيابة العامة، كمدعية أو مدعى عليها، رغم أن المادة الثالثة (3) تغني عنها؟

إن ما نرجحه، هو أن نصوص مدونة الأسرة وضعت من لدن لجنة فقهية وعلمية عينت لهذا الغرض. وقد تطلب عملها مدة زمنية غير يسيرة، وكانت لها رؤية أو أفق لقانون الأسرة الذي وضعته، وغايات أو أهداف تصبو إليها. وقد تم التوافق مبدئيا بين أعضائها على مقتضيات المدونة بعد جلسات ماراطونية ومناقشات طويلة. بينما عدلت المسطرة المدنية بشكل مستعجل، بناء على اقتراحات من وزارة العدل، ولم تكن محل مناقشات دقيقة، وكان هدفها الإسراع بوضع الأطر الإجرائية لتنفيذ مدونة الأسرة تطبيقا للتعليمات الملكية في هذا المجال. ولذلك وقع التعارض بين المادة (3) من المدونة والفصل (9) من قانون المسطرة المدنية. بيد أن وجه الخلاف في هذا التعارض لا يخرج، من وجهة نظرنا، عن وجوب حضور النيابة العامة للجلسات من عدمه، ولا نعتقد أن واضعي مدونة الأسرة، كانوا يقصدون من المادة (3) من مدونة الأسرة جعل النيابة العامة طرفا مدعيا أو مدعى عليه في كل قضايا الأسرة، لذلك وقع النص صراحة على صفة النيابة العامة كمدعية أو مدعى عليها، في عدد من مواد المدونة.

إن الذي فرض، أو استوجب، النص على أن النيابة العامة تعد طرفا أصليا في كل القضايا الرامية إلى تطبيق مدونة الأسرة، هو الرغبة الجامحة للجنة المدونة في تفعيل دور النيابة العامة، في مواكبة تطبيق مدونة الأسرة، بشكل ايجابي ومفيد[77]، بدل ما كرستة الممارسة القديمة، في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، وقانون المسطرة المدنية، بحيث إن النيابة العامة، كانت تكتفي، في غالب الأحوال، بطلب تطبيق القانون، وهو ملتمس عام، لا يحقق أية فائدة عملية في قضايا الأسرة، ما دام أن تطبيق القانون هو أمر لازم لكل عمل قضائي. وقد تقلص دور النيابة العامة في قضايا الأسرة عندما ذهب المجلس الأعلى في قرار له، يتعلق بدعوى النفقة، تحت رقم 61 بتاريخ 24 مايو 1977 في الملف الاجتماعي عدد 1976/57513 إلى أنه: «وفيما يتعلق بالوسيلة الثانية المتخذة من خرق الفصل التاسع (9) من قانون المسطرة المدنية.

77-ومن أهم ما يؤكد حرص مشرع مدونة الأسرة على جعل تطبيق هذه المدونة مهمة قضائية هو أن المادة (54) من المدونة التي نصت على أن:

«للأطفال على أبويهم الحقوق التالية: (سردت عدة حقوق).

تعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتها طبقا للقانون.

تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة الذكر».

ذلك أن القضية تتعلق بالأحوال الشخصية ومع ذلك فإن القرار المطعون فيه لا يشير إلى تبليغ ملفها إلى النيابة العامة ولا إلى ايداع مستنتجات النيابة أو تلاوتها بالجلسة فيكون باطلا بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل المشار إليه.

لكن حيث إن المقصود من الأحوال الشخصية المنصوص عليها في الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية هو القضايا التي يوجد فيها نزاع جوهري في الحالة الشخصية مثل إنكار الزوجية أو إنكار النسب.

وحيث إن هذه النازلة لا يوجد فيها نزاع جوهري في الحالة الشخصية لأحد الطرفين فإن عدم اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في الفصل (9) من قانون المسطرة المدنية بالنسبة لها لا تأثير له على القرار المطعون فيه مما تكون معه الوسيلة غير مرتكزة على أساس».

وفي كل الأحوال، فإن المشرع عندما جعل من النيابة العامة طرفا أصليا في كل القضايا الرامية إلى تطبيق مدونة الأسرة، لم يراع إكراهات النيابة العامة، ومدى قدرتها على حضور كل الجلسات بسبب كثرة القضايا المعروضة على المحاكم من جهة، ومن جهة أخرى فإنه إذا كانت النيابة العامة طرفا أصليا في الدعوى، بالمفهوم المعروف للطرف الأصلي في فقه المسطرة، فيجب إدخالها من قبل جميع الأطراف في كل إجراءات الدعوى، ومنها مقال الدعوى، تحت طائلة عدم قبولها، الشيء الذي قد يؤدي إغفاله إلى ضياع عدد من الملفات على المتقاضين، بسبب هذا الإغفال، مما قد ينجر عنه طول المسطرة، وهو خلاف ما سعى إليه المشرع، والحال أن الصفة الإنضمامية للنيابة العامة قد تحقق المراد، وهو حسن تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة، ذلك أن تبليغ قضايا الأسرة إلى النيابة العامة عندما لا تكون مدعية أو مدعى عليها، أمر ضروري حتى تكون النيابة العامة على علم بهذه القضايا وتدلي بمستنتجاتها في الموضوع.

والذي يجري به العمل، في المحاكم منذ مدة، هو أن النيابة العامة تكتفي بالإدلاء بمستنتجاتها الكتابية في الملف ولا تحضر في جميع الجلسات. ونعتقد من جانبنا أن في هذا كفاية. قد يقال إنه أثناء مناقشة القضية في الجلسة قد تثار بعض المسائل، وتكون النيابة العامة غير حاضرة، مما قد يفوت عليها الادلاء بأقوالها في شأنها. غير أن هذه الثغرة يمكن سدها، لأن النيابة العامة من حقها أن تطلع على الملفات، وعلى المحاضر، قبل أن تدلي بمستنتجاتها النهائية، ويستحسن أن تكون هذه المستنجات موثقة ومكتوبة، خاصة عندما تكون المسطرة الجارية في القضية، مسطرة كتابية[78].

78- نص الفصل (45) من قانون المسطرة المدنية على أنه: «تطبق أمام المحاكم الابتدائية وغرف الاستينافات بها قواعد المسطرة الكتابية المطبقة أمام محاكم الاستيناف وفقا لأحكام الفصول 329 و331 و332 و334 و335 و336 و342 و344 الآتية بعده.....

غير أن المسطرة تكون شفوية في القضايا التالية:

1 - القضايا التي تختص المحاكم الابتدائية فيها ابتدائيا وانتهائيا؛

2 - قضايا النفقة والطلاق والتطليق؛....5 - قضايا الحالة المدنية».

ثم إن المحكمة، التي تبت في القضية، تحرص هي نفسها على حسن تطبيق القانون، ويمكنها أن تثير تلقائيا حتى البطلان عندما يتطلب الأمر ذلك[79].

وعليه، نرى أن وضعية النيابة العامة في مدونة الأسرة، تتحدد بالقواعد التالية:

1- إن اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا في مدونة الأسرة، لا يمكن أن يجعل منها مدعية أو مدعى عليها في كل قضايا الإسرة، بل إن هذه الصفة لا تكتسبها النيابة العامة إلا بموجب نص خاص سواء كان هذا النص مدرجا في مدونة الأسرة أو في نص قانوني آخر؛

2- إن تضخيم دور النيابة العامة في قانون الأسرة، بجعلها طرفا أصليا في كل القضايا الرامية إلى تطبيق مدونة الأسرة، يتجاوز إمكانات النيابة العامة من ناحية، ويفرض عليها اختصاصات غير ضرورية في كثير من الأحيان لكونها تدخل في إطار الحقوق الخاصة للأفراد الذين يملكون سلطة التقرير بشأنها من ناحية ثانية، وبالتالي لا يمكن للنيابة العامة أن تنوب عن كل شخص في تقدير أسباب الطلاق أو النفقة أو الحضانة أو الميراث والادعاء بشانها من ناحية ثالثة؛

3- إن الشكل الانضمامي للنيابة العامة، كاف في أغلب الأحوال، لتؤدي النيابة العامة دورها في السهر على حسن تطبيق قانون الأسرة، وإن ايداع مستنتجاتها في كل ملف مكتوبة أهم من مجرد حضورها الشكلي، خاصة عندما تحضر وتكتفي بالتماس تطبيق القانون؛

4- إن المشرع المغربي، مدعو مراعاة لما جرى به العمل، وأظهرته التجربة القضائية في تطبيق مدونة الأسرة من زاوية اختصاص النيابة العامة، إلى إلغاء المادة (3) من هذه المدونة.

بعد، هذا المدخل العام، نصل إلى جوهر مدونة الأسرة، على أن نكتفي، مراعاة للمطلوب، بدراسة الزواج (الفصل الأول) وانحلال ميثاقه (الفصل الثاني).

79- نصت المادة (58)، على سبيل المثال، من مدونة الأسرة على أنه: «تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا لأحكام المادة 57 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه، أو بطلب ممن يعنيه الأمر».

الفصل الأول: الزواج والخطبة.

بما أن الزواج ينبني على مقدمات تجسدها الخطبة، فإننا سنتناول الخطبة في (المبحث الأول)، وبعدها نتعرض للزواج في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الخطبة.

وف ننطلق من الكلام عن الخطبة وشروطها في (المطلب الأول)، لنصل إلى الكلام عن آثار الخطبة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الخطبة وشروطها.

قبل أن نصل إلى الحديث عن شروط الخطبة في (الفقرة الثانية)، لا بد من الحديث عن مفهوم الخطبة ومشروعيتها في (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: مفهوم الخطبة ومشروعيتها.

بعد أن ننهي الكلام عن مفهوم الخطبة (أولا) سوف نمر للكلام عن مشروعيتها (ثانيا).

أولا: مفهوم الخطبة: الخطبة هي: «التماس التزويج والمحاولة عليه»[80]. وهي كذلك: «إعلام المرأة أو وليها بالرغبة في زواجها»[81]. وقد عرفها الأستاذ محمد ابن معجوز رحمه الله بقوله: «يراد بالخطبة طلب الرجل، أو من يمثله، المرأة للزواج، وعرضه عليها أو على أهلها. ويسمى الرجل خاطبا، والمرأة مخطوبة، أو خطيبة»[82]. وقال الأستاذ صلاح الدين زكي: «تتمخض الخطبة عن طلب التزويج بالمرأة، إما بتوجهه إليها مباشرة، وإما بالتقدم إلى بعض الأقربين من أهلها. وقد يوجه الخاطب الطلب بنفسه، وقد ينوب عنه في ذلك بعض ذوي قرباه أو عشيرته. وقد تصاحبها قراءة الفاتحة الكريمة، كما أنها قد يقترن بها منذ البداية تقديم الهدايا، أو قد يتم ذلك في بحر مدتها»[83].

ومن جهته عرف المشرع المغربي الخطبة في المادة (5) من مدونة الأسرة بقوله: «الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج»[84].

80-أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، «شرح مختصر خليل للخرشي»، الجزء 3، دار الفكر، بيروت، ص:166.

81-محمد بن ابراهيم بن عبد الله التويجري، «موسوعة الفقه الإسلامي»، الجزء4، الطبعة الأولى، 2009، ص:43.

82- أستاذنا محمد ابن معجوز، «أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية»، الجزء 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1994، ص:24.

83-صلاح الدين زكي، «أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي»، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1985، ص:22.

84-Art.5: «Les fiançailles sont une promesse mutuelle de mariage entre un homme et une femme».

كان الفصل (2) من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ينص على أن: «الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج. ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا». وقد عرف قانون 1960/1/1 بشأن كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للموسويين الخطبة في المادة (1) بقوله: «الخطبة عقد يتفق به الخاطبان على أن يتزوجا ببعضهما شرعاً في أجل مسمى بمهر مقدر يتفقان عليه».

بيد أنه، ينبغي التأكيد على، أن مجرد التواعد بين الرجل والمرأة غير كاف بمفرده لتحقق الخطبة بمعناها الشرعي والقانوني، وإن الخطبة بمعناها هذا هي التي تكون بين رجل وامرأة تتوفر فيهما كل الشروط الشرعية والقانونية للزواج، كما يجب أن تتم الخطبة وفق العادات والأعراف الجاري بها العمل لتأكيد النية الجازمة، والعزم الحقيقي على الزواج، بعد استكمال الإجراءات والتدابير التي يقتضيها الانتقال من مرحلة الخطبة إلى مرحلة الزواج. ولا يكفي أن يقع التواعد الشفوي بين الرجل والمرأة في مقهى أو في شارع أو في موسسة معينة لكي تتحق الخطبة المقصودة قانونا وشرعا بينهما. بل يجب أن يقترن التواعد بأوصاف قولية أو فعلية تفيد النية الحقيقية للزواج، مما يعني أن الخطبة لا يعتد بها إلا إذا اتمست بالأوصاف التالية:

1- أن تكون الخطبة مقدمة للزواج، أي أن الخطبة تسبق الزواج ولا تقع بعده. قال ابن قدامة الحنبلي: «ويستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل التواجب، ثم يكون العقد بعده؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم ﴿كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله، فهو أقطع﴾. وقال: ﴿كل خطبة ليس فيها شهادة، فهي كاليد الجذماء﴾. رواهما ابن المنذر»[85]. ولذلك جرى العمل في كل المناسبات المغربية، أن تقترن الخطبة بقراءة الفاتحة، والدعاء الصالح للمخطوبين، بحضور عائلة وأقارب كل من الخطيبة والخاطب. وقد أشار المشرع المغربي إلى ذلك في المادة (5) من مدونة الأسرة بقوله: «تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا»[86].

2- أن تكون الخطبة عبارة عن «اتفاق متبادل» على وجه الوعد بين الرجل (الخاطب) والمرأة (المخطوبة) على الزواج، وعليه فإن الخطبة بمفهومها القانوني والشرعي لا تتحقق إلا إذا كان هناك وعد متبادل بين الخاطب والمخطوبة على الزواج. أما إذا وعد أحدهما الآخر بالزواج ولم يصدر عن الآخر أي وعد مقابل فإن الخطبة تكون غير متحققة. وهذا التحديد الجديد الذي اعتمده المشرع في تعريف الخطبة فيه تحرير لمعنى الخطبة واستيعاب لماهيتها.

3-أن تكون الخطبة بين الرجل والمرأة، وبذلك فإن المشرع المغربي كرس ما نص عليه في الفصل (32) من الدستور المغربي لسنة 2011 بقوله: «الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع»[87]. والزواج الشرعي هو الزواج الذي يكون بين الرجل والمرأة وفقا للشروط الشرعية والقانونية

85-موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، «المغني»، الجزء 9، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الثالثة، 1997، ص: 465/464.

86-Art.5/2: «Les fiançailles se réalisent par l'expression des deux parties, par tout moyen communément admis, de leur promesse mutuelle de se marier. Il en est ainsi de la récitation de la Fatiha et des pratiques admises par l'usage et la coutume en fait d'échange de présents».

87-Art.32: «La famille, fondée sur le lien légal du mariage, est la cellule de base de la société».

للزواج، وبالتالي لا يمكن اعتبار كل أنواع المعاشرات غير الشرعية التي أصبحت قائمة في قوانين دول أخرى زواجا، مثل «الزواج بين شخصين من نفس الجنس»[88]، وكذلك ما يعرف في القانون المدني الفرنسي «بالعقد المدني للتضامن»[89]، ثم ما يطلق عليه اسم «المعاشرة الحرة بدون زواج»[90].

4- يجب أن تقترن الخطبة بظروف وملابسات ووقائع تؤكد وجود النية الحقيقية للزواج، ومن ذلك اشتهار الخطبة بين أسرتي الخطيبين، وكذلك بين غيرهم من الأقارب والجيران[91].

ثانيا- مشروعية الخطبة: يرى أغلب الفقهاء أن الخطبة مستحبة[92]. غير أن داود الظاهري قال إنها واجبة. وقد لخص ابن قدامة الحنبلي في كتابه المغني هذا الخلاف بقوله: «والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه، إلا داود، فإنه أوجبها»[93]. وفسره، أي الخلاف، ابن رشد القرطبي بقوله: «وأما خطبة النكاح المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة، وقال داود هي واجبة. وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب»[94].

88-نص الفصل (143) من القانون المدني الفرنسي على أنه: «يكون الزواج بين شخصين من جنسين مختلفين أو من نفس الجنس».

Art.143:«Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe».

89-Art.515-1:«Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune».

90- محمد الشافعي، «المعاشرة الحرة بدون زواج»، منشور ضمن كتاب «الأسرة في فرنسا: دراسات قانونية وحالات شاذة»، سلسلة البحوث القانونية 3، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2001، ص:19 وما يليها.

91- قرار المجلس الأعلى رقم 24 الصادر بتاريخ 11 يونيو 2008 في الملف عدد 2007/1/2/443، نشرة قرارات المجلس الأعلى، السلسلة 1، الجزء 1، مطبعة الأمنية الرباط، 2009، ص:95.

92-قال ابن جزي: «فِي الْخِطْبَة (بِكَسْر الْخَاء) وَهِي مُسْتَحَبَّة». محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، حققه وعلق عليه ماجد الحموي، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2013، ص:327/326.

وقال القرافي: «الْمُقَدِّمَةُ الثَّانِيَةُ فِي الْجَوَاهِرِ: الْخِطْبَةُ مُسْتَحَبَّةٌ». شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي، «الذخيرة في الفقه»، الجزء 4، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994، ص:191.

93-موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، «المغني»، مرجع سابق، ص:466.

وقال القيرواني: «ومن الواضحة قال مالك: الخطبة في النكاح مستحبة، وهي من الأمر القديم، وما قل منها فهو أفضل». أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي زيد النفزي القيرواني المالكي، «النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ»، الجزء 4، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1999، ص:390.

94- أبو الوليد محمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، المجلد 3، شرح وتحقيق وتخريج عبد الله العبادي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى، 1995، ص:1236.

الفقرة الثانية: شروط الخطبة.

تتمثل أهم شروط الخطبة في الشروط التالية:

1- أن تكون المرأة (الخطيبة) والرجل (الخاطب) خاليين من الموانع الشرعية للزواج: إن المرأة التي يجوز خطبتها هي المرأة التي يمكن الزواج منها في الحال. وبعبارة أخرى فإن المرأة التي يجوز خطبتها هي المرأة الخالية من موانع الزواج[95]. سواء كانت هذه الموانع مؤبدة، أو موقتة. ولذلك يشمل هذا المنع جميع النساء المحرمات على الرجل بالقرابة، والمصاهرة، والرضاع، كما يشمل المرأة المتزوجة، والمرأة الموجودة في عدة أو استبراء. وتدخل المرأة المطلقة أثناء عدتها في المنع، لكن الفقهاء قالوا إن المعتدة من طلاق بائن أو من وفاة، يجوز للرجل أن يلمح لها برغبته في الزواج منها، ولكنه لا يجوز له أن يصرح لها بذلك. قال القرافي: «وَالتَّصْرِيحُ بِخِطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ حَرَامٌ وَالتَّعْرِيضُ جَائِزٌ وَهُوَ الْقَوْلُ الْمُفْهِمُ لِمَقْصُودِ الشَّيْءِ مِنْ غَيْرِ تَنْصِيصٍ مَأْخُوذٌ مِنْ عَرْضِ الشَّيْءِ وَهُوَ نَاحِيَتُهُ لِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ عَلَى النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ هُجُومٍ عَلَيْهِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلا أَنْ تَقُولُوا قَوْلا مَعْرُوفًا وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾[96] فَدَلَّ عَلَى إِبَاحَةِ الْإِكْنَانِ وَالتَّعْرِيضِ وَتَحْرِيمِ الْمُوَاعَدَةِ»[97].

وقد اختلف الفقهاء حول حكم خطبة المرأة المعتدة. قال القرافي: «إِنْ وَاعَدَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ عَقَدَ بَعْدَهَا قَالَ فِي الْكِتَابِ يُفْسَخُ بِطَلْقَةٍ أَحَبُّ إِلَيَّ دَخَلَ أَمْ لَا لِلنَّهْيِ ثُمَّ يَخْطِبُ بَعْدَ ذَلِكَ لِانْتِفَاءِ الْعَقْدِ وَمَقْصُودِهِ مِنَ الْعِدَّةِ وَقَالَ أَشْهَبُ يُفْسَخُ وَتَحْرُمُ أَبَدًا وَطِئَ أَمْ لَا لِأَنَّ مَا وَقَعَ بَعْدَ الْعِدَّةِ سَبَبُهُ الْمُوَاعَدَةُ فِي الْعِدَّةِ وَهِيَ حَرَامٌ وَالْمَبْنِيُّ عَلَى الْحَرَامِ حَرَامٌ»[98].

95- نظم المشرع المغربي موانع الزواج في المواد: (35 و36 و37 و38 و39 و40) من مدونة الأسرة.

96- سورة الْبَقَرَة، الآية 135.

97- قال القرافي في تتمة النص: «وَهَذَا قَالَ الْأَئِمَّةُ غَيْرَ أَنَّ الشافعي وَابْن حَنْبَل منعا من التَّعْرِيض للرجعية لِأَنَّهَا زَوْجَة وَلَسْتُ أَنْقُلُ فِيهِ عِنْدَنَا شَيْئًا غَيْرَ أَنَّ الْأَصْحَابَ أَطْلَقُوا الْإِبَاحَةَ مِنْ غَيْرِ تَخْصِيصٍ وَفِي الْجَوَاهِرِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ وَالَّذِي مَالَ إِلَيْهِ مَالِكٌ فِي التَّعْرِيضِ أَنْ يَقُولَ إِنِّي بِكِ لَمُعْجَبٌ وَلَكِ مُحِبٌّ وَفِيكِ رَاغِبٌ قَالَ وَهَذَا عِنْدِي أَقْوَى التَّعْرِيضِ وَأَقْرَبُ إِلَى التَّصْرِيحِ قَالَ وَالَّذِي أرى أَن يَقُول إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى سَابِقٌ إِلَيْكِ خَيْرًا فَأَنْتِ نَافِعَةٌ فَإِنْ زَادَ فَهُوَ تَصْرِيحٌ». شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص: 192/191.

وقال ابن جزي: «وَالتَّصْرِيح بِخطْبَة الْمُعْتَدَّة حرام والتعريض جَائِز وَهُوَ القَوْل الْمُفْهِم للمقصود من غير تنصيص والهدية من التَّعْرِيض وَلَا تجوز الْخطْبَة على خطْبَة آخر بعد الْإِجَابَة أَو الركون أَو التقارب قَالَ ابْن الْقَاسِم هَذَا فِي المتشاكلين وَلَا تحرم خطْبَة صَالح على فَاسق وَمن خطب على خطْبَة أَخِيه أدب فَإِن عقد لم يفْسخ عقده وفَاقا لَهما (تنبيه من ابن جزي: وَإِذا ذكرنَا ضمير الْإِثْنَيْن كَقَوْلنَا عِنْدهمَا أَو خلافًا لَهما فنعني الشَّافِعِي وَأَبا حنيفَة) وَقيل يفْسخ وفَاقا للظاهرية وَقيل يفْسخ قبل الدُّخُول لَا بعده». محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص: 338.

98- وأضاف القرافي: «قَالَ اللَّخْمِيُّ الرَّجْعِيَّةُ تَتَزَوَّجُ فِي الْعِدَّةِ فَيَرْتَجِعُهَا زَوْجُهَا فِي الْعِدَّةِ وَقَبْلَ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا قَالَ مَالِكٌ تَصِحُّ الرَّجْعَةُ وَلَا يَطَؤُهَا حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا مِنَ الْمَاءِ الْفَاسِدِ بِثَلَاثِ حِيَضٍ إِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي وَإِنْ أَصَابَهَا فِي عِدَّتِهَا مِنَ الثَّانِي لَمْ تَحْرُمْ لِأَنَّهُ أَصَابَ امْرَأَتَهُ وَكَذَلِكَ الْمَنْعِيُّ لَهَا زَوْجُهَا فَيَقْدُمُ فَيُفَرِّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الثَّانِي فَيُصِيبُهَا الْأَوَّلُ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الثَّانِي وَكَذَلِكَ الَّتِي تَزْنِي فَيُصِيبُهَا زَوْجُهَا قَبْلَ الِاسْتِبْرَاءِ بِخِلَافِ الْبَائِنِ تَتَزَوَّجُ فِي الْعِدَّةِ لَا يَجُوزُ لِلْأَوَّلِ الْعَقْدُ عَلَيْهَا وَهِيَ فِي عِدَّةٍ مِنْهُمَا فَإِنْ فَعَلَ فُسِخَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ لِأَنَّ الْبَائِنَ أَجْنَبِيَّةٌ وَالرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ إِنْ دَخَلَ بِهَا فِي الْعِدَّةِ مِنْهُ أَوْ مِنَ الثَّانِي». شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص: 196.

وقال الإمام اللخمي في حكم المواعدة أو النكاح أثناء العدة: «النكاح والمواعدة في العدة ممنوعان، والتعريض جائز، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلا أَنْ تَقُولُوا قَوْلا مَعْرُوفًا وَلا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾[99] وقد تضمنت هذه الآية إباحة وجهين؛ وهما: التعريض، وما يضمر في النفس من غير نطق. ومنع وجهين هما أشد من الأولين: المواعدة والعقد»[100]. ثم قال: «واختلف إذا وعد في العدة ونكح بعد-في فسخ النكاح -وفي التحريم فيما بعد. فقال مالك في المدونة: فراقها أحب إلي، دخل بها أو لم يدخل وتكون طلقة ثم يخطبها بعد أن تحل. فجعل الفراق على وجه الاستحسان، ولم يحرمها»[101].

والمعول عليه من أقوال الفقهاء هو أن خطبة المرأة في العدة، لا يترتب عنه بطلان الزواج أو فساده، لأن المشرع لم يصنف هذا الزواج لا في خانة الزواج الباطل[102]، ولا في خانة الزواج الفاسد[103]. أما إذا انعقد العقد أثناء العدة، وهذا أمر مستبعد جدا، بحكم ما فرضته المادة (65) من مدونة الأسرة من الوثائق المكونة لملف عقد الزواج، وكذلك المادة (67) من مدونة الأسرة التي تلزم العدلين بتضمين العقد الوضعية القانونية لمن سبق زواجه من الزوجين[104]. فإن الزواج يكون باطلا[105]، لأن العدة تعتبر من موانع الزواج المؤقتة[106]، ويتعين على المحكمة أن تصرح ببطلانه، طبقا لمقتضيات المادة (58) من مدونة الأسرة[107].

2- أن تكون المرأة غير مخطوبة: قرر الفقهاء أن المرأة المخطوبة لا تجوز خطبتها. وقد روي عن النبي (ص) أنه نهى عن الخطبة على الخطبة. قال ابن رشد الجد: «ويكره أن يخطب الرجل المرأة على خطبة أخيه

99-سورة البقرة، الآية 135.

100-أبو الحسن علي بن محمد اللخمي، «التبصرة»، الجزء4، تحقيق أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويات للمخطوطات وخدمة التراث، الطبعة الثانية، 2012، ص:2222.

101-أبو الحسن علي بن محمد اللخمي، «التبصرة»، مرجع سابق، ص:2226.

102-المادتين (57) و(58) من مدونة الأسرة

103-المواد (60/61/62/63/64) من مدونة الأسرة.

104-نصت المادة (67) من مدونة الأسرة على أنه: «أولا: يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية؛ وهي:.....

رابعا: يضمن العدلان في عقد الزواج، تصريح كل واحد من الخطيبين هل سبق أن تزوج أم لا؟ وفي حالة وجود زواج سابق، يرفق التصريح بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد المزمع إبرامه».

105-نصت المادة (57) من مدونة الأسرة على أن: «يكون الزواج باطلا:

2-إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه».

106-نصت المادة من مدونة الأسرة على أن: «موانع الزواج المؤقتة هي:5-وجود المرأة في علاقة زواج أوفي عدة أو استبراء».

107-نصت المادة (58) من مدونة الأسرة على أنه: «تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا لأحكام المادة 57 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه، أو بطلب ممن يعنيه الأمر. يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة».

للنهي الوارد في ذلك عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وذلك إذا ركنا وتقاربا وإن لم يتفقا على صداق مسمى. وقيل: ذلك جائز ما لم يسميا الصداق. والأول أصح وأكثر لأن النكاح ينعقد ويتم دون تسمية صداق، فإن فعل لم يفسخ نكاحه ووجب عليه أن يستغفر الله تعالى ويتحلل صاحبه فيما فعل، فإن لم يحله فليخل سبيلها إذ كان أفسدها عليه بعد أن كانت رضيت به فإن تزوجها الأول وإلا راجعها هو إن شاء وبدا له بنكاح جديد، وليس يقضى عليه بذلك وإنما هو على وجه التنزه والبر والخوف لله تعالى. وقيل: إن النكاح يفسخ قبل الدخول وبعده إذا علم ذلك وثبت، وهو قول ابن نافع وروايته عن مالك.

وأما قبل أن يركنا ويتقارب الأمر بينهما فلا بأس بالخطبة، ولا بأس أن يجتمع الاثنان والثلاثة والأكثر على خطبة المرأة. وقد روي أن جرير بن عبد الله البجلي سأل عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن يخطب عليه امرأة من دوس، ثم سأله مروان بن الحكم بعد ذلك أن يخطبها عليه، ثم سأله بعد ذلك ابنه عبد الله أن يخطبها عليه، فدخل على أهلها والمرأة جالسة في قبتها عليها سترها، فسلم عمر فردوا السلام وهشوا له وأجلسوه، فحمد الله تعالى وأثنى عليه وصلى على نبيه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ثم قال: إن جرير بن عبد الله البجلي يخطب فلانة، وهو سيد أهل المشرق، ومروان بن الحكم يخطبها، وهو سيد شباب قريش، وعبد الله بن عمر يخطبها، وهو من قد علمتم، وعمر بن الخطاب يخطبها، فكشفت المرأة عن سترها وقالت أجاد أمير المؤمنين؟ قال نعم. قالت: قد زوجت يا أمير المؤمنين، زوجوه، فزوجوه إياها فولدت له ولدين وبالله سبحانه وتعالى التوفيق»[108].

وقد ناقش الفقهاء حكم الزواج بالمرأة المخطوبة. ولخص ابن رشد الحفيد أقوالهم بقوله: «فأما الخطبة على الخطبة، فإن النهي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام. واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أو لا يدل، وإن كان يدل ففي أي حالة يدل؟ فقال داود (الظاهري) يفسخ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ، وعن مالك القولان جميعا (أي في قول يفسخ وفي قول آخر لا يفسخ)، وثالث وهو أن يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده، وقال ابن القاسم: إنما معنى النهي إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح، وأما إن كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز. وأما الوقت عند الأكثر فهو إذا ركن بعضهم إلى بعض لا في أول الخطبة، بدليل حديث فاطمة بنت قيس، حديث، «حيث جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أبا جهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطباها، فقال: أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، ولكن انكحي أسامة»[109].

108-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، «المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات»، الجزء 1، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1988، ص:482/481.

109-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1237/1236.

والمعول عليه، أن خطبة المرأة المخطوبة والزواج منها، لا يترتب عنه بطلان الزواج، كما أن خطبة المرأة المخطوبة والزواج منها لا يعتبر سببا لطلب فسخ الزواج، لأن قبول المرأة خطبة رجل آخر بعد خطبتها من رجل أول، معناه فسخ خطبة الخاطب الأول، وفسخ الخطبة لا تترتب عنه أية مسؤولية. قال الاستاذ ابراهيم بحماني: «ولكن إذا وقع الزواج فإنه لا يبطل بسبب وجود خطيب سابق»[110].

3- أهلية الخاطب والمخطوبة: لم ينظم المشرع المغربي سن الخطبة، بل إنه حدد فقط سن الزواج[111]. ولهذا يمكن أن نقول إن الخطبة يشترط فيها أهلية الخاطب والمخطوبة للزواج. لكن لا مانع استثناء من قبول الخطبة قبل السن القانونية للزواج، إذا كان سن كل من الخاطب والمخطوبة قريبا من سن الزواج.

المطلب الثاني: آثار الخطبة.

نصت المادة (6) من مدونة الأسرة على أن: «يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها»[112].

وبهذا يتبين أن الإشهاد على الزواج (توثيق عقد الزواج) هو الذي ينقل المخطوبين من فترة الخطبة إلى مرحلة الزواج. وقد أجاز المشرع في المادة المذكورة العدول عن الخطبة.

وقد يكون هذا العدول إما باتفاق الطرفين، أو بقرار من أحدهما. وهذا العدول عن الخطبة لا تترتب عنه أية مسؤولية سواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة. وقد أكد المشرع المغربي في المادة (7) من المدونة ذلك بقوله: «مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض»[113].

فالقاعدة العامة، إذن أن فسخ الخطبة أو العدول عنها لا تترتب عنه أية مسؤولية. وهذا نابع من التكييف القانوني للخطبة التي تعتبر مجرد تواعد بين الرجل والمرأة على الزواج[114]. بيد أن المشرع أورد على

110- ابراهيم بحماني، «من أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة بشأن الخطبة والنسب»، مجلة قضاء الأسرة، العدد المزدوج 5/4، 2009، ص:182.

111- نصت المادة 19 من مدونة الأسرة على أنه: «تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية».

112- Art.6: «Les deux parties sont considérées en période de fiançailles jusqu'à la conclusion de l'acte de mariage dûment constatée. Chacune des deux parties a le droit de rompre les fiançailles».

وقد كان الفصل (3) من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ينص على أنه: «لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة. للخاطب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قبله».

113- Art.7: «La simple renonciation aux fiançailles n'ouvre pas droit au dédommagement».

114- نص الفصل 14 من قانون الالتزامات والعقود على أن: «مجرد الوعد لا ينشئ التزاما». والمقصود هنا إنما هو الوعد المجرد عن شروطه.

Art.14: «La simple promesse ne crée point d'obligation».

هذه القاعدة العامة التي قررها في المادة (7) من مدونة الأسرة استثناء بقوله: «غير أنه إذا صدر عن أحد المخطوبين فعل سبب للآخر ضررا، فإنه يجوز للمتضرر أن يطالب بالتعويض»[115].

وعليه، سنتناول في البداية حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة (الفقرة الأولى)، ثم حكم الصداق كذلك في حالة العدول عن الخطبة (الفقرة الثانية)، ثم ننتهي إلى الضرر القابل للتعويض بسبب العدول عن الخطبة (الفقرة الثالثة)، وحق المخطوبين في التعويض عن الضرر غير المباشر (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى: حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة.

أفرد المشرع حكما للهدايا المتبادلة بين المخطوبين في المادة (8) من مدونة الأسرة بقوله: «لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله.

ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال»[116].

إن هذه المادة، تضع في الحقيقة ثلاثة أحكام، يمكن تفصيلها في النقط التالية:

1- لا يحق للطرف الذي عدل عن الخطبة استرجاع الهدايا التي قدمها للطرف الآخر بمناسبة الخطبة، وبمعنى آخر يحق للطرف الذي لم يعدل عن الخطبة أن يحتفظ بالهدايا التي قدمت له بمناسبة الخطبة؛

2- يحق للطرف الذي لم يعدل عن الخطبة أن يسترجع الهدايا التي قدمها هو للطرف العادل عن الخطبة بمناسبة الخطبة؛

3- ترد الهدايا عينا، أو بقيمتها حسب الأحوال.

ومعنى هذا أن الطرف العادل عن الخطبة يجب عليه أن يرد الهدايا التي قدمت له من الطرف الآخر بذاتها، إذا كانت هذه الهدايا محفوظة لديه كما هي بعينها. أما إذا فقد هذه الهدايا أو تصرف فيها بأي شكل من الأشكال، فيتعين عليه أن يرجع تلك الهدايا إما بمثلها إن كانت مثلية، أو أن يدفع قيمتها، إن كانت الهدايا مما لا يوجد مثلها في السوق. ونرى أي يطبق هذا الحكم كذلك إذا نتج عن استعمال الهدايا أو التصرف فيها، نقص محسوس في قيمتها.

115-«Toutefois si l'une des deux parties cause un préjudice à l'autre, la partie lésée peut réclamer réparation».

116-Art 8: Chacun des deux fiancés peut demander la restitution des présents offerts, à moins que la renonciation aux fiançailles ne soit de son fait.

Les présents sont restitués en nature ou à leur valeur selon les cas».

وكان الفصل (3) من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ينص على أنه: «لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة، للخاطب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قبله».

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة الاستئناف بمكناس سبق لها أن قضت بالتشطيب على الهدية التي قدمها خاطب إلى خطيبته، وهي عبارة عن قطعة أرضية تبلغ مساحتها 10 هكتارات، من السجل العقاري، وأكدت أحقية الخاطب في استرجاع هديته عندما تبين لها أن ما قامت به المخطوبة هو عمل مشوب بسوء النية واستخلصت من ذلك أن العدول عن الخطبة كان من جانبها وليس من جانب خطيبها[117].

الفقرة الثانية: حكم الصداق في حالة العدول عن الخطبة.

حدد المشرع حكم الصداق في حالة العدول عن الخطبة في المادة (9) من مدونة الأسرة بقوله: «إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه.

إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه»[118].

ويفهم من هذه المادة أن المشرع المغربي أعطى للرجل الخاطب الحق في استرجاع ما قدمه من الصداق إلى خطيبته في مرحلة الخطبة، سواء كان هو العادل عن الخطبة، أو كان العدول عن الخطبة من طرف الخطيبة. كما أن المشرع أعطى لورثة الخاطب كذلك في حالة وفاته الحق في استرداد معجل الصداق إما بعينه إن كان قائما، أو بمثله أو قيمته وقت تسلمه.

وبحكم ما ينبغي أن يطبع الزواج، سواء في مقدمته (الخطبة)، أو في سيرورته، من جد ومسؤلية، وهما عكس كل هزل أو استهتار، نعيب على المشرع المغربي ما قرره من أحكام للصداق في حالة العدول عن الخطبة أو وفاة الخاطب، ونرى أنه كان يجب عليه أن يحرم الخاطب من حق استرداد الصداق المعجل في حالة عدوله عن الخطبة، كما هو الشأن بالنسبة للهدايا، أو أن يجعل، على الأقل، حق استرجاع معجل الصداق، مقرونا بوجود سبب جدي ومعقول ومفيد للعدول عن الخطبة من جانبه. كما نرى أنه كان من الأنسب أن يترك المشرع الصداق المعجل للمخطوبة في حالة وفاة الخاطب، بدل إعطاء ورثته الحق في استرداده، إذ إن ذلك قد يؤدي إلى نشوب النزاع والخصام سواء بين الخطيبة وورثة الخاطب، أو بين ورثة الخاطب أنفسهم.

117- قرار محكمة الاستئناف بمكناس عدد بتاريخ 1980/10/7 في الملف رقم، مجلة رابطة القضاة، العددان، 9/8.

118-Art.9:«Lorsque le fiancé s'acquitte du sadaq (la dot) en totalité ou en partie, et qu'il y a eu renonciation aux fiançailles ou décès de l'un des fiancés, le fiancé ou ses héritiers peuvent demander la restitution, le cas échéant, des présents offerts, ou à défaut, leur équivalent ou leur valeur au jour de leur remise.

Si la fiancée refuse de restituer le montant qui a servi à l'acquisition du Jihaz (ameublement et trousseau de mariage), la partie qui a renoncé aux fiançailles supporte la perte qui peut résulter entre la valeur du Jihaz et son prix d'acquisition».

ويبقى أن ننبه إلى أنه طبقا للفقرة الثانية من المادة (9) من مدونة الأسرة، فإن الخطيبة لا تتحمل المسؤولية عن النقص الواقع في مبلغ الصداق إذا حول إلى جهاز إلا إذا كان العدول عن الخطبة قد حصل من لدنها، أما إذا كان العدول عن الخطبة قد تم من طرف الخاطب، فإن الخسارة الناجمة عن تحويل مبلغ الصداق أو بعضه إلى جهاز يتحملها الخاطب بعد تقويم الجهاز أو بيعه.

الفقرة الثالثة: الضرر القابل للتعويض في حالة العدول الخطبة.

إن مجرد العدول عن الخطبة في حد ذاته، لا يترتب عنه أي تعويض، لأن القانون نفسه هو الذي أعطى لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة[119]. «كما أن المتفق عليه كذلك، استحقاق التعويض عن التصرفات الضارة الأجنبية عن الخطبة، والأعمال التمهيدية لعقد الزواج، كأن ينسب أحد الطرفين إلى الآخر وقائع تعتبر قذفا أو يفشي سرا من أسراره»[120].

لكن هل يستحق كل من الخاطب أو المخطوبة التعويض عن الضرر المنجر عن فعل مرتبط بالخطبة؟

يرى بعض الفقهاء أن العدول عن الخطبة لا يترتب عنه التعويض في كل الأحوال[121]، ويرى آخرون أن التعويض عن الضرر المنجر عن العدول عن الخطبة يكون له ما يبرره في بعض الأحيان، وإن هذا التعويض

119- المادة (7) من مدونة الأسرة. وقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة: «وحيث إن التراجع عن الخطبة لا يرتب الحق في التعويض، وإن لم يكن له مبرر ظاهر، إلا عند صدور فعل من المتراجع عن الخطبة ألحق ضررا بالمخطوبة، كحملها على الانقطاع عن الدراسة، أو الاستقالة من الوظيفة، أو تحملها نفقات معينة...

وحيث إنه لم يثبت للمحكمة من خلال اطلاعها على مستندات الملف ووثائقه، صدور أي فعل سبب ضررا للمدعية، ما عدا العدول عن الخطبة، الذي لا يكفي وحده لثبوت الحق في التعويض ما لم يكن مصحوبا بفعل آخر ألحق ضررا بالمدعية من قبيل ما ذكر سلفا». حكم عدد 503 بتاريخ 7 يوليوز 2008 في الملف رقم 2007/651 أورده ادريس الفاخوري في كتابه «قانون الأسرة المغربي: أحكام الزواج»، الجزء 1، دار نشر المعرفة، الرباط، طبعة 2016، ص:110.

120- أحمد الخمليشي، «من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة»، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2012، ص:92.

121- أجمل الأستاذ محمد أبو زهرة هذا الرأي بقوله: «لقد أجاب عن ذلك بعض رجال الفقه بأنه لا يسوغ، وليس لقاض أن يحكم به، لأن العدول حق للخاطب والمخطوبة بلا قيد ولا شرط، ولأن العادل بحكم الفقه والقانون يسترد هداياه فكيف يغرم مالا، ولأن المقرر فقها وقانونا أنه لا ضمان في استعمال الحق، ولأن الذي وقع في الضرر من الطرفين يعلم أن الطرف الآخر له العدول في أي وقت شاء، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة، ثم حصل عدول، فالضرر نتيجة لاغتراره. ولم يغرر به أحد، والضمان عند التغرير، لا عند الاغترار، ولأنه لو حمل العادل عن الخطبة مغارم لكان في ذلك بعض الإكراه على الزواج. ويجب أن يتوافر في عقد الزواج كامل الرضا، وكامل الحرية، وأنه كان على من وقع به الضرر بسبب العدول أن يطلب قبل الدخول فيما يسبب الضرر-البت بقطع الخطبة أو إمضاء الزواج-وأنه إذا لم يفعل فليتحمل مغبة تقصيره من غير أن يشركه أحد. وبهذا الرأي أخذت محكمة الاستئناف الوطنية في كثير مما عرض لها من خصومات في هذا الموضوع». محمد أبو زهرة، «الأحوال الشخصية»، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، ص:36/35.

يجد سنده إما في مبدإ «منع إساءة استعمال الحق» المعمول به خاصة لدى الحنفية، أو في مبدإ «منع التسبب في الضرر» المعمول به خاصة لدى المالكية[122].

وقد حاول الأستاذ محمد أبو زهرة أن يوفق بين الرأي الأول والرأي الثاني فقال: «وفي الحق أننا لا نستطيع أن نقر الرأي الأول الذي يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق. كما لا نستطيع أن نقر الرأي الثاني. بل نقول قولا وسطا فنقرر أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض، لأنه حق. والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة، لا لمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب نوعا من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة، فيعوض، وإن لم يكن كذلك فلا يعوض.

وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشأ، وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول. كالمثالين السابقين، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعوض والثاني لا يعوض، إذ الأول كان تغريرا، والتغرير يوجب الضمان، كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي وغيره، وفي قضايا العقل والمنطق، وقد أخذت بهذا النظر محكمة النقض (نقض مدني 14 ديسمبر 1939)»[123].

وفي تقديرنا، فإن الأستاذ محمد أبو زهرة، لم يدل في محل الخلاف برأي وسط، بل إن قوله لا يخرج -حسب قراءاتنا- عن ترجيح الرأي الثاني على حساب الرأي الأول، لأنه لم يقل أحد بأن مجرد العدول عن الخطبة يترتب عنه التعويض. لذلك نرى أن منشأ الخلاف بخصوص الحق في التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة يعود إلى استعصاء تموقع هذا الضرر لدى بعض الفقهاء بين قواعد المسؤولية العقدية وقواعد المسؤولية التقصيرية، ذلك أن التكييف الفقهي والقانوني للخطبة على أنها مجرد وعد بالزواج، ربط أذهان البعض إلى القاعدة المعروفة من أن مجرد الوعد لا ينشأ عنه التزام، والحال أن التعويض الذي وقع الخلاف بشأنه، إنما يعود إلى بعض الأفعال التي ما كانت لتقع من أي أحد من الطرفين، لولا وجودهما في

122- محمد الشافعي، «الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة»، ص: 31/30. وقد فصل الأستاذ محمد أبو زهرة الكلام في هذا الرأي بقوله: «ويميل بعض المحدثين ممن كتبوا في الفقه إلى الحكم بالتعويض إذا نال أحد الفريقين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر، لأنه من المقرر في الشريعة أن «لا ضرر ولا ضرار»، كما ورد في الحديث الصحيح، الضرر يزال وطريق إزالته هو التعويض، ولأن الخطبة وإن لم تكن عقدا هي ارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببه مغارم مالية، وقد تكون قد تمت بمعرفة العادل أو برأيه، أو تحت سمعه وبصره. فالعدول بعد ذلك لا يخلو من تغرير، ولا تعارض عند صاحب هذا الرأي بين كون العدول حقا، وبين تعويض الضرر لأن التعويض ليس عن العدول المجرد، ولكنه تعويض لضرر ناشئ عن العدول بعد أخذ الأهبة والسير في الأسباب، وتفتح أبواب النفقات، فالأحوال التي أحاطت بالعدول، وللخاطب العادل دخل في وجودها هي التي أوجدت الضرر ويزال الضرر بالتعويض، فليس التعويض لأنه استعمل حقا، ولكن لأنه استعمل في وقت يزل فيه الضرر بغيره، ولكل حق ميقات معلوم في حكم العقل والإنصاف. وقد أخذت بهذا الرأي محاكم ابتدائية، وقد أيدت بعضها محكمة الاستئناف فيما ارتأت».
محمد أبو زهرة، «الأحوال الشخصية»، مرجع سابق، ص: 36.

123- محمد أبو زهرة، «الأحوال الشخصية»، مرجع سابق، ص: 37.

وضعية الخطبة، لذلك ينجر عن العدول عن الخطبة، بعد حصول هذه الأفعال، ضرر محقق يلحق عادة بالطرف غير العادل عن الخطبة.وعليه، نرى أن الفقيه المصري الكبير عبد الرزاق أحمد السنهوري رحمه الله، قد حرر محل الخلاف بقوله:«والخطبة، أو الوعد بالزواج، ليست عقدا ملزما، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، فمثل هذا التقيد يكون مخالفا للنظام العام.ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج، إذ لم يكن خطأ عقديا، قد يكون خطأ تقصيريا يوجب التعويض»[124].

ونعتقد أن المشرع المغربي عندما تصدى لمعالجة الموضوع في المادة (7) من مدونة الأسرة، قد تفادى الإحالة على قانون الإلتزامات والعقود[125]. بيد أن اصطلاحات المادة المذكورة لا تدع مجالا للشك في أن التعويض

124- عبد الرزاق أحمد السنهوري، «الوسيط في شرح القانون المدني»، الجزء 1، «نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام»، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص:827. وقد أضاف الأستاذ أحمد عبد الرزاق السنهوري رحمه الله:«ومعيار الخطإ هنا هو المعيار المعروف، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية. والأصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقا في التعويض إلا عن الضرر المادي.ولكن إذا سبقه استغواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبي.على أنه إذا استسلم الخطيبان للضعف الجنسي، فلا تعويض لا لضرر مادي ولا لضرر أدبي، حتى لو كان هناك مشروع للزواج لم يتم.وإذا كان فسخ الخطبة بين خطيبين أحدهما قاصر، فوالد الخطيبة هو المسؤول إذا كان هو السبب في الفسخ.

هذه المبادىء الواضحة، على وضوحها، لم تستقر في القضاء المصري إلا بعد اضطراب وتأرجح. فقد صدرت أحكام، من القضاء الوطني بنوع خاص، تقضي بأن فسخ الخطبة لا يوجب التعويض إذ هو أمر مباح فلا سبيل إلى تحميل الخاطب الذي يعدل مسؤولية عمل مشروع، والقضاء ممنوع من تقييد المباحات العامة، كما أن تحري العوامل التي دعت على فسخ الخطبة والظروف التي لابست هذا الفسخ يقتضي التدخل في أدق الشؤون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بحرمات الناس، هذا إلى أن الشريعة لم تحمل الزوج الذي يطلق قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذي دفعه، فكيف يصح إلزام الخاطب بتعويض قد يربو على ذلك إن هو عدل عن الخطبة.وفي الوقت ذاته صدرت أحكام أخرى، من القضاء الوطني والقضاء المختلط، تقضي بجواز التعويض عن فسخ الخطبة، وبخاصة إذا سبق الفسخ استهواء أو سببت الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية.ذلك أن الحكمة في جواز العدول عن الخطبة هي تمكين طرفيها من تفادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه، فلا تحمي الشرائع عدولا طائشا لا يبرره مسوغ يقتضيه، وخسارة نصف المهر في حالة الطلاق قبل الدخول ليست إلا مقابلا للطلاق في ذاته مجردا عن كل ظرف آخر يجعل منه فعلا ضارا موجبا للمسؤولية المدنية، ولا يستطيع القضاء أن يتخلى عن سلطته في تقدير الأفعال التي يترتب عليها إضرار أحد الخطيبين بالآخر، سواء كان ذلك بسلوكه أثناء الخطبة أو بعدوله عنها بكيفية ضارة، احتجاجا بدقة تقدير مثل هذه الأمور الشخصية اللصيقة بالحرمات.فما كانت دقة النزاع لتصلح دفعا بعدم اختصاص القضاء بنظره، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه شيء أكثر من الأعراض والحرمات لمساسها بذات الإنسان.ثم إن الأحكام التي قضت بجواز التعويض ذهب بعضها إلى أن الخطبة عقد ملزم، والعدول عن الوفاء به يوجب التعويض.ولكن الكثرة الغالبة ذهبت إلى أن التعويض إنما يعطى على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية». عبد الرزاق أحمد السنهوري، «الوسيط في شرح القانون المدني»، مرجع سابق، ص:829/828/827.

125- وضع المشرع المغربي الأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية في الباب الثالث من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود، ومن أهم هذه الأحكام ما تضمنه الفصل (77) من ق.ل.ع.م الذي نص على أن:«كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر.وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر».وكذا الفصل (78) الذي نص على أن:«كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر.والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر».

عن الضرر المنجر عن فعل مرتبط بالخطبة بعد العدول عنها[126]، إنما يخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية[127]، لأن أركان هذه المسؤولية، المعروفة فقها وقضاء، مجتمعة كلها بذكر الفعل[128]، والضرر، والعلاقة السببية بينهما، ثم الجزاء الذي هو التعويض. وهذا ما استخلصه المرحوم عبد الرزاق أحمد السنهوري من دراسة تطور العمل القضائي في مصر إذ قال: «والذي يمكن تقريره في هذا الشأن، باعتبار أن القضاء قد استقر عليه، هو ما يأتي:

1- الخطبة ليست بعقد ملزم.

2- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

3- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. وقد قررت محكمة النقض أخيرا هذه المبادي في حكم لها جاء فيه: «إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج. وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين. فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء. خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض. ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول، قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها -بغض النظر عن العدول المجرد- أفعال ضارة موجبة للتعويض»[129].

وإذا كان عدد من المهتمين بقانون الأسرة في المغرب قد تحاشوا الحديث بشكل مباشر عن السند القانوني للحق في التعويض عن الضرر الناجم عن فعل مرتبط بالخطبة بعد العدول عنها، ربما لاعتقادهم بأنه لا يجوز الإحالة في شأن مسألة داخلة في نطاق قانون الأسرة على قانون الالتزامات والعقود[130]، فإن الأستاذ

126- نصت المادة السابعة (7) من مدونة الأسرة على أن: «مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض. غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض».

127- قال الأستاذ ادريس الفاخوري: «إذا كان للعادل عن الخطبة دخل في الضرر الذي أصاب الطرف الآخر بسبب العدول أمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة». ادريس الفاخوري، «قانون الأسرة المغربي: أحكام الزواج»، مرجع سابق، ص:109.

128- إن الحق في التعويض عن الضرر إما أن ينتج عن الفعل الضار وهو ما يسمى بالجرم، وإما أن ينتج عن الخطإ وهو ما يسمى بشبه الجرم. فالجرم: «هو كل واقعة إيجابية (فعل) أو سلبية (ترك) تحصل عن قصد (عمد) من صاحبها لأجل إلحاق ضرر بالغير أو بماله». أما شبه الجرم: «فهو كل واقعة إيجابية (فعل) أو سلبية (ترك) تحصل من غير قصد من صاحبها وتلحق ضررا بالغير أو بماله». محمد شيلح، «القانون المدني: خلاصة المحاضرات الخاصة بالمدخل العام للنظرية العامة للالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي»، مرجع سابق، ص:109.

129- عبد الرزاق أحمد السنهوري، «الوسيط في شرح القانون المدني»، الجزء 1، «نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام»، مرجع سابق، ص:830.

130- محمد ابن معجوز، «أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية»، مرجع سابق، ص:26.

أحمد الخمليشي قد أشار صراحة إلى أن الحق في التعويض في هذه الحالة ينبني على قواعد المسؤولية التقصيرية وهو ما أخذت به مدونة الأسرة[131]. ثم أضاف: «ولتبرير الحكم بالتعويض يتعين أن يتوفر شرطان:

1- أن لا يكون للعادل عن الخطبة مبرر ظاهر لإنهاء الخطبة، بل يفعل ذلك لمجرد التهور والطيش أو لتحقيق مصالح مادية من وراء عدوله.

2- أن يكون له دور في إنجاز التصرف الضار بالطرف الآخر، كما إذا استعجلت الخطيبة الزفاف، وعندما هيأ لها الخاطب أعلنت عن انتهاء الخطبة، وكأن يطلب الخاطب من خطيبته الانقطاع عن الدراسة أو التخلي عن وظيفتها، فتفعل استجابة لرغبته ثم يتراجع عن الخطبة بدون سبب معقول.

أما إذا تخلف أحد الشرطين فلا يكون هنالك محل للتعويض ولو تحقق الضرر، إذا فقد الشرط الأول تعذر مطالبة العادل بالتعويض، لأنه استعمل حقه في العدول في الحدود المألوفة لاستعماله.

وفي حالة تخلف الشرط الثاني يكون من لحقه الضرر هو الذي لم يستعمل الحيطة والحذر فلا يحق له طلب التعويض، كالخطيبة التي تتخلى تلقائيا عن الدراسة أو العمل دون طلب من الخاطب، تكون متسرعة لأنها تعلم أن الخطبة غير ملزمة لا لها ولا لخطيبها، وإقدامها والحالة هذه على الانقطاع عن الدراسة أو عن العمل يعتبر مخاطرة بمصالحها في سبيل شيء غير محقق، فتتحمل نتائج مخاطرتها ورعونتها.

ومن البديهي أن لا يقبل طلب التعويض إذا كان سببه مخالفا للقانون»[132].

131- أحمد الخمليشي، «من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة»، مرجع سابق، ص: 93.

132- أحمد الخمليشي، «من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة»، مرجع سابق، ص: 93. وقد استدل الأستاذ أحمد الخمليشي على مخالفة القانون بحكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة، ومما ورد في هذا الحكم: «وحيث تبين للمحكمة من خلال اطلاعها على وثائق الملف أن المدعية تطالب بالتعويض عن فعل التغرير الذي ارتكبه المدعى عليه الذي مارس الجنس معها بمنزلها كما هو ثابت بإقرارها.

وحيث إن القول بتغرير المدعى عليه للمدعية قصد ممارسة الجنس معها لا يمكن الاستكانة إليه، على اعتبار أن المدعية تبلغ من السن ما يسمح معه بتدبير أمرها جيدا، وتقرير أفعالها بكل دقة، خصوصا وأنها متعلمة ومربية أطفال، تعي جيدا أن الأفعال التي قامت بها مخالفة للشرع وللعرف والتقاليد والقانون الذي لا يبيح العلاقة الجنسية بين الطرفين إلا في نطاقها الشرعي، خصوصا وأن الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج، وبالتالي يكون الخطيبان قد استسلما معا للرغبة الجنسية ورضيت المدعية بذلك بدون إكراه فإنه لا موجب لأي تعويض لا لضرر مادي أو معنوي».

حكم بتاريخ 22 مارس 2007 في الملف 2006/536. وبخصوص هذه المسألة قال المرحوم عبد الرزاق أحمد السنهوري: «أما الإغواء (seduction) فلا يكون سببا في التعويض إلا إذا اصطحب بالخديعة والغش أو اقترن بضغط أدبي. فإذا كانت ضحية الإغواء في سن تسمح بتدبير العواقب. كان هذا سببا في تخفيف التعويض. وإذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان، ورضيت المرأة أن تكون خليلة على علم من أقاربها فلا تعويض. فإذا وعد الخليل خليلته بعد هجرها بالتعويض كان هذا قياما بالتزام طبيعي، بخلاف ما إذا كان هذا الوعد سابقا على المعاشرة وقد قصد منه الإغراء فيكون باطلا لعدم مشروعية السبب، وقد تقدم بيان ذلك، وقد يكون الإغواء سببا للتعويض، حتى لو كان لشاب قاصر. فإن المسؤولية هنا تقصيرية لا عقدية، والقاصر تجوز مساءلته تقصيريا». عبد الرزاق أحمد السنهوري، «الوسيط في شرح القانون المدني»، الجزء 1، «نظرية الالتزام بوجه عام: مصادر الالتزام»، مرجع سابق، ص: 831/830.

أما بخصوص مصاريف الخطبة، فيرى الأستاذ أحمد الخمليشي أن المدونة لم تتعرض لحكم المصاريف والنفقات التي قد تنفق قبل العدول عن الخطبة، ويقول إنه لا مجال لاسترجاعها سواء من جانب الخاطب أو المخطوبة، ويستند في ذلك إلى الأسباب التالية:

« -انعدام النص التشريعي القاضي بالاسترداد.

-تعذر تأسيس طلب الاسترداد على قواعد المسؤولية التقصيرية، لأن العدول عن الخطبة عمل مباح ولو كان السبب غير ظاهر فلا يمكن أن يعتبر خطأ تترتب عنه مسؤولية تقصيرية»[133]. ثم إن عدم الاسترداد في نظره يؤدي إلى تقليل المصارف ممن يدفعها[134].

ونحن نرى أن مصاريف الخطبة قد تكون في بعض الأحيان، استجابة من أحد الطرفين، للرغبة الملحة من الطرف الآخر، في إنشاء خطبة معتبرة، تؤكد وجود نية حقيقية، وعزم قوي، على الزواج، وإشهار ذلك أمام الأقارب والأصدقاء، طبقا للعادات والطقوس التي لا تخلو من المباهاة، أو المزايدات المعروفة بين الأقارب والجيران في مثل هذه المناسبات، ولذلك فإنها تخضع لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة (7) من مدونة الأسرة، على أن المحكمة، تكون دائما وكما هو معلوم، مستقلة بتقدير مبلغ هذه المصاريف وما يستحق منها الإنفاق من عدمه، مراعاة للعادات المحلية، وما جرى به العمل بين الناس في كل منطقة من المناطق.

الفقرة الرابعة: التعويض عن الضرر غير المباشر في حالة الخطبة.

هل تستحق الخطيبة أو الخاطب التعويض عن الضرر الممتد أو الضرر غير المباشر؟

في فرنسا، كانت محكمة النقض الفرنسية منقسمة على نفسها بخصوص هذه المسألة، فالغرفة الجنائية كانت تعتبر منذ سنة 1863 أن الفصل 1382 من القانون المدني الفرنسي لا يحدد طبيعة العلاقة التي ينبغي أن تكون قائمة بين المتوفى والطرف المدني، ومن ثم كانت تعترف بالحق في التعويض للخطيبة[135]. أما الغرفة المدنية فإنها كانت تنكر على الخطيبة حق التعويض، وذلك بدعوى أن هذه الأخيرة لا تربطها بالمتضرر الأصلي (المتوفى) رابطة قانونية وشرعية، وإن قبول دعوى التعويض يقتضي وجود حق وليس فقط مجرد مصلحة مشروعة[136]. بيد أن الغرفة الجنائية تراجعت عن موقفها السابق وأضحت تتبع موقف الغرفة المدنية، بحيث إنها ذهبت في قرار صادر عنها بتاريخ 2 ماي 1952 إلى أن استحقاق التعويض يتوقف على: «وجود

133-أحمد الخمليشي، «من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة»، مرجع سابق، ص:87

134-أحمد الخمليشي، «من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة»، مرجع سابق، ص:88/87.

135-Cass.crim. 20 Févr. 1863, Dalloz Périodique, 64.1.99, S 63.1.321, rap. Nouguier.

136-Chantal ISSELIN-PONTEL, «La famille existe-t-elle encore?», www.yorku.ma, p 19.

صلة قرابة أو مصاهرة مع الضحية»[137]، إلا أن هذا التوجه لم يدم طويلا، بحيث إن المحكمة المذكورة أصبحت تعترف للخطيبة بالحق في التعويض عن الضرر المعنوي بالأساس معتبرة أن وجود القرابة أو المصاهرة ليس ضروريا لاستحقاق التعويض[138].

أما في المغرب، فيقول أستاذنا أحمد اجويد جوابا عن السؤال السابق: «لا يجوز للخطيبة أن تتقدم بدعوى طلب تعويض بدعوى أن خطيبها الذي كان سيتزوجها قد فقدته، فإذا كان موضوع مثل هذه الدعوى يقبل بالنسبة للزوجة في حال فقد زوجها نتيجة جريمة قتل، فإن الخطيبة لا يجوز لها ذلك لأن الخطبة ليست زواجا وإنما هي وعد بالزواج، ثم إن المعاشرة غير الشرعية لا يجوز أن تكون موضوعا لطلب تعويض لأنها منافية لقواعد الأخلاق. ولا نقر ما يراه البعض من أن الخطيب إذا تضرر أدبيا من موت الخطيبة له أن يتقدم بدعوى طلب التعويض إذا تحققت المحكمة من ثبوت الضرر. فالخطبة هي طلب يد المخطوبة فقط فأين الضرر إذا مات أحدهما من جراء جريمة قتل؟ فالخطبة لا تعني عندنا المعاشرة والمخالطة، حتى تتوثق العلاقة بين الخاطب والمخطوبة إلى حد أن يتعلق أحدهما بالآخر»[139]. ورغم ما يميز هذا الموقف من وضوح سواء من مضمونه، أو من حيث مرجعيته الدينية والقانونية، فإن الأستاذ أحمد اجويد عاد ليؤكد من جديد أن: «الخطيبة تتضرر معنويا حقيقة بفقد خطيبها جراء جريمة القتل مثلا ... ولكن نحن المسلمين لا نرقى بالخطبة إلى درجة المخالطة والعشرة، فهذا شيء عندنا محرم... فكيف يصح المطالبة بتعويض الخطيبة عندما تفقد خطيبها من جراء جريمة قتل»[140].

وبخلاف رأي أستاذنا أحمد اجويد، يقول الأستاذ محمد عياط: «أما فيما يتعلق بالخطيبة التي تطالب بالتعويض عن وفاة خطيبها فإنه يحسن التمييز في نطاق القانون المغربي بين الضرر المادي والضرر المعنوي. الضرر المادي الذي تدعي به الخطيبة بهذه الصفة هو ضرر احتمالي غير محقق لأن الخطبة حسب قانون مدونة الأحوال الشخصية (الفصل 2) وعد بزواج وليست زواج والنفقة لا تجب على الرجل إلا بالزواج (حسب تفصيلات الفصل 107 أ. ش). أما الضرر المعنوي فلا مانع من التعويض عنه شرط أن يكون محققا. وللمحكمة واسع النظر للتأكد من وجوده أو انعدامه، ولا داعي هنا أيضا إلى إضافة شرط

137-Crim. 2 mars 1952, JCP, 1953, 2, 7354. V. Pierre FAIVRE, «Action civil (Recueil, V° Action civil)», Répertoire Pénal, Août 1985, p 23.

138-Cass.crim. 5 janv. 1956, Droit, 1956, 216. V. Janine REVEL, « Parenté-Alliance (Recueil V° parenté alliance)», Répertoire civil, Dalloz, Avril 1994, p 4. François TERRE, Philipe SIMILER, Yves LEQUETTE, «Droit Civil : Les Obligations», Dalloz, 8°Edition, 2002, p 689.

139-أحمد اجويد، «شرح قانون المسطرة الجنائية الجديد»، الجزء 1، مكتبة المعارف الجامعية، فاس، 2003، ص: 156/155.

140-أحمد اجويد، «شرح قانون المسطرة الجنائية»، مرجع سابق، ص: 155، هامش 3.

خاص كما يفعل بعض الفقهاء يتعلق بجدية الضرر اللاحق بالخطيبة لأن الشرط التقليدي المتعلق بضرورة تحقق الضرر يجبه ويغني عنه»[141].

والظاهر أن رأي الأستاذ أحمد الخمليشي يتفق مع رأي الأستاذ محمد عياط، فقد ذهب هو الآخر أثناء حديثه عن حق الخطيبة في التعويض إلى التمييز بين الضرر المادي والضرر المعنوي. ففيما يتعلق بالضرر المادي يقول إن: «دعوى الخطيبة أو القريب بالتعويض عن الحرمان من النفقة لا مجال لقبولها ما دام الضرر احتماليا وليس محققا، فاستحقاق النفقة متوقف على عقد الزواج الذي لم يتم بعد بالنسبة للخطيبة، واستمرار النفقة احتمالي بالنسبة للقريب ما دام القانون لا يفرضها والمتوفى لم يلتزم بها»[142]. أما بالنسبة للضرر المعنوي فإن: «جرح الشعور وإصابة العاطفة فعلا، يكونان ضررا معنويا يتعين التعويض عنهما، وإن قتل أحد الخطيبين يخول الآخر حق طلب التعويض عن الضرر المعنوي الذي تحقق في جرح عاطفته شريطة إثبات حدوث هذا الضرر فعلا، وإن المحكمة لا يحق لها أن تلغي طلب التعويض إلا إذا عللت حكمها بعجز المدعي عن إثبات تحقق الضرر، ولا يعتبر تعليلا مقبولا لهذا الإلغاء في ظل القانون المغربي القول بأن الخطبة ليست بعقد زواج وإن التراجع عنها ممكن»[143].

وهكذا، فبعد تأمل الآراء الفقهية السابقة، يمكن أن نبدي بشأنها الملاحظات التالية:

1- إن قول الأستاذ أحمد اجويد إن الخطيبة يلحقها الضرر المعنوي من فقدان خطيبها ومع ذلك لا تستحق التعويض لا يتماشى مع قواعد المسؤولية المدنية من جهة، ويجافي الواقع من جهة ثانية، لأن الخطبة لم يعد ينظر إليها على أنها مجرد وعد بالزواج لا تنتج عنه الصلات بين المخطوبين، وإنما تطور مفهومها نحو بلورة جديدة جعلت بعض الفقه ينظر إليها (الخطبة) باعتبارها عقدا تمهيديا للزواج[144].

2- إن الاستناد إلى أن الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج للقول بعدم استحقاق الخطيبة للتعويض عن الضرر المعنوي لا يستقيم، لأن الألفة والمحبة بين الخطيبين يمكن أن تنشأ قبل الزواج، كما أن التعاون والتكافل المادي بينهما يبدأ في عدد من الأحيان قبل الزواج[145].

3- إن القول بأن استحقاق النفقة متوقف على عقد الزواج لا يتطابق مع مقتضيات قانون الأسرة المغربي، ذلك أن الزوجة لا تستحق النفقة إلا بعد البناء أو الدعوة للبناء[146]، وهذا يعني أن الزوجة لا

141-محمد عياط، «دراسة في المسطرة الجنائية المغربية»، الجزء1، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 1991، ص:156/155.

142-أحمد الخمليشي، «شرح قانون المسطرة الجنائية»، الجزء 1، مكتبة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية، 1982، ص:122.

143-أحمد الخمليشي، «شرح قانون المسطرة الجنائية»، مرجع سابق، ص:124.

144-عبد الرزاق الشيخ نجيب، «طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة»، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 1، 2001، ص:358.

145-يجب التنبيه إلى أن مدونة الأسرة استبدلت تعبير الخطبة وعد بالزواج (الفصل 2 من مدونة الأحوال الشخصية) بتعبير الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج (المادة 4)، وذلك سعيا لتكريس مزيد من المساواة بين الرجل والمرأة.

146-المادة 194 من مدونة الأسرة (الفصل 117 من مدونة الأحوال الشخصية)

تستحق التعويض عن الضرر الممتد الناجم عن فقدان النفقة بمجرد العقد، بل يجب عليها أن تثبت أن الزوج قد دخل بها أو دعته للدخول قبل حصول الضرر. وهذا الحكم يجب تطبيقه بالأولوية على الخطيبة.

وينبني على الملاحظات السابقة، أنه إذا أقامت الزوجة (قبل الدخول أو الدعوة للدخول) أو الخطيبة دعوى التعويض عن الضرر المادي الناجم عن فقدان النفقة، فإن المحكمة يجوز لها أن تحكم لها بالتعويض، إذا أثبتت أن الزوج أو الخطيب كان ينفق عليها، والسبب في ذلك هو أن عقد الزواج (قبل الدخول أو الدعوة للدخول) أو الخطبة لا يقوم أي منهما في حد ذاته قرينة على أن الزوج أو الخطيب كان ينفق على زوجته أو خطيبته. بيد أن هذه القرينة ليست سوى مجرد قرينة بسيطة ويجوز لأي منهما (الزوجة أو الخطيبة) إثبات ما يخالفها بكافة وسائل الإثبات.

وعلى كل حال فالتطور المتسارع للأمور جعل مفهوم الضرر يتشعب في مختلف صوره ومظاهره، وبالتالي أضحى من اللازم النظر إلى طبيعة الأشياء والوقائع بمنظور مختلف، وهذا ما يعني أن الخاطب أو المخطوبة يلحقهما بدون شك ضرر قابل للتعويض[147].

147-حساين عبود، «بعض مشكلات انتهاء الخطبة بدون زواج»، مجلة القصر، العدد 19، 2008، ص:110 وما بعدها.

Abdelkarim BENJELLOUN, «La Réparation de préjudice corporel en droit commun marocai», Diplôme des études supérieures en sciences juridiques, Université Mohamed V, Faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Rabat, 1978, p 96.

المبحث الثاني: الزواج.

يتناول مبحث الزواج عدة محاور منها ما يتعلق بمفهوم الزواج وحكمه ومشروعيته وأركانه وشروطه (المطلب الأول)، ومنها ما يتعلق بأنواع الزواج وآثاره (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الزواج وحكمه ومشروعيته وأركانه وشروطه.

سوف نتكلم في البداية عن مفهوم الزواج وحكمه ومشروعيته (الفقرة الأولى)، ثم نتفرغ بعدذلك للكلام عن أركان الزواج وشروطه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى مفهوم الزواج وحكمه ومشروعيته.

يجب أن نتطرق إلى مفهوم الزواج (أولا)، ثم نتعرض لحكمه (ثانيا)، لنصل إلى مشروعيته (ثالثا).

أولا- مفهوم الزواج:

اعتمد المشرع المغربي «لفظ الزواج» بدل «لفظ النكاح» الذي جرى العمل على استعماله في المؤلفات الفقهية، سواء في مدونة الأحوال الشخصية أو في مدونة الأسرة، ويرجع ذلك إلى رغبته في تجاوز ما يتضمنه لفظ النكاح من خدش للحياء، وإهانة للمرأة، لأن النكاح عند إطلاقه ينصرف معناه عادة إلى الوطء. قال الإمام التسولي في حد النكاح وهو: «لغة الضم والتداخل، ويطلق على الوطء والعقد وأكثر استعماله في الوطء، ويسمى به العقد لكونه سبباً فيه، وهل هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد أو العكس أو حقيقة؟ فيهما أقوال»[148]. وقد أحسن المشرع باستعمال لفظ «الزواج» بدل لفظ «النكاح» لأن الزواج في ظل مفهومه وظروفه وأحواله، سواء في الزمن الماضي أو في الوقت الحاضر، أسمى بكثير من أن يخندق في الوطء وإن كان ذلك من موجباته[149].

148- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، «البهجة في شرح التحفة»، الجزء 1، ضبطه وصححه محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998، ص:374.

وقال ابن قدامة: «النكاح في الشرع: هو عقد التزويج، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه، ما لم يصرفه عنه دليل. وقال القاضي: الأشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعا؛ لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج، لدخوله في قوله تعالى: (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) (سورة النساء، الآية 22). وقيل: بل هو حقيقة في الوطء، مجاز في العقد». موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، «المغني»، مرجع سابق، ص:339.

149- قال الإمام القرافي: «النكاح وَهُوَ فِي اللُّغَةِ التَّدَاخُلُ تَقُولُ أنكحت الأَرْض الْبذر وَنَكَحَتِ الْحَصَاةُ خُفَّ الْبَعِيرِ وَالْوَطْءُ تَدَاخُلٌ فَسُمِّيَ نِكَاحًا وَيُطْلَقُ عَلَى الْعَقْدِ مَجَازًا مِنْ بَابِ إطْلَاقِ الْمُسَبَّبِ عَلَى السَّبَبِ وَيُقَالُ كُلُّ نِكَاحٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى فَالْمُرَادُ بِهِ الْعَقْدُ إلَّا قَوْله تَعَالَى: (حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) (سورة الْبَقَرَة، الآية 330) وَيُطْلَقُ عَلَى الصَّدَاقِ لِأَنَّهُ سَبَبٌ كَالْعَقْدِ نَحْوَ قَوْله تَعَالَى: (وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا) (سورة النُّور، الآية 32) أَيْ صَدَاقًا وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ بَابِ الْإِضْمَارِ أَيْ سَبَبَ نِكَاحٍ لَكِنَّ الْمَجَازَ أَوْلَى مِنَ الْإِضْمَارِ عَلَى مَا تَقَرَّرَ فِي الْأُصُولِ». شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:188.

وقد عرف المشرع المغربي الزواج في المادة (4) من مدونة الأسرة بقوله: «الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة»[150].

1- الزواج ميثاق: الميثاق في اللغة العربية مشتق من الفعل وثق، وهو بمعنى ثبت وأحكم. والميثاق هو العهد القوي الذي لا يمكن لأحد أن يفكه لما فيه من الإحكام والشد المتقن. والمقصود به العقد المحكم، ويطلق الميثاق على الزواج لكونه يحكم الثقة على وجه التمام بين الرجل والمرأة ليكون كل واحد منهما مرتبطا بالآخر بشكل محكم ودائم وغير قابل للإنفصال إلا بوجه شرعي.

2- الزواج ترابط شرعي بين رجل وامرأة: ويعني أن الزواج يتعين أن يكون منضبطا لأحكام الشرع غير منفصم عنها، ولكي يكون الزواج كذلك يجب أن تكون نية الزوجين مستقرة على أن يكون كل واحد منهما مقترنا بالآخر بشكل مستمر ودائم. وكل اقتران بدون نية الدوام لا يسمى زواجا بالمعنى الشرعي للزواج. ثم إن الزواج الشرعي لا يكون إلا بين الرجل والمرأة الخاليين من الموانع الشرعية للزواج، وأي اقتران آخر يخالف هذه القاعدة لا يسمى زواجا شرعيا.

3- غاية الزواج هي الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة: تتمثل غاية الزواج في الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة. والشاهد على ذلك أن الزواج لدى كثير من الأمم والأجناس والأشخاص يحصن الرجل والمرأة من الفساد، ويمكنهما من تلبية حاجتهما الطبيعية البيولوجية والنفسية في نطاق شرعي. قال الإمام اللخمي: «فالنكاح يتضمن خمس خصال: يعف الطرف، ويحصن الفرج، ويكثر النسل، ويبقي الذكر، ويجلب الأجر»[151]. وقال ابن رشد الجد: «فالنكاح الذي هو الغشيان جبل الله الخلق عليه بما ركب فيهم من الشهوات ليكون بهم النسل حتى يكمل ما قدره من الخلق. وأباحه في الشرع على وجهين: أحدهما: عقد النكاح، والثاني: ملك اليمين، فلا يحل استباحة الفرج بما عدا هذين الوجهين»[152]. ولكن لا مجال للحديث عن ملك اليمين في الوقت الراهن بسبب إلغاء الرق والاستعباد.

150-«Le mariage est un pacte fondé sur le consentement mutuel et une union légale et durable, entre un homme et une femme. Il a pour fin la vie dans la fidélité, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux conformément aux dispositions du présent code».

وقد عرف الفصل (1) من مدونة الأحوال الشخصية الزواج بقوله: «الزواج ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء غايته الإحصان والعفاف، مع تكثير سواد الأمة، بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائهما في طمأنينة وسلام وود واحترام».

151-أبو الحسن علي بن محمد اللخمي، «التبصرة»، مرجع سابق، ص:1777/1776.

152-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، «المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات»، مرجع سابق، ص:452/451.

وعموما، فإن الغاية المثلى للزواج هي تكوين أسرة مستقرة، والأسرة تضم الزوج والزوجة، كما يمكن أن تضم الأولاد وبعض الأقارب أيضا، لكن المشرع اكتفى بالنص على إنشاء الأسرة كغاية من غايات الزواج، دون ذكر «تكثير سواد الأمة»، مثلما كان عليه الحال في الفصل (1) من مدونة الأحوال الشخصية. وقد ذكر الأستاذ أحمد الخمليشي أنه كان من بين أعضاء «لجنة مدونة الأسرة» من تمسك بالإبقاء على عبارة «تكثير سواد الأمة». «لكن بعد مناقشات تم التوصل إلى استبعادها. بناء على أن ابتغاء الولد غريزة جبل الإنسان عليها تسخيرا له للقيام بتجديد الحياة وحفظ النوع من الفناء»[153].

ثانيا- حكم الزواج:

يرى جمهور الفقهاء أن: «الزواج (النكاح) مع قطع النظر عن أحوال الأزواج مندوب إليه»[154]. بيد أن الزواج في نظر بعض الفقهاء قد تعتريه الأحكام الخمسة، أي أنه قد يكون واجبا أو مندوبا أو حراما أو مكروها أو مباحا[155]. ويرى البعض أن الزواج إما أن يكون واجبا أو مندوبا أو مباحا[156].

ثالثا- مشروعية الزواج: ذكر الفقهاء جملة من النصوص الشرعية في مشروعية الزواج. ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾[157]. وقال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[158]. وقال عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[159]. وقال سبحانه: ﴿يَا أَيُّهَا

153-أحمد الخمليشي، «من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة»، مرجع سابق، ص:75.

154-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:190.

وقال ابن رشد الجد: «فأما النكاح فإنه في الجملة مرغب فيه ومندوب إليه، خلافا لأهل الظاهر في قولهم إنه واجب». أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، «المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات»، مرجع سابق، ص:352.

155-قال ابن جزي: «لَا يحل اسْتِبَاحَة فرج إِلَّا بِنِكَاح أَو ملك يَمِين. والنِّكَاح على الْجُمْلَة مَنْدُوب وأوجبه الظَّاهِرِيَّة وعَلى التَّفْصِيل يَنْقَسِم خَمْسَة أَقسَام وَاجِب وَهُوَ لمن قدر عَلَيْهِ بِالْمَالِ وَخَافَ على نَفسه الزِّنَى ومستحب وَهُوَ لمن قدر عَلَيْهِ وَلم يخف على نَفسه الزِّنَى وَحرَام وَهُوَ لمن لم يقدر وَلم يخف ومكروه وَهُوَ لمن لم يخف الزِّنَى وَخَافَ أَن لَا يقوم بحقوقه ومباح وَهُوَ مَا عدا ذَلِك وَأما ملك الْيَمِين فمباح». محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:326.

156-قال الإمام اللخمي: «النكاح على أربعة أقسام: مباح، ومندوب إليه، وواجب وجوبا غير موسع، وواجب وجوبا موسعا». أبو الحسن علي بن محمد اللخمي، «التبصرة»، مرجع سابق، ص:1777.

157-سورة الفرقان، الآية 54.

158-سورة الروم، الآية 21.

159-سورة الحجرات، الآية 13.

النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالا كَثِيرًا وَنِسَاءً﴾[160]. وقال تعالى:﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا﴾[161].

الفقرة الثانية: أركان الزواج وشروطه.

يفرق الفقهاء بين الأركان والشروط. وفي هذا الصدد قال الأستاذ علال الفاسي رحمه الله: «والفرق بين ركن الشيء وشرطه أن الركن جزء من ماهية الشيء والشرط خارج عنها، وإن كان كلاهما يتوقف وجود الحكم على وجوده، فصيغة العقد ومحل العقد والعاقدان أركان لأنها أجزاؤه، وحضور الشاهدين في الزواج، وحيازة الموهوب في الهبة شرطان لا ركنان»[162]. وقال الأستاذ محمد ابن معجوز رحمه الله: «والأركان جمع ركن. وهو ما لا يوجد العقد إلا بتوفره. ويترتب على تخلفه عدم وجود العقد. ويعرف الركن بأنه ما كان داخلا في الماهية، بحيث لا يتصور العقد إلا إذا توفرت أركانه.

أما الشرط فهو ما تتوقف صحة العقد على وجوده، ويترتب على تخلفه فساد العقد. ويعرف أيضا، بأنه ما كان خارجا عن الماهية، بحيث يتصور العقد بدونه، ولكنه مع ذلك تتوقف صحته على توفره»[163].

وقد تحدث ابن عاصم في تحفته عن أركان الزواج بقوله:

البيت 333: «والمهر والصيغة والزوجان # ثم الولي جملة الأركان».

وقال ابن جزي في أركان النكاح: «وَهِي خَمْسَة الزَّوْج وَالزَّوْجَة وَالْوَلِيّ وَالصَّدَاق والصيغة»[164]. غير أن الفقهاء اختلفوا في الخمسة المذكورة قبله بين ما يعد منها من الأركان وما يعد من الشروط[165]. وقد فسر

160- سورة النساء، الآية 1.

161-سورة الأعراف، الآية 189.

162-علال الفاسي، «مدخل في النظرية العامة لدراسة الفقه الإسلامي ومقارنته بالفقه الأجنبي»، إعداد ومراجعة عبد الرحمن بن العربي الحريشي، منشورات مؤسسة علال الفاسي، مطبعة الرسالة، 1985، ص:24.

163-محمد ابن معجوز، «أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية»،مرجع سابق، ص:33.

164-محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:340.

165-قال الإمام التسولي في تفسيره للتحفة:«ومراده كابن الحاجب و(خ) بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به فتدخل الخمسة التي في النظم لأن العقد لا يتصور إلا من عاقدين وهما شرعا الولي والزوج، ومن معقود عليه وهي الزوجة والصداق نصاً كما في نكاح التسمية أو حكماً في التفويض إذ الصداق فيه موجود حكماً لأنهما لم يدخلا على إسقاطه ولو دخلا على إسقاطه لم يصح. كما يأتي ولا يتصور أيضاً إلا بصيغة، وقد خصها الشرع بما يأتي في قوله فالصيغة النطق الخ. وقد عد في الشامل هذه الأركان شروطاً لأن النكاح الذي هو العقد معنى من المعاني والزوجان والولي والصداق ذوات فلا يصح تفسيره بها، وأركان الشيء أجزاؤه، وهذه خارجة عنه. وكذا الصيغة خارجة عنه إذ بها يوجد العقد الذي هو الربط، وجعل ابن محرز الولي والصداق والشهود شروطاً والزوجين ركناً وهو أظهر ولا يعكر عليه ما مر لأن المقصود من الزوجين رضاهما والرضا معنى يصح تفسير النكاح به، ولذا قال (ح): الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان والولي والصيغة شرطان، وأما الصداق والشهود فليسا بركنين ولا شرطين لأن الشهادة شرط في الدخول لا في العقد والصداق لا يشترط التعرض له، وإنما يشترط أن لا يدخلا على إسقاطه (اه) باختصار فقوله :والولي الخ يريد إن كان غير مجبر وإلاَّ فرضاه ركن لا شرط تأمل». أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي،«البهجة في شرح التحفة»، مرجع سابق، ص:377.

الإمام التسولي هذا الاختلاف في تكييف أركان الزواج أو شروطه بقوله: «وقد علمت أن من نظر إلى أن العقد الشرعي لا يوجد إلا بها عدها أركاناً، ومن نظر إلى كونها خارجة عنه وأنها غيره لم يصح تفسيره بها عدها شروطاً، ومن نظر إلى أن العقد لغة يوجد في نفسه من عاقد وهو الزوج والزوجة، لكن يشترط في صحته شرعاً الولي والصيغة جعل الأولين ركنين والثانيين شرطين، والكل صحيح معنى والله أعلم»[166].

وعليه، سنجمل الحديث عن أركان الزواج وشروطه مجتمعة، فنبدأ بالكلام عن العاقدين (أولا) ثم نتبعه بالكلام عن الصيغة (ثانيا) ثم الصداق (ثالثا) ثم الولاية (رابعا) ونختم بالإشهاد (خامسا).

أولا- العاقدان (الزوج والزوجة):

العاقدان: هما الزوج والزوجة، لأن الزواج الشرعي لا يكون إلا بين الرجل والمرأة. وقدد حدد المشرع الشروط المتطلبة في كل واحد منهما في المادة (13) من مدونة الأسرة بقوله: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

1 - أهلية الزوج والزوجة؛

2 - عدم الاتفاق على إسقاط الصداق؛

3- ولي الزواج عند الاقتضاء؛

4- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه؛

5- انتفاء الموانع الشرعية».

وبما أن بعض الشروط التي تحدث عنها المشرع في المادة (13) أعلاه ترتبط ببعض أركان أو شروط الزواج الأخرى، فإننا سنتحدث في ركن العاقدان فقط عن الأهلية (I) والموانع الشرعية للزواج (II).

I- أهلية الزوج والزوجة:

الأهلية طبقا للمادة (206) من مدونة الأسرة نوعان: «أهلية وجوب وأهلية أداء».

أما أهلية الوجوب فقد عرفها المشرع في المادة (207) من مدونة الأسرة بقوله: «صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها».

وأما أهلية الأداء فقد عرفها المشرع في المادة (208) من مدونة الأسرة بقوله: «هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها».

فأهلية الوجوب إذن تثبت لكل إنسان بغض النظر عن سنه أو عقله، بخلاف أهلية الأداء فإنها ترتبط بسن الرشد، لذلك حدد المشرع سن الرشد القانوني في المادة (209) من مدونة الأسرة بقوله: «سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة».

166- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، «البهجة في شرح التحفة»، مرجع سابق، ص: 377.

وعليه، فإن الأصل في كل شخص بلغ سن الرشد القانوني أن يكون كامل الأهلية ما لم يثبت وجود سبب من أسباب نقصان الأهلية أو انعدامها فيه، وهذا ما أشار إليه المشرع في المادة (210) من مدونة الأسرة بقوله: «كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته».

ورغم أن المشرع حدد سن الرشد القانوني في المادة (209) من مدونة الأسرة. بيد أنه وجد من المناسب أن ينص على أهلية الزواج في المادة (19) من المدونة بقوله: «تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية».

وبالرغم من أهمية هذه المادة في الحد من زواج القاصرات والقاصرين، بسبب ما يترتب عن ذلك في الغالب من مآسي اجتماعية، إلا أنه استدرك على هذه التحديد، مراعاة للحالات الاجتماعية الصعبة، ومخافة وقوع الزواج بدون توثيق، فنص في المادة (20) من مدونة الأسرة على أنه: «لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة (19) أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي. مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن».

وعليه، فإن زواج القاصر يخضع للشروط الآتية:

1- استصدار إذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج. وهذا الإذن يكون بمقرر معلل يبين المصلحة والأسباب التي جعلت القاضي يأذن بالزواج؛

2- لا يصدر مقرر الإذن بالزواج إلا بعد الاستماع إلى أبوي القاصر، أي والديه معا، وهما الأم والأب. وقد أغفل المشرع الإشارة إلى ضرورة الاستماع إلى القاصر، لأنه هو المعني بالزواج. كما أنه لم ينص على مسطرة الاستماع، لذلك نرى أن يستمع القاضي بشكل منفرد، في غرفة المشورة، إلى القاصر، ثم إلى والدته، وبعد ذلك إلى والده، ثم يستمع للجميع في جلسة مشتركة، بعد أن يقيد ملاحظاته، واستنتجاته في كل استماع.

3- يستعين القاضي، قبل البت في طلب الإذن بزواج القاصر، بالخبرة الطبية، كما يمكنه أن يقوم بإجراء بحث اجتماعي حول الظروف والأحوال الاجتماعية والمادية للقاصر ولأسرته، ولا مانع من أن يجري كذلك البحث الاجتماعي عن الطرف الآخر للزواج، وعن وضعيته المادية والأسرية.

ولم يكتف المشرع في زواج القاصر بالنص على إذن القاضي، بل إنه أضاف شرطا آخر في المادة (20) من مدونة الأسرة وذلك بقوله: «زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي.

تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد.

إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع».

ولا شك أن اشتراط موافقة النائب الشرعي للإذن بزواج القاصر، يدخل في إطار حرص المشرع على إحاطة هذا الزواج ببعض الضمانات التي من شأنها حماية القاصر من مخاطر الزواج المبكر. وتتحقق هذه الموافقة بتوقيع النائب الشرعي مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد. فماذا يقصد بالحضور هنا؟ هل يكفي أن يشير العدلان أثناء توقيع عقد الزواج إلى هوية النائب الشرعي وحضوره، أم يتعين أن يقوم بالتوقيع مع الزوجين على عقد الزواج؟

إن ذكر حضور النائب الشرعي وموافقته على الزواج من قبل العدلين أثناء توثيق عقد الزواج كاف، في نظرنا، لصحة عقد الزواج. غير أنه يستحسن أن يوقع النائب الشرعي للقاصر على عقد الزواج بعد توقيعه من طرف القاصر وزوجه. فما الحكم إذا حضر النائب الشرعي ورفض التوقيع على عقد الزواج؟

يستفاد حكم هذه الحالة من الفقرة الثانية من المادة (19) من مدونة الأسرة التي تضمنت أن: «مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن». ويكتمل حكمها بقول المشرع في المادة (20) من مدونة الأسرة: «إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع».

وعليه، فإذا رفض النائب الشرعي التوقيع على طلب الإذن بالزواج مع القاصر، فإن قاضي الأسرة المكلف بالزواج يقوم باستدعائه للاستماع إليه حول أسباب الامتناع، فإذا تمسك بالامتناع عن الموافقه على الزواج بعد حضوره، أو امتنع عن الحضور، يبت القاضي في الطلب بإعطاء الإذن أو برفض إعطائه. فهل يحق للنائب الشرعي أن يطعن في مقرر القاضي القاضي بإعطاء الإذن بزواج القاصر رغم عدم موافقة نائبه الشرعي؟

لا يحق للنائب الشرعي أن يطعن في مقرر قاضي الأسرة المكلف بالزواج القاضي بالإذن بزواج القاصر، وذلك طبقا للمادة (19) من مدونة الأسرة التي قالت: «مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن».

وبإعمال مفهوم المخالفة، نستنتج أنه إذا كان مقرر الإستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن، فإن مقرر قاضي الأسرة المكلف بالزواج القاضي برفض الإذن بزواج القاصر يقبل الطعن بالاستئناف. كما أن رفض طلب الإذن بزواج القاصر لا يمنع من إعادة تقديم طلب الإذن من جديد في حالة وجود أسباب تبرر ذلك.

ويقصد بالنائب الشرعي طبقا للمادة (230) من مدونة الأسرة:

«1- الولي وهو الأب والأم والقاضي؛

2- الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم؛

3- المقدم وهو الذي يعينه القضاء».

وقد فصلت المادة (231) من مدونة الأسرة النواب الشرعيين بقولها: «صاحب النيابة الشرعية:

-الأب الراشد؛

-الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته؛

-وصي الأب؛

-وصي الأم؛

-القاضي؛

-مقدم القاضي».

بيد أن المشرع وجد أنه من المناسب أن يؤكد مرة أخرى في المادة (238) أنه:«يشترط لولاية الأم على أولادها:

1-أن تكون راشدة؛

2-عدم وجود الأب بسبب وفاة أو غياب أو فقدان للأهلية، أو بغير ذلك».

وبهذا يتأكد أن النيابة الشرعية الأصلية لا تكون إلا للأب، بينما لا تكون النيابة الشرعية للأم إلا نيابة احتياطية.وهذه النيابة الشرعية الاحتياطية للأم على أولادها تتحقق في حالتين:

الحالة الأولى: حالة عدم وجود الأب: تكون الأم نائبا شرعيا عن أولادها في حالة عدم وجود الأب.

فلماذا قال المشرع في حالة عدم وجود الأب؟

قال المشرع تكون الأم نائبا شرعيا عن أبنائها في حالة عدم وجود الأب، لأن عدم وجود الأب يتحقق في عدة مظان منها:

1-أن يكون متوفى؛

2-أن يكون مفقودا. والمفقود هو:«الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم خبره»[167]؛

3-أن يكون الأب غائبا لمدة زمنية طويلة تجعل انتظار قدومه مضرا بمصلحة القاصر[168]؛

4-أن يكون عدم وجود الأب، راجعا إلى نسب الطفل إلى أمه. كما لو قضت المحكمة بعدم ثبوت الزواج، وانتفاء نسب الطفل إلى الزوج أو الخاطب، أو كما لو أقام الأب دعوى نفي النسب، وثبت ذلك وصدر به حكم قضائي نهائي.

الحالة الثانية: حالة فقدان الأب للأهلية أو ما في حكمها: تكون الأم كذلك نائبا شرعيا عن أبنائها في حالة فقدان الأب لأهليته. وفقدان الأهلية قد يكون بسبب من أسباب نقصان الأهلية وهي الصغر[169]،

167-محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:372.

168-نصت المادة (236) من مدونة الأسرة على أن:«الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع، ما لم يجرد من ولايته بحكم قضائي، وللأم أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب».

169-نصت المادة (213) من مدونة الأسرة على أنه:«يعتبر ناقص أهلية الأداء: 1-الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد؛ 2-السفيه؛ 3-المعتوه».

ونصت المادة (214) من مدونة الاسرة على أن:«الصغير المميز هو الذي أتم اثنتي عشرة سنة شمسية كاملة».

والسفه[170]، والعته[171]. كما أنه قد يكون بسبب من أسباب انعدام الأهلية وهي الصغر والجنون وفقدان العقل[172]. ولا تكون الأم نائبا شرعيا عن أولادها في حالات السفه والعته والجنون وفقدان العقل[173] إلا بعد استصدار حكم قضائي يقضي بفقدان الأب للأهلية بسبب من الأسباب المذكورة[174]. كما أن الأب قد يفقد ولايته الشرعية على أبنائه بسبب الحكم القضائي الصادر ضده في قضية جرمية[175]، فتنتقل الولاية الشرعية منه إلى الأم. ثم إن الأب قد يفقد كذلك ولايته الشرعية المالية على أبنائه إذا حكم عليه القضاء بعقوبة جنائية[176]، فتنتقل النيابة الشرعية على الأولاد في هذه الحالة إلى الأم، وذلك تطبيقا لمقتضيات المادة (238) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «في حالة وجود وصي الأب مع الأم، فإن مهمة الوصي تقتصر على تتبع تسيير الأم لشؤون الموصى عليه ورفع الأمر إلى القضاء عند الحاجة».

170-نصت المادة (215) من مدونة الاسرة على أن: «السفيه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثا، بشكل يضر به أو بأسرته».

171-نصت المادة (216) من مدونة الاسرة على أن: «المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته».

172-نصت المادة (217) من مدونة الاسرة على أن: «يعتبر عديم أهلية الأداء: أولا: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز؛ ثانيا: المجنون وفاقد العقل. يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها. الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية».

173-يترتب فقدان العقل عادة عن مرض خطير أو حادث قوي ومؤثر قد يؤدي إلى غيبوبة دائمة أو متقطعة، ويجعل إرادة المريض منعدمة او ناقصة بشكل كبير مما يجعل كل تصرفاته مضرة به أو مضرة به وبأسرته.

174-نصت المادة (220) من مدونة الأسرة على أن «فاقد العقل والسفيه والمعتوه تحجر عليهم المحكمة بحكم من وقت ثبوت حالتهم بذلك، ويرفع عنهم الحجر ابتداء من تاريخ زوال هذه الأسباب حسب القواعد الواردة في هذه المدونة». ونصت المادة (221) من مدونة الأسرة على أنه: «يصدر الحكم بالتحجير أو برفعه بناء على طلب من المعني بالأمر، أو من النيابة العامة، أو ممن له مصلحة في ذلك».

175-نصت المادة (61) من مجموعة القانون الجنائي على أن: «التدابير الوقائية الشخصية هي: 9- سقوط الحق في الولاية الشرعية على الأبناء». ونصت المادة (88) من مجموعة القانون الجنائي على أنه: «يتعين على المحكمة أن تحكم بسقوط الولاية الشرعية على الأولاد عندما تصدر حكما من أجل جناية أو جنحة معاقب عليها قانونا بالحبس ارتكبها أحد الأصول على شخص أحد أطفاله القاصرين، إذا ثبت لديها وصرحت بمقتضى نص خاص بالحكم أن السلوك العادي للمحكوم عليه يعرض أولاده القاصرين لخطر بدني أو خلقي. وهذا السقوط يمكن أن يشمل جميع حقوق الولاية أو بعضها، كما يسوغ أن يكون مقصورا على بعض الأولاد أو على واحد فقط.

ويجوز أن يتضمن الحكم بالمؤاخذة الأمر بتنفيذ هذا التدبير مؤقتا، على الرغم من استعمال أية طريق من طرق الطعن، عادية كانت أو غير عادية».

أما التجريد من الحقوق الوطنية طبقا للفصل (26) من مجموعة القانون الجنائي فيشمل بالنسبة للولاية الشرعية فقط: «4-عدم أهلية المحكوم عليه لأن يكون وصيا أو مشرفا على غير أولاده».

176- طبقا للفصل (37) من القانون الجنائي: «الحجر القانوني والتجريد من الحقوق الوطنية، كعقوبة تبعية، ينتجان عن العقوبات الجنائية وحدها. ويتعين تطبيقهما بحكم القانون دون حاجة إلى النطق بهما في الحكم». وطبقا للمادة (38) من القانون الجنائي: «الحجر القانوني يحرم المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المالية طوال مدة تنفيذ العقوبة الأصلية. وله في جميع الأحوال أن يختار وكيلا ينوب عنه في مباشرة تلك الحقوق تحت إشراف الوصي القضائي المعين في أحكام الفصل التالي». وحسب الفصل (16) من مجموعة القانون الجنائي فإن العقوبات الجنائية الأصلية هي: «العقوبات الجنائية الأصلية هي: 1- الإعدام؛ 2 - السجن المؤبد؛ 3- السجن المؤقت من خمس سنوات إلى ثلاثين سنة؛ 4- الإقامة الإجبارية؛ 5- التجريد من الحقوق الوطنية».

والذي يظهر بعد استعراض أحكام النيابة الشرعية في مدونة الأسرة، أن الاستماع إلى الأم طبقا لمقتضيات المادة (19) من مدونة الأسرة هو مجرد استماع للاستئناس فقط، لأن النائب الشرعي الأصلي للقاصر هو الأب، كما أن المشرع اشترط موافقة النائب الشرعي، ولم يشترط موافقة الوالدين.ولذلك نرى أن يقوم المشرع المغربي عند تعديل مدونة الأسرة، بالنص على أن النائب الشرعي للقاصر في حالة الزواج هما والديه معا كما هو الشأن بالنسبة لعدد من القوانين المقارنة[177]، وذلك لرفع الحيف عن الأم وإلغاء هذا التمييز في حقها إزاء ولدها القاصر.

وقد نص المشرع على أن القاصر يكتسب الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وذلك في المادة (22) من مدونة الأسرة بقوله: «يكتسب المتزوجان طبقا للمادة (20) أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

يمكن للمحكمة بطلب من أحد الزوجين أو نائبه الشرعي، أن تحدد التكاليف المالية للزوج المعني وطريقة أدائها».

وقد حصر المشرع أهلية القاصر بعد الزواج في آثار الزواج. وكان عليه أن ينص على أن القاصر يكتسب أهلية كاملة بعد الزواج، لا أن يكتفي بإعطاء المحكمة الصلاحية لتحديد التكاليف المالية للزوج وطريقة أدائها بناء على طلب من أحد الزوجين (أي الزواج والزوجة) أو النائب الشرعي للزوج.

وقبل أن نكمل الحديث عن الأهلية في الزواج، نرى أن نتحدث عن زواج المصاب بإعاقة ذهنية. فقد نص المشرع على حكمه في المادة (23) من مدونة الأسرة بقوله: «يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكراً كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر.

يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر.

يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة».

ومعنى هذا أن المشرع وضع لزواج المصاب بإعاقة ذهنية شروطا هي:

177-Art.371-1 :«L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. L'autorité parentale s'exerce sans violences physiques ou psychologiques. Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concement, selon son âge et son degré de maturité».

1- يجب أن يكون الزواج بعد إذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج، وهذا الإذن يصدر بموجب مقرر معلل بعد إنجاز تقرير طبي حول حالة الإعاقة الذهنية من طرف طبيب خبير أو أكثر؛

2- يتعين على قاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يطلع الطرف الآخر على تقرير الخبرة، وينص على ذلك في محضر، والاطلاع معناه أن يضع القاضي، بين يدي الطرف الآخر التقرير، للاطلاع عليه، وأن يشرح له مضمون التقرير، ولا بأس من استدعاء الخبير أو الخبراء الذين أنجزوا التقرير للاستماع إليهم حول حالة الطرف المصاب بالإعاقة الذهنية، وتقديم جميع الشروح الضرورية للطرف الآخر حول الإعاقة؛

3-يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا، أي أنه لا يجوز الزواج بين شخصين مصابين معا بإعاقة ذهنية؛

4- يجب أن يرضى الطرف الراشد بالزواج مع المصاب بالإعاقة الذهنية، ويعبر عن ذلك صراحة في تعهد رسمي. فماذا يقصد بالتعهد الرسمي؟

إن المراد بالتعهد الرسمي المنصوص عليه في المادة (23) من مدونة الأسرة هو العقد الرسمي.

وقد عرف المشرع الفرنسي في الفصل (1369) من القانون المدني العقد الرسمي بقوله: «العقد الرسمي هو العقد الذي يتم تلقيه، وفق الشكليات المرعية، من طرف ضابط عمومي يتمتع بالأهلية والاختصاص للتوثيق»[178]. أما المادة (10) من قانون الإثبات المصري فقد عرفت المحررات الرسمية بقولها: «المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه».

ورغم أن المشرع المغربي لم يعرف العقود الرسمية باستعمال لفظ العقود أو السندات الرسمية، غير أن مفهوم هذه العقود أو السندات منطوي في نطاق الفصل (418) من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أن: «الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون.وتكون رسمية أيضا:

-الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم؛

-الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها

178-Art.1369: «L'acte authentique est celui qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter.

Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Lorsqu'il est reçu par un notaire, il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi».

واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها»[179].

ويفهم من مختلف النصوص القانونية السابقة، أن العقود الرسمية هي العقود التي يتم تحريرها (تلقيها) من لدن موظف عام أو أي شخص آخر مكلف بخدمة عامة، ويضمنها وقائع أو تصرفات قانونية عاينها بنفسه أو تلقاها من ذوي الشأن، وذلك طبقا للقواعد والضوابط القانونية المعمول بها، وفي حدود سلطته واختصاصه[180].

وعليه، فإن التعهد الرسمي بقبول الزواج من شخص مصاب بإعاقة ذهنية هو عقد يجب أن يحرره العدول، لأن العدول هم وحدهم المختصين في إبرام عقود الزواج، وبالتالي لا يمكن أن ينجز هذا العقد سواء من لدن الموثق، كما لا يمكن أن يكون تعهدا عرفيا.

179-Art.418: «L'acte authentique est celui qui a été reçu avec les solennités requises par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé.

Sont également authentiques:

1- Les actes reçus officiellement par les Cadis en leur tribunal;

2- Les jugements rendus par les tribunaux marocains et étrangers, en ce sens que ces derniers peuvent faire foi des faits qu'ils constatent, même avant d'avoir été rendus exécutoires».

180-يقول الأستاذ محمد جميل بن مبارك: «للمحرر الرسمي ثلاثة شروط ليكون صالحا للإثبات به، وهي:

الشرط الأول: صدور المحرر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ويتم ذلك بكتابته إياه بنفسه، أو بكتابة شخص آخر نيابة عنه، مع توقيع الموظف عليه بإمضائه بحكم وظيفته.

ويراد بالموظف العمومي: من تعينه السلطة الحاكمة للقيام بعمل من الأعمال، ولو كان لا يأخذ على ذلك أجرا، فكل موظف له صلاحية كتابة ورقة ما تصبح الورقة التي تولى تحريرها ورقة رسمية كيفما كان نوعها، ما دام تحريرها داخلا في دائرة عمله. ولا تدخل في ذلك الجدل حول ما إذا كان الموثق موظفا عموميا أو مجرد مأمور رسمي إذا وسعت دائرة التوثيق....

الشرط الثاني للمحرر الرسمي: أن يكون ما يحرره مطابقا للأوضاع القانونية، وهذه الأوضاع التي يجب على الموظف العمومي مراعاتها عند القيام بمهمته التي بينها قانون التوثيق وتم الحديث عنه في الفصل الأول.

الشرط الثالث: أن يقوم بتحرير الورقة الرسمية في حدود سلطته، وأن يكون تحريرها من اختصاصه.

والمقصود بحدود سلطة الموثق -على ما نرجح-: الحدود المكانية، فإذا كان موظفا عاما في بلدة ما فليس له أن يمارس مهنته خارج حدود تلك البلدة، كما نصت على ذلك المادة 4 من قانون التوثيق المصري، والفصل الثاني من ظهير 4 ماي 1925.

أما الاختصاص المقصود به الاختصاص الموضوعي، أي إن الموظف العام لا يحرر إلا الوثائق المسموح له بتحريرها، فكتابة الأحكام من اختصاص القضاة أو كتابهم، وكتابة المحاضر يتولى تحريرها كتاب الجلسات، ومحاضر التنفيذ يكتبها المحضرون، وعقود الزواج والطلاق والرجعة يكتبها المأذون (العدول) وهكذا...». التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2000، ص: 302/300.

ونشير في الأخير إلى أن زواج المعتوه يخضع للمادة (23) من مدونة الأسرة[181]، لأن المادة (216) من المدونة نصت على أن: «المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته»[182]. أما السفيه[183] فإنه لا يخضع لمقتضيات المادة (23) أعلاه، لأن السفه لا يدخل في حكم الإعاقة الذهنية. هذا من جهة الإذن القضائي. أما من جهة موافقة نائبه الشرعي على زواجه فإن مدونة الأسرة يكتنفها بعض التناقض، إذ إنها نصت في المادة (228) منها على أنه: «تخضع تصرفات السفيه والمعتوه لأحكام المادة 225 أعلاه». ويفهم من المادة (225) من مدونة الأسرة أن زواج السفيه يجب أن يخضع لموافقة نائبه الشرعي، لأن المادة المذكورة نصت على أنه: «تخضع تصرفات الصغير المميز للأحكام التالية:

1 - تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا؛

2- تكون باطلة إذا كانت مضرة به؛

3- يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي».

لكن المادة (233) من مدونة الأسرة نصت على أنه: «للنائب الشرعي الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني. وعلى فاقد العقل إلى أن يرفع الحجر عنه بحكم قضائي. وتكون النيابة الشرعية على السفيه والمعتوه مقصورة على أموالهما إلى أن يرفع الحجر عنهما بحكم قضائي». فهذه المادة جعلت النيابة الشرعية على المعتوه والسفيه مقصورة على أموالهما ولا تشمل الولاية على شخصهما، لذلك قال الأستاذ أحمد الخمليشي: «والسفيه تحجر عليه تصرفاته المالية وحدها، أما حقوقه الشخصية فله كامل الأهلية لممارستها دون تدخل من حاجره. هذا ما أكدته المادة 233. وهو سليم ملكة العقل ولذلك لا يتوقف زواجه على إذن المحكمة»[184].

وبالتالي فإن زواج المعتوه يخضع لإذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج المنصوص عليه في المادة (23) من مدونة الأسرة، ولكنه لا يتوقف على موافقة نائبه الشرعي.

---

181 كان الفصل (7) من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ينص على أنه: «للقاضي أن يأذن في زواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت بتقرير هيأة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في علاجه وأطلع الطرف الآخر على ذلك ورضي به».

182- Art.216: «Le faible d'esprit est celui qui est atteint d'un handicap mental l'empêchant de maîtriser sa pensée et ses actes»

183- Art.215: « Le prodigue est celui qui dilapide ses biens par des dépenses sans utilité ou considérées comme futiles par les personnes raisonnables, d'une manière qui porte préjudice à lui-même ou à sa famille».

184- أحمد الخمليشي، «من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة»، مرجع سابق، ص: 185.

II- الموانع الشرعية للزواج: يعد انتفاء الموانع الشرعية من الشروط الأساسية للزواج. وقد حدد المشرع المغربي هذه الموانع في المادة (35) من مدونة الأسرة بقوله: «موانع الزواج قسمان: مؤبدة ومؤقتة»[185].

فالموانع المؤبدة هي الموانع التي لا تزول لوجود صفة في الممنوع لا تزول عنه أبدا. أما الموانع المؤقتة، فهي الموانع التي تزول بزوال صفة في الممنوع من الزواج، كزوال صفة الكفر عن الرجل بالإسلام فيحق له أن يتزوج من المسلمة، أو زوال صفة زوج الأخت من الرجل بالطلاق، أو الوفاة، فيصبح من حق أخت المطلقة أو المتوفاة أن تتزوج من زوجها المطلق أو المتوفى.

ولتقديم فكرة موجزة عن موانع الزواج سنتكلم عن موانع الزواج المؤبدة (1) ثم بعد ذلك عن موانع الزواج المؤقتة (2).

1- موانع الزواج المؤبدة: وهي القرابة (النسب) والمصاهرة (القرابة الناشئة عن الزواج) والرضاع. وقد تحدث المشرع المغربي عن هذه الموانع المؤبدة في المواد (36) و(37) و(38) من مدونة الأسرة.

أ- المحرمات بالقرابة أو النسب: المحرمات بالقرابة أو النسب هن النساء التي ذكرهن الله عزوجل في قوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾[186]. وقد ترجم المشرع المغربي معنى هذه الآية الكريمة في المادة (36) من مدونة الأسرة التي نصت على أن: «المحرمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا»[187].

فالأصول: هن الأمهات وإن علون، ويدخل فيهن أمهات الآب وأمهات الأم.

185- قال ابن رشد الحفيد: «في معرفة محل العقد وكل امرأة فإنها تحل في الشرع بوجهين: إما بنكاح، أو بملك يمين. والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولا إلى قسمين: موانع مؤبدة، وموانع غير مؤبدة. والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها، ومختلف فيها. فالمتفق عليها ثلاث: نسب، وصهر، ورضاع. والمختلف فيها الزنا، واللعان. والغير مؤبدة تنقسم إلى تسعة: أحدها مانع العدد. والثاني: مانع الجمع. والثالث: مانع الرق. والرابع: مانع الكفر. والخامس: مانع الإحرام. والسادس: مانع المرض. والسابع: مانع العدة على اختلاف في عدم تأبيده. والثامن: مانع التطليق ثلاثا للمطلق. والتاسع: مانع الزوجية. فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا، ففي هذا الباب أربعة عشر فصلا». أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1301/1300.

186- سورة النساء، الآية 23.

187- قال ابن رشد في مانع النسب: «واتفقوا على أن النساء اللائي يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن: الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت، واتفقوا على أن الأم ههنا: اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب، والبنت: اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة، وأما الأخت: فهي اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك أو مجموعهما أعني الأب أو الأم أو كليهما، والعمة: اسم لكل أنثى هي أخت لأبيك أو لكل ذكر له عليك ولادة؛ وأما الخالة: فهي اسم لأخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة؛ وبنات الأخ: اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة؛ وبنات الأخت: اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها. فهؤلاء الأعيان السبع محرمات، ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة. والأصل فيها قوله تعالى (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ) إلى آخر الآية. وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين». أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1302.

والفصول: هن البنات وإن سفلن، ويدخل فيهن بنات الإبن وبنات البنت وما تنسل منهن.

وفصول أول الأصول: هن الأخوات ويدخل فيهن الأخوات الشقيقات والأخوات للأب والأخوات للأم وبناتهن وبنات أبنائهن وبنات بناتهن. وبنات الأخ الشقيق أو الأخ للأب أو الأخ للأم وبنات أبنائهم وبنات بناتهم.

وأول فصل من كل أصل: هن العمات والخالات وإن علون أي عمة العمة وخالة الخالة.

فالجميع إذا هن: الأمهات (الأمهات والجدات) والبنات (البنات وبنات الأبناء وبنات البنات وبنات أبناء الإبن وبنات بنات الأبن وبنات أبناء البنت وبنات بنات البنت) والأخوات (الأخوات وبنات أبنائهن وبنات بناتهن) والعمات (العمات وعماتهن) والخالات (الخالات وخالتهن) وبنات الأخ (بنات الأخ وبنات أبنائه وبنات بناته) وبنات الأخت (بنات الأخت وبنات أبنائها وبنات بناتها).

ب- المحرمات بالمصاهرة: نصت المادة (37) من مدونة الأسرة على أن: «المحرمات بالمصاهرة، أصول الزوجات بمجرد العقد، وفصولهن بشرط البناء بالأم، وزوجات الآباء وإن علوا، وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد»[188].

1- أصول الزوجات: وهن أمهات الزوجات أو النساء بمجرد العقد على البنات. ودليل تحريمهن هو قول الله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾[189].

2-فصول الزوجات: وهن بنات الزوجات وإن سفلن بشرط البناء بالأم. ودليل تحريمهن قول الله عز وجل: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[190].

3- زوجات الآباء: وإن علوا بمجرد العقد. ودليل تحريمهن قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾[191].

188- قال ان رشد في مانع المصاهرة: «وأما المحرمات بالمصاهرة فإنهن أربع: زوجات الآباء، والأصل فيه قوله تعالى: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) الآية، وزوجات الأبناء. والأصل في ذلك أيضا قوله تعالى: (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء أيضا، والأصل في ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم). وبنات الزوجات، والأصل فيه قوله تعالى: (وربائبكم اللاتي في جحوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد، وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء، وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة. واختلفوا منها في موضعين: أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج والثانية هل تحرم بالمباشرة للأم للذة أو بالوطء؟ وأما أم الزوجة فإنهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط؟ واختلفوا أيضا من هذا الباب في مسألة رابعة، وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة» أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1303.

189-سورة النساء، الآية 23.

190-سورة النساء، الآية 23.

191-سورة النساء، الآية 22.

4- زوجات الأبناء: وإن سفلوا بمجرد العقد. ودليل تحريمهن قول الله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾[192].

ج- المحرمات بالرضاع: ذكر الله عز وجل النساء المحرمات من الرضاع في قوله: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ﴾[193]. وروى الإمام علي رضي الله عنه قال: قال رسول الله (ص): ﴿إن الله حرم من الرضاع ما حرم من النسب﴾[194]. وقد جمعت المادة (38) من مدونة الأسرة المحرمات بالرضاع ونصت على أنه: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة.

يعد الطفل الرضيع خاصة، دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها.

لا يمنع الرضاع من الزواج، إلا إذا حصل داخل الحولين الأولين قبل الفطام»[195].

وعليه، فإن النساء المحرمات على الرجل من الرضاع هن:

1- الأم من الرضاع؛

2- البنت من الرضاع؛

3- الأخت من الرضاع؛

4- العمة من الرضاع؛

5- الخالة من الرضاع؛

6- بنت الأخ من الرضاع؛

7- بنت الأخت من الرضاع؛

8- أم الأم (الجدة) من الرضاع؛

9- زوجة الأب من الرضاع لأن الرضيع ابن لزوج المرضعة؛

10- زوجة الإبن من الرضاع لأن زوج المرضعة أب للرضيع؛

أما الشروط التي يحرم بها الرضاع فهي:

192- سورة النساء، الآية 23.

193- سورة النساء، الآية 23.

194- رواه أحمد، والترمذي وصححه

195- قال ابن رشد في مانع الرضاع: «واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب: أعني أن المرضعة تنزل منزلة الأم، فتحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب. واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة، والقواعد منها تسع: إحداها: في مقدار المحرم من اللبن. والثانية: في سن الرضاع. والثالثة: في حال المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصا. والرابعة: هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي أو لا يعتبر. والخامسة: هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر. والسادسة: هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لا يعتبر والسابعة: هل ينزل صاحب اللبن: أعني الزوج من المرضع منزلة الأب، وهو الذي يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب. والثامنة: الشهادة على الرضاع. والتاسعة: صفة المرضعة». أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص: 1309.

1- أن يقع الرضاع عندما يكون الرضيع في الحولين الأولين من عمره. وقد علل الفقهاء هذه المدة بقول الله تعالى قال: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[196].

2-«أن يصل اللبن إلى الحلق أو الجوف من الفم برضاع الطفل من الثدي مباشرة، على الطريقة التي تسمى بالرضاع. أما إذا وصل عن طريق آخر، كأن يصب لبن المرأة في وسط فم الطفل «وتسمى هذه العملية بالوجور» أو بصبه بجانب فمه، «ويسمى ذلك اللدود» فإن المالكية يرون أنه يحرم أيضا، لأن المعتبر هو وصول اللبن إلى الجوف. وقال داود الظاهري: لا يحرم، لأنه لا يطلق عليه اسم الرضاع»[197].

أما قدر اللبن الذي يتحقق به التحريم، فقد وقع الخلاف بشأنه[198]. وقد كانت الفقرة الثالثة من الفصل (8) من مدونة الأحوال الشخصية تنص على أنه: «لا يمنع الرضاع من الزواج إلا إذا حصل في الحولين الأولين خمس مرات يقينا. والرضعة لا تحسب إلا إذا عدت في العرف رضعة كاملة». بيد أن مدونة الأسرة لم تتضمن مقتضا مماثلا للمقتضى المذكور. لذلك قال الأستاذ أحمد الخمليشي: «اقترح في اللجنة الاستشارية الإبقاء على نفس صياغة مدونة الأحوال الشخصية في مانع الرضاع. ولكن أغلبية الأعضاء طلبت الرجوع إلى مذهب مالك بالنسبة لتحديد الرضاع الذي ينشأ عنه مانع الزواج.

وبعد مناقشات عدلت الفقرة الثالثة بالصيغة التي صدرت بها مع ايراد كلمة «الرضاع» دون إشارة إلى كميته أو عدد الرضعات، وترك ذلك للقضاء الذي يستأنس بالدلالة العرفية للكلمة دون أن يكون مقيدا

196-سورة البقرة، الآية 233.

197- محمد ابن معجوز، «أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية»، مرجع سابق، ص:64/63.

198-قال ابن رشد الحفيد: «(المسألة الأولى): أما مقدار المحرم من اللبن فإن قوما قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه؛ وروى عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس، وهؤلاء يحرم عندهم أي قدر كان، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي؛ وقالت طائفة: بتحديد القدر المحرم، وهؤلاء انقسموا إلى ثلاث فرق، فقالت طائفة: لا تحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها، وبه قال أبو عبيد وأبو ثور، وقالت طائفة: المحرم خمس رضعات، وبه قال الشافعي، وقالت طائفة: عشر رضعات. والسبب في اختلافهم في هذه المسألة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها بعضا. فأما عموم الكتاب فقوله تعالى: (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) الآية، وهذا يقتضي ما ينطلق عليه اسم الإرضاع، والأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة إلى حديثين في المعنى: أحدهما حديث عائشة وما في معناه أنه قال عليه الصلاة والسلام: «لا تحرم المصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان» خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث، وفيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان» والحديث الثاني حديث سهلة في سالم أنه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم: «أرضعيه خمس رضعات». وحديث عائشة في هذا المعنى أيضا قالت: «كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن» فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث قال: تحرم المصة والمصتان، ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تحرم المصة ولا المصتان» على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال: الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم، وذلك أن دليل الخطاب في قوله: «لا تحرم المصة ولا المصتان» يقتضي أن ما فوقها يحرم، ودليل الخطاب في قوله: «أرضعيه خمس رضعات» يقتضي أن ما دونها لا يحرم والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب». أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1309 إلى 1311.

بعدد الرضعات الذي تقول به آراء فقهية، ولا بحرفية المذهب المالكي الذي تشدد في التحريم بالرضاع داخل الحولين وقبل الفطام، وجرده من كل أثر بعد الفطام وبعد الحولين»[199].

2- موانع الزواج المؤقتة:

فصل المشرع الموانع المؤقتة في المادة (39) من مدونة الأسرة بقوله: «موانع الزواج المؤقتة هي:

1 - الجمع بين أختين، أو بين امرأة وعمتها أو خالتها من نسب أو رضاع؛

2 - الزيادة في الزوجات على العدد المسموح به شرعا؛

3 - حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات، إلى أن تنقضي عدة المرأة من زوج آخر دخل بها دخولا يعتد به شرعا؛

زواج المطلقة من آخر يبطل الثلاث السابقة، فإذا عادت إلى مطلقها يملك عليها ثلاثا جديدة؛

-زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية؛

-وجود المرأة في علاقة زواج أو في عدة أو استبراء».

وسنحاول الحديث عن كل واحد من الموانع المذكورة بنوع من التفصيل:

1- مانع الجمع: اتفق الفقهاء على أنه لا يجمع بين الأختين بعقد نكاح لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾[200]. وكذلك اتفقوا على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها من نسب أو رضاع لثبوت ذلك عن النبي (ص) من حديث أبي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من أنه قال: ﴿لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها﴾. ويشمل التحريم كذلك الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة، بمعنى لو كانت إحداهما ذكرا والأخرى أنثى حرم الزواج بينهما. ويجب أن يكون هذا الشرط متحققا في الطرفين معا، أي إذا جعل كل واحد منهما ذكرا والآخر أنثى على وجه التبادل لم يجز الزواج بينهما. «وأما إن جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فإن الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها، فإنه إن وضعنا البنت ذكرا لم يحل نكاح المرأة منه لأنها زوجة أبيه، وإن جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لأنها تكون ابنة لأجنبي، وهذا القانون هو الذي اختاره أصحاب مالك»[201].

2- مانع العدد: قال ابن رشد في مانع العدد: «واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا... وأما ما فوق الأربع فإن الجمهور على أنه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ

199-أحمد الخمليشي، «من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة»، مرجع سابق، ص:151.

200-سورة النساء، الآية 23.

201-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1327.

مَثْنَى وَثُلَاثَ﴾[202]. ولما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لغيلان لما أسلم وتحته عشر نسوة: ﴿أمسك أربعا وفارق سائرهن﴾. وقالت فرقة: يجوز تسع، ويشبه أن يكون من أجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة، أعني جمع الأعداد في قوله تعالى: ﴿مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾»[203].

ورغم أن المشرع اكتفى بالقول إن من موانع الزواج المؤقتة: «2- الزيادة في الزوجات على العدد المسموح به شرعا»، فإنه قد عبر عن رؤيته لتعدد الزوجات من خلال ما جاء في ديباجة مدونة الأسرة التي ذكرت أنه: «فيما يخص التعدد، فقد راعينا في شأنه الالتزام بمقاصد الإسلام السمحة في الحرص على العدل، الذي جعل الحق سبحانه يقيد إمكان التعدد بتوفيره، في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾[204]، وحيث إنه تعالى نفى هذا العدل بقوله: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾[205]، فقد جعله شبه ممتنع شرعا، كما تشبعنا بحكمة الإسلام المتميزة، بالترخيص بزواج الرجل بامرأة ثانية، بصفة شرعية لضرورات قاهرة وضوابط صارمة، وبإذن من القاضي، بدل اللجوء للتعدد الفعلي غير الشرعي، في حالة منع التعدد بصفة قطعية».

إن تصور المشرع إذن للتعدد تمخض عن قناعة تامة بما يترتب عن تعدد الزوجات من مشاكل اجتماعية وقانونية ومادية من جهة، وما يمكن أن ينجم أيضا عن منعه منعا مطلقا من مشاكل اجتماعية وقانونية قد تتخبط فيها فئات اجتماعية واسعة تعتقد أن الشرع الإسلامي هو ما تظنه هي كذلك، وتعتبر أن من حقها أن تمارس الحقوق الشرعية التي تقدر أنها حقوق لا تلغى بالقانون من جهة ثانية. لذلك عمل المشرع على تقييد التعدد بأحكام خاصة سوف نتطرق لها من خلال دراسة شروط التعدد من ناحية (أ) ومسطرته من ناحية أخرى (ب).

أ- شروط التعدد في ظل مدونة الأسرة:

نصت المادة (40) من مدونة الأسرة على أنه: «يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها». ثم أضافت المادة (41) من مدونة الأسرة أنه: «لا تأذن المحكمة بالتعدد:

- إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي؛

- إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة».

202-سورة النساء، الآية 3.

203-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1322 إلى 1323.

204-سورة النساء، الآية 3.

205-سورة النساء، الآية 129.

وعليه، فإن أحكام التعدد التي تستفاد من المادتين (40) و(41) من مدونة الأسرة مجتمعة هي:

1- إن الزواج بزوجة ثانية ممنوع منعا مطلقا ما لم تأذن به المحكمة؛

2- إن المحكمة لا تأذن بالتعدد إلا إذا تأكدت، بكل ما تتوفر عليه من وسائل قانونية، أن التعدد لن يترتب عنه عدم العدل بين الزوجات؛

3- يمنع التعدد إذا اشترطت المرأة في عقد الزواج أو في عقد ملحق به على زوجها أن لا يتزوج عليها؛

4- يجب أن يكون طلب الإذن بالتعدد معللا بمبرر موضوعي استثنائي، أي أن يكون هناك سبب جدي ومعقول ومقبول هو الذي دفع الزوج إلى طلب الإذن بالتعدد. ويعود للمحكمة أن تقدر وجود المبرر الموضوعي الاستثنائي أو عدم وجوده بحسب كل حالة على حدة؛

5- يجب أن يكون طالب التعدد متوفرا على الموارد المالية الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة؛

6- في حالة الإذن بالتعدد، لا يتم العقد مع المراد التزوج بها إلا بعد إشعارها من طرف المحكمة بأن مريد الزواج بها متزوج بغيرها ورضاها بذلك. على أن يتم تضمين هذا الإشعار والتعبير عن الرضى في محضر رسمي، وذلك تطبيقا للمادة (46) من مدونة الأسرة[206].

ب) مسطرة التعدد:

إذا لم تشترط الزوجة السابقة على زوجها أن لا يتزوج عليها، يمكن للراغب في التعدد طبقا للمادة (42) من مدونة الأسرة أن يتقدم بطلب الإذن بالتعدد إلى المحكمة. وهذا الطلب يجب أن يتضمن بيان الأسباب الموضوعية الاستثنائية المبررة له، وأن يكون مرفقا بإقرار عن وضعية طالب التعدد المادية.

وهكذا فبعد تقييد طلب التعدد في المحكمة وأداء الوجيبة القضائية عليه، تقوم المحكمة طبقا للمادة (43) من مدونة الأسرة باستدعاء الزوجة المراد التزوج عليها للحضور. فإذا توصلت شخصيا ولم تحضر أو امتنعت من تسلم الاستدعاء، توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذاراً تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار فسيبت في طلب الزوج في غيابها.

وقد أجازت المادة (43) من مدونة الأسرة للمحكمة أن تبت في الطلب في غيبة الزوجة المراد التزوج عليها إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه. بيد أنه إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجا عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في

206- نصت المادة (46) من مدونة الأسرة على أنه: «في حالة الإذن بالتعدد، لا يتم العقد مع المراد التزوج بها إلا بعد إشعارها من طرف القاضي بأن مريد الزواج بها متزوج بغيرها ورضاها بذلك. يضمن هذا الإشعار والتعبير عن الرضى في محضر رسمي».

اسم الزوجة، تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل (361) من القانون الجنائي بطلب من الزوجة المتضررة[207].

ويتعين على المحكمة طبقا للمادة (44) من مدونة الأسرة أن تجري المناقشة في غرفة المشورة بحضور الطرفين، وأن تستمع إليهما لمحاولة التوفيق والإصلاح بينهما، بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة[208].

ويجوز للمحكمة بعد انتهاء المناقشة، إما أن تحكم برفض طلب التعدد، أو أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن، إذا ثبت لها مبرره الموضوعي الاستثنائي، وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالهما.

ويمكن للمحكمة إذا ثبت لها من خلال المناقشات تعذر استمرار العلاقة الزوجية، وإصرار الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق، أن تحدد بناء على مقتضيات المادة (45) من مدونة الأسرة مبلغا لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادهما الملزم الزوج بالإنفاق عليهم. وفي هذه الحالة يتعين على الزوج إيداع المبلغ المحدد داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام. وبمجرد إيداع المبلغ المحدد تصدر المحكمة حكما بالتطليق ويكون هذا الحكم غير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية.

أما إذا لم يقم الزوج بإيداع المبلغ المذكور داخل الأجل المحدد، فإن ذلك يعد تراجعا منه عن طلب الإذن بالتعدد.

وقد يقع أن يتمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، وأن لا توافق الزوجة المراد التزوج عليها على طلبه، دون أن تطلب التطليق. وفي هذه الحالة تطبق المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد (94) إلى (97) من مدونة الأسرة.

207- نص الفصل (361) من القانون الجنائي على أنه: «من توصل، بغير حق، إلى تسلم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل السابق، أو حاول ذلك، إما عن طريق الإدلاء ببيانات غير صحيحة، وإما عن طريق انتحال اسم كاذب أو صفة كاذبة، وإما بتقديم معلومات أو شهادات أو إقرارات غير صحيحة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ثلاثمائة درهم. أما الموظف الذي يسلم أو يأمر بتسليم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل 360 لشخص يعلم أنه لا حق له فيها، فإنه يعاقب بالحبس من سنة إلى أربع سنوات وغرامة من مائتين وخمسين إلى ألفين وخمسمائة درهم، ما لم يكون فعله إحدى الجرائم الأشد المعاقب عليها بالفصل 248 وما بعده؛ كما يجوز الحكم عليه، علاوة على ذلك، بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 من خمس سنوات إلى عشر. وتطبق العقوبات المقررة في الفقرة الأولى على من يستعمل وثيقة حصل عليها في الظروف المشار إليها فيما سبق أو كانت تحمل اسما غير اسمه».

208- نصت المادة (44) من مدونة الأسرة على أنه: «تجري المناقشة في غرفة المشورة (chambre du conseil) بحضور الطرفين. ويستمع إليهما لمحاولة التوفيق والإصلاح، بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة.

للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن، إذا ثبت لها مبرره الموضوعي الاستثنائي، وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالهما».

3- مانع الطلاق الثلاث: إذا طلق الرجل زوجته للمرة الثالثة، فإنه لا يحل له أن يتزوجها مرة أخرى، إلا إذا تزوجت زوجا آخر ودخل بها دخولا يعتد به شرعا[209]. والدخول الذي يعتد به شرعا هو الدخول الذي يقع فيه الوطء. فإذا طلقها هذا الزوج الثاني، أو مات عنها، وانقضت عدتها، فيجوز لزوجها الأول أن يتزوجها من جديد، ويعتبر وكأنه تزوجها لأول مرة. وقد بين الله تعالى الطلاق الذي يحق فيه للرجل أن يراجع منه زوجته بقوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[210]. ثم قال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾[211].

209- قال ابن رشد: «وأما البائنة بالثلاث، فإن العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الأول إلا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموءل «أنه طلق امرأته تميمة بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير، فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها، فأراد رفاعة زوجها الأول أن ينكحها، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال: «لا تحل لك حتى تذوق العسيلة». وشذ سعيد بن المسيب فقال: إنه جائز أن ترجع إلى زوجها الأول بنفس العقد لعموم قوله تعالى: (حتى تنكح زوجا غيره) والنكاح ينطلق على العقد، وكلهم قال: التقاء الختانين يحلها، إلا الحسن البصري فقال: لا تحل إلا بوطء بإنزال. وجمهور العلماء على أن الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين. وقال مالك وابن القاسم: لا يحل المطلقة إلا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حج أو حيض أو اعتكاف، ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمي لمسلم، ولا وطء من لم يكن بالغا، وخالفهما في ذلك كله الشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي فقالوا: يحل الوطء وإن وقع في عقد فاسد أو وقت غير مباح. وكذلك وطء المراهق عندهم يحل، ويحل وطء الذمي الذمية للمسلم، وكذلك المجنون عندهم، والخصي الذي يبقى له ما يغيبه في فرج، والخلاف في هذا كله آيل إلى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله؟ واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل: أعني إذا تزوجها على شرط أن يحللها لزوجها الأول، فقال مالك: النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده، والشرط فاسد لا تحل به، ولا يعتبر في ذلك عنده إرادة المرأة التحليل، وإنما يعتبر عنده إرادة الرجل، وقال الشافعي وأبو حنيفة النكاح جائز، ولا تؤثر النية في ذلك، وبه قال داود وجماعة وقالوا: هو محلل للزوج المطلق ثلاثا، وقال بعضهم: النكاح جائز والشرط باطل: أي ليس يحللها، هو قول ابن أبي ليلى، وروي عن الثوري؛ واستدل مالك وأصحابه بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة بن عامر أنه قال صلى الله عليه وسلم: «لعن الله المحلل والمحلل له» فلعنه إياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر، وذلك يدل على النهي، والنهي يدل على فساد المنهى عنه، واسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه. وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى: (حتى تنكح زوجا غيره) وهذا ناكح، وقالوا: وليس في تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط في صحة النكاح، كما أنه ليس النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة، مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الإذن من مالكها في ذلك، قالوا: وإذا لم يدل النهي على فساد عقد النكاح فأحرى أن لا يدل على بطلان التحليل، وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لأنه إذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع أن الطلاق ليس بيدها. واختلفوا في هل يهدم الزوج ما دون الثلاث؟ فقال أبو حنيفة يهدم، وقال مالك والشافعي لا يهدم: أعني إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الأول أم لا؟ فمن رأى أن هذا شيء يخص الثالثة بالشرع قال: لا يهدم ما دون الثالثة عنده؛ ومن رأى أنه إذا هدم الثالثة فهو أحرى أن يهدم ما دونها قال: يهدم ما دون الثلاث. والله أعلم». أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص: 1451 إلى 1458.

210- سورة البقرة، الآية 229.

211- سورة البقرة، الآية 230.

4- مانع الكفر أو الاختلاف في الدين: قررت مدونة الأسرة أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم، كما قررت أنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج بغير المسلمة ما لم تكن كتابية (أي يهودية أو نصرانية)[212].

ويرى الفقهاء أن الاصل في هذا التحريم هو قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾[213].

5- مانع الزوجية أو العدة أو الاستبراء: اتفق الفقهاء على أن المرأة المتزوجة لا يمكن الزواج منها، لأنها مرتبطة بحق زوجها. كما اتفقوا على أن الزواج لا يجوز في العدة سواء كانت العدة عدة طلاق أو عدة وفاة[214]، كما اتفقوا على أن الزواج لا يجوز من المرأة الموجودة في استبراء. والاستبراء يترتب عن زنا المرأة طائعة أو مكرهة، وعن الوطء بشبهة، كمن جامع امرأة يعتقد أنها زوجته.

212- قال ابن جزي: «وَأما الزَّوْجَانِ: فَيعْتَبر فيهمَا سَبْعَة أَوْصَاف: (الأول): الْإِسْلَام: وَيتَصَوَّر فِيهِ أَربع صور: نِكَاح مُسلم مسلمة، وَنِكَاح كَافِر كَافِرَة، فهما جائزان. ونِكَاح كَافِر مسلمة يحرم على الاطلاق بِإِجْمَاع، وَنِكَاح مُسلم كَافِرَة، فَتجوز الْكِتَابِيَّة بِالنِّكَاحِ وَالْملك، وَلَا يحل غَيرهَا من الكفار بِنِكَاح وَلَا ملك. وَكره مَالك الحربية لبَقَاء الْوَلَد بدار الْحَرْب. وَمنع ابْن عمر وَابْن عَبَّاس كل كَافِرَة».

213- سورة البقرة، الآية 221.

214- قال ابن رشد في مانع العدة: «واتفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر. واختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها، فقال مالك والأوزاعي والليث: يفرق بينهما ولا تحل له أبدا؛ وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري: يفرق بينهما، وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس في تزويجه إياها مرة ثانية. وسبب اختلافهم هل قول الصحابي حجة أم ليس بحجة؟ وذلك أن مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر ابن الخطاب فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشدا الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال: أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب؛ وإن كان دخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبدا. قال سعيد: ولها مهرها بما استحل منها. وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف في أصله، وهو أنه أدخل في النسب شبهة فأشبه الملاعن. وروي عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا. والأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة. وفي بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها، وكون المهر في بيت المال، فلما بلغ ذلك عليا أنكره فرجع عن ذلك عمر، وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه، رواه الثوري عن أشعث عن الشعبي عن مسروق. وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف. وأجمعوا على أنه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع، لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. واختلفوا إن وطيء هل يعتق عليه الولد أو لا يعتق، والجمهور على أنه لا يعتق. وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته أو غير مؤثر؟ فإن قلنا أنه مؤثر كان له ابنا بجهة ما، وإن قلنا أنه ليس بمؤثر لم يكن ذلك. وروي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال (كيف يستعبده وقد غذاه في سمعه وبصره)». أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص: 1338 إلى 1339.

ثانيا- الصيغة: الصيغة وصف يطلق على «اللحمة التي تجمع بين الإيجاب والقبول»، بمعنى أن الصيغة هي الدعامة أو الحامل الذي: «يتجسم فيه التراضي على الزواج بين الرجل والمرأة»، والتراضي على الزواج يتحقق عند اقتران الإيجاب بالقبول في مجلس العقد[215].

وقد نص المشرع المغربي على صيغة الزواج في المادة (10) من مدونة الأسرة بقوله: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا.

يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين»[216].

فالمشرع إذن لم يشترط استعمال ألفاظ مخصوصة للتعبير عن الإيجاب والقبول في الزواج، لذلك فإن كل لفظ يفيد الزواج لغة أو عرفا يصح التعبير به عن الإيجاب والقبول في الزواج. أما الفقهاء. «فقد اتفقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن إذنه اللفظ، وكذلك بلفظ التزويج. واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة، فأجازه قوم، وبه قال مالك وأبو حنيفة. وقال الشافعي: لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج. وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به؟ أم ليس من صحته اعتبار اللفظ؟ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال: لا نكاح منعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج، ومن قال: إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأي لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعي من ذلك، أعني أنه إذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة»[217].

ونحن نرى أن هذا الشنآن بين الفقهاء في الألفاظ التي ينعقد بها الزواج لا مجال له في الوقت الراهن، لأن الزواج أرقى من أن يوصف بالبيع أو الهبة أو العطية أو ما إلى ذلك. وبالتالي فإنه لا يجوز التعبير عن الزواج في ضوء أحكام مدونة الأسرة إلا بلفظ «الزواج» أو ما يقوم مقامه في المعنى من الألفاظ المتداولة في مختلف التعبيرات اللغوية المغربية المحلية سواء كانت أمازيغية أو عربية. علما أن لفظ «الزواج» هو اللفظ العام المعتمد في مختلف المناطق المغربية. لذلك يتعين على العدلين أثناء توثيق الزواج أن يحرصا طبقا لمقتضيات

215-قال ابن جزي:«فأما الصِّيغَة: فَهِيَ مَا يَقْتَضِي الْإِيجَاب وَالْقَبُول (كَلَفْظِ التَّزْوِيج وَالتَّمْلِيك)، وَيجْرِي مجراهما البيع وَالْهِبَة خلافًا للشَّافِعِيّ. والهزل فِيهِ كالجد اتِّفَاقًا. وَالنِّكَاح عقد لَازم لَا يجوز فِيهِ الْخِيَار خلافًا لأبي ثَوْر. وَيلْزم فِيهِ الْفَوْر من الطَّرَفَيْنِ، فَإِن تراخى فِيهِ الْقَبُول عَن الْإِيجَاب يَسِيرا جَازَ. وَقَالَ الشَّافِعِي: لَا يجوز مُطلقًا وَأَجَازَهُ أَبُو حنيفَة مُطلقًا». محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:340.

216- Art.10: «Le mariage est conclu par l'offre de l'un des deux contractants et l'acceptation de l'autre, exprimées en termes désignant le mariage, consacrés par la langue ou l'usage.

Pour toute personne se trouvant dans l'incapacité de s'exprimer, l'offre et l'acceptation résultent valablement d'un écrit si l'intéressé peut écrire, sinon d'un signe compréhensible par l'autre partie et par les deux témoins».

217-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1240.

المادة (13) من مدونة الأسرة على سماع الإيجاب والقبول من الزوجين باستعمال لفظ «الزواج» مقترنا بما يدل عليه من التعبيرات اللغوية المحلية المغربية أو الأجنبية عند الاقتضاء، وذلك لأن عقود الزواج، في المغرب، تحرر في الوقت الحاضر على الأقل، باللغة العربية.

وإذا كان الأصل في استعمال لفظ «الزواج» أو ما يقوم مقامه لغة أو عرفا للتعبير عن الإيجاب والقبول أن يكون باللغة الشفوية أو اللغة المنطوقة، أي أن الإيجاب والقبول يكونان مشافهة بين الطرفين والشهود، إلا أن المشرع جعل ذلك ضروريا عند الاستطاعة، ولم يفته أن ينتبه إلى بعض الحالات التي قد يتعذر فيها الكلام الشفوي على الزوجين معا أو على أي واحد منهما، لذلك أجاز التعبير سواء عن الإيجاب أو القبول إما بالكتابة إن كان العاجز عن الكلام يكتب، أو بالإشارة إذا تعذرت عليه الكتابة، شريطة أن تكون لغة الإشارة المستعملة من قبله مفهومة من لدن الطرف الآخر (أي من قبل قرينه) وكذلك من طرف الشهود. ولكن هل يفهم من هذه المقتضيات أن لغة الكتابة أو لغة الإشارة لا تجوز ممن يستطيع الكلام وتعذر عليه ذلك لسبب من الأسباب؟

إن العجز عن الكلام يكون مرتبطا في أغلب الأحوال بأسباب عضوية أو نفسية، غير أن عدم القدرة على الكلام يرجع في بعض الأحوال إلى الحياء الذي رسخته بعض الأعراف والعادات أو التقاليد المحلية، خاصة بالنسبة للمرأة، لذلك يمكن في مثل هذه الأحوال الاكتفاء بما يدل على الرضى بالزواج وإن لم يتم النطق به مباشرة. وقد أجاز الفقهاء ذلك. قال ابن رشد: «الإذن في النكاح على ضربين: فهو واقع في حق الرجال والثيب من النساء بالألفاظ. وهو في حق الأبكار المستأذنات واقع بالسكوت: أعني الرضا. وأما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة إلا ما حكي عن أصحاب الشافعي أن إذن البكر إذا كان المنكح غير أب ولا جد بالنطق، وإنما صار الجمهور إلى أن إذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام: ﴿الأيم أحق بنفسها من وليها. والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها﴾»[218].

وقد اشترط المشرع في الإيجاب والقبول اللذين تتحقق بهما صيغة الزواج جملة من الشروط في المادة (11) من مدونة الأسرة بقوله: «يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا:

1- شفويين عند الاستطاعة، وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة؛

2- متطابقين وفي مجلس واحد؛

3- باتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ»[219].

218-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1239.

219-Art.11: «L'offre et l'acceptation des deux parties doivent être:

1) exprimées oralement, si possible, sinon par écrit ou par tout signe compréhensible;

2) concordantes et exprimées séance tenante;

3) Décisives et non subordonnées à un délai ou à une condition suspensive ou résolutoire».

فأما الشفوية والكتابة والإشارة، فهي مجرد تأكيد من المشرع لما ضمنه في المادة (10) من مدونة الأسرة.

وأما التطابق بين الإيجاب والقبول في مجلس واحد، فيراد به أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد وبلا فاصل بينهما، وهو ما يسمى بمجلس العقد. قال ابن جزي: «وَالنِّكَاح عقد لَازم لَا يجوز فِيهِ الْخِيَار خلافًا لأبي ثَوْر وَيلْزم فِيهِ الْفَوْر من الطَّرَفَيْنِ فَإِن تراخى فِيهِ الْقبُول عَن الْإِيجَاب يَسِيرا جَازَ وَقَالَ الشَّافِعِي لَا يجوز مُطلقًا وَأَجَازَهُ أَبُو حنيفَة مُطلقًا»[220].

ويدخل في معنى التطابق كذلك أن يكون القبول محتويا للإيجاب بدون زيادة ولا نقصان. أما إذا اختلف الإيجاب مع القبول، فإن الزواج لا ينعقد، كما إذا اقترن القبول برفض شرط تضمنه الإيجاب كأن تبدي المرأة قبولها للزواج مع رفضها للشرط الليصق بالإيجاب والرامي إلى تخليها عن عملها في إدارة أو شركة معينة. أو كأن يكون الإيجاب ناجزا غير مقيد بشرط من لدن الرجل فيرد القبول مقرونا بشرط من لدن المرأة مؤداه أن يكون المسكن المعد للزوجية هو مؤخر الصداق.

كما أنه يدخل في معنى التطابق بين الإيجاب والقبول أيضا ورودهما باتين غير مقيدين بأجل[221] أو شرط واقف أو شرط فاسخ[222]. والسبب في ذلك هو أن الزواج يعد من العقود الناجزة التي يجب أن يقترن فيها الإيجاب والقبول في مجلس العقد، لكن الأجل والشرط الواقف أو الفاسخ يحولان دون ذلك، فالأجل يجعل الزواج مجرد وعد معلق على أمر مستقبل محقق الوقوع، لكن المشرع استبعده لأنه يجعل الزواج لا ينعقد في الحال.

أما الشرط الواقف فقد منعه المشرع لأنه يجعل الزواج غير منعقد في انتظار أمر مستقبلي غير محقق الوقوع. بينما حظر المشرع الشرط الفاسخ لأنه يتناقض مع مبدإ استمرارية أو دوام الزواج الذي ينبغي أن تنصرف إليه نية كل واحد من الزوجين في عقد الزواج منذ البداية وإلا خرج من خانة الزواج الشرعي. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الشرط الفاسخ يتنافى مع طبيعة الزواج إذ يتعذر معه إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل الزواج دون ضرر عليهما معا أو على أحدهما أو على أطفالهما.

220- محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:340.

221- «يشترك الأجل مع الشرط من حيث إن كلا منهما ينصب على أمر مستقبل. ولكنهما يختلفان عن بعضهما اختلافا جوهريا من حيث إن الشرط أمر غير محقق الوقوع فقد يتحقق وقد لا يتحقق، في حين أن الأجل أمر محقق الوقوع فهو آت دون ما ريب». مامون الكزبري، «نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي»، الجزء 2، مطابع دار القلم، بيروت، الطبعة الأولى، 1970م، ص:65.

222-نص الفصل (107) من قانون الالتزامات والعقود على أن: «الشرط تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، إما وجود الالتزام أو زواله. والأمر الذي وقع في الماضي أو الواقع حالا لا يصلح أن يكون شرطا، وإن كان مجهولا من الطرفين». فالشرط الواقف هو إرادة معبرة عن تعليق وجود الإلتزام على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع. أما الشرط الفاسخ فهو إرادة معبرة عن تعليق زوال الإلتزام على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع.

Art.107: «La condition est une déclaration de volonté, qui fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit l'existence de l'obligation, soit son extinction. L'événement passé ou présent, mais encore inconnu des parties, ne constitue pas condition».

ويجب التنبيه في هذا الصدد إلى أن اشتراط كون الإيجاب والقبول: «باتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ» في المادة (11) من مدونة الأسرة، إنما يرجع إلى الأجل أو الشروط التي تتصل بتكوين عقد الزواج في ذاته. أما الشروط الأخرى التي تستهدف حماية حقوق الطرفين إزاء بعضهما البعض، فإنها تخضع لأحكام المادة (47) من مدونة الأسرة التي نصت على أن: «الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا»[223]. وكذلك لأحكام المادة (48) من مدونة الأسرة التي نصت على أن: «الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين.

إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه»[224].

ولم يكتف المشرع بما سلف من الأحكام لتحرير رضى الزوجين من كل العوائق والشبهات، وجعله ناضا لا مطعن فيه، بل إنه أعطى لكل واحد من الزوجين الحق في طلب فسخ الزواج متى كان مشوبا بعيب من عيوب الرضى كالإكراه أو التدليس[225]. وهكذا فقد نصت المادة (12) من مدونة الأسرة على أنه: «تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و66 بعده»[226].

وبالرجوع إلى المادة (63) من مدونة الأسرة نجد أنها تنص على أنه: «يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشترطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ

223-قال ابن رشد: «(وأما الموضع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار، فإن الجمهور على أنه لا يجوز، وقال أبو ثور يجوز. السبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار، والبيوع التي يجوز فيها الخيار، أو نقول إن الأصل في العقود أن لا خيار إلا ما وقع عليه النص وعلى المثبت الخيار الدليل، أو نقول إن أصل منع الخيار (هكذا هذه العبارة بالأصول، وليس لها معنى واضح) في البيوع هو الغرر والأنكحة لا غرر فيها، لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة، ولأن الحاجة إلى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع. وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد، فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير، ومنعه قوم، وأجازه قوم، وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة بغير إذنها، فيبلغها النكاح فتجيزه، وممن منعه مطلقا الشافعي، وممن أجازه مطلقا أبو حنيفة وأصحابه، والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك. وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معا، أم ليس ذلك شرطه؟ ومثل هذا الخلاف عرض في البيع». أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1247.

224-نصت المادة (40) من مدونة الأسرة على أن: «يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها».

225-قال ابن جزي: «إذا أكره أحد الزوجين أو الولي على النكاح لم يلزم، وليس للمكره أن يجيزه لأنه غير منعقد». محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:344.

226- Art.12: «Sont applicables à l'acte de mariage vicié par la contrainte ou par le dol les dispositions des articles 63 et 66 ci-dessous».

الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض»[227].

وقد عرف المشرع المغربي الإكراه في الفصل (46) من قانون الالتزامات والعقود بقوله: «الإكراه إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه»[228]. ثم أضاف في الفصل (47) من نفس القانون أن: «الإكراه لا يخول إبطال الالتزام إلا:

1- إذا كان هو السبب الدافع إليه.

2- إذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه إما ألما جسميا أو اضطرابا نفسيا. أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم»[229].

ونعتقد أن الأكراه يخول الحق للمكره في طلب فسخ عقد الزواج مع التعويض داخل أجل شهرين من يوم زوال الإكراه سواء قبل البناء أو بعده، ولا يشترط في ذلك أن يقترن الإكراه بوقائع كانت هي السبب الدافع إلى التعاقد مثل التدليس، لأن المشرع لم يشترط وجود الاقتران بالوقائع الدافعة إلى قبول الزواج أو بعض شروطه إلا بالنسبة للتدليس.

ولا يشترط طبقا للفصل (50) من قانون بالالتزامات والعقود أن يقع الإكراه على المتعاقد نفسه بل إن: «الإكراه يخول الإبطال، ولو وقع على شخص يرتبط عن قرب مع المتعاقد بعلاقة الدم»[230]. كما أن الفصل (49) من قانون الالتزامات والعقود نص على أن: «الإكراه يخول إبطال الالتزام وإن لم يباشره

227-Art.63: «Le conjoint qui a fait l'objet de contrainte ou de faits dolosifs qui l'ont amené à accepter le mariage, ou de faits expressément stipulés comme condition dans l'acte de mariage, peut demander la résiliation du mariage soit avant, soit après sa consommation dans un délai maximum de deux mois, à compter du jour de la levée de la contrainte ou de la date de la connaissance du dol, et ce, avec le droit de réclamer un dédommagement.

228-Art.46: «La violence est la contrainte exercée sans l'autorité de la loi, et moyennant laquelle on amène une personne à accomplir un acte qu'elle n'a pas consenti».

229-Art.47: «La violence ne donne ouverture à la rescision de l'obligation que :

1-Lorsqu'elle en a été la cause déterminante ;

2- Lorsqu'elle est constituée de faits de nature à produire chez celui qui en est l'objet, soit une souffrance physique, soit un trouble moral profond, soit la crainte d'exposer sa personne, son honneur ou ses biens à un préjudice notable, eu égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes et à leur degré d'impressionnabilité».

230-Art.50: «La La violence donne ouverture à la rescision, même lorsqu'elle a été exercée sur une personne avec laquelle la partie contractante est étroitement liée par le sang».

المتعاقد الذي وقع الاتفاق لمنفعته»[231]. وهذا المقتضى ينبغي، فيما نظن، أن لا يؤخذ على إطلاقه، وأن ينحصر معناه في أن الإكراه يخول الإبطال إذا كان بإيعاز من المتعاقد الآخر أو بعلمه.كما أن الفصل (48) من قانون الالتزامات والعقود نص على أن: «الخوف الناتج عن التهديد بالمطالبة القضائية أو عن الإجراءات القانونية الأخرى لا يخول الإبطال، إلا إذا استغلت حالة المتعاقد المهدد بحيث تنتزع منه فوائد مفرطة أو غير مستحقة وذلك ما لم يكن التهديد مصحوبا بوقائع تكون الإكراه بالمعنى الذي يقتضيه الفصل السابق»[232].

أما التدليس فإنه لا يخول طلب فسخ عقد الزواج مع التعويض داخل أجل شهرين من يوم العلم به، سواء قبل البناء أو بعده، إلا إذا كان هو الدافع إلى الزواج، أو إلى قبول شروط أو تحملات في عقد الزواج ما كان المتزوج ليقبل بها لو لم يقع ضحية للتدليس، وهذا ما أكدته المادة (63) من مدونة الأسرة بقولها: «يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشترطها صراحة في العقد». وهذا ما أكده كذلك الفصل (52) من قانون الالتزامات والعقود[233]. أما إذا لم يكن التدليس هو الدافع الأساسي إلى قبول الزواج أو الشروط المدرجة فيه، فإنه يخضع لمقتضيات الفصل (53) من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أن: «التدليس الذي يقع على توابع الالتزام من غير أن يدفع إلى التحمل به لا يمنح إلا الحق في التعويض»[234].

231- Art.49: «La violence donne ouverture à la rescision de l'obligation, même si elle n'a pas été exercée par celui des contractant au profit duquel la convention a été faite».

232 - Art.52: «La crainte inspirée par la menace d'exercer des poursuites ou d'autres voies de droit ne peut donner ouverture à la rescision que si on a abusé de la position de la partie menacée pour lui extorquer des avantages excessifs ou indus, à moins que ces menaces ne soient accompagnées de faits constituant une violence au sens de l'article précédent».

233- نص الفصل (52) من قانون الالتزامات والعقود على أن: «التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر. ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالما به».

Art.52: «Le dol donne ouverture à la rescision, lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance».

234- Art.53: «Le dol qui porte sur les accessoires de l'obligation et qui ne l'a pas déterminée ne peut donner lieu qu'à des dommages intérêts».

أما المادة (66) من مدونة الأسرة فقد نصت على أن: «التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة المنصوص عليهما في البندين 5 و6 من المادة السابقة[235] أو التملص منهما، تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل (366)[236] من القانون الجنائي بطلب من المتضرر.

يخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر»[237].

والخلاصة التي ننتهي إليها بعد قراءة المواد (12) و(63) و(66) من مدونة الأسرة مجتمعة هي أن الإكراه أو التدليس، يعطي للزوج المتضرر الحق في طلب فسخ الزواج، وكذلك في طلب التعويض عن الضرر الذي مسه نتيجة الإكراه أو التدليس، كما أنه يمكنه أن يطلب فقط فسخ الزواج دون طلب التعويض، أو أن يطلب التعويض دون طلب فسخ الزواج.

وللمزيد من الإمعان في حماية الرضى في الزواج وتحريره من أي إكراه أو تدليس أو غلط، نص المشرع في المادة (13) من مدونة الأسرة على أن من شروط الزواج: «4- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه».

ولا شك أن التأكيد على ضرورة سماع العدلين الإيجاب والقبول من الزوجين في مجلس العقد، يعد إضافة أساسية، تجعلهما يسهران على حماية رضى الطرفين في الزواج، وهذه الحماية تكون عن طريق استماع العدلين إلى كل واحد من الزوجين، وتعبيره بشكل واضح وصريح، وغير مقيد، ومفهوم عن قبوله الزواج من الطرف الآخر، ثم توثيق هذا التراضي أو هذا الرضى المتبادل في عقد الزواج.

235- نصت المادة (65) من مدونة الأسرة على أنه: «...يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية؛ وهي:...

5- الإذن بالزواج في الحالات الآتية، وهي:

- الزواج دون سن الأهلية؛
- التعدد في حالة توفر شروطه المنصوص عليها في هذه المدونة؛
- زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية؛
- زواج معتنقي الإسلام والأجانب.

6- شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب أو ما يقوم مقامها»

236- نص الفصل (366) من القانون الجنائي على أنه: «يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ما لم يكون الفعل جريمة أشد، من:

1- صنع عن علم إقرارا أو شهادة تتضمن وقائع غير صحيحة؛
2- زور أو عدل، بأية وسيلة كانت، إقرارا أو شهادة صحيحة الأصل؛
3- استعمل عن علم إقرارا أو شهادة غير صحيحة أو مزورة».

237- Art.66: «En cas de manœuvres dolosives en vue d'obtenir l'autorisation ou le certificat d'aptitude visés aux alinéas 5 et 6 de l'article précédent ou de se dérober à ces formalités il est fait application à l'encontre de son auteur et ses complices des dispositions de l'article 366 du code pénal, et ce à la demande de la partie lésée.

Le conjoint victime des manœuvres dolosives a le droit de demander la résiliation du mariage et de réclamer la réparation du préjudice subi»

ثالثا- الولاية في الزواج:

كانت الولاية في الزواج مثار خلافات مجتمعية حادة، بسبب ما كان ينجر عن تطبيقاتها، في بعض الأحيان، من مشاكل اجتماعية وقانونية كبيرة، إما بسبب أقوال بعض الفقهاء الذين يجيزون للولي إجبار المرأة على الزواج أو منعها من ذلك[238]، وإما نتيجة انتشار بعض العادات والتقاليد التي تخول للرجل في الأسرة أن يزوج قريبته متى شاء وبمن شاء، الشيء الذي كان يضع المرأة في موضع القاصر غير المؤهل لاتخاذ

238- لخص ابن شد أقوال الفقهاء في مسألة إجبار المرأة على الزواج بقوله: «وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح، فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام: (والثيب تعرب عن نفسها) إلا ما حكى عن الحسن البصري. واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد. فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى: للأب فقط أن يجبرها على النكاح، وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة: لا بد من اعتبار رضاها، ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه. وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم، وذلك أن ما روي عنه عليه الصلاة والسلام من قوله: (لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها) وقوله: (تستأمر اليتيمة في نفسها) أخرجه أبو داود، والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة، وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور (والبكر تستأمر) يوجب بعمومه استئمار كل بكر. والعموم أقوى من دليل الخطاب، مع أنه أخرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة، وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام: (والبكر يستأذنها أبوها) وهو نص في موضع الخلاف. وأما الثيب الغير البالغ، فإن مالكا وأبا حنيفة قالا: يجبرها الأب على النكاح. وقال الشافعي: لا يجبرها، وقال المتأخرون: إن في المذهب فيها ثلاثة أقوال: قول إن الأب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق، وهو قول أشهب، وقول إنه يجبرها وإن بلغت، وهو قول سحنون، وقوله إنه لا يجبرها وإن لم تبلغ، وهو قول أبي تمام. والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه. وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام: (تستأمر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة إلا بإذنها) يفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر إلا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ، وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: (الثيب أحق بنفسها من وليها) يتناول البالغ وغير البالغ، وكذلك قوله: (لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح حتى تستأذن) يدل بعمومه على ما قاله الشافعي. ولاختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر، وهو استنباط القياس من موضع الإجماع، وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ إلا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا في موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصغر؟ فمن قال الصغر قال: لا تجبر البكر البالغ، ومن قال البكارة قال: تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة، ومن قال كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد قال: تجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ، والتعليل الأول تعليل أبي حنيفة، والثاني تعليل الشافعي، والثالث تعليل مالك، والأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة. واختلفوا في الثيوبة التي ترفع الإجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد، فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها الثيوبة التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك، وأنها لا تكون بزنى ولا بغصب. وقال الشافعي: كل ثيوبة ترفع الإجبار. وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام: (الثيب أحق بنفسها من وليها) بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية؟

واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح، وكذلك ابنته الصغيرة البكر، ولا يستأمرها لما ثبت «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بإنكاح أبي بكر أبيها رضي الله عنه» إلا ما روي من الخلاف عن ابن شبرمة. واختلفوا من ذلك في مسألتين: إحداهما هل يزوج الصغيرة غير الأب؟ والثانية هل يزوج الصغير غير الأب؟ فأما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا؟ فقال الشافعي: يزوجها الجد أبو الأب والأب فقط. وقال مالك: لا يزوجها إلا الأب فقط، أو من جعل الأب له ذلك إذا عين الزوج إلا أن يخاف عليها الضيعة والفساد. وقال أبو حنيفة: يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك، ولها الخيار إذا بلغت، وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس، وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام (والبكر تستأمر وإذنها صماتها) يقتضي العموم في كل بكر إلا ذات الأب التي خصصها الإجماع، إلا الخلاف الذي ذكرناه، وكون سائر الأولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنى، فمنهم من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط، لأنه في معنى الأب إذ كان أبا أعلى، وهو الشافعي. ومن قصر ذلك على الأب رأى أن ما للأب في ذلك غير موجود لغيره، إما من قبل أن الشرع خصه بذلك، وإما من قبل أن ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد في غيره، وهو الذي ذهب إليه مالك رضي الله عنه، وما ذهب إليه أظهر. والله أعلم». أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص: 1241 إلى 1247.

القرارات المتعلقة بشخصه، رغم ما بلغته في المغرب، خاصة في مرحلة ما بعد الاستقلال، من رقي علمي واجتماعي وقانوني ومادي وإداري وسياسي جدير بالتقدير. مما كان يطرح أكثر من علامة استفهام عن أسباب استمرار التحجير على شخص المرأة فيما يتعلق بحياتها الخاصة، واستعصاء قبول خروجها عن وصاية الرجل لدى عدد من الأطياف في المجتمع حتى وإن تعلق الأمر بالزواج الذي حررته مختلف المواثيق الدولية من قيود الماضي وأغلاله وجعلته يدخل في إطار حقوق الشخصية الإنسانية.

إن كثيرا من الفقهاء كانوا يعتبرون المرأة في عقد الزواج مجرد معقود عليها. قال الإمام التسولي: «ومراده كابن الحاجب و(خ) بالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به فتدخل الخمسة التي في النظم لأن العقد لا يتصور إلا من عاقدين وهما شرعا الولي والزوج، ومن معقود عليه وهي الزوجة والصداق نصاً كما في نكاح التسمية أو حكماً في التفويض إذ الصداق فيه موجود حكماً لأنهما لم يدخلا على إسقاطه ولو دخلا على إسقاطه لم يصح»[239]. أما الإمام القرافي فقد أجمل الحديث عن الولاية في الزواج بقوله: «في أقطاب العقد: وَهِيَ خَمْسَةٌ: الْقُطْبُ الْأَوَّلُ: الْعَاقِدُ، وَهُوَ الزَّوْجُ أَوِ الْوَلِيُّ، وَلَا يَجُوزُ عَقْدُ الْمَرْأَةِ عَلَى نَفْسِهَا وَلَا عَلَى غَيْرِهَا بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا، رَشِيدَةً أَوْ سَفِيهَةً، أَذِنَ الْوَلِيُّ أَمْ لَا، وَقَالَهُ الشافعي وَابْنُ حَنْبَلٍ، وَجَوَّزَهُ الحنفية فِي الرَّشِيدَةِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[240] ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[241] فَأَضَافَ الْعَقْدَ إِلَيْهَا، وَلِأَنَّهَا مُتَصَرِّفَةٌ فِي مَالِهَا فَفِي نَفْسِهَا بِطَرِيقِ الْأَوْلَى، لِأَنَّ الْحجْرَ عَلَى الْبَالِغِ الْعَاقِلِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ، وَالْأَصْلُ: مِلْكُ الْإِنْسَانِ لِمَصَالِحِ نَفْسِهِ، وَالْجَوَابُ عَنِ الْأَوَّلِ: أَنَّ النِّكَاحَ حَقِيقَةٌ فِي الْوَطْءِ وَهُوَ مُتَعَذِّرٌ مِنَ الْمَرْأَةِ، وَإِذَا تَعَذَّرَتِ الْحَقِيقَةُ فَحَمْلُهُ عَلَى التَّمْكِينِ مِنْهُ أَوْلَى، لِأَنَّهُ أَقْرَبُ الْمَجَازَاتِ إِلَى الْحَقِيقَةِ، وَيُوَضِّحُهُ قَوْلُه تَعَالَى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾[242] فَخَاطَبَ الْأَوْلِيَاءَ دُونَ النِّسَاءِ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ عِنْدَ الدَّارَقُطْنِيِّ: ﴿لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، وَلَا الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا﴾. وَقَالَ: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ، وَعَنِ الثَّانِي: الْفَرْقُ بِأَنَّ تَصَرُّفَهَا فِي نَفْسِهَا مَعَ غَلَبَةِ شَهْوَتِهَا يُخْشَى مِنْهُ الْعَارُ عَلَيْهَا وعلى أوليائها، يَأْخُذُهَا غير كفؤ، وَهِيَ مَفْسَدَةٌ تَدُومُ عَلَى الْأَيَّامِ، بِخِلَافِ الْمَالِ فَيَكُونُ الْحَجْرُ عَلَيْهَا أَوْلَى مِنَ الْحَجْرِ عَلَى السَّفِيهِ فِي مَالِهِ»[243]. وقال ابن جزي في حكم الولي: «وَهُوَ شَرط وَاجِب، خلافًا لأبي حنيفة. فَلَا تعقد الْمَرْأَة النِّكَاح على

239-أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، «البهجة في شرح التحفة»، مرجع سابق، ص:377.

240-سورة البقرة، الآية 232.

241-سورة البقرة، الآية 230.

242-سورة النور، الأية 32.

243-شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي المالكي، «الذخيرة في الفقه»، مرجع سابق، ص:202/201.

نَفسهَا وَلَا على غَيرهَا، بكرا كَانَت أَو ثَيّبًا، شريفة أَو دنية، رَشِيدَة أَو سَفِيهَة، حرَّة أَو أمة، أذن لَهَا وَليهَا أَو لم يَأْذَن. فَإِن وَقع: فسخ قبل الدُّخُول وَبعده وَإِن أَطَالَ وَولدت الْأَوْلَاد. وَلَا حد فِي الدُّخُول للشُّبْهَة، وَفِيه الصَدَاق الْمُسَمّى»[244].

وقد فصل ابن رشد أقوال الفقهاء في شأن الولاية، وبين أسباب الخلاف فيها، ثم رجح ما تبين له منها أنه الصواب. ونظرا لأهمية ما حرره في هذا الشان نورد كلامه كاملا إذ قال: «اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط؟ ذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي، وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري: إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز. وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب. ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع أن اشتراطها سنة لا فرض، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك، أعني أنهم يقولون إنها من شروط الصحة لا من شروط التمام. وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل، لأن الأصل براءة الذمة، ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك، فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾[245] قالوا: وهذا خطاب للأولياء، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾[246] قالوا: وهذا خطاب للأولياء أيضا، ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات، وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له﴾ أخرجه الترمذي وقال فيه: حديث حسن وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة، فقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[247] قالوا: وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها.

244-محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:344.

245-سورة البقرة، الآية 232.

246-سورة البقرة، الآية 221.

247-سورة البقرة، الآية 234.

وقالوا: وقد أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[248] وقال: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[249].

وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: ﴿الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها﴾ وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى، فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع. فأما قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[250] فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح، وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا، أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾[251] هو أن يكون خطابا لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين أحرى منه أن يكون خطابا للأولياء، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للأولياء. أو لأولي الأمر، فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر، فإن قيل إن هذا عام والعام يشمل ذوي الأمر والأولياء قيل إن هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع، فيستوي فيه الأولياء وغيرهم، وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن أصله الأجنبي، ولو قلنا أنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل، لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم ومراتبهم، والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة، ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر، لأن هذا مما تعم به البلوى، ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له، ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها، وأيضا فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر، والله أعلم. وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به، والأظهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به. وأيضا فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي لمن لها ولي: أعني المولى عليها، وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها، أعني أن لا تكون هي التي تلي العقد بل الأظهر منه إنه إذا أذن الولي لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح إشهاد الولي معها.

248-سورة البقرة، الآية 232.

249-سورة البقرة، الآية 230.

250-سورة البقرة، الآية 232.

251-سورة البقرة، الآية 232.

وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى:﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[252] فإن المفهوم منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن، وليس ههنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح، فظاهر هذه الآية (والله أعلم) أن لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع إلا أن هذا لم يقل به أحد، وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف. وأما إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد، لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك. وأما حديث ابن عباس فهو لعمري ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر، لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولي فبماذا ليت شعري تكون الأيم أحق بنفسها من وليها؟ وحديث الزهري هو أن يكون موافقا هذا الحديث أحرى من أن يكون معارضا له، ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق فقط، ويكون السكوت كافيا في العقد والاحتجاج بقوله تعالى:﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[253] هو أظهر في أن المرأة تلي العقد من الاحتجاج بقوله:﴿وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾[254] على أن الولي هو الذي يلي العقد. وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة، وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري، وحكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه، قالوا: والدليل على ذلك أن الزهري لم يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة. وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس أنه قال:﴿لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل﴾ ولكنه مختلف في رفعه. وكذلك اختلفوا أيضا في صحة الحديث الوارد «في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها إياه».

وأما احتجاج الفريقين من جهة المعاني فمحتمل، وذلك أنه يمكن أن يقال إن الرشد إذا وجد في المرأة اكتفى به في عقد النكاح كما يكتفي به في التصرف في المال، ويشبه أن يقال إن المرأة مائلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال، فاحتاط الشرع بأن جعلها محجورة في هذا المعنى على التأبيد، مع أن ما يلحقها من العار في إلقاء نفسها في غير موضع كفاءة إلى أوليائها، لكن يكفي في ذلك أن يكون للأولياء الفسخ أو الحسبة، والمسألة محتملة كما ترى، لكن الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم، فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، فإذا كان لا يجوز عليه، عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي أن تنقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواترا أو قريبا من التواتر ثم لم ينقل، فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين: إما

252-سورة البقرة، الآية 232.

253-سورة البقرة، الآية 234.

254-سورة البقرة، الآية 232.

أنه ليست الولاية شرطا في صحة النكاح وإنما للأولياء الحسبة في ذلك، وأما إن كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب»[255].

إن التحجر الذي ساد الفكر الفقهي لمدة زمنية طويلة في مسألة ولاية المرأة، رغم وجود رأي مخالف في هذه المسألة للفقه نفسه، وهو رأي الحنفية، هو الذي يدفعنا إلى القول إن تعديل أحكام الولاية في الزواج هو أظهر وأقوى الإصلاحات القانونية التي مست الأحكام الفقهية التي كانت مسطرة في مدونة الأحوال الشخصية. وقد كان المشرع موفقا للغاية عندما نص في المادة (24) من مدونة الأسرة على أن: «الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها». قبل أن يضيف في المادة (25) من نفس المدونة أن: «للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها».

إن هذه الأحكام الجديدة في الولاية تكتسي أهمية خاصة، رغم أنها ليست إلا بداية جريئة وعملية ومعللة من الناحية الشرعية والفقهية، لرفع أكوام ثقيلة من الحيف الفقهي والعرفي والمجتمعي عن المرأة.

وحسب المقتضيات القانونية الجديدة المنظمة للولاية في الزواج، فإن المرأة هي التي تتولى بنفسها إبرام عقد الزواج، ويمكنها أن تفوض لوليها حسب اختيارها أن يوقع معها على العقد، كما يمكنها الاستغناء عن ذلك. ثم إنه لم يعد هناك أي ترتيب للأولياء تلزم به المرأة، وإنما أصبح بمقدورها أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها، وهذه المسألة وإن كانت مسألة شكلية فقط، غير أنه لا يكاد يخلو منها أي عقد من عقود الزواج، لما في هذه الشكلية، المجردة من كل سلطة للتعسف، من تكريم رمزي للأقارب من لدن المرأة العاقدة، خاصة عندما يتعلق الأمر بالأب، الذي عادة ما تتعلق به الفتاة، ويكون في الغالب قدوتها المثالية في الحياة.

وعليه، فإن الولاية في الزواج على ضوء مدونة الأسرة، أصبحت تخضع للقواعد الآتية:

1- لا يكفي توقيع الولي على عقد الزواج بل لا بد من توقيع الزوجة هي الأخرى على هذا العقد ما لم تكن بيد الولي وكالة طبقا لأحكام الوكالة في الزواج المنصوص عليها في المادة (17) من مدونة الأسرة.

2- لا يمكن للولي أن يجبر المرأة على الزواج، كما أنه لا يمكنه أن يمنعها من الزواج، وبذلك لم يعد هناك داع لدراسة ما يتعلق بحق الإجبار على الزواج، أو العضل من الزواج، مع ما يطرحه ذلك من تعقيدات قانونية وقضائية، تم اختزالها بمنح المرأة حق الزواج بحضور الولي أو بدونه.

أما المرأة غير الرشيدة، فتطبق عليها الأحكام المتعلقة بزواج القاصر، والمشرع في هذه الحالة لم يفرق بين الرجل والمرأة وقال في المادة (13) من مدونة الأسرة: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: 3-ولي الزواج عند الاقتضاء».

255-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1248 إلى 1266.

رابعا- الصداق:

من أجل تفصيل أحكام الصداق سوف نتكلم عن مفهوم الصداق (1) وحكم الصداق (2) وشروط الصداق (3) وأنواع الصداق (4) وملكية الصداق (5) ثم عن استحقاق الصداق (6).

1- مفهوم الصداق: الصداق هو ما يقدمه الرجل للمرأة من المال، بغض النظر عن جنسه أو قيمته، كعربون منه على رغبته الملحة في الزواج وإنشاء الأسرة. ويسمى المهر، والنحلة، والفريضة. وقد عرف المشرع المغربي الصداق في المادة (26) من مدونة الأسرة بقوله: «الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية».

2- حكم الصداق: قال ابن جزي في حكم الصداق: «وَهُوَ شَرط بِإِجْمَاع. وَلَا يجوز التَّرَاضِي على إِسْقَاطه وَلَا اشْتِرَاط سُقُوطه»[256]. وقال ابن رشد: «أما حكمه فإنهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾[257] وقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[258] »[259].

وقد أوضحت المادة (13) من مدونة الأسرة حكم الصداق بقولها: «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: 2-عدم الاتفاق على إسقاط الصداق». وهذا يعني أنه لا يجوز أن يقع الاتفاق على أن يكون الزواج بدون صداق، كما يعني أن الزواج يكون صحيحا حتى ولو لم يتم التعرض فيه لذكر الصداق في عقد الزواج، فالمحظور فقط هو التصريح بإسقاط الصداق. كما يمنع كذلك ما يعرف بزواج الشغار. قال ابن جزي: «وَهُوَ بَاطِل إِجْمَاعًا. وَصفته: أَن يُزَوّج ابْنَته على أَن يُزَوجهُ الآخر ابْنَته من غير صدَاق. فَإِن وَقع: فسخ النِّكَاح قبل الدُّخُول وَبعده، فِي الْمَشْهُور. وَيدْفَع لمن دخل بهَا صدَاق الْمثل، وَتَقَع بِهِ الْحُرْمَة، والوراثة، إِجْمَاعًا»[260].

وإذا كان الأصل هو أن يتفق الزوج والزوجة على تحديد مقدار الصداق قبل توثيق عقد الزواج، وأن يضمن هذا المقدار في العقد، فإن ما يشترط في الصداق فقط هو أن لا يكون هناك اتفاق بين الزوجين على إسقاطه. وفي حالة عدم تسمية الصداق، فإن هذا الزواج يسمى زواج التفويض، أي أن الزوجين يبقى لهما الخيار في تحديد أو تسمية الصداق بعد الزواج، فإذا وقع الخلاف بينهما في شأن ذلك، فإن المحكمة هي التي تقوم بتحديد مقدار الصداق، معتمدة في ذلك على الوسط الاجتماعي للزوجين. وقد جمعت مدونة الأسرة

256-محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:348.

257-سورة النساء، الآية 4.

258-سورة النساء، الآية 25.

259-أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1270.

260- محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:353.

هذه الأحكام في المادة (27) بقولها: «يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض.

إذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض، فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين».

3- شروط الصداق:

حدد ابن جزي شروط الصداق بقوله: «فِي شُرُوطه وَهِي ثَلَاثَة:

(الأول): أَن يكون مِمَّا يجوز تملكه، وَبيعه، من الْعين (الذهب والفضة)، وَالْعروض (غير النقد)، وَالْأُصُول، وَالرَّقِيق، وَغير ذَلِك. وَلَا يجوز بِخَمْر، وخنزير، وَغَيرهمَا، مِمَّا لَا يتَمَلَّك.

(الثَّانِي): أَن يكون مَعْلُوما، فَلَا يجوز بِمَجْهُول، إِلَّا فِي نِكَاح التَّفْوِيض. وَلَا يجب وصف الْعرُوض، خلافًا للشَّافِعِيّ. وَإِن وَقع على غير وصف فلهَا الْوسط.

(الثَّالِث): أَن يسلم من الْغرَر، فَلَا يجوز فِيهِ عبد آبق، وَلَا بعير شارد، وشبههما»[261].

أما المشرع فقد حدد شروط الصداق بصيغة مجملة ضمنها في المادة (28) من مدونة الأسرة بقوله: «كل ما صح التزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا، والمطلوب شرعا تخفيف الصداق».

وبهذا نلاحظ أن المشرع جمع الحكم بين محل الصداق، ومقداره في مادة واحدة.

فأما محل الصداق، فقد جعله المشرع منضبطا بكل ما يصح التزامه شرعا. بمعنى أن محل الصداق يمكن أن يكون نقدا أو عينا، كما أنه يمكن أن يكون حقا ماليا قابلا للتملك.

أما محل الصداق في أقوال الفقهاء فقد أجمله ابن رشد بقوله: «أما جنسه فكل ما جاز أن يتملك وأن يكون عوضا. واختلفوا من ذلك في مكانين: في النكاح بالإجارة (المقصود هنا هو إجارة الخدمة أو العمل)، وفي جعل عتق أمته صداقها. أما النكاح على الإجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال: قول بالإجازة، وقول بالمنع، وقول بالكراهة: والمشهور عن مالك الكراهة، ولذلك رأى فسخه قبل الدخول، وأجازه من أصحابه أصبغ وسحنون، وهو قول الشافعي، ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة إلا في العبد فإن أبا حنيفة أجازه. وسبب اختلافهم سببان: أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الأمر بالعكس؟ فمن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾[262]، ومن قال ليس بلازم قال: لا يجوز النكاح بالإجارة. والسبب الثاني هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الإجارة؟ وذلك أن

261- محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:348/349.

262- سورة القصص، الآية 27.

الإجارة هي مستثناة من بيوع الغرر المجهول، ولذلك خالف فيها الأصم وابن علية، وذلك أن أصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة، والإجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها. ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الأجرة على المستأجر، وأما كون العتق صداقا فإنه منعه فقهاء الأمصار ما عدا داود وأحمد»[263]. وقد أجمل ابن جزي ما فصله ابن رشد بقوله: «النِّكَاح على إجارة: كالخدمة، وَتَعْلِيم الْقُرْآن، لَا يجوز، فِي الْمَشْهُور، وفَاقا لأبي حنيفَة، وَقيل: يجوز وفَاقا للشَّافِعِيّ، وَابْن حَنْبَل»[264]. ثم أضاف: «لَا يجوز أَن يعْتق أمته وَيجْعَل عتقهَا صَدَاقهَا، خلافًا لِابْنِ حَنْبَل، وَدَاوُد»[265].

وعموما، فإن كل ما لا يجوز تملكه شرعا من الأموال أو الحقوق، لا يجوز أن يكون محلا للصداق.

وقد ذكر ابن جزي حكم الصداق بما لا يجوز شرعا بقوله: «إن أصدقهَا مَا لَا يجوز فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، أَحدهمَا: أَنه يفْسخ قبل الدُّخُول وَيثبت بعده، وفَاقا لأبي عبيد، وَالثَّانِية: أَنه يفْسخ قبل الدُّخُول، وَيثبت بعده، وَيكون فِيهِ صدَاق الْمثل. وَقَالَ أَبُو حنيفَة: يثبت قبل الدُّخُول وَبعده، وَيرجع إِلَى صدَاق الْمثل، وقيل يثبت مطلقا.

وَإِن أصدقهَا مَغْصُوبًا فسخ قبل الدُّخُول وَثَبت بعده بِصَدَاق الْمثل وَقيل يثبت مُطلقًا»[266].

وقد أخذ المشرع بالراوية الثانية في المادة (60) من مدونة الأسرة بقوله: «يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين».

أما مقدار الصداق فقد قال ابن جزي بشأنه: «وَلَا حد لأكْثر الصَدَاق، وَأقله ربع دِينَار من الذَّهَب، أَو ثَلَاثَة دَرَاهِم من الْفضة شَرْعِيَّة، أَو مَا يُسَاوِي أَحدهمَا، وَقَالَ أَبُو حنيفَة: أَقَله عشرَة دَرَاهِم، وَقَالَ الشَّافِعِي، وَأحمد، وَإِسْحَاق، وَغَيرهم لَا حد لأقله، بل يجوز وَلَو بِخَاتم من حَدِيد، كَمَا جَاءَ فِي الحَدِيث»[267]. وقال ابن رشد: «وأما قدره فإنهم اتفقوا على أنه ليس لأكثره حد. واختلفوا في أقله، فقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين: ليس لأقله حد، وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشيء جاز أن يكون صداقا، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك، وقال طائفة بوجوب تحديد أقله، وهؤلاء اختلفوا، فالمشهور في ذلك مذهبان: أولهما مذهب مالك وأصحابه، والثاني مذهب أبي حنيفة وأصحابه. فأما مالك فقال: أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة، أو ما ساوى الدراهم الثلاثة، أعني دراهم الكيل فقط في المشهور، وقيل أو ما يساوي أحدهما، وقال أبو حنيفة: عشرة دراهم أقله، وقيل خمسة دراهم، وقيل أربعون درهما. وسبب

263- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1275 إلى 1277.

264- محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:349.

265- محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص: 349.

266- محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:350/349.

267- محمد بن احمد بن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص: 350.

اختلافهم في التقدير سببان: أحدهما تردده بين أن يكون عوضا من الأعواض يعتبر فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات، وبين أن يكون عبادة فيكون مؤقتا، وذلك أنه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض، ومن جهة أنه لا يجوز التراضي على إسقاطه يشبه العبادة. والسبب الثاني معارضة هذا القياس فالمقتضى التحديد لمفهوم الأثر الذي لا يقتضي التحديد. أما القياس الذي يقتضي التحديد فهو كما قلنا إنه عبادة والعبادات مؤقتة. وأما الأثر الذي يقتضي مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته، وفيه «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك، فقامت قياما طويلا، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك حاجة بها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هل معك من شيء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا إزاري، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك فالتمس شيئا، فقال: لا أجد شيئا، فقال عليه الصلاة والسلام: التمس ولو خاتما من حديد، فالتمس فلم يجد شيئا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هل معك شيء من القرآن؟ قال: نعم، سورة كذا وسورة كذا - لسور سماها - فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: قد أنكحتكها بما معك من القرآن» قالوا: فقوله عليه الصلاة والسلام «التمس ولو خاتما من حديد» دليل على أنه لا قدر لأقله لأنه لو كان له قدر لبينه إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، وهذا الاستدلال بين كما ترى مع أن القياس الذي اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته، وذلك أنه انبنى على مقدمتين: إحداهما أن الصداق عبادة، والثانية أن العبادة مؤقتة، وفي كليهما نزاع للخصم، وذلك أنه قد يلفى في الشرع من العبادات ما ليست مؤقتة، بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم. وأيضا فإنه ليس فيه شبه العبادات خالصا، وإنما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الأثر لاحتمال أن يكون ذلك الأثر خاصا بذاك الرجل لقوله فيه «قد أنكحتكها بما معك من القرآن» وهذا خلاف للأصول، وإن كان قد جاء في بعض رواياته أنه قال: «قم فعلمها» لما ذكر أنه معه من القرآن، فقام فعلمها، فجاء نكاحا بإجارة، لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما.

وذلك أن القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا: عضو مستباح بمال، فوجب أن يكون مقدرا أصله القطع، وضعف هذا القياس هو من قبل الاستباحة فهما هي مقولة باشتراك الاسم، وذلك أن القطع غير الوطء، وأيضا فإن القطع استباحة على جهة العقوبة والأذى ونقص خلقه، وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة، ومن شأنه قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذي به تشابه الفرع والأصل شيئا واحدا لا باللفظ بل بالمعنى، وأن يكون الحكم إنما وجد للأصل من جهة الشبه، وهذا كله معدوم في هذا القياس، ومع هذا فإنه من الشبه الذي لم ينبه عليه اللفظ، وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين، لكن لم يستعملوا هذا القياس في إثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث إذ هو في غاية الضعف، وإنما استعملوه في

تعيين قدر التحديد. وأما القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا، ويشهد لعدم التحديد ما خرجه الترمذي «أن امرأة تزوجت على نعلين، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ فقالت: نعم، فجوز نكاحها» وقال هو حديث حسن صحيح. ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة، فقال مالك: هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم، لأنه النصاب في السرقة عنده، وقال أبو حنيفة: هو عشرة دراهم، لأنه النصاب في السرقة عنده، وقال ابن شبرمة: هو خمسة دراهم، لأنه النصاب عنده أيضا في السرقة.

وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محددا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال:«لا مهر بأقل من عشرة دراهم» ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لأنه كان يجب لموضع هذا الحديث أن يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص، لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فإنه يرويه، قالوا مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطأة عن عطاء عن جابر، ومبشر والحجاج ضعيفان، وعطاء أيضا لم يلق جابرا، ولذلك لا يمكن أن يقال إن هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد»[268].

وحسب ما يفهم من المادة (28) من مدونة الأسرة، فإن المشرع قد نأى بنفسه عن دخول متاهات تحديد مقدار الصداق سواء من حيث حده الأقصى، أو من حيث حده الأدنى، لأن تحديد مقدار الصداق يخضع لإرادة الطرفين، كما أن تحديده لا يخلو أحيانا من بعض المزايدات الاجتماعية والعائلية، لذلك اكتفى المشرع بالتنبيه إلى أن:«المطلوب شرعا تخفيف الصداق» في المادة (28)، وكذلك قوله:«وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية» في المادة (26) متخليا بذلك عن صيغة الفصل (7) من مدونة الأحوال الشخصية التي كانت تنص صراحة على أنه:«لا حد لأقل المهر ولا لأكثره».

4- أنواع الصداق:

ينقسم الصداق من حيث وقت أدائه إلى نوعين هما: الصداق المعجل ويعرف عند الفقهاء بالنقد، والصداق المؤجل ويعرف عند الفقهاء بالكالئ. قال ابن جزي في أنواع الصداق:«يجوز أَن يكون الصَدَاق نَقْدا (معجلا)، وكالئا (أي مؤجلا) إِلَى أجل مَعْلُوم تبلغه أَعمار الزَّوْجَيْنِ عَادَة، وَقيل: أبعد أَجله أَرْبَعُونَ سنة، وَيسْتَحب الْجمع بَين النَّقْد والكالئ، وَتَقْدِيم ربع دِينَار قبل الدُّخُول. وَمنع قوم الكالئ، وَأَجَازَهُ الْأَوْزَاعِيّ لمَوْت أَو فِرَاق»[269].

أما المشرع المغربي فقد نص في المادة (30) من مدونة الأسرة على أنه:«يجوز الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلا أو بعضا».

268- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، ص:1270 إلى 1278.

269- محمد ابن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:349.

وعليه، فإن الصداق قد ينقسم بحسب اتفاق الزوجين إلى نوعين هما: الصداق المعجل والصداق المؤجل.

فالصداق المعجل: هو الصداق: «الذي اتفق الطرفان على أدائه عند العقد أو عند الدخول»[270].

ويتعين على الزوج أن يدفعه إلى الزوجة قبل بداية المعاشرة الزوجية.

أما الصداق المؤجل فهو الصداق: «الذي اتفق الطرفان على أدائه بعد الدخول»[271]. ويسمى الزواج الذي يكون فيه الصداق موجلا عند الفقهاء نكاح التفويض. قال ابن جزي في نكاح التفويض: «وَهُوَ جَائِز اتِّفَاقًا. وَهُوَ: أَن يسكتا عَن تعْيين الصَدَاق حِين العقد، ويفوض ذَلِك إِلَى أَحدهمَا، أَو إِلَى غَيرهمَا، ثمَّ لَا يدْخل بهَا حَتَّى يتَعَيَّن. فَإِن فَرْضه أَحدهمَا بعد ذلك فرضيه الآخر: لزمَه. وَإِن لم ترض الْمَرْأَة فَإِن فرض لَهَا صدَاق الْمثل أَو أَكثر لَزِمَهَا، بِخِلَاف الْأَقَل، إِلَّا أَن ترْضى بِهِ، وَإِن لم يرض الزَّوْج كَانَ مُخَيّرا بَين ثَلَاثَة أَشْيَاء، إِمَّا أَن يبْذل صدَاق الْمثل، أَو يرضى بفرضها، أَو يُطلق، فَإِن مَاتَ قبل الدُّخُول وَقبل الْفَرْض فَلَا صدَاق لَهَا، خلافًا لأبي حنيفَة. وَلها الْمِيرَاث اتِّفَاقًا. وَإِن طَلقهَا قبل الدُّخُول، فَلَا نصف لَهَا، إِلَّا إِن كَانَ قد فرض لَهَا»[272].

ويجب إن كان الصداق كله أو بعضه مؤجلا، أن يكون الأجل معلوما. وهو ما عناه المشرع بقوله في المادة (30) من مدونة الأسرة: «تأجيله إلى أجل مسمى»، والأجل المسمى: هو الأجل المحدد على وجه الضبط واليقين. كأن يتفق الرجل والمرأة على أن يؤدي الزوج الصداق المؤجل بعد سنة من تاريخ العقد، أو في سنة مقبلة محددة كسنة كذا، أو في مناسبة دينية أو وطنية مقبلة تتجدد كل سنة. والظاهر من قول المشرع «تأجيله إلى أجل مسمى»، أنه لا يكفي أن يكون الصداق المؤجل قابلا للتعيين كأن يتفق الرجل والمرأة على أن يدفع لها مؤجل الصداق بمجرد ازدياد مولودهما الأول لما في ذلك من الغرر الذي يتنافى مع طبيعة عقد الزواج.

وقد أكد الأستاذ محمد ابن معجوز رحمه الله أنه: «إذا كان أجل الكاليء مجهولا، أو وقع السكوت على تعيين أجله، فإن الزواج يكون فاسدا، يفسخ قبل الدخول، ولو رضي الزوج بتعجيله، أو رضيت الزوجة بإسقاط الصداق المؤجل بأجل مجهول. وذلك نظرا للغرر الذي يشتمل عليه هذا الزواج، فإن لم يطلع عليه إلا بعد الدخول لم يفسخ،

ويجب أن يؤدي الزوج للزوجة صداق أمثالها، إلا أن يكون ما سمي لها أكثر من ذلك، فيجب عليه ذلك المسمى»[273].

ثم إن المشرع أضاف في المادة (31) من مدونة الأسرة بأنه: «يؤدى الصداق عند حلول الأجل المتفق عليه.

270-محمد ابن معجوز، «أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية»، مرجع سابق، ص:118.

271-محمد ابن معجوز، «أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية»، مرجع سابق، ص:118.

272-محمد ابن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:352.

273-محمد ابن معجوز، «أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية»، مرجع سابق، ص:119.

للزوجة المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية.

إذا وقعت المعاشرة الزوجية قبل الأداء، أصبح الصداق دينا في ذمة الزوج».

وهكذا فإذا وقع الاتفاق بين الزوجين على زمن محدد لأداء الصداق، فيجب على الزوج أداءه عند حلول الأجل المتفق عليه. أما إذا لم يقع الاتفاق بين الزوجين على أجل معين لأداء الصداق، فإن المشرع أعطى للمرأة الحق في المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية. قال ابن جزي: «لِلْمَرْأَة منع نَفسهَا حَتَّى تقبض صَدَاقهَا، وَلَيْسَ لَهَا ذَلِك بعد طوعها بِالتَّسْلِيمِ»[274]. أمإذا تأخر أداء الصداق المعجل إلى ما بعد بداية المعاشرة الزوجية، فإن الصداق يصبح دينا في ذمة الزوج.

5- ملكية الصداق:

حسم المشرع ملكية الصداق في المادة (29) من مدونة الأسرة بقوله: «الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه». ثم أضاف في المادة (34) من المدونة: «كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها». لكن إذا وقع الخلاف حول الأمتعة بين الزوجين، فإن المشرع قد جعل الاحتكام في ذلك إلى القواعد العامة للإثبات بقوله في المادة المذكورة قبله: «إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات».

وفي حالة تعذر الفصل في النزاع بين الزوجين حول الأمتعة بسبب عدم توفر أي منهما على سند للإثبات، فإن المشرع وضع لذلك حلا بقوله في نفس المادة (34): «غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء. أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له».

أما إذا وقع الخلاف حول قبض الصداق، فإن ابن جزي قد ذكر أقوال الفقهاء بشأن هذا التنازع بقوله: «وَإِن اخْتلف فِي الْقَبْض، فَالْقَوْل قَوْلهَا قبل الدُّخُول، وَالْقَوْل قَوْله بعد الدُّخُول، إِلَّا إِن كَانَ هُنَاكَ عرف فَيرجع إِلَيْهِ، وَقَالَ الشَّافِعِي، وَأحمد: القَوْل قَوْله مُطلقًا»[275].

أما الأحكام التي وضعها المشرع المغربي للتنازع حول قبض الصداق، فقد أفردت لها المادة (33) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «إذا اختلف في قبض حال الصداق قبل البناء، فالقول قول الزوجة، أما بعده فالقول قول الزوج.

إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق المؤجل، فعلى الزوج إثبات أدائه.

لا يخضع الصداق لأي تقادم».

274- محمد ابن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:352.

275- محمد ابن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:353.

ويظهر من قراءة أحكام المادة (33) من مدونة الأسرة أن المشرع قد أخذ، فيما يتعلق بالصداق المعجل، بالرأي القائل بأن الْقَوْل قَوْل الزوجة قبل الدُّخُول، وَالْقَوْل قَوْل الزوج بعد الدُّخُول، لكنه لم يحل على العرف في هذا الأمر. أما بالنسبة للصداق المؤجل، فإن عبء إثبات أدائه يقع على الزوج متى وقع الاختلاف بين الزوجين حول القبض.

أما إذا وقع الاختلاف حول مقدار الصداق، فقد أتى ابن جزي على ذكر هذه الحالة بقوله: «إِن اخْتلف فِي مِقْدَار الصَدَاق، فَإِن كَانَ قبل الدُّخُول: تحَالفا وتفاسخا، وبدئت بِالْيَمِينِ، وَمن نكل مِنْهُمَا قضي عَلَيْهِ مَعَ يَمِين صَاحبه. وَإِن اخْتلفَا بعد الدُّخُول، فَالْقَوْل قَول الزَّوْج مَعَ يَمِينه، وَقَالَ الشَّافِعِي: يرجعان إِلَى صدَاق الْمثل دون فسخ»[276].

أما مدونة الأسرة فقد عالجت الاختلاف حول مقدار الصداق في المادة (27) منها بقولها: «يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض.

إذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض، فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين».

وبهذا يتبين أن المشرع قد أخذ بالرأي الذي لا يجعل عدم الاتفاق على مقدار الصداق موجبا للحلف والفسخ، وأسند مهمة تحديد الصداق إلى المحكمة، التي يتعين عليها في تحديد الصداق أن تراعي الوسط الاجتماعي للزوجين[277]. علما أن هذا الحكم لن يجد طريقه للتطبيق إلا إذا لم يكن هناك ما يفيد تحديد مقدار الصداق. أما إذا كان مقدار الصداق متفقا عليه بين الزوجين في عقد الزواج، أو في عقد ملحق به، ونازع أحد الزوجين في المقدار المضمن في العقد، مدعيا على سبيل المثال، أن المقدار الحقيقي للصداق أقل بكثير من ذلك المحرر في العقد، وإن ذلك كان فقط على وجه المباهاة والمبالغة، فإن المحكمة يجب عليها في تقديرنا، أن تأخذ بالمبلغ المحدد في عقد الزواج، ما لم يكن هذا المبلغ راجعا إلى خطأ مادي في العقد، أو إلى تزوير فيه ثبت بحكم قضائي. كما نرى أنه لا مجال للتمسك بالصورية في عقود الزواج.

ومما يسترعي الانتباه أن المشرع اعتبر في المادة (33) من مدونة الأسرة أن: «الصداق لا يخضع لأي تقادم»، وهو ما يعني أن الصداق المعجل الذي لم يؤديه الزوج قبل بداية المعاشرة الزوجية يبقى دينا مؤبدا في ذمته إلى أن يؤديه، كما أن الصداق المؤجل الذي حل أجله المسمى، ولم يدفعه الزوج يبقى دينا مؤبدا في ذمته إلى أن يؤديه. وإذا توفي الزوج دون أن يؤدي الصداق، فإنه يصير دينا في تركته.

276-محمد ابن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:353.

277-قال ابن جزي: «صدَاق الْمثل مُعْتَبر بِحَال الزَّوْجَة فِي حسبها وَمَالهَا وجمالها. وَقَالَ الشَّافِعِي: يعْتَبر بِصَدَاق عصبتها». محمد ابن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:353.

6-استحقاق الصداق: قال ابن جزي: «وَيجب جَمِيعه بِالدُّخُولِ، أَو بِالْمَوْتِ، اتِّفَاقًا، وَنصفه بِالطَّلَاق قبل الدُّخُول، اتِّفَاقًا. (إِلَّا إِن طَلقهَا فِي نِكَاح التَّفْوِيض). وَقد اخْتلف: هَل وَجب لَهَا جَمِيعًا بِالْعقدِ، ثمَّ يسْقط نصفه بِالطَّلَاق قبل الدُّخُول، أَو وَجب لَهَا نصفه بِالْعقدِ، وَالنّصف الْبَاقِي بِالدُّخُولِ، أَو بِالْمَوْتِ؟ وَهُوَ اخْتِلَاف عبارَة»[278]. ثم زاد قائلا: «الدُّخُول الْمُوجب لكَمَال الصَدَاق هُوَ: الْوَطْء، لَا مُجَرّد الْخلْوَة وإرخاء الستور، خلافًا لأبي حنيفة، فَإِن بنى بهَا وَاخْتلفَا فِي الْمَسِيس: فَالْقَوْل قَوْلهَا. وَإِن خلا بهَا من غير بِنَاء: فَالْقَوْل أَيْضا قَوْلهَا. وَقَالَ ابْن الْقَاسِم: إِن خلا بهَا فِي بَيته فَالْقَوْل قَوْلهَا، وَإِن كَانَ فِي بَيتهَا لم تصدق عَلَيْهِ. وَإِن بنى بهَا وَطَالَ الْأَمر سنة: وَجب لَهَا جَمِيع الصَدَاق، وَإِن ادَّعَت الْمَسِيس وَلَيْسَ بَينهمَا خلْوَة: لزمته الْيَمين، وبريء من نصف الصَدَاق، فَإِن نكل: حَلَفت واستوجبت جَمِيعه. وَحَيْثُ قُلْنَا: القَوْل قَوْلهَا، فَاخْتلف: هَل تصدق مَعَ يَمِينهَا أَو دون يَمِين؟»[279].

وقد سطر المشرع أحكام استحقاق الصداق في المادة (32) من مدونة الأسرة بقوله: «تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله[280].

تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء.

لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء:

1 - إذا وقع فسخ عقد الزواج[281]؛

2 - إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج؛

3 - إذا حدث الطلاق في زواج التفويض».

ولتقديم بعض التوضيحات حول هذه المادة نعيد صياغة أحكامها في النقط التالية:

1- تستحق الزوجة جميع الصداق في كل الأحوال بعد البناء؛

2- تستحق الزوجة جميع الصداق في كل الأحوال في حالة وفاة الزوج قبل البناء؛

3- تستحق الزوجة نصف الصداق «المسمى» في حالة وقوع الطلاق أو التطليق قبل البناء؛

278-محمد ابن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:350

279-محمد ابن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:351/350.

280- قال ابن جزي، «إِذا وهبت الْمَرْأَة لزَوجهَا جَمِيع صَدَاقهَا، ثمَّ طَلقهَا قبل الْبناء: لم يرجع عَلَيْهَا بِشَيْء، وَقَالَ الشَّافِعِي: يرجع عَلَيْهَا بِنصْف الصَدَاق». محمد ابن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:352.

281-قال ابن جزي: «إِنَّمَا يجب لَهَا نصف الصَدَاق إِن طَلقهَا قبل الْبناء اخْتِيَارا مِنْهُ، فَإِن فسخ النِّكَاح، أَورده الزَّوْج بِعَيْب فِي الزَّوْجَة، لم يجب لَهَا شَيْء. وَاخْتلف: هَل يجب إِذا ردته هِيَ بِعَيْب فِيهِ؟» محمد ابن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص:351.

4- لا تستحق الزوجة الصداق كله أو بعضه إذا وقع التطليق قبل البناء بسبب عيب في الزوجة، أو بسبب عيب في الزوج. لكن المشرع أشار في المادة (109) من مدونة الأسرة إلى أنه: «لا صداق في حالة التطليق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرر به، أو كتم عنه العيب قصدا».

5- لا تستحق الزوجة الصداق كله أو بعضه إذا وقع فسخ الزواج قبل البناء، وينتج الفسخ عن فساد الزواج، أو عن اقترانه بعيب من عيوب الرضى الموجبة للفسخ وهي أساسا الإكراه والتدليس.

6- لا تستحق الزوجة الصداق كله أو بعضه إذا وقع الطلاق قبل البناء في زواج التفوض، وقد مر بنا أن زواج التفويض هو الذي يتفق فيه الزوجان على ترك تسمية الصداق إلى ما بعد الزواج.

خامسا- الإشهاد على الزواج:

قال ابن جزي في القوانين الفقهية: «فِي الشَّهَادَة على النِّكَاح: وَلَا تجب فِي العقد، وَتجب فِي الدُّخُول. وَهِي شَرط كَمَال فِي العقد، وَشرط جَوَاز فِي الدُّخُول. وَقَالَ الشَّافِعِي: تجب فيهمَا. وَقَالَ قوم لَا تجب فيهمَا.

وَيشْتَرط عَدَالَة الشَّاهِدين فِيهِ خلافًا لأبي حنيفَة. وَلَا تجوز فِيهِ شَهَادَة رجل وَامْرَأَتَيْنِ خلافًا لأبي حنيفَة.

وَنِكَاح السِّرّ غير جَائِز، إن وَقع فسخ. وَيسْتَحب الإعلان، وأوجبه ابْن حَنْبَل. وَإِذا شهد شَاهِدَانِ ووصيا بِالْكِتْمَانِ فَهُوَ سر؛ خلافًا لَهما»[282].

وقال الإمام اللخمي: «النكاح يصح بثلاثة شروط: ولي، وصداق، وشاهدي عدل.

فأما الولي فمن شرطه أن يكون في أصل العقد، فإن عري العقد من ولي، وباشرت العقد بنفسها كان فاسدا، ولم يصح بإجازة الولي.

وأما الصداق فلا بأس أن يفرض بعد العقد إذا نكحها على تفويض، وإنما يفسد إذا شرط إسقاطه.

وأما الشاهدان، فمن شروطهما أن يشهدا قبل الدخول، فإن عقدا بغير بينة، ثم أشهدا بعد ذلك وقبل الدخول جاز، فإن وقع الدخول قبل الإشهاد، ثم ادعيا لما ظهر عليها أن ذلك عن نكاح لم يصدقا وفسخ وحدا، إلا أن يأتيا على ذلك بشبهة»[283].

وقال ابن رشد الحفيد: «واتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح، واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد، واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر. واختلفوا إذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس سر؟ فقال مالك: هو سر ويفسخ، وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس بسر. وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما

282- محمد ابن جزي الغرناطي المالكي، «القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية»، مرجع سابق، ص: 340/339.

283- أبو الحسن علي بن محمد اللخمي، «التبصرة»، مرجع سابق، ص: 1779.

المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار؟ فمن قال حكم شرعي قال: هي شرط من شروط الصحة، ومن قال توثق قال: من شروط التمام»[284].

وبغض النظر عن أقوال الفقهاء بشأن الإشهاد على الزواج، نرى أن المشرع تبني مقتضيات قانونية حازمة في شأن توثيق عقود الزواج. وعليه سوف نتعرض لتوثيق عقود الزواج بالمغرب (أ) وبعد ذلك لتوثيق عقود الزواج من طرف المغاربة المقيمين بالخارج (ب).

1- توثيق عقود الزواج بالمغرب:

بسبب أهمية الكتابة في الوقت الراهن في حماية حقوق الزوجين والأطفال، نص المشرع المغربي في المادة (16) من مدونة الأسرة على أنه: «تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج».

ويجب قبل كتابة عقد الزواج تكوين ملف للزواج طبقا للمادة (65) من مدونة الاسرة يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية:

1- مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج يحدد شكله ومضمونه بقرار من وزير العدل[285]؛

2- نسخة من رسم الولادة ويشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية، إلى تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج؛

3- شهادة إدارية لكل واحد من الخطيبين تحدد بياناتها بقرار مشترك لوزيري العدل والداخلية[286]؛

4- شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة[287]؛

5- الإذن بالزواج في الحالات الآتية، وهي:

- الزواج دون سن الأهلية؛
- التعدد في حالة توفر شروطه المنصوص عليها في هذه المدونة؛
- زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية؛
- زواج معتنقي الإسلام والأجانب.

284- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد القرطبي الحفيد، «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»، مرجع سابق، مرجع سابق، ص: 1268/1267.

285- قرار لوزير العدل رقم 269.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد شكل ومضمون المطبوع الخاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج؛ الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص: 520.

286- قرار مشترك لوزير العدل ووزير الداخلية رقم 321.04 صادر في 10 محرم 1425 (2 مارس 2004) بتحديد بيانات الشهادة الإدارية المتعلقة بالخطيبين، الجريدة الرسمية عدد 5192 بتاريخ 12 محرم 1425 (4 مارس 2004)، ص: 974.

287- قرار مشترك لوزير العدل ووزير الصحة رقم 347.04 صادر في 10 محرم 1425 (2 مارس 2004) بتحديد مضمون وطريقة إصدار الشهادة الطبية الخاصة بإبرام عقد الزواج، الجريدة الرسمية عدد 5192 بتاريخ 12 محرم 1425 (4 مارس 2004)، ص: 975.

- شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب أو ما يقوم مقامها؛

ثانيا: يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج قبل الإذن على ملف المستندات المشار إليه أعلاه، ويحفظ برقمه الترتيبي في كتابة الضبط.

ثالثا: يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج.

وبعد أن يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج للعدلين بتوثيق عقد الزواج، يجب عليهما أن يحرصا على أن يتضمن العقد البيانات الآتية:

أ- تصريح كل واحد من الخطيبين هل سبق أن تزوج أم لا؟ وفي حالة وجود زواج سابق، يرفق التصريح بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد المزمع إبرامه»، وذلك طبقا للمادة 65 من مدونة الأسرة.

ب-مختلف البيانات المنصوص عليها في المادة (67) من مدونة الأسرة وهي:

1-الإشارة إلى إذن القاضي (بتوثيق عقد الزواج) ورقمه وتاريخ صدوره ورقم ملف مستندات الزواج والمحكمة المودع بها؛

2- اسم الزوجين ونسبهما، وموطن أو محل إقامة كل واحد منهما، ومكان ميلاده وسنه، ورقم بطاقته الوطنية أو ما يقوم مقامها، وجنسيته؛

3- اسم الولي عند الاقتضاء؛

4- صدور الإيجاب والقبول من المتعاقدين وهما متمتعان بالأهلية والتمييز والاختيار؛

5-في حالة التوكيل على العقد، اسم الوكيل ورقم بطاقته الوطنية، وتاريخ ومكان صدور الوكالة في الزواج؛

6-الإشارة إلى الوضعية القانونية لمن سبق زواجه من الزوجين؛

7- مقدار الصداق في حال تسميته مع بيان المعجل منه والمؤجل، وهل قبض عيانا أو اعترافا؛

8- الشروط المتفق عليها بين الطرفين؛

9- توقيع الزوجين والولي عند الاقتضاء؛

10- اسم العدلين وتوقيع كل واحد منهما بعلامته وتاريخ الإشهاد على العقد؛

11- خطاب القاضي على رسم الزواج مع طابعه.

يمكن بقرار لوزير العدل[288] تغيير وتتميم لائحة المستندات التي يتكون منها ملف عقد الزواج وكذا محتوياته.

288- قرار لوزير العدل رقم 270.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتتميم لائحة المستندات التي يتكون منها ملف عقد الزواج وكذا محتوياته، الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص:520.

ويتعين طبقا للمادة (17) من مدونة الأسرة أن: «يتم عقد الزواج بحضور أطرافه». غير أنه إذا تعذر ذلك، يمكن للمعني بالأمر (الزوج أو الزوجة) أن يوكل عنه أحدا من الأغيار لإبرام عقد الزواج، بعد استصدار إذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج، وفق الشروط الآتية:

1-وجود ظروف خاصة، لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه؛

2-تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية، مصادق على توقيع الموكل فيها؛

3- أن يكون الوكيل راشدا متمتعا بكامل أهليته المدنية، وفي حالة توكيله من الولي يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية؛

4-أن يعين الموكل في الوكالة اسم الزوج الآخر ومواصفاته، والمعلومات المتعلقة بهويته، وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها؛

5- أن تتضمن الوكالة قدر الصداق، وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل. وللموكل أن يحدد الشروط التي يريد إدراجها في العقد والشروط التي يقبلها من الطرف الآخر؛

6-أن يؤشر القاضي المذكور على الوكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة.

كما يجب طبقا للمادة (69) من مدونة الأسرة أن: «يسلم أصل رسم الزواج للزوجة، ونظير منه للزوج فور الخطاب عليه». كما يجب كذلك طبقا للمادة (68) من مدونة الأسرة أن: «يسجل نص العقد في السجل المعد لذلك لدى قسم قضاء الأسرة، ويوجه ملخصه[289] إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الخطاب عليه.

غير أنه إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، يوجه الملخص إلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين.

يحدد شكل السجل المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه ومضمونه وكذا المعلومات المذكورة، بقرار لوزير العدل»[290].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي كان قد نص في المادة (16) من مدونة الأسرة عند دخولها حيز التنفيذ على أنه: «إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة.

289-قرار لوزير العدل رقم 271.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد المعلومات الواجب تضمينها في ملخص عقد الزواج، الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص: 521.

290-قرار لوزير العدل رقم 272.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد شكل ومضمون السجل الخاص بتضمين نصوص عقود الزواج، الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص: 521.

تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين.

يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ».

ثم إن المشرع قام بتمديد المدة المعتبرة من قبله لسماع دعوى ثبوت الزوجية مرتين ليصبح مجموع المدة 15 سنة من تاريخ دخول المدونة حيز التنفيذ. فأصبحت صياغة الفقرة الأخيرة من المادة (16) من مدونة الأسرة بالصيغة التالية: «يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمسة عشر سنة ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ». وبعد انتهاء هذه المدة[291]، لم يبادر المشرع، على عكس ما كان متوقعا، إلى تمديدها، ولذلك لم يعد للمحاكم مفر من القضاء برفض سماع دعاوى ثبوت الزوجية.

2- توثيق عقود الزواج من قبل المغاربة المقيمين في الخارج:

نصت المادة (14) من مدونة الأسرة على أنه «يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان، مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده».

وبناء على هذه المادة، فإن زواج المغاربة في الخارج يكون صحيحا إذا أبرم وفقا لمحل بلد الإقامة، وتوفرت فيه الشروط التالية:

1- الايجاب والقبول: إن الإمضاء على عقد الزواج من طرف الزوجين يتحقق به الإيجاب والقبول ما لم يثبت العكس؛

2- الأهلية: الأهلية بالنسبة للزواج مشترطة في مختلف القوانين المقارنة، وبذلك فهي لا تثير مشكلات كبيرة سواء من الناحية القانونية أو من الناحية العملية. وفي جميع الأحوال يمكن التأكد من توفر الأهلية للزواج طبقا للقانون المغربي من خلال البيانات الشخصية للزوجين المضمنة في عقد الزواج، وكذا بناء على وثائقهما الشخصية؛

3- الولي عند الاقتضاء: من المعلوم أن المشرع عدل أحكام الولاية في الزواج بشكل أصبح معه من حق المرأة أن تبرم عقد زواجها بدون إذن من وليها. وبالتالي لا يمكن أن تثار مسألة الولاية في الزواج عند الاقتضاء إلا إذا كانت الزوجة المغربية قاصرة عن سن الزواج. وبما أن أغلبية القوانين المقارنة تشترط موافقة الولي

291- نشرت مدونة الأسرة في الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 5/1424 فبراير 2004.

على زواج القاصر، فإن الصعوبات المتوقعة من هذه الناحية ضعيفة، ويجب، في نظرنا، اعتبار الولي موافقا على الزواج عند الاقتضاء سواء ضمن ذلك في عقد الزواج أو لم يضمن ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك.

4- انتفاء الموانع: الموانع الشرعية محددة بدقة في مدونة الأسرة، لذلك يجب المغاربة المقيمين بالخارج احترامها في الزواج تحت طائلة بطلان الزواج.

5- الصداق: إن الزوجين غير ملزمين بتضمين الصداق ومقداره في عقد الزواج، ويكفي فقط عدم الاتفاق على إسقاطه؛

6- حضور شاهدين مسلمين إجراءات توثيق الزواج: هذا الشرط هو أكثر الشروط إثارة للجدل في مسألة توثيق عقود زواج المغاربة المقيمين في الخارج. فهل المقصود بحضور الشاهدين المسلمين إجراءات توقيق عقد الزواج أن يذكر محرر عقد الزواج الأجنبي (في أغلب الأنظمة القانونية ضابط الحالة المدنية) اسمي الشاهدين المسلمين في عقد الزواج؟ أم إن الحضور يمكن إثباته بكل وسائل الإثبات؟

ليس في وسع أي مشرع في العالم أن يفرض على أي محرر أو موثق غير محرره الوطني نظامه القانوني لتوثيق العقود، وكل ما يمكن تصوره في هذا المجال هو نظام الاتفاقيات الدولية، لذلك نرى أنه إذا كان قانون بلد الإقامة ينص على شكلية حضور الشاهدين إبراع عقد الزواج، فإن المغاربة المقيمين بالخارج يجب عليهم أن يحرصوا على حضورالشاهدين المسلمين إبرام عقود الزواج، لإعطاء أثر قانوني لزواجهم. أما إذا كان قانون بلد الإقامة لا يقر بذلك، فإن المغربي المسلم يفترض فيه أنه قد أحضر شاهدين مسلمين أثناء توثيق زواجه تطبيقا لقاعدة أن المسلم يفترض فيه أنه يحترم دينه وقانونه ما لم يثبت العكس، على أن يعمل بدون تأخير على إبرام عقد ملحق لعقد الزواج إما في المغرب أو لدى أحد المصالح المغربية المختصة في الخارج، وفق الصيغة القانونية المرعية لتجميع كل الشروط اللازمة لصحة الزواج.

وبما أن المشرع المغربي لم يشترط على المغاربة المقيمين بالخارج توثيق الزواج والإشهاد عليه من قبل العدلين، بل اكتفى بحضور شاهدين مسلمين، لذلك لا بد أن نتساءل عن ما هو المقصود بالشاهدين المسلمين في مفهوم المادة (14) من مدونة الأسرة؟

قالت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها عدد 10 الصادر بتاريخ 17 يناير 2007 في الملف رقم 2006/10/194: «لكن حيث إنه بالرجوع إلى العقد المطلوب تنفيذه بالصيغة التنفيذية، يتبين أنه يشير إلى حضور السيد ... والسيدة ... كشاهدين، والحال أن المرأة لا تشكل منفردة شاهدا، بل لابد من امرأة أخرى، الشيء الذي يبقى معه حضور الشاهدين غير متوفر»[292].

292- أورده الأستاذ محمد بادن، «عقود الزواج المبرمة طبقا للمادتين 14 و15 من مدونة الأسرة»، منشور ضمن أشغال الندوة الدولية: «تطبيق مدونة مدونة الأسرة في المهجر»، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، ص:158.

وخلافا لهذا التوجه قالت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء في قرارها عدد 1041 الصادر بتاريخ 207/4/18 في الملف رقم 2007/494: «حيث تبين للمحكمة من العقد ... ولا يعيبه في شيء حضور شاهدة مسلمة لإبرامه ولا يوجب حضورها لمجلس انعقاده بطلانه، لأن التكليف شرط الأمكان وللضرورة أجاز الفقهاء المسلمون شهادة النساء وشهادة غير العدول وترجمة الكافر وشهادة الطبيب النصراني لئلا تضيع الحقوق. والعبرة في الإسلام هي لعدالة الشاهد وليس لجنسه لقوله تعالى: (ممن ترضون من الشهداء). وليست الشهادة في الإسلام حكرا على الرجال دون النساء، بل إن من الأمور في الفقه الإسلامي ما لا ينظر فيه كشاهد إلا النساء كما في العيوب الخاصة بالنساء. وفيما يقع في المآتم والأعراس والحمام والرضاع، وقد خص الفقيه محمد بن فرحون المالكي المدني في كتابه تبصرة الحكام الباب السابع عشر للقضاء بشهادة امرأة بانفرادها، والباب الثامن عشر للقضاء بشاهد وامرأة ويمين المدعي في معرض ذكره لأنواع البينات. وخصص باب في كتابه للقضاء بشهادة غير العدول للضرورة. كما أن النكاح في الفقه الإسلامي يتم انعقاده بشهادة غير العدول للضرورة، كما يتم بشهادة الأعمى والفاسق والإبن والأب لاختلاف شروط الانعقاد فيه عن شروط إثباته عند الإنكار. وهذه المباديء ترمي إلى تحقيق العدالة التي أضحت الآن مفهوما أمميا قوامه المساواة والحرية ونبذ التمييز على أساس الجنس والعرق أو اللون تلك المقومات التي كرستها الشريعة الإسلامية»[293].

وعليه نرى أن التوجه الذي يكتفي بالشاهدين المسلمين بغض النظر عن جنسهما جدير بالتأييد.

وقد نصت المادة (15) من مدونة الأسرة على أنه: «يجب على المغاربة الذين أبرموا عقد الزواج طبقا للقانون المحلي لبلد إقامتهم، أن يودعوا نسخة منه داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه، بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد.

إذا لم توجد هذه المصالح، ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية.

تتولى هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط».

وعليه، فإنه يتعين على المغربي المقيم بالخارج أن يودع نسخة من عقد الزواج داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد. بيد أنه إذا لم توجد هذه المصالح، ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية. على أن تتولى هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين. فإذا لم يكن

293-مجلة المحاكم المغربية، العدد 109، 2007، ص:137.

للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

وقد كان على المشرع المغربي أن يسمح صراحة للزوج أو الزوجة المغربية بإيداع نسخة من عقد الزواج إما لدى أي مصلحة من المصالح القنصلية المغربية في الخارج، أو إيداعه لدى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية سواء في المغرب. كما أن المشرع يتحدث بالنسبة للقنصلية عن الإيداع، وبالنسبة للوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية عن الإرسال. وقد كان عليه أن يجمع بين الإرسال أو الإيداع معا حسب ما تتيح الظروف للمهاجر المغربي.

المطلب الثاني: أنواع الزواج وآثاره.

بعد أن ننتهي من الكلام عن أنواع الزواج (الفقرة الأولى) سوف نتطرق للكلام عن بعض آثاره.

الفقرة الأولى: أنواع الزواج.

يعد عقد الزواج من العقود التي حرص المشرع على إحاطتها بتنظيم تشريعي دقيق، لما يترتب عنه من آثار دينية واجتماعية ومادية وقانونية، تمس بعض جوانبها نظام المجتمع برمته، لذلك فإن أحكام الزواج تدخل كمبدإ عام في نطاق النظام العام، وتعتبر القواعد القانونية المنظمة له قواعد آمرة، إلا ما كان من باب الاستثناء، الشيء الذي ينجر عنه في حالة تطبيق هذه القواعد تطبيقا سليما جعل الزواج صحيحا (أولا)، وقد يؤدي إهمال تطبيقها بالمرة أو تطبيقها بشكل غير سليم إلى جعل الزواج غير صحيح (ثانيا).

أولا- الزواج الصحيح:

حددت المادة (50) من مدونة الأسرة أوصاف الزواج الصحيح بقولها: «إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وشروط صحته، وانتفت الموانع، فيعتبر صحيحا وينتج جميع آثاره من الحقوق والواجبات التي رتبتها الشريعة بين الزوجين والأبناء والأقارب، المنصوص عليها في هذه المدونة».

وعليه، فإن الزواج الصحيح هو الزواج الذي استجمع أركانه وشروطه بشكل صحيح وسليم، وانتفت فيه موانع الزواج.وقد ذكر المشرع هذه الأركان والشروط مجتمعة في المادة (13) من مدونة الأسرة.

ثانيا: الزواج غير الصحيح:

نصت المادة (56) من مدونة الأسرة على أن: «الزواج غير الصحيح يكون إما باطلا وإما فاسدا».

وعليه، فإننا سنتعرض للزواج الباطل (1) ثم نتبعه بالزواج الفاسد (2)

1-الزواج الباطل:

نصت المادة (57) من مدونة الأسرة على أنه: «يكون الزواج باطلا:

1- إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه[294]؛

2- إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه؛

3- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول».

وبمراجعة الأركان المنصوص عليها في المادة (10) من مدونة الأسرة، يظهر أن الزواج يكون باطلا في الحالات التالية:

1- حالة انعدام الايجاب والقبول مطلقا؛

294- نصت المادة (10) من مدونة الأسرة على أنه: «ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا.يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخرومن الشاهدين».

2- حالة انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول؛

3-حالة وجود مانع من الموانع الشرعية للزواج؛

وقد حدد المشرع مآل الزواج الباطل بسبب من الأسباب المذكورة قبلة في المادة (58) من مدونة الأسرة بقوله: «تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا لأحكام المادة (57) أعلاه بمجرد اطلاعها عليه، أو بطلب ممن يعنيه الأمر».

ويفهم من هذه المادة أن الزواج الباطل يخضع للقواعد الآتية:

1- إن المحكمة تصرح تلقائيا ببطلان الزواج إذا ما تأتى لها الاطلاع عليه بمناسبة ما، كما إذا كانت المحكمة تنظر في دعوى النفقة أو الحضانة، ثم ثبت لديها أن الزواج باطل لوجود سبب من أسباب بطلان الزواج؛

2- إن دعوى بطلان الزواج يمكن أن ترفع من لدن من يعنيه الأمر، والذي يعنيه الأمر قد يكون هما الزوجان، أو أحدهما، أو أحد من الأغيار. ومثال ذلك بالنسبة للزوجين، أن يثبت لديهما قبل البناء أو بعده أنهما أخوين من الرضاع، ومثال الأغيار، أن يرفع أحد الأقارب دعوى بطلان الزواج، بسبب أن الزوجين، يوجد بينهما مانع من موانع الزواج مثل مانع الاختلاف في الدين؛

3- يجوز للنيابة العامة أن ترفع دعوى بطلان الزواج إذا توفرت على ما يثبت بطلانه، أو إذا تم إخطارها بذلك من لدن من يعنيه الأمر وثبت لديها صحة ادعائه.

وقد أشار المشرع في الفقرة الثانية من المادة (58) من مدونة الأسرة إلى آثار الزواج الباطل بقوله: «يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة».

ويمكن أن نسطر آثار الزواج الباطل المستخلصة من الفقرة الثانية للمادة (58) من مدونة الأسرة في العرائض التالية:

1- لا يترتب الصداق والاستبراء على الزواج الباطل قبل البناء؛

2- يترتب على الزواج الباطل بعد البناء الصداق والاستبراء؛

3- يترتب على الزواج الباطل ثبوت النسب وحرمة المصاهرة في حالة حسن نية الزوجين.

ويقصد بحسن النية، عدم علم الزوجين بأسباب البطلان قبل الزواج من جهة، وكذلك عدم علمهما بأسباب البطلان قبل الحمل بالنسبة للنسب من جهة ثانية. أما إذا كان لديهما علم بأسباب بطلان الزواج، وثبت ذلك، فإن الزواج الباطل، لا ينتج آثاره بالنسبة للنسب والمصاهرة.

ونحن لا نشاطر المشرع المغربي في ما قرره من أحكام للنسب والمصاهرة في الزواج الباطل، لأن النسب حق للطفل بالأولوية عن حق والدية، وإن سوء نيتهما لا يتحمل الطفل مسؤوليته، سواء من الناحية الشرعية أو من الناحية القانونية، ولذلك كان على المشرع أن يجعل النسب في الزواج الباطل لاحقا في كل الأحوال. أما بالنسبة

لحرمة المصاهرة، فقد كان على المشرع أن يجعل حرمة المصاهرة متحققة في الزواج الباطل بعد البناء، وذلك أخذا بأقوال الفقهاء الذين يرون أن حرمة النسب والمصاهرة تنتج عن الزنا، فيكون الزواج الباطل أولى بهذه الحرمة.

2-الزواج الفاسد:

نصت المادة (59) من مدونة الاسرة على أنه: «يكون الزواج فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين (60) و(61) بعده ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصحح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده».

والظاهر أن مقصود هذه المادة هو أن الزواج يكون فاسدا إذا فقد شرطا من شروط صحته غير الموجبة للبطلان. أي أن الزواج يكون فاسدا عندما يفقد شرطا من غير الشروط التي يترتب عنها البطلان.

وينقسم الزواج الفاسد إلى نوعين: هما الزواج الفاسد لصداقه (أ) والزواج الفاسد لعقده (ب).

أ- الزواج الفاسد لصداقه:

يكون الزواج فاسدا لصداقه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية. وقد بينت المادة (60) من مدونة الأسرة مآل الزواج الفاسد لصداقه بقولها: «يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين».

وهذا يعني أن هناك حالتين للزواج الفاسد لصداقه، وإن الفاصل بينهما هو البناء.

فالحالة الأولى: هي حالة الزواج الفاسد لصداقه قبل البناء: إذا ثبت أن الزواج فاسد لصداقه قبل البناء، فإن المحكمة تقضي بفسخه ولا صداق فيه.

أما الحالة الثانية: فهي حالة الزواج الفاسد لصداقه بعد البناء: إذا لم يثبت أن الزواج فاسد لصداقه إلا بعد البناء، فإن هذا الزواج يصير صحيحا بصداق المثل، وتقوم المحكمة بتحديده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين.

وإذا حصل أن وقع الطلاق أو التطليق بين الزوجين قبل أن يثبت أن الزواج بينهما كان فاسدا لصداقه، فإن هذا الطلاق أو التطليق، في نظرنا، يعتد به كما هو الشأن بالنسبة للزواج الفاسد لعقده طبقا للمادة (61) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «يعتد بالطلاق أو التطليق الواقع في الحالات المذكورة أعلاه، قبل صدور الحكم بالفسخ».

وهذا يعني أن دعوى فسخ الزواج لصداقه، بعد وقوع الطلاق أو التطليق[295] يجب أن يكون مآلها هو عدم القبول، لأن من شروط البت في دعوى فسخ الزواج لصداقه، أن يكون عقد الزواج موجودا، وما دام أن هذا العقد قد انحل ميثاقه بالطلاق أو التطليق، فإنه لا مجال لقبول دعوى فسخ الزواج الفاسد لصداقه.

أما إذا أثير فساد الزواج لصداقه أثناء البت في دعوى الطلاق أو التطليق، فإن المحكمة يجب أن تراعي، في نظرنا، الأحوال الآتية:

1- إذا كانت الدعوى الأصلية هي دعوى الطلاق أو التطليق قبل البناء، وأثيرت مسألة فساد الزواج لصداقه، فإن المحكمة تقضي بفساد الزواج مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.

2- إذا كانت الدعوى الأصلية هي دعوى الطلاق أو التطليق بعد البناء، وأثيرت فيها مسألة فساد الزواج لصداقه، فإن المحكمة تبت في دعوى الطلاق أو التطليق. وينبغي أن تتعرض في حكمها إلى تحديد الصداق إذا ثبت لديها بالفعل أن الزواج فاسد لصداقه.

ب- الزواج الفاسد لعقده: الزواج الفاسد لعقده هو الزواج الذي اختل فيه شرط من شروط العقد الصحيح غير الموجبة للبطلان. وقد نصت المادة (61) من مدونة الأسرة على أن: «الزواج الفاسد لعقده يفسخ قبل البناء وبعده في الحالات التالية:

1- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج؛

2- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبثوتة لمن طلقها ثلاثا؛

3- إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه».

إن الحالات التي وضعها المشرع للزواج الفاسد لعقده، تقتضي أت نبدي بشأنها الملاحظات الآتية:

1- إن البناء لا يصحح الزواج الفاسد لعقده، بخلاف الزواج الفاسد لصداقه؛

2- إن الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين يمكن أن ينفلت من الفساد، وبالتالي، من الفسخ سواء قبل البناء أو بعده، إذا شفي المريض مرض الموت بعد الزواج؛

3- إن النص على فساد الزواج إذ قصد منه تحليل المبثوتة لمن طلقها ثلاثا يطرح أكثر من علامة استفهام حول كيفية معرفة هذا القصد، ونظن أن الحكم على نية الأشخاص في مثل هذه الحالة ليس سوى مجرد ضرب على وجه التخمين لا اليقين، لأن القرائن الواقعية أو القانونية التي يمكن البناء عليها للقول بوجود نية تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا لا تكفي في غالب الأحيان، لمعرفة النية الحقيقية للمتزوجين،

295-وقوع دعوى فسخ الزواج الفاسد لصداقه بعد الطلاق أو التطليق مستبعد جدا.

فمهما كانت مجتمعة، إلا أنها تبقى غير كافية للجزم في وجود النية لتحليل المبثوتة، ما لم تقترن بالاعتراف الحر غير المشوب بأي إكراه أو تدليس من ناحية، وغير المبني على أي رغبة في الانتقام من ناحية أخرى.

4- بالنسبة لحالة الزواج من غير ولي في حالة وجوبه، فإن الولي لم يعد واجبا، إلا في حالة زواج القاصر، وهذا الزواج يخضع لمسطرة خاصة، تجتمع أحكامها في المواد (67/65/22/21/20/13) من مدونة الأسرة، وهي أحكام لا يتوقع معها زواج القاصر دون موافقة من وليه، وإن كان يمكن لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يستغني عن هذه الموافقة، عند إصداره الإذن بزواج القاصر.

وبالتالي فإن زواج المرأة القاصر، لا يمكن أن يكون دون موافقة وليها، ودون إذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج، ما لم يقع تزوير سن القاصر قبل الزواج. وهذه الحالة وإن كان وقوعها مجرد احتمال بعيد سواء من الناحية القانونية أو من الناحية العملية. بيد أن السؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هي المصلحة الشرعية التي ينبغي أن يفسخ من أجلها هذا الزواج في حالة وقوعه، خاصة إذا تأخر طلب الفسخ إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد القانوني، في ضوء الأحكام الجديدة للولاية في مدونة الأسرة؟

إن تقرير فساد الزواج بدون ولي في حالة وجوبه وجعله قابلا للفسخ سواء قبل البناء أو بعده، يتناقض، في نظرنا، مع أحكام الولاية وفق تصورها الجديد في مدونة الأسرة. لذلك فإننا نطالب المشرع عند تعديل مدونة الأسرة بحذف هذه الحالة من المادة (61) من مدونة الأسرة، أو جعل الفساد، على الأقل، مقصورا على حالة الزواج بدون ولي عند وجوبه في مرحلة ما قبل البناء، وأن يكون طلب فسخ هذا الزواج ممكنا فقط إذا كانت المرأة القاصر لم تبلغ بعد السن الزواج القانوني عند طلب الفسخ. كما نرى أن القضاء يمكنه أن يأخذ بهذا التفسير، وأن يقصر إمكانية طلب الفسخ لوجوب الولي، على الحالة التي تكون فيها القاصر تحت النيابة الشرعية لوليها القانوني.

وقد أكد المشرع في الفقرة الثانية من المادة (61) من مدونة الأسرة أنه: «يعتد بالطلاق والتطليق الواقع في الحالات المذكورة أعلاه، قبل صدور الحكم بالفسخ».

وقد يفهم من هذه الفقرة أن الزواج الفاسد لعقده، يمكن طلب فسخه، حتى بعد وقوع الطلاق أو التطليق. لكننا لا نعتقد أن هذا هو قصد المشرع، ونرى أن دعوى فسخ الزواج الفاسد لعقده لا تسمع بعد وقوع الطلاق أو التطليق، أي أن مآلها يكون هو عدم القبول لانحلال ميثاق الزواج المطلوب فسخه. أما إذا أثيرت مسألة فساد الزواج لعقده أثناء نظر دعوى الطلاق أو التطليق، فإن المحكمة، يجب أن تقضي بفساد الزواج مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية، إذا تأكدت من وجود سبب من أسباب الفساد.

وقد حددت المادة (64) من مدونة الأسرة آثار الزواج الفاسد سواء لصداقه أو لعقده بقولها: «الزواج الذي يفسخ تطبيقا للمادتين 60 و61 أعلاه، لا ينتج أي أثر قبل البناء، وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه».

ونعتقد أن المشرع لم يكن موفقا إذ جمع في بيان آثار الزواج الفاسد لصداقة والزواج الفاسد لعقده في مادة واحدة، وذلك لأن آثار الزواج الفاسد لصداقه قد ذكرت في المادة (60) من مدونة الأسرة من ناحية، كما أن صيغة المادة (64) من مدونة الأسرة قد يفهم منها أن الزواج الفاسد لصداقه يمكن فسخه حتى بعد البناء من ناحية أخرى، والحال أن الزواج الفاسد لصداقة يصير صحيحا بعد البناء بصداق المثل، ولا يمكن فسخه.وبالتالي فإن الزواج الذي تترتب عنه آثار الزواج الصحيح بعد البناء إلى حين الحكم بفسخه هو الزواج الفاسد لعقده فقط.

الفقرة الثانية: آثار الزواج.

يترتب عن الزواج، خاصة عندما يكون صحيحا، جملة من الحقوق منها ما يتعلق بالحقوق المتبادلة بين الزوجين (1) ومنها ما يتعلق بحقوق الأطفال (2) ومنها ما يتعلق بحقوق الأقارب (3).

1- الحقوق المتبادلة بين الزوجين:

فصلت المادة (51) من مدونة الأسرة الحقوق المتبادلة بين الزوجين بقولها: «الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

1- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل؛

2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة؛

3- تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال؛

4- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل؛

5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف؛

5- حق التوارث بينهما».

ولدفع أي تعسف من قبل أحد الزوجين نحو الآخر، نصت المادة (52) من مدونة الأسرة على أنه: «عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة، يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 بعده».

كما أن المادة (53) من مدونة الأسرة نصت على أنه: «إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته».

ثم إن المشرع فسح للأزواج إمكانية الاتفاق على تدبير أموالهما المشتركة بعد الزواج في المادة (49) من مدونة الأسرة بقوله: «لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر.

إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات و ما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة».

2- حقوق الأطفال:

فصلت المادة (54) من مدونة الأسرة حقوق الأطفال على الوالدين بقولها: «للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

1- حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد؛

2- العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة، بالنسبة للاسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية؛

3- النسب والحضانة والنفقة طبقا لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة؛

4- إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة؛

5- اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجا؛

6- التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل؛

7- التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أن يهيئوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني.

عندما يفترق الزوجان، تتوزع هذه الواجبات بينهما بحسب ما هو مبين في أحكام الحضانة.

عند وفاة أحد الزوجين أو كليهما تنتقل هذه الواجبات إلى الحاضن والنائب الشرعي بحسب مسؤولية كل واحد منهما.

يتمتع الطفل المصاب بإعاقة، إضافة إلى الحقوق المذكورة أعلاه، بالحق في الرعاية الخاصة بحالته، ولا سيما التعليم والتأهيل المناسبان لإعاقته قصد تسهيل إدماجه في المجتمع.

تعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتها طبقا للقانون.

تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة الذكر».

ومن أهم المستجدات التي حملتها مدونة الأسرة بخصوص حقوق الأطفال ما نصت عليه في المادة (156) بقولها: «إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

أ) إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء؛

ب) إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛

ج) إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب».

3- حقوق الأقارب:

لم تغفل مدونة الأسرة حقوق الأقارب، بسبب ما يطبع الأسرة المغربية من امتداد إن على المستوى الاجتماعي والمادي، أو على المستوى القانوني. فقد نصت المادة (55) منها على أنه: «ينشئ عقد الزواج آثارا تمتد إلى أقارب الزوجين كموانع الزواج الراجعة إلى المصاهرة، والرضاع، والجمع».

المبحث الثاني: انحلال ميثاق الزواج.

بعد دراسة أسباب انحلال ميثاق الزوجية باقتضاب شديد (المطلب الأول)، سوف نتطرق إلى آثار انحلال ميثاق الزوجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أسباب انحلال ميثاق الزوجية.

ذكر المشرع المغربي أسباب انحلال ميثاق الزوجية في المادة (71) من مدونة الأسرة بقوله: «ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع».

ولعل أول ملاحظة يمكن أن يوحي بها النص المذكور هي أن المشرع لم يتحدث عن اللعان كسبب من أسباب انحلال ميثاق الزوجية، وقد أحسن صنعا بذلك، لأن العمل جرى على تعطيل اللعان.

وللإحاطة بمختلف أسباب انحلال ميثاق الزوجية سنتعرض في البداية للوفاة والفسخ (الفقرة الأولى) ثم نمضي بعد ذلك للكلام عن الطلاق والتطليق والخلع (الفقرة الثانية)، ثم نختم بالحديث عن أنواع الطلاق (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: انحلال ميثاق الزوجية بالوفاة أو الفسخ.

بعد أن ننتهي من الكلام عن الوفاة (أولا) سننتقل للكلام عن الفسخ (ثانيا)

أولا- انحلال ميثاق الزوجية بالوفاة:

يترتب عن وفاة الزوج أو الزوجة انحلال ميثاق الزوجية. وقد بسط المشرع المغربي أحكام التصريح بالوفاة في الظهير الشريف رقم 1.02.239 الصادر في 25 من رجب 1423 بتنفيذ القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية[296]. وكذا في مرسومه التطبيقي رقم 2.99.665 الصادر في 2 شعبان 9/1423 أكتوبر 2002[297].

ويمكن إجمال أهم أحكام الوفاة في قانون الحالة المدنية في النقط الآتية:

1- يجب التصريح بالوفاة لدى ضابط الحالة المدنية لمحل وقوعها، مع مراعاة الترتيب، من لدن الأشخاص المبينون أسفله:

- الولد؛
- الزوج؛
- الأب أو الأم أو وصي الأب أو المقدم على الهالك قبل وفاته؛
- الكافل بالنسبة لمكفوله؛

296- منشور في الجريدة الرسمية عدد 5054 الصادر بتاريخ 2 رمضان 7/1423 نونبر 2002، ص: 3150.

297- منشور في الجريدة الرسمية عدد 5054 الصادر بتاريخ 2 رمضان 7/1423 نونبر 2002، ص: 3156.

-الأخ؛

- الجد؛

- الأقربون بعد الترتيب[298]. وإذا لم يوجد أي شخص من الأشخاص المشار إليهم أعلاه، فإن السلطة المحلية تشعر ضابط الحالة المدنية بهذه الوفاة معززة ذلك بالوثائق اللازمة[299]؛

2-إذا عثر على جثمان شخص يتعين على ضابط الحالة المدنية لمكان الوفاة المحتمل إقامة رسم وفاة له بناء على محضر ينجز بهذا الشأن من طرف الشرطة القضائية، ومؤشر عليه من طرف وكيل الملك [300]. ويضمن بالرسم الهوية الكاملة للهالك عند الإمكان، وإلا تضمن به أوصافه على الوجه الممكن. وإذا ثبتت هوية الهالك بعد ذلك، يتم تنقيح الرسم وفق الهوية الثابتة بمقتضى حكم قضائي[301]؛

298-يخضع ترتيب الأقارب بالوفاة للمادة (16) من قانون الحالة المدنية التي نصت على أنه:«يقوم بالتصريح بالولادة لدى ضابط الحالة المدنية لمحل وقوعها أقرباء المولود حسب الترتيب: -الأب أو الأم؛ -وصي الأب؛ -الأخ ؛ ابن الأخ.يقدم الأخ الشقيق على الأخ للأب، ويقدم هذا الأخير على الأخ للأم، كما يقدم الأكبر سنا على من هو أصغر منه متى كانت له القدرة الكافية على التصريح.ينتقل واجب التصريح من أحد الأشخاص المذكورين في الفقرة أعلاه إلى الذي يليه في المرتبة متى تعذر التصريح من الأول لسبب من الأسباب.يقوم الوكيل في ذلك مقام موكله. إذا تعلق الأمر بمولود من أبوين مجهولين، أو بمولود وقع التخلي عنه بعد الوضع يصرح بولادته وكيل الملك بصفة تلقائية أو بناء على الطلب من السلطة المحلية، أو من كل من يعنيه الأمر، معززا تصريحه بمحضر منجز في هذا الشأن، وبشهادة طبية تحدد عمر المولود على وجه التقريب، ويختار له إسم شخصي إسم عائلي، وأسماء أبوين أو إسم أب إذا كان معروف الأم، ويشير ضابط الحالة المدنية بطرة رسم ولادته إلى أن أسماء الأبوين أو الأب، حسب الحالة، قد اختيرت له طبقا لأحكام هذا القانون. يبلغ ضابط الحالة المدنية وكيل الملك بالولادة التي سجلت بهذه الكيفية داخل آجل ثلاثة أيام من تاريخ التصريح.تصرح بالإبن المجهول الأب أمه أو من يقوم مقامها، كما تختار له إسما شخصيا و إسم أب مشتقا من أسماء العبودية لله تعالى و إسما عائليا خاصا به.يشار بطرة رسم ولادة الطفل المكفول إلى الوثيقة التي تم بمقتضاها إسناد الكفالة طبقا للتشريع الجاري به العمل».

299-المادة (24) من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية.

300-نصت المادة (77) من قانون المسطرة الجنائية على أنه:«يتعين على ضابط الشرطة القضائية الذي أشعر بالعثور على جثة شخص مات بسبب عنف أو غيره، وظل سبب موته غير معروف أو يحيط به شك، أن يخبر بذلك فورا النيابة العامة، وأن ينتقل في الحال إلى مكان العثور على الجثة ويجري المعاينات الأولى. يمكن لممثل النيابة العامة أن ينتقل إلى مكان العثور على الجثة، إذا رأى ضرورة لذلك، وأن يستعين بأشخاص لهم كفاءة لتحديد ظروف الوفاة، أو أن يختار من بين ضباط الشرطة القضائية من ينوب عنه للقيام بنفس المهمة. يؤدي الأشخاص الذين تستعين بهم النيابة العامة اليمين كتابة على إبداء رأيهم بما يمليه عليهم الشرف والضمير، ما لم يكونوا مسجلين في لائحة الخبراء المحلفين لدى المحاكم. يجوز لممثل النيابة العامة أيضا أن ينتدب أهل الخبرة للكشف عن أسباب الوفاة».

301- المادة (25) من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية.

3-إذا توفي أحد في المستشفيات أو المؤسسات الصحية المدنية أو العسكرية أو المؤسسات السجنية[302] أو الإصلاحيات أو غيرها من المؤسسات، يجب على المديرين أو المتصرفين في شؤونها أو من ينوب عنهم أن يصرحوا بتلك الوفاة لدى ضابط الحالة المدنية المختص داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ الوفاة ولا يسجل هذا التصريح إلا إذا لم يتم التصريح بهذه الوفاة من طرف أحد أقارب الهالك المذكورين بالمادة (24) من قانون الحالة المددنية. كما ينبغي أن يتخذ في الأماكن المذكورة أعلاه سجل خاص تضمن فيه جميع المعلومات والبيانات التي تساعد على التصريح بالوفاة في الحالة المدنية[303]؛

4-إذا حصلت الوفاة لمغربي أثناء سفر بحري أو جوي يجب التصريح بها لدى ضابط الحالة المدنية المغربي الكائن في أول ميناء أو مطار مغربي رست به الطائرة أو الباخرة، أو لدى القنصل المغربي أو العون الديبلوماسي في جهة الوصول، أو لدى ضابط الحالة المدنية بمحل سكناه الأخير بالمغرب، وذلك خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ الوصول[304]؛

5-تتولى إدارة الدفاع الوطني بالتصريح بوفاة الجنود التابعين للقوات المسلحة الملكية وأفراد القوات المساعدة الذين يستشهدون في عمليات الدفاع عن المملكة، لدى مكتب الحالة المدنية الخاص المسند له هذا الاختصاص بقرار من وزير الداخلية[305]، قصد تسجيلهم بناء على الحجج المدلى بها. ويتعين على ضابط الحالة المدنية المختص بإلغاء رسوم وفاة المستشهدين إذا ما ثبت أنهم ما زالوا على قيد الحياة، وبإصلاح رسوم المستشهدين إذا ثبت خطأ في أحد بياناتها مباشرة، بناء على طلب من إدارة الدفاع الوطني؛

6- يجب أن يقع التصريح بكل وفاة داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ وقوع الوفاة لدى ضابط الحالة المدنية المختص الذي يحرر بناء على ذلك رسما لهذه الواقعة[306]. وفي حالة عدم التصريح بالوفاة داخل الأجل المذكور، فلا يمكن تسجيل الرسم الخاص بالواقعة إلا بناء على حكم تصريحي بالولادة أو الوفاة

---

302 - نصت المادة (73) من القانون رقم 23.98 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات السجنية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.99.200 بتاريخ 13 جمادى الأولى 25/1420 أغسطس 1999 على أنه: «يجب على مدير المؤسسة عند وفاة معتقل، أن يشعر بذلك فورا، مدير إدارة السجون، ووكيل الملك، والسلطة المحلية وعائلة المعتقل أو من يهمهم أمره.

تطبق مقتضيات قانون المسطرة الجنائية المتعلقة بالشك في أسباب الوفاة، في حالة انتحار أو موت نتيجة حادث، أو إذا كانت أسباب الوفاة مجهولة أو مشكوكا فيها. يقدم في جميع الأحوال، تصريح بالوفاة لضابط الحالة المدنية، طبقا لمقتضيات القانون. يكتفي بالإشارة في عقد الحالة المدنية، إلى الشارع ورقم البناية التي وقعت بها الوفاة، دون إشارة إلى المؤسسة السجنية».

303-المادة (26) من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية.

304-المادة (27) من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية.

305-نصت المادة الأولى من قرار وزير الداخلية رقم 897.03 الصادر بتاريخ 21 صفر 1424 (24 أبريل 2003) في شأن تطبيق المادة (29) من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية على أنه: «يختص مكتب الحالة المدنية للجماعة الحضرية لتواركة بتسجيل وفاة الجنود التابعين للقوات المسلحة الملكية وأفراد القوات المساعدة الذين يستشهدون في عمليات الدفاع عن المملكة».

306-المادة (15) من المرسوم رقم 2.99.665 الصادر في 2 شعبان 9/1423 أكتوبر 2002 المتعلق بتطبيق قانون الحالة المدنية رقم 37.99.

تصدره المحكمة الابتدائية المختصة، ويقدم الطلب بذلك من طرف أي شخص له مصلحة مشروعة أو من طرف النيابة العامة.ويعود الاختصاص للبت في طلب تقييد الوفاة خارج أجل (30) يوما إلى المحكمة الابتدائية لمحل سكنى طالب التسجيل بالنسبة إلى الطلبات الرامية إلى تسجيل الولادات والوفيات المتعلقة بالمغاربة المتوفين خارج المغرب عند عدم وجود محكمة مختصة[307].

وقد نصت المادة (المادة (74) من مدونة الأسرة على أنه: «تثبت الوفاة وتاريخها أمام المحكمة بكل الوسائل المقبولة».

7- تحرر رسوم الوفيات في سجلات الحالة المدنية لمكان الوفاة فور التصريح بها ويتم التحرير باللغة العربية مع كتابة اسم المعني بالأمر الشخصي واسمه العائلي بالحروف اللاتينية بجانب كتابتها بالعربية[308].

8- يتعين على المصرح بالوفاة أن يدعم التصريح بالوفاة بشهادة معاينة مسلمة من طرف الطبيب أو الممرض التابع للصحة العمومية، وإذا تعذر ذلك، بشهادة معاينة مسلمة من طرف ممثل السلطة المختصة. بيد أنه إذا وقعت الوفاة في ظروف غير عادية كالجريمة أو الحادثة أو اشتبه في كونها غير عادية لا يقبل التصريح بها إلا بإذن من وكيل الملك المختص[309].

9- يجب على ضابط الحالة المدنية المختص أن يقوم بتحرير رسم مستقل لكل واقعة وفاة[310].

10- يجب على ضابط الحالة المدنية أن يحيل على وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المختصة الإعلام بوفاة أحد الزوجين ليضمنه في نظير السجل المحفوظ بالمحكمة[311]؛

11- يعاقب بغرامة مالية من (300) إلى (1200)درهم كل من وجب عليه التصريح بولادة[312] أو وفاة طبقا لأحكام المادة 16 والمادة 24 ولم يقم بهذا الإجراء، داخل الأجل القانوني[313]؛

12-«يتضمن رسم الوفاة ما يلي:

- رقم الرسم؛

- اليوم والشهر والسنة بالهجري والميلادي والساعة والدقيقة ومكان الوفاة؛

307-المادة (30) من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية.

308-المادة (16) من المرسوم رقم 2.99.665 الصادر في 2 شعبان 9/1423 أكتوبر 2002 المتعلق بتطبيق قانون الحالة المدنية رقم 37.99.

309-المادة (32) من المرسوم رقم 2.99.665 الصادر في 2 شعبان 9/1423 أكتوبر 2002 المتعلق بتطبيق قانون الحالة المدنية رقم 37.99.

310-المادة (1) من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية.

311-المادة (22) من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية.

312 -نص الفصل (468) من مجموعة القانون الجنائي على أنه: «الأب، وعند عدم وجوده، الطبيب أو الجراح أو ملاحظ الصحة أو الحكيمة أو المولدة أو القابلة أو أي شخص حضر الولادة أو وقعت بمحله، يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة من مائة وعشرين إلى مائتي درهم، إذا لم يقم بالتصريح بالازدياد في الأجل القانوني، وذلك في الحالات التي يكون فيها التصريح واجبا».

313-المادة (31) من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية.

-الاسم الشخصي والعائلي وتاريخ ومكان ولادة المتوفى ومحل سكناه؛

-الأسماء الشخصية والعائلية لأصوله من الدرجة الأولى ومكان سكناهما؛

-حالته العائلية، مهنته، جنسيته إذا كان أجنبيا؛

-الاسم الشخصي والعائلي للمصرح وسنه ومهنته ومحل سكناه ودرجة قرابته من الهالك أو صفته، وإذا تعلق الأمر بحكم تصريحي بالوفاة، وجبت الإشارة فضلا عن هذه المعلومات إلى مراجعه والمحكمة التي أصدرته وتاريخ تحرير الرسم بالهجري والميلادي؛

-اسم وصفة ضابط الحالة المدنية»[314].

13-يتعين على ضابط الحالة المدنية الذي حرر رسم الوفاة وضع بيان ملخص عن ذلك في طرة رسم ولادة المتوفى، وطرة رسم ولادة زوجه إذا كانت ولادته مسجلة لديه، أما إذا كانت الولادة قد وقعت في مكان آخر فيتعين عليه توجيه إعلام بالوفاة في ظرف 3 أيام إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة المتوفى ولضابط الحالة المدنية لمحل ولادة زوجه ليقوم كل منهما بالإجراءات اللازمة[315].

14- يتعين على ضابط الحالة المدنية بعد كل 15 يوما أن يبعث بلائحة المتوفين الراشدين الذين صرح بوفاتهم لديه إلى عامل العمالة أو الإقليم، تتضمن أسماء المتوفين وأرقام رسوم وفاتهم وأرقام بطاقات تعريفهم الوطنية وآخر محل سكناهم مرفقة بنسخة من رسم وفاة كل واحد منهم ليقوم بإخبار المصالح المختصة[316].

وقد أفرد المشرع أحكاما خاصة لوفاة المفقود بحيث نصت المادة (المادة 74) من مدونة الأسرة على أنه: «تحكم المحكمة بوفاة المفقود طبقا للمادة 327 وما بعدها».

وحسب المادة (327) من مدونة الأسرة فإنه: «يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته.

أما في جميع الأحوال الأخرى، فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين»[317].

ومعنى هذا أنه إذا قضت المحكمة بوفاة المفقود بحكم قضائي نهائي، فإنه يدخل في حكم الميت حكما طبقا للمادة (325) من مدونة الأسرة التي نصت على أن: «الميت حكما من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتا».

314-المادة (33) من المرسوم رقم 2.99.665 الصادر في 2 شعبان 9/1423 أكتوبر 2002 المتعلق بتطبيق قانون الحالة المدنية رقم 37.99.

315-المادة (34) من المرسوم رقم 2.99.665 الصادر في 2 شعبان 9/1423 أكتوبر 2002 المتعلق بتطبيق قانون الحالة المدنية رقم 37.99.

316-المادة (35) من المرسوم رقم 2.99.665 الصادر في 2 شعبان 9/1423 أكتوبر 2002 المتعلق بتطبيق قانون الحالة المدنية رقم 37.99.

317-نصت المادة (326) من مدونة الأسرة على أن: «المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله، فلا يورث ولا يقسم بين ورثته، إلا بعد الحكم بتمويته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبت في أمره».

ويتعين تسجيل وفاة المفقود، بعد صدور حكم قضائي نهائي بتمويته، في المغرب أو خارجه في سجلات الحالة المدنية لدى ضابط الحالة المدنية المختص، بناء على تصريح من ذويه أو من طرف النيابة العامة خلال 15 يوما من تاريخ تبليغ المقرر القضائي القاضي بوفاته[318].

ويترتب عن تمويت المفقود بحكم قضائي نهائي انحلال ميثاق زواجه. بيد أنه إذا تبين أن المفقود المحكوم بوفاته مازال على قيد الحياة، فإن المادة (75) من مدونة الأسرة نصت على أنه: «إذا ظهر أن المفقود المحكوم بوفاته ما زال حيا، تعين على النيابة العامة أو من يعنيه الأمر، أن يطلب من المحكمة إصدار قرار بإثبات كونه باقيا على قيد الحياة.

يبطل الحكم الصادر بإثبات حياة المفقود، الحكم بالوفاة بجميع آثاره، ما عدا زواج امرأة المفقود فيبقى نافذا إذا وقع البناء بها».

وعليه، فإذا ثبتت حياة المفقود بحكم قضائي نهائي جديد بعد تمويته بحكم قضائي نهائي، فإن آثار حكم الوفاة تكون باطلة ماعد ما يتعلق بزواج زوجته فيبقى نافذا إذا وقع البناء بها، أما إذا لم يقع البناء بها، فإن زواجها يكون باطلا، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المادة (76) من مدونة الأسرة نصت على أنه: «في حالة ثبوت التاريخ الحقيقي للوفاة غير الذي صدر الحكم به، يتعين على النيابة العامة وكل من يعنيه الأمر طلب إصدار الحكم بإثبات ذلك، وببطلان الآثار المترتبة عن التاريخ غير الصحيح للوفاة ما عدا زواج المرأة».

والنتيجة أن الحكم بوفاة المفقود لا ينتج آثاره في حالة الحكم بوفاته قبل التاريخ الحقيقي لوفاته إلا من التاريخ الذي توفي فيه فعلا. وتكون جميع الآثار المترتبة عن الحكم بوفاته في تاريخ غير صحيح لاغية باستثناء ما يتعلق منها بزواج زوجته.

ثانيا- انحلال ميثاق الزوجية بالفسخ:

بناء على المادة (77) من مدونة الأسرة فإنه: «يحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء أو بعده في الحالات وطبقا للشروط المنصوص عليها في هذه المدونة».

وباستقراء مختلف نصوص مدونة الأسرة، يتبين أن الزواج يمكن أن ينحل ميثاقه بالفسخ في الحالات الآتية:

1- الزواج الفاسد لصداقه[319]؛

318- المادة (28) من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية.

319- نصت المادة (60) من مدونة الأسرة على أنه: «يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين».

2- الزواج الفاسد لعقده[320].

3- الزواج المشوب بعيب من عيوب الرضى[321].

وقد سبق أن درسنا هذه الحالات بنوع من التفصيل أثناء دراستنا لأنواع الزواج غير الصحيح، ولذلك نكتفي بالإحالة على ذلك.

الفقرة الثانية: الطلاق والتطليق والخلع.

روي عن النبي (ص) أنه قال: (أبغض الحلال إلى الله الطلاق).

وقد ترجم المشرع المغربي هذا الحكم الشرعي في إطار نص قانوني هو المادة (70) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين، لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال».

ويفهم من كلام المشرع أن الطلاق يجب تفاديه ما أمكن، لما فيه من تفتيت للأسرة، وإضرار بمصالح الأطفال، ويجب أن لا يقع حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع إلا عند الضرورة القصوى، لأن الطلاق مكروه، والمكروه شرعا يستحب دفعه أورده، وعدم الأخذ به إلا عند الاقتضاء.

ولتقديم فكرة مختصرة عن انحلال ميثاق الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع سوف نتحدث بداية عن الطلاق (أولا) ثم عن التطليق (ثانيا) وعن الطلاق الاتفاقي والخلع (ثالثا).

أولا- انحلال ميثاق الزوجية بالطلاق:

عرف المشرع الطلاق في المادة (78) من مدونة الأسرة بقوله: «الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة».

320- نصت المادة (60) من مدونة الأسرة على أن: «الزواج الفاسد لعقده يفسخ قبل البناء وبعده في الحالات التالية:

1- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج؛

2- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبثوتة لمن طلقها ثلاثا؛

3- إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه.

يعتد بالطلاق أو التطليق الواقع في الحالات المذكورة أعلاه، قبل صدور الحكم بالفسخ».

321- نصت المادة (63) من مدونة الأسرة على أنه: «يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشترطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض». كما نصت المادة (66) من مدونة الأسرة على أنه: «التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة المنصوص عليهما في البندين 5 و6 من المادة السابقة أو التملص منهما، تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر. يخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر».

فالطلاق إذن هو حل لميثاق الزوجية، تحت مراقبة القضاء، يمكن أن يقع إما بطلب من الزوج، أو بطلب من الزوجة طبقا للشروط المتعلقة بكل واحد منهما، ولذلك سوف نتحدث عن الطلاق بمبادرة من الزوج (1) ثم عن الطلاق بمبادرة من الزوجة (2).

1- الطلاق بمبادرة من الزوج:

يجب على الزوج الذي يرغب في حل ميثاق الزوجية بالطلاق، أن يطلب من المحكمة الابتدائية التي يوجد بها، وفقا للترتيب الموالي، مقر الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها، أو محل إبرام عقد الزواج، الإذن له بالإشهاد على الطلاق لدى عدلين منتصبين لذلك. وقد جمعت المادة (79) من مدونة الأسرة هذه الأحكام بقولها: «يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب».

وبالتالي يمكن أن نوجز بعض الأحكام التي يخضع لها الإذن بالإشهاد على الطلاق في العرائض الآتية:

1- إن الإشهاد على الطلاق من لدن الزوج لدى عدلين منتصبين لذلك، لا يتم إلا بعد استصدار إذن بذلك من المحكمة الابتدائية التي يوجد بها مقر الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها، أو محل إبرام عقد الزواج؛

2- إن المحكمة الابتدائية المختصة محليا لإصدار الإذن بالإشهاد على الزواج هي المحكمة التي يوجد بها مقر الزوجية، بيد أنه إذا لم يكن للزوجين مقر للزوجية، كما في حالة الطلاق قبل البناء، فإن الاختصاص ينتقل بالتتابع إلى المحكمة التي يوجد بها موطن الزوجة[322]، فإذا لم يكن للزوجة موطن بالمغرب لأنها زوجة أجنبية مثلا[323]، فإن الاختصاص المحلي للإذن بالإشهاد على الطلاق ينتقل إلى المحكمة التي يوجد بها محل

322- نص الفصل (519) من قانون المسطرة المدنية على أنه: «يكون موطن كل شخص ذاتي هو محل سكناه العادي ومركز أعماله ومصالحه. إذا كان للشخص موطن بمحل ومركز أعماله بمحل آخر اعتبر مستوطنا بالنسبة لحقوقه العائلية وأمواله الشخصية بمحل سكناه العادي وبالنسبة لحقوقه الراجعة لنشاطه المهني بالمحل الذي يوجد به مركز أعماله ومصالحه دون أن يتعرض للبطلان أي إجراء سلم لهذا العنوان أو ذلك». كما نص الفصل (521) من قانون المسطرة المدنية على أنه: «يكون الموطن القانوني لفاقد الأهلية هو موطن حاجره. يكون الموطن القانوني للموظف العمومي هو المحل الذي يمارس به وظيفته».

323- نص الفصل (525) من قانون المسطرة المدنية على أنه: «يمكن أن يكون لكل أجنبي موطن بالمغرب مع التقيد بالضوابط الخاصة المتعلقة بإقامته بالمملكة. تكون القواعد التي تحدد محل موطنه ومحل إقامته هي نفس القواعد التي يخضع لها المواطنون. يفترض في الأجنبي الذي تتوفر فيه هذه الشروط أن يكون له موطن أو محل إقامة بالمغرب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك. لا يطبق هذا الفصل على الأجنبي الذي يمارس وظيفة أسندت له من طرف منظمة وطنية أو دولية».

إقامة الزوجة بالمغرب[324]، فإذا لم يوجد للزوجة محل إقامة بالمغرب، فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة الابتدائية التي أبرم في دائرة نفوذها عقد الزواج؛

3- سكت المشرع في المادة (79) من مدونة الأسرة عن تحديد المحكمة المختصة محليا، على الصعيد الوطني، عندما يكون عقد الزواج مبرما في الخارج، ولا يوجد مقر الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها، في المغرب. لذلك ينبغي الرجوع في هذه الحالة إلى الفصل (27) من قانون المسطرة المدنية الذي نص على أنه: «يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه.

إذا لم يكن لهذا الأخير موطن في المغرب ولكن يتوفر على محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة هذا المحل.

إذا لم يكن للمدعى عليه لا موطن ولا محل إقامة بالمغرب فيمكن تقديم الدعوى ضده أمام محكمة موطن أو إقامة المدعي أو واحد منهم عند تعددهم.

إذا تعدد المدعى عليهم جاز للمدعي أن يختار محكمة موطن أو محل إقامة أي واحد منهم».

وعليه، فإذا انعدمت كل روابط الاختصاص المحلي المنصوص عليها في المادة (79) من مدونة الأسرة، فإن الاختصاص المحلي، للإذن بالإشهاد على طلب الطلاق، ينعقد للمحكمة الابتدائية التي يوجد بها موطن أو محل إقامة المدعي الذي يطلب الإذن له بالإشهاد على الطلاق؛

4- إن الإشهاد على الطلاق يجب أن يكون لدى عدلين منتصبين للإشهاد بدائرة نفوذ المحكمة الابتدائية التي أعطت الإذن بالإشهاد على الطلاق، وذلك طبقا للمادة (87) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «بمجرد إيداع الزوج المبلغ المطلوب منه، تأذن له المحكمة بتوثيق الطلاق لدى العدلين داخل دائرة نفوذ نفس المحكمة»[325].

وطبقا للمادة (80) من مدونة الأسرة، فإن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق ينبغي أن يتضمن: «... هوية الزوجين ومهنتهما وعنوانهما، وعدد الأطفال إن وجدوا، وسنهم ووضعهم الصحي والدراسي». كما يلزم طبقا لنفس المادة أن: «يرفق الطلب بمستند الزوجية والحجج المثبتة لوضعية الزوج المادية والتزاماته المالية».

324- نص الفصل (520) من قانون المسطرة المدنية على أنه: «يكون محل الإقامة هو المحل الذي يوجد به الشخص فعلا في وقت معين».

325- نصت المادة (14) من الظهير الشريف رقم 1.06.56 الصادر في 15 من محرم 14/1427 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة على أنه: «...يتقيد العدل في ممارسة الخطة بحدود دائرة محكمة الاستئناف المنتصب فيها، ما عدا الإشهاد بالزواج والطلاق فيتم وفق المادتين 65 و 87 على التوالي من مدونة الأسرة. يجب على العدل أن يتلقى الإشهاد بمكتبه كلما تعلق الأمر بشهادات خارجة عن دائرة نفوذ المحكمة الابتدائية المحدث مكتبه بدائرتها، ولا يجوز له التوجه لتلقي هذه الشهادات في حدود دائرة محكمة الاستئناف إلا بعد إشعار القاضي المكلف بالتوثيق التابع لدائرة نفوذه من طرف طالبي الشهادات بطلب كتابي يسجل بكتابة ضبط القاضي بسجل خاص معد لهذه الغاية، ويشار وجوبا في الشهادة إلى مراجع تسجيل الطلب. يشهد العدل على من هو حال وقت الإشهاد بالدائرة المنتصب فيها ولو كان يسكن بغيرها، باستثناء الشهادات المتعلقة بالعقار والتركات فيراعى فيها حدود دائرة محكمة الاستئناف التابع لها موقع العقار أو موطن الموروث. غير أنه يجوز في حالة الظرف القاهر تلقي الوصية بعقار بمكان وجود الموصي بإذن من القاضي».

ويخضع تقييد طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق للفصل (32) من قانون المسطرة المدنية الذي نص على أنه: «ترفع الدعوى إلى المحكمة الابتدائية بمقال مكتوب موقع عليه من طرف المدعي أو وكيله أو بتصريح يدلي به المدعي شخصيا ويحرر به أحد أعوان كتابة الضبط المحلفين محضرا يوقع من طرف المدعي أو يشار في المحضر إلى أنه لا يمكن له التوقيع.

تقيد القضايا في سجل معد لذلك حسب الترتيب التسلسلي لتلقيها وتاريخها مع بيان أسماء الأطراف وكذا تاريخ الاستدعاء.

بمجرد تقييد المقال يعين رئيس المحكمة حسب الأحوال قاضيا مقررا أو قاضيا مكلفا بالقضية».

كما أن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق يخضع للفصل (33) من قانون المسطرة المدنية الذي نص هو الآخر على أنه: «يجب أن يتضمن المقال أو المحضر الأسماء العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعى عليه والمدعي وكذا عند الاقتضاء أسماء وصفة وموطن وكيل المدعي، وإذا كان أحد الأطراف شركة وجب أن يتضمن المقال أو المحضر اسمها ونوعها ومركزها.

يجب أن يبين بإيجاز في المقالات والمحاضر علاوة على ذلك موضوع الدعوى والوقائع والوسائل المثارة وترفق بالطلب المستندات التي ينوي المدعي استعمالها عند الاقتضاء مقابل وصل يسلمه كاتب الضبط للمدعي يثبت فيه عدد المستندات المرفقة ونوعها.

إذا قدم الطلب بمقال مكتوب ضد عدة مدعى عليهم وجب على المدعي أن يرفق المقال بعدد من النسخ مساو لعدد الخصوم.

يطلب القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية عند الاقتضاء تحديد البيانات غير التامة أو التي تم إغفالها، كما يطلب الإدلاء بنسخ المقال الكافية وذلك داخل أجل يحدده، تحت طائلة الحكم بعدم قبول الطلب».

ثم إن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق يخضع أيضا للفصل (45) من قانون المسطرة المدنية الذي نص على أن المسطرة تكون شفوية في: «...2- قضايا النفقة والطلاق والتطليق»[326].

326- نص الفصل (45) من قانون المسطرة المدنية على أنه: «تطبق أمام المحاكم الابتدائية وغرف الاستينافات بها قواعد المسطرة الكتابية المطبقة أمام محاكم الاستيناف وفقا لأحكام الفصول 329 و331 و332 و334 و335 و336 و342 و344 الآتية بعده.

تمارس المحكمة الابتدائية ورئيسها أو القاضي المقرر، كل فيما يخصه، الاختصاصات المخولة حسب الفصول المذكورة لمحكمة الاستيناف ولرئيسها الأول أو للمستشار المقرر.

غير أن المسطرة تكون شفوية في القضايا التالية:

1- القضايا التي تختص المحاكم الابتدائية فيها ابتدائيا وانتهائيا؛

2- قضايا النفقة والطلاق والتطليق؛

3- القضايا الاجتماعية؛

4- قضايا استيفاء ومراجعة وجيبة الكراء؛

5- قضايا الحالة المدنية».

ويعتبر النظر في طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق من اختصاص القضاء الجماعي بناء على الفصل (4) من قانون التنظيم القضائي الذي نص على أنه: «تعقد المحاكم الابتدائية، بما فيها المصنفة، جلساتها مع مراعاة المقتضيات المنصوص عليها في الفصل (5) بعده، وكذا الاختصاصات المخولة لرئيس المحكمة بمقتضى نصوص خاصة، بقاض منفرد وبمساعدة كاتب الضبط، ما عدا الدعاوى العقارية العينية والمختلطة وقضايا الأسرة والميراث، باستثناء النفقة، التي يبت فيها بحضور ثلاثة قضاة بمن فيهم الرئيس، وبمساعدة كاتب الضبط».

ويجب على المحكمة- بعد تعيين القاضي المقرر طبقا للفصل (32) من قانون المسطرة المدنية، ومراجعته لمقال الدعوى طبقا للفصل (33) من قانون المسطرة المدنية- أن تقوم بتبليغ مقال الدعوى إلى الزوجين واستدعائهما طبقا للمادة (81) من مدونة الأسرة لمحاولة الإصلاح بينهما، فإذا توصل الزوج شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر، اعتبر ذلك تراجعا منه عن طلب الإذن له بالإشهاد على الطلاق.

أما إذا توصلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة، فيتعين على المحكمة أن تخطرها عن طريق النيابة العامة بأنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الملف.

وفي حالة ما إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول، تستعين المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة، فإذا ثبت لها أن الزوج قد لجأ إلى التحايل بإدلائه عمدا بعنوان غير صحيح للزوجة قصد حرمانها من التوصل بمقال الدعوى وتقديم دفاعها، فإنها تطبق عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة (361)[327] من القانون الجنائي إذاطلبت الزوجة ذلك[328].

ويتعين على المحكمة طبقا للمادة (82) من مدونة الأسرة عند حضور الطرفين أن: «تجري المناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى -المحكمة- فائدة في الاستماع إليه».

327-نص الفصل (361) من القانون الجنائي على أنه: «من توصل، بغير حق، إلى تسلم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل السابق، أو حاول ذلك، إما عن طريق الإدلاء ببيانات غير صحيحة، وإما عن طريق انتحال اسم كاذب أو صفة كاذبة، وإما بتقديم معلومات أو شهادات أو إقرارات غير صحيحة، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ثلاثمائة درهم. أما الموظف الذي يسلم أو يأمر بتسليم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل 360 لشخص يعلم أنه لا حق له فيها، فإنه يعاقب بالحبس من سنة إلى أربع سنوات وغرامة من مائتين وخمسين إلى ألفين وخمسمائة درهم، ما لم يكون فعله إحدى الجرائم الأشد المعاقب عليها بالفصل 248 وما بعده؛ كما يجوز الحكم عليه، علاوة على ذلك، بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 من خمس سنوات إلى عشر. وتطبق العقوبات المقررة في الفقرة الأولى على من يستعمل وثيقة حصل عليها في الظروف المشار إليها فيما سبق أو كانت تحمل اسما غير اسمه».

328-المادة (81) من مدونة الأسرة.

كما يجوز للمحكمة طبقا للمادة المذكورة قبله أن: «تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة[329]، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين». وفي حالة وجود أطفال «تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما»[330].

فإذا تكلل عمل المحكمة بالنجاح وأسفر عن الإصلاح بين الزوجين، فإنها تقوم بتحرير محضر بذلك، ثم تقوم بالإشهاد عليه في الحكم الذي تصدره في القضية[331].

أما إذا تعذر عليها الإصلاح بين الزوجين، فإنها تقوم تنفيذا لمقتضيات المادة (83) من مدونة الأسرة بتحديد مبلغ يودعه الزوج بكتابة الضبط داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما لأداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم.

وقد حددت المادة (84) من مدونة الأسرة مستحقات الزوجة التي ينبغي للمحكمة إلزام الزوج بإيداعها لدى صندوق المحكمة قبل الإذن له بالإشهاد على الطلاق بقولها: «تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه».

كما نصت المادة ذاتها على أنه: «تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة».

أما مستحقات الأطفال فقد تكلفت المادة (85) من مدونة الأسرة بتحديدها بقولها: «تحدد مستحقات الأطفال الملزم بنفقتهم طبقا للمادتين 168 و190 بعده، مع مراعاة الوضعية المعيشية والتعليمية التي كانوا عليها قبل الطلاق».

فالمادة (168) من مدونة الأسرة نصت على أنه: «تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما.

يجب على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه، مراعية في ذلك أحكام المادة (191)[332] بعده.

329-نظم المشرع المغربي مجلس العائلة بموجب المرسوم رقم 2.04.88 الصادر بتاريخ 25 من ربيع الآخر 14/1425 يونيو 2004 بشأن تكوين مجلس العائلة وتحديد مهامه، منشور في الجريدة الرسمية عدد 5223 الصادر بتاريخ 3 جمادى الأولى 21/1425 يونيو 2004، ص: 2671.

330-المادة (81) من مدونة الأسرة.

331-المادة (81) من مدونة الأسرة.

332-نصت المادة (191) من مدونة الأسرة على أنه: «تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة، وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه، أو اقتطاع النفقة من منبع الريع أو الأجر الذي يتقاضاه، وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة. الحكم الصادر بتقدير النفقة، يبقى ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يحل محله، أو يسقط حق المحكوم له في النفقة».

لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية، إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون.

على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه».

أما المادة (190) من مدونة الأسرة فقد نصت على أنه: «تعتمد المحكمة في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحججهما، مراعية أحكام المادتين (85)[333] و(189)[334] أعلاه، ولها أن تستعين بالخبراء في ذلك.

يتعين البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد».

وقد فصلت مدونة الأسرة احتمالات ايداع المبلغ المحدد من لدن المحكمة لإيداعه في صندوق المحكمة من لدن الزوج قبل الإذن له بالإشهاد على الطلاق في المادتين (86) و(87) منها. فالمادة (86) نصت على أنه: «إذا لم يودع الزوج المبلغ المنصوص عليه في المادة 83 أعلاه، داخل الأجل المحدد له، اعتبر متراجعا عن رغبته في الطلاق، ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة».

أما المادة (87) فقد نصت على أنه: «بمجرد إيداع الزوج المبلغ المطلوب منه، تأذن له المحكمة بتوثيق الطلاق لدى العدلين داخل دائرة نفوذ نفس المحكمة».

وإذا كان الإمساك من لدن الزوج عن ايداع المبلغ المحدد له من قبل المحكمة داخل الأجل المضروب له لذلك قد حمل قانونا على أنه تراجع منه عن طلب الطلاق، فإن أداء هذا المبلغ داخل نفس الأجل يعد إصرارا منه على مواصلة مسطرة الطلاق، لذلك يتعين على المحكمة في هذه الحالة الإذن له بتوثيق الزواج لدى العدلين داخل دائرة نفوذ نفس المحكمة. وينبغي لقاضي التوثيق أن يقوم طبقا للمادة (87) من مدونة الأسرة: «بمجرد خطابه على وثيقة الطلاق بتوجيه نسخة منها إلى المحكمة التي أصدرت الإذن بالطلاق».

كما أنه يتعين على المحكمة طبقا للمادة (88) من مدونة الأسرة بعد أن تتوصل بالنسخة السالفة الذكر أن تقوم بإصدار قرار معلل يتضمن البيانات الآتية:

«1 - أسماء الزوجين وتاريخ ومكان ولادتهما وزواجهما وموطنهما أو محل إقامتهما؛

2 - ملخص ادعاء الطرفين وطلباتهما، وما قدماه من حجج ودفوع، والإجراءات المنجزة في الملف، ومستنتجات النيابة العامة؛

3 - تاريخ الإشهاد بالطلاق؛

333- نصت المادة (85) من مدونة الأسرة على أنه: «تحدد مستحقات الأطفال الملزم بنفقتهم طبقا للمادتين 168 و190 بعده، مع مراعاة الوضعية المعيشية والتعليمية التي كانوا عليها قبل الطلاق».

334- نصت المادة (189) من مدونة الأسرة على أنه: «تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه. يراعى في تقدير كل ذلك، التوسط ودخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة».

4 - ما إذا كانت الزوجة حاملا أم لا؛

5 - أسماء الأطفال وسنهم ومن أسندت إليه حضانتهم وتنظيم حق الزيارة؛

6 - تحديد المستحقات المنصوص عليها في المادتين 84 و85 أعلاه وأجرة الحضانة بعد العدة».

وقبل أن نختم الكلام عن الطلاق بمبادرة من الزوج، نشير إلى أن حكم المحكمة القاضي بالإشهاد على الطلاق قابل للطعن طبقا للمادة (88) من مدونة الأسرة التي نصت على أن: «قرار المحكمة قابل للطعن طبقا للإجراءات العادية».

2- الطلاق بمبادرة من الزوجة:

يمكن للزوجة أن تباشر مسطرة الطلاق ضد الزوج طبقا للمادة (89) من مدونة الاسرة التي نصت على أنه: «إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق، كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقا لأحكام المادتين 79 و80 أعلاه».

ويتعين على المحكمة أن تطبق في دعوى الطلاق المملك المرفوعة إليها من لدن الزوجة جميع الإجراءات التي يخضع لها طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق من لدن الزوج. كما يجب عليها أن: «تتأكد -المحكمة- من توفر شروط التمليك المتفق عليها بين الزوجين، وتحاول الإصلاح بينهما طبقا لأحكام المادتين 81[335] و82[336]» من مدونة الأسرة.

وإذا تعذر الإصلاح بين الزوجين بسبب استحكام الخلاف بينهما وتمسكهما أو تمسك أحدهما بالطلاق، فإن المحكمة تأذن للزوجة بالإشهاد على الطلاق، وتبت في مستحقات الزوجة والأطفال عند الاقتضاء، تطبيقا لأحكام المادتين (84)[337] و(85)[338] من مدونة الأسرة.

335- نصت المادة (81) من مدونة الاسرة على أنه: «تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح. إذا توصل الزوج شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر، اعتبر ذلك منه تراجعا عن طلبه. إذا توصلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة، أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الملف. إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول، استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة. وإذا ثبت تحايل الزوج، طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة».

336- نصت المادة (82) من مدونة الاسرة على أنه: «عند حضور الطرفين، تجري المناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه. للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما. إذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به محضر وتم الإشهاد به من طرف المحكمة».

337- نصت المادة (84) من مدونة الاسرة على أنه: «تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه. تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة».

338- نصت المادة (85) من مدونة الاسرة على أنه: «تحدد مستحقات الأطفال الملزم بنفقتهم طبقا للمادتين 168 و190 بعده، مع مراعاة الوضعية المعيشية والتعليمية التي كانوا عليها قبل الطلاق».

وقد أكدت المادة (89) من مدونة الأسرة على أنه: «لا يمكن للزوج أن يعزل زوجته من ممارسة حقها في التمليك الذي ملكها إياه».

وقبل أن ننتهي من الكلام على الطلاق بمختلف أنواعه، نشير إلى أن المشرع سطر بعض الأحكام العامة للطلاق لدفع جملة من الاعتقادات الخاطئة التي تنجم عن بعض المناقشات التي تجري أحيانا بين عامة الناس من ناحية، وبين عدد من المتفقهين في الدين من ناحية أخرى، والتي تفضي عادة إلى تكريس الازدواجية بين القانون والشرع في اعتقاد الناس، مع ما لذلك من آثار سلبية على تصور الناس للقانون وعلاقته بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

وهكذا فقد نصت المادة (90) من مدونة الأسرة على أنه: «لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقا». ثم إن المادة (91) من مدونة الأسرة نصت على أن: «الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق». ونصت المادة (92) من مدونة الأسرة على أن: «الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة أو كتابة لا يقع إلا واحدا». وختمت المادة (93) من مدونة الأسرة الأحكام العامة للطلاق بالنص على أن: «الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع».

ثالثا- انحلال ميثاق الزوجية بالتطليق:

ميز المشرع المغربي في ظل مدونة الأسرة بين ما سماه بالتطليق للشقاق وبين التطليق لأسباب أخرى، لذلك سنبدأ بالكلام عن التطليق للشقاق (1) ثم ننتقل للكلام عن التطليق لأسباب أخرى (2).

1- التطليق للشقاق:

التطليق للشقاق مسطرة قانونية جديدة متاحة للزوجين أوجدها المشرع في مدونة الأسرة كمحاولة منه لجعل القضاء يعمل مستعينا بالحكمين غير المنتمين إلى جهاز القضاء لإصلاح أي نزاع بين الزوجين يخاف منه اتساع الخصومة بينهما وتزايدها في حالة عدم التدخل للتوفيق بينهما إلى أن يصلا إلى حل ميثاق الزوجية.

وقد بينت المادة (94) من مدونة الأسرة تصور المشرع لمسطرة التطليق للشقاق بقولها: «إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه»[339].

339- نصت المادة (82) من مدونة الأسرة على أنه: «عند حضور الطرفين، تجري المناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه. للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما. إذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به محضر وتم الإشهاد به من طرف المحكمة».

والظاهر أن ما يميز مسطرة التطليق للشقاق عن مسطرة الطلاق سواء بمبادرة من الزوج أو بمبادرة من الزوجة، هو أن التطليق للشقاق لا تعبر فيه الزوجة أو الزوج المدعي منذ البداية عن رغبته في حل ميثاق الزوجية، بل إن نيته تكون متجهة إلى طلب مساعدة القضاء لحل نزاع مع القرين الآخر قد يؤدي استمراره إلى تفاقم الخلاف وبالتالي إلى إنهاء العلاقة الزوجية. لذلك وضعت المادة (94) من مدونة الأسرة بصيغة لغوية تفيد إلحاح المشرع ومبالغته في حث المحكمة على بذل كل الجهود الممكنة لنزع فتيل الشقاق بين الزوجين والتوفيق بينهما، لما يوحي به اختيار مسطرة الشقاق بدل مسطرة الطلاق، من وجود رغبة قوية لدى المدعي من الزوجين في رفع أسباب الشقاق للحفاظ على العلاقة الزوجية.

ولتقوية عزيمة المحكمة من طرف المشرع في رفع أسباب الشقاق بين الزوجين عند سلوك مسطرة الشقاق نص في المادة (95) من مدونة الأسرة على أنه: «يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وببذل جهدهما لإنهاء النزاع».

وهكذا نلاحظ أن المشرع لم يكتف بحث الحكمين على محاولة إنهاء الخلاف بين الزوجين بشكل صوري ومتسرع، بل إنه شدد على ضرورة استقصاء أسباب الخلاف بينهما. والاستقصاء لا يتحقق إلا بالتحري الدقيق عن أسباب الخلاف، لأن الزوجين قد يعمدان لاعتبارات دينية أو أخلاقية أو اجتماعية أو نفسية إلى تغطية الأسباب الحقيقية للنزاع، بأسباب أخرى تبدو تافهة وغير مقنعة لطرق باب المحكمة طلبا للمساعدة في ايجاد الحلول المناسبة لها، مما يعني أن تقصي أسباب الخلاف يجب أن يكون معمقا ودقيقا للغاية، مع تجريب كل الطرق المتاحة للحصول عن المعلومات الكافية من كل واحد من الزوجين، وذلك لا يحصل إلا بالتقرب منه ومنحه الثقة الكاملة للبوح الصريح بأسباب الشقاق، ورؤيته الشخصية للحلول المتوقعة من لدن الحكمين للتغلب الفعلي على النزاع، وكذا تشخيص انتظاراته من الطرف الآخر، وذلك لتنمية إحساسه بقابيلة العلاقة الزوجية للاستمرار بعد تفعيل الحلول المتفق عليها لرفع أسباب الشقاق.

ولهذا فقد نصت المادة (95) من مدونة الأسرة على أنه: «إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة».

أما إذا وقع الاختلاف بين الحكمين في مضمون التقرير المنجز من قبلهما، أو في تحديد المسؤولية عن تفاقم الشقاق بين الزوجين، أو لم يقدما تقريرهما داخل الأجل المضروب لهما من لدن المحكمة، فإن المشرع أعطى للمحكمة صلاحية إجراء بحث إضافي بمختلف الوسائل التي تراها مناسبة. وقد جمع كل هذه الأحكام في المادة (96) من مدونة الأسرة بقوله: «إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة».

إن بصيص الأمل الذي يبعث عليه اختيار الزوج المدعي لمسطرة الشقاق في إمكانية تفادي حل ميثاق الزوجية، دفع المشرع إلى حث المحكمة على استنفاذ كل الوسائل المتاحة لتصفية الشقاق بين الزوجين، ووضع العلاقة الزوجية في طريقها الصحيح. بيد أن قوة التدخل القضائي لمعالجة أسباب الشقاق بين الزوجين قد لا يتيسر معه في كل الأحوال رفع هذه الأسباب، أو ايجاد الحلول الكفيلة بالتغلب عليها، بل إن المواجهة في المحاكم، في بعض الإحيان، تقوي الإرادة لدى الطرفين أو أحدهما في إنهاء العلاقة الزوجية. وهذا ما توقعه المشرع فنص في المادة (97) من مدونة الأسرة على أنه: «في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر». ثم إن المشرع حرصا منه على عدم إطالة آمد الدعوى بسبب الشقاق أكد في المادة السابقة على أنه: «يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب».

2- التطليق لأسباب أخرى:

يمكن للزوجة أن تطلب التطليق من الزوج معتمدة في ذلك على أحد الأسباب التي تختص بها من دون الزوج. وقد جمع المشرع هذه الأسباب في المادة (98) من مدونة الأسرة بقوله: «للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية:

1 - إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج؛

2 – الضرر؛

3 - عدم الإنفاق؛

4 - الغيبة؛

5 - العيب؛

6 - الإيلاء والهجر».

وسنعمد إلى إعطاء نظرة موجزة عن كل سبب من أسباب التطليق التي قد تنفرد بها الزوجة وهي:

1- التطليق بسبب الإخلال بشرط في عقد الزواج:

أجاز المشرع للزوجين تضمين عقد الزواج كل الشروط التي قد تبدو لهما ضرورية لضمان علاقة زوجية متكافئة وسليمة ومفيدة بينهما بحيث نص في المادة (47) من مدونة الأسرة على أن: «الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا».

ومعنى هذا أن الوفاء بالشروط المدرجة في العقد يعد مسألة في غاية الأهمية، وما يهم فقط هو أن يكون الشرط غير مخالف لأحكام العقد ومقاصده، أو مخالفا للقواعد القانونية الآمرة، كما لو اشترطت

الزوجة على الزوج أن لا يقع البناء بها أبدا، فهذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الزواج ولمقصد من مقاصده الأساسية وهو المساكنة الشرعية بين الزوجين. أو كما لو اشترط الزوج على زوجته أن تنفق عليه وأن يكون من حقه أن يطلب الطلاق كلما تخلفت الزوجة عن الإنفاق بشكل يرضيه أو يستجيب لمتطلباته، لأن مثل هذا الشرط يخالف قاعدة قانونية آمرة هي المنصوص عليها في المادة (194) من مدونة الأسرة بقولها: «تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها».

ومما يدل على أن المشرع اعتبر الوفاء بشروط عقد الزواج ضروريا، هو أنه أعطى للزوجة الحق في طلب التطليق في حالة إخلال الزوج بشرط من شروط العقد. وقد عبر عن ذلك في المادة (99) من مدونة الأسرة بقوله: «يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق».

2- التطليق بسبب الضرر:

أعطى المشرع للزوجة الحق في طلب التطليق بموجب المادة (99) من مدونة الأسرة إذا صدر عن الزوج أي تصرف أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة. وقد عبر عن ذلك بقوله: «يعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق، كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية».

والملفت للنظر أن المشرع نص صراحة في المادة (100) من مدونة الأسرة على أنه: «تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة». ومتى تعذر على الزوجة إثبات الضرر بكل وسائل الإثبات المتاحة، يمكنها إن هي أصرت على طلب التطليق، أن تلجأ إلى مسطرة الشقاق طبقا للمادة (100) من مدونة الأسرة التي أضافت، بعد ذكر حق الزوجة في اعتماد كل وسائل الإثبات لإقناع المحكمة بوجود الضرر الذي تتشبث به لطلب التطليق، أنه: «إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصرت على طلب التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق».

ولا بد من الإشارة إلى أن الضرر لا يخول للزوجة الحق في طلب التطليق فقط، بل إنه يخول لها أيضا أن تطالب بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي الذي أصابها من جراء ذلك، وهذا ما أوضحته المادة (101) من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: «في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر».

3- التطليق بسبب عدم الإنفاق:

نصت المادة (194) من مدونة الأسرة على أنه: «تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها».

إن الزوج إذن يصبح ملزما بالنفقة على زوجته بمجرد البناء، كما أنه يصبح ملزما بالنفقة عليها إذا دعته للبناء بعد إبرام عقد الزواج بينهما ولو لم يقع البناء فعلا.

وبما أن امتناع الزوج عن النفقة على زوجته عند وجوب النفقة عليه يلحق بها الضرر فقد نصت المادة (102) من مدونة الأسرة على أنه: «للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه، وفق الحالات والأحكام الآتية:

1 - إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطليق؛

2 - في حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف، أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي؛

3 - تطلق المحكمة الزوجة حالا، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز».

وعليه، فإذا كان سبب طلب التطليق من قبل الزوجة هو امتناع الزوج عن الإنفاق عليها، فإن المحكمة لا تستجيب لطلب التطليق إلا إذا تعذر عليها ايجاد صيغة قانونية مناسبة لاستيفاء نفقة الزوجة من الزوج. أما إذا كان بإمكان المحكمة ايجاد مصدر لاقتطاع النفقة من أموال الزوج وتمكين الزوجة منها ولو بدون قبول من الزوج، كما لو كان الزوج موظفا عموميا وله رقم تأجير قار، فإنها لا تستجيب لطلب التطليق، وإنما تقوم بتحديد طريقة تنفيذ النفقة على أموال الزوج، كما تقوم بتحديد مقدار هذه النفقة لقطع دابر كل خلاف قد ينجر عن ترك ذلك لتقدير الزوجة وحاجتها حسب الأحوال.

غير أنه إذا ثبت أن الزوج عاجز عن الإنفاق فعلا بسبب من الأسباب، كما لو أنه فقد عمله، بسب إفلاس المقاولة التي كان يشتغل بها وعدم قدرته على ايجاد الشغل رغم ما بذله من جهد في سبيل ذلك، فإن المحكمة تضرب له أجلا للإنفاق على زوجته على أن لا يتعدى هذا الأجل ثلاثين يوما وإلا طلقت عليه.

ويجوز للمحكمة أن تمنح للزوج أجلا يتعدى ثلاثين يوما للإنفاق إذا ثبت لديها، من خلال ما قدمه الزوج من وثائق ومستندات مقبولة، أن توقفه عن الإنفاق يرجع إلى ظرف قاهر أو استثنائي، كما لو أنه توقف عن العمل، وبالتالي عن الإنفاق، بسبب قرار طبي يقضي بمنعه من العمل لمدة محددة يعتبر الرجوع فيها إلى عمله خطرا محققا على صحته.

أما إذا ثبت للمحكمة أثناء تحقيق الدعوى امتناع الزوج عن الإنفاق دون أن يتمكن من إثبات العجز عن ذلك، فإنها تطلق الزوجة عليه حالا. ويقع إثبات العجز على الإنفاق على عاتق الزوج لأن المادة (188) من مدونة الأسرة نصت على أنه: «تفترض الملاءة إلى أن يثبت العكس»، أي أن القدرة على النفقة مفترضة في الزوج ما لم يثبت العكس.

وبموجب المادة (103) من مدونة الأسرة، فإن أحكام المادة (102) من نفس المدونة تطبق على الزوج الغائب في مكان معلوم بعد توصله بمقال الدعوى. وفي المقابل إذا كان محل غيبة الزوج مجهولا، فإن المحكمة تتأكد من ذلك بمساعدة النيابة العامة، كما أنها تتأكد من صحة دعوى الزوجة، ثم تبت في الدعوى على ضوء نتيجة البحث ومستندات الملف[340].

وخلاصة الكلام أن المحكمة لا تستجيب لطلب تطليق الزوجة بسبب عدم الإنفاق عدا إذا تأكدت من امتناع الزوج عن الإنفاق بسبب العجز، أو الغيبة، أو التعنت فقط، دون أن تجد طريقة لاستخلاص نفقة الزوجة من أمواله.

4- التطليق بسبب الغيبة:

عندما يغيب الزوج عن بيت الزوجة لمدة زمنية طويلة بدون علم من الزوجة،أو بدون سبب مشروع، يكون ذلك سببا للإضرار بالزوجة، لذلك نصت المادة (104) من مدونة الأسرة على أنه: «إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة، أمكن للزوجة طلب التطليق».

يشترط إذن لقبول طلب الزوجة الرامي إلى تطليقها من زوجها بسبب الغيبة أن تزيد مدة الغيبة عن السنة، أما إذا قلت مدة الغيبة عن سنة كاملة، فإن المحكمة لا يمكنها أن تستجيب لطلب التطليق المرفوع إليها من لدن الزوجة. ولذلك نصت المادة (104) المذكورة قبله على أنه: « تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل».

فإذا كان الغائب المطلوب في دعوى التطليق للغيبة معروف العنوان، فإن المحكمة تبلغه مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره في حالة ثبوت غيبته، بأنها ستحكم بالتطليق لفائدة زوجته إذا لم يحضر للإقامة معها أو لم ينقلها للإقامة معه حيث يقيم هو[341].

أما إذا كان الغائب المطلوب في دعوى التطليق للغيبة مجهول العنوان، فإن المادة (105) من مدونة الأسرة توجب على المحكمة التي تنظر في دعوى التطليق أن تتخذ: «... بمساعدة النيابة العامة، ما تراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوجة إليه، بما في ذلك تعيين قيم عنه»، فإذا تعذر تبليغه رغم كل الإجراءات المتخذة للبحث عنه، أو توصل بعد العثور عليه أو على عنوانه ولم يحضر، فإن المحكمة تصدر حكما بتطليق الزوجة منه.

340- المادة (103) من مدونة الأسرة.

341- المادة (104) من مدونة الأسرة.

وقد تعرض المشرع للتطليق بسبب السجن أو الحبس في المادة (106) من مدونة الأسرة بقوله: «إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجنا أو حبسا، جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله».

وإذا كان المشرع قد سمح للزوجة بطلب التطليق في حالة الحكم على الزوج بعقوبة تتعدى مدتها ثلاث (3) سنوات، فإن السؤال الذي يطرح هنا: لماذا لم يسمح المشرع للزوجة برفع دعوى التطليق في هذه الحالة إلا بعد مرور سنة من اعتقال الزوج؟

إن المقصود بالزوج المسجون في المادة (106) من مدونة الأسرة هو الزوج المعتقل اعتقالا احتياطيا فقط، ولذلك لم يسمح المشرع لزوجته بطلب التطليق بسبب الحبس أو السجن إلا إذا كانت مدة العقوبة التي صدرت في حقه تفوق ثلاث (3) سنوات. وفي جميع الأحوال يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من الزوج بسبب السجن أو الحبس إذا تجاوزت مدة اعتقاله سنتين حتى ولو لم يصدر الحكم بعد في حقه.

ويبقى أن نشير إلى أنه قد يؤاخذ على المشرع أنه جعل بحكم المادة (98) من مدونة الأسرة حق طلب التطليق بسبب الإخلال بشرط من شروط الزواج، أو بسبب الضرر، أو بسبب الغيبة أو السجن، مقصورا على الزوجة دون الزوج، مع أن الأسباب المذكورة أعلاه قد تتحقق من جهة الزوجة في حق الزوج. بيد أننا نعتقد أن هذا يعود إلى اكتفاء المشرع بتنظيم الغالب بحكم العادة، لا إلى رغبة منه في منع الزوج من المطالبة بالطلاق في حالة توفر أي سبب من الأسباب المذكورة في المادة (98) من مدونة الأسرة، ولذلك يمكن القول إن الزوج يجوز له أن يسلك مسطرة طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق، كما يجوز له أن يسلك مسطرة الشقاق بناء على أي سبب قد يكون مطابقا لذلك الذي جعلته المادة (98) من مدونة الأسرة في متناول الزوجة دون الزوج.

5- التطليق للعيب:

لئن كان المشرع قد نص في المادة (98) من مدونة الأسرة على حق الزوجة في طلب التطليق لعدة أسباب تكلف بذكرها، فإنه لم يجعل حق طلب التطليق مقصورا على الزوجة دون الزوج عندما تطرق للعيوب التي يمكن أن تبرر طلب التطليق لأي واحد من الزوجين. وهكذا فقد نصت المادة (107) من مدونة الأسرة على أنه: «تعتبر عيوبا مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنهائها:

1 - العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية؛

2 - الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة».

وبالرغم من خطورة العيوب التي تحدث عنها المشرع وجعلها مقبولة لطلب التطليق بمقتضى المادة (107) من مدونة الأسرة، غير أنه لم يكتف بوجود هذه العيوب لتمكين الزوج أو الزوجة من طلب التطليق،

بل إنه قيد ذلك في المادة (108) من مدونة الأسرة بقوله: «يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيب:

1 - ألا يكون الطالب عالما بالعيب حين العقد؛

2 - ألا يصدر من الطالب ما يدل على الرضى بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء».

وعليه فإذا توفرت في طلب التطليق للعيب كل الشروط التي سطرها المشرع في المادتين (107) و(108) من مدونة الأسرة، فإن المحكمة تقضي بالاستجابة لطلب التطليق للمدعي من الزوجين، وتطبق على الصداق الأحكام الآتية:

1- طبقا للمادة (109) من مدونة الأسرة: «لا صداق للمرأة في حالة التطليق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء، ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرر به، أو كتم عنه العيب قصدا».

2- طبقا للمادة (110) من مدونة الأسرة: «إذا علم الزوج بالعيب قبل العقد، وطلق قبل البناء، لزمه نصف الصداق».

ويجب على المحكمة بمقتضى المادة (111) من مدونة الأسرة أن تستعين قبل البت في طلب التطليق للعيب: «... بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض».

6- التطليق بسبب الإيلاء والهجر:

نصت المادة (112) من مدونة الأسرة على أنه: «إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة».

ويقصد بالإيلاء أو الهجر في اللغة: الحلف. وفي الاصطلاح الشرعي: «أن يحلف الرجل على أن يعتزل امرأته، فلا يقربها، ولا يعاملها معاملة الأزواج أكثر من أربعة أشهر».

أما الفيء فيراد به في اللغة: الرجوع، يقال: فاء إلى رشده، أي عاد إلى جادة الحق والصواب. وفي الاصطلاح الشرعي هو: «الرجوع عما حلف عليه الزوج من عدم قربان زوجته».

ويستند حكم الإيلاء أو الهجر إلى ما جاء في قول الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (226) وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[342].

ويجب التنبيه إلى أن التطليق بناء على أحد الأسباب المذكورة في المادة (98) من مدونة الأسرة، يخضع، حسب الأحوال، بالإضافة إلى ما فصله المشرع من أحكام متعلقة بكل سبب من الأسباب على حدة،

342- سورة، الآيتان 227/226.

لمقتضيات المواد (81)[343] و(82)[344] و(83)[345] و(84)[346] و(85)[347] من مدونة الأسرة. وقد بين المشرع ذلك في المادة (113) من مدونة الأسرة بقوله: «يبت في دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة.

تبت المحكمة أيضا عند الاقتضاء في مستحقات الزوجة والأطفال المحددة في المادتين 84 و85 أعلاه».

ثالثا- انحلال ميثاق الزوجية بالطلاق الاتفاقي أو بالخلع:

بعد إنهاء الكلام عن الطلاق الاتفاقي (1) سننتقل للكلام عن الخلع (2).

1- انحلال ميثاق الزوجية بالطلاق الاتفاقي:

تعرضت المادة (114) من مدونة الأسرة لانحلال ميثاق الزوجية بواسطة الطلاق الاتفاقي بقولها: «يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدإ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال.

343- نصت المادة (81) من مدونة الأسرة على أنه: «تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح. إذا توصل الزوج شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر، اعتبر ذلك منه تراجعا عن طلبه. إذا توصلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة، أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الملف. إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول، استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة. وإذا ثبت تحايل الزوج، طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة». ويجب التنبيه إلى أن تطبيق هذه المادة بناء على المادة (98) من مدونة الأسرة يقتصر على الحالة التي يطلب فيها الزوج التطليق بسبب عيب في الزوجة.

344- نصت المادة (82) من مدونة الأسرة على أنه: «عند حضور الطرفين، تجري المناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه. للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما. إذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به محضر وتم الإشهاد به من طرف المحكمة».

345- نصت المادة (83) من مدونة الأسرة على أنه: «إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين، حددت المحكمة مبلغا يودعه الزوج بكتابة الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما لأداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم المنصوص عليها في المادتين المواليتين». ويجب التنبيه إلى أن تطبيق هذه المادة بناء على المادة (98) من مدونة الأسرة يقتصر على الحالة التي يطلب فيها الزوج التطليق بسبب عيب في الزوجة. وينبني على ذلك أن تطبيق المادة (83) من مدونة الأسرة في حالة طلب التطليق للعيب من لدن الزوج يستوجب تطبيق المادة (86) من المدونة كذلك عند الاقتضاء.

346- نصت المادة (84) من مدونة الأسرة على أنه: «تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه. تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة».

347- نصت المادة (85) من مدونة الأسرة على أنه: «تحدد مستحقات الأطفال الملزم بنفقتهم طبقا للمادتين 168 و190 بعده، مع مراعاة الوضعية المعيشية والتعليمية التي كانوا عليها قبل الطلاق».

عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطليق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه.
تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح، أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه».

ويمكن أن نستخلص من المادة (114) السالفة الذكر الأحكام الآتية:

1- يجوز للزوجين الاتفاق على حل ميثاق الزوجية بينهما بشروط أو بدون شروط؛

2- يجب أن لا تكون الشروط التي المتفق عليها من الزوجين مضرة بمصالح الأطفال؛

3- يمكن رفع دعوى الطلاق الاتفاقي إلى المحكمة إما بمقال مشترك للزوجين، أو بواسطة مقال لأحدهما مرفقا بالاتفاق على الطلاق؛

4- تجري المحكمة محاولة للإصلاح بين الزوجين طبقا لأحكام الصلح المضمنة في المادتين (81) و(82) من مدونة الأسرة، فإذا تعذر الإصلاح، تأذن بالإشهاد على الطلاق الاتفاقي وتوثيقه.

2- انحلال ميثاق الزوجية عن طريق الخلع:

الخلع هو اتفاق بين الزوجين على حل ميثاق الزوجية مقابل مبلغ من المال تدفعه الزوجة للزوج، أو مقابل حق تتخلى عنه الزوجة لفائدة الزوج. وقد نصت المادة (115) من مدونة الأسرة على جواز الخلع بقولها: «للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه».

ومبنى المادة (115) من مدونة الأسرة أن الخلع يخضع لمسطرة الطلاق الاتفاقي المنصوص عليها في المادة (114) من مدونة الأسرة. بيد أن الخلع يخضع إضافة إلى ذلك إلى بعض الأحكام الخاصة به، وهي الأحكام التي سنعمل على بسطها في العرائض الآتية:

1- طبقا للمادة (116) من مدونة الأسرة: «تخالع الراشدة عن نفسها، والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي»؛

2- يحق للزوجة طبقا للمادة (117) من مدونة الأسرة استرجاع ما خالعت به، متى أثبتت أن خلعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال؛

3- يمكن أن يكون كمقابل للخلع وفقا للمادة (118) من مدونة الأسرة كل ما صح الالتزام به شرعا دون تعسف ولا مغالاة.

4- لا يجوز طبقا للمادة (119) من مدونة الأسرة: «...الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة». وإذا حصل أن اختلعت الأم بنفقة أطفالها ثم أعسرت وجبت النفقة على الأب، لكن مع حفظ حقه في الرجوع على الأم متى ارتفع عنها العسر[348].

348- المادة (119) من مدونة الأسرة.

5-إذا اتفق الزوجان على مبدإ الخلع، واختلفا في مقابله، يرفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، تحكم المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، على ان تراعي في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة[349].

6-إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق[350].

وقبل أن ننتهي من الكلام عن أسباب انحلال ميثاق الزوجية، يتعين أن نذكر ببعض الأحكام العامة التي ترتبط بهذه الأسباب في النقط الموالية:

1-في حالة وجود نزاع بين الزوجين معروض على القضاء، وتعذر المساكنة بينهما، يجوز: «...للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بالنسبة للزوجة والأطفال تلقائيا أو بناء على طلب، وذلك في انتظار صدور الحكم في الموضوع، بما فيها اختيار السكن مع أحد أقاربها، أو أقارب الزوج، وتنفذ تلك التدابير فورا على الأصل عن طريق النيابة العامة»[351].

2- إن المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ طبقا لأحكام مدونة الأسرة، تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية[352].

3- إن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ، تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها مدونة الأسرة، لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين، بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتذييل بالصيغة التنفيذية، طبقا لأحكام المواد 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية[353].

الفقرة الثالثة: أنواع الطلاق.

نصت المادة (122) من مدونة الأسرة على أن: «كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق». ثم نصت المادة (122) من نفس المدونة على أن: «كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك».

349-المادة (120) من مدونة الأسرة.

350- نصت المادة (120) من مدونة الأسرة على أنه: «إذا اتفق الزوجان على مبدإ الخلع، واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة. إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق».

351-المادة (121) من مدونة الأسرة.

352-المادة (128) من مدونة الأسرة.

353-المادة (128) من مدونة الأسرة.

وبتحليل أحكام المادتين (122) و(123) من مدونة الأسرة مجتمعة، يتبين أن الطلاق ينقسم إلى نوعين هما: الطلاق البائن والطلاق الرجعي.

فالطلاق البائن: هو الطلاق الذي لا يحق فيه للزوج أن يراجع زوجته إلا بموجب عقد زواج جديد تتوفر فيه كل الأركان والشروط الشرعية للزوج. ويشمل الطلاق البائن كل طلاق قضت به المحكمة ماعدا التطليق للإيلاء أو الهجر، والتطليق لعدم الإنفاق، كما يشمل الطلاق البائن كذلك الطلاق المكمل للثلاث، والطلاق قبل البناء، والطلاق بالاتفاق، والخلع، والمملك.

أما الطلاق الرجعي: فهو الطلاق الذي يجوز فيه للزوج أن يراجع زوجته دون حاجة إلى عقد جديد ومهر جديد. ويشمل الطلاق الرجعي كل طلاق أوقعه الزوج ماعدا الطلاق المكمل للثلاث، والطلاق قبل البناء، والطلاق بالاتفاق، والخلع، والمملك، كما يشمل الطلاق الرجعي التطليق للإيلاء والهجر، والتطليق لعدم الإنفاق.

وحسب المادة (124) من مدونة الأسرة فإنه يحق: «للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة». لكن يتعين عليه في هذه الحالة، أي إذا رغب في إرجاع زوجته المطلقة طلاقا رجعيا،أن يشهد على ذلك عدلين اللذين يتعين عليهما بدورهما أن يخبرا القاضي بالرجعة فورا.

ولضمان عدم إرجاع الزوجة بدون رغبة منها يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 من مدونة الأسرة[354].

وقبل أن نختم الحديث عن الطلاق الرجعي والطلاق البائن، ينبغي الإشارة إلى بعض أحكامهما التي سطرها المشرع في مدونة الأسرة، بحكم أهميتها، وانبناء عدد من الأحكام الشرعية عليها، وهذه الأحكام هي:

1- «تبين المرأة بانقضاء عدة الطلاق الرجعي»[355]. بمعنى أنه إذا انقضت عدة الطلاق الرجعي، فإن الزوج لا يحق له أن يراجع زوجته إلا بناء على عقد زواج جديد تتوفر فيه كل الأركان والشروط الشرعية للزواج؛

2- إن الطلاق البائن دون الثلاث يزيل الزوجية حالا، ولا يمنع من تجديد عقد الزواج[356].

3- إن الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالا، ويمنع من تجديد العقد مع المطلقة إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر بنى بها فعلا بناء شرعيا[357].

354- المادة (124) من مدونة الأسرة.

355- المادة (125) من مدونة الأسرة.

356- المادة (126) من مدونة الأسرة.

357- المادة (127) من مدونة الأسرة.

المطلب الثاني: آثار انحلال ميثاق الزوجية.

نصت المادة (72) من مدونة الأسرة على أنه: «تترتب على انحلال عقد الزواج آثاره المنصوص عليها في هذه المدونة، وذلك من تاريخ:

1 - وفاة أحد الزوجين أو الحكم بوفاته؛

2 - الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع».

وإذا كانت المادة المذكورة قد تطرقت إلى تاريخ سريان انحلاق ميثاق الزوجية إما بالوفاة، أو الفسخ، أو الطلاق أو التطليق أو الخلع، فإن المنطق يقتضي منا أن نتعرض لبعض الآثار التي تترتب عن انحلال ميثاق الزوجية. ولذلك سوف نتطرق إلى أحكام العدة (الفقرة الأولى) ثم نمر بعد ذلك للكلام عن الإشهاد على الطلاق أو التطليق أو الخلع.

الفقرة الأولى: العدة.

سنتحدث في البداية عن مفهوم العدة وأحكامها العامة (أولا)، ثم نمضي قدما للكلام عن أنواع العدة (ثانيا)، ثم نخلص للحديث عن تداخل العدد (ثالثا).

أولا- مفهوم العدة وأحكامها العامة:

العدة هي المدة الزمنية التي يجب على المرأة أن تقضيها بسبب الوفاة أو الطلاق قبل أن تتزوج من جديد، ولا يعني هذا أن العدة لا تلزم المرأة إلا إذا كانت ستتزوج مرة أخرى، بل إن العدة تجب على المرأة بعد وفاة الزوج عنها أو بعد وقوع الطلاق بمختلف أنواعه بينها وبين زوجها، في جميع الأحوال.

وتخضع العدة، بصفة عامة، للأحكام الآتية:

1-تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة[358].

2-لا تلزم العدة قبل البناء والخلوة الصحيحة إلا للوفاة[359].

3-تعتد المطلقة والمتوفى عنها زوجها في منزل الزوجية، أو في منزل آخر يخصص لها[360].

ثانيا- أنواع العدة:

1- عدة المتوفي عنها غير الحامل:

عدة المتوفى عنها غير الحامل أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة[361]

358-المادة (129) من مدونة الأسرة.

359-المادة (130) من مدونة الأسرة.

360-المادة (131) من مدونة الأسرة.

361-المادة (132) من مدونة الأسرة.

2- عدة الحامل المتوفى عنها أو المطلقة:

تنتهي عدة الحامل بوضع حملها أو سقوطه[362].

وفي حالة ادعاء المعتدة الريبة في الحمل، وحصول المنازعة في ذلك، يرفع الأمر إلى المحكمة التي تستعين بذوي الاختصاص من الخبراء للتأكد من وجود الحمل وفترة نشوئه لتقرر استمرار العدة أو انتهاءها[363].

وقد حدد المشرع أقصى آمد الحمل في المادة (135) من مدونة الأسرة بقوله: «أقصى آمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة».

3- عدة المطلقة غير الحامل:

فصلت المادة (136) من مدونة الأسرة عدة المطلقة غير الحامل بقولها: «تعتد غير الحامل بما يلي:

1- ثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض؛

2- ثلاثة أشهر لمن لم تحض أصلا، أو التي يئست من المحيض فإن حاضت قبل انقضائها استأنفت العدة بثلاثة أطهار؛

3- تربص متأخرة الحيض أو التي لم تميزه من غيره، تسعة أشهر ثم تعتد بثلاثة أطهار».

ثالثا- تداخل العدد:

تكلمت المادة (137) من مدونة الأسرة عن تداخل العدد بقولها: «إذا توفي زوج المطلقة طلاقا رجعيا وهي في العدة، انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة».

الفقرة الثانية: إجراءات ومضمون الإشهاد على الطلاق.

نصت المادة (138) من مدونة الأسرة على أنه: «يجب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصبين للإشهاد، بعد إذن المحكمة به، والإدلاء بمستند الزوجية».

وحسب المادة (73) من مدونة الأسرة فإنه: «يقع التعبير عن الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته الدالة على قصده». وبالرغم من أهمية هذه المادة التي ينبغي الالتفات إليها من طرف العدول عند تحرير عقد الطلاق، فإن إخضاع الطلاق بمختلف أنواعه لمراقبة القضاء، قد نزع عن صيغة الطلاق المذكورة في المادة (73) من مدونة الأسرة قيمتها القانونية، لذلك فإن إدراجها في مدونة الأسرة يندرج فقط في توثيق بعض الأحكام الفقهية التي تحكم صيغة الطلاق.

وقد حددت المادة (139) من مدونة الأسرة البيانات التي يجب أن يحتوي عليها رسم الطلاق بقولها: «يجب النص في رسم الطلاق على ما يلي:

362- المادة (133) من مدونة الأسرة.

363- المادة (134) من مدونة الأسرة.

1 - تاريخ الإذن بالطلاق ورقمه؛

2 - هوية كل من المتفارقين ومحل سكناهما، وبطاقة تعريفهما، أو ما يقوم مقامها؛

3 - الإشارة إلى تاريخ عقد الزواج، وعدده، وصحيفته، بالسجل المشار إليه في المادة 68 أعلاه؛

4 - نوع الطلقة والعدد الذي بلغت إليه».

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (140) من مدونة الأسرة نصت على أن: «وثيقة الطلاق حق للزوجة، يجب أن تحوزها خلال خمسة عشر يوما الموالية لتاريخ الإشهاد على الطلاق، وللزوج الحق في حيازة نظير منها».

كما أن المادة (141) من مدونة الأسرة نصت على أنه: «توجه المحكمة ملخص وثيقة الطلاق، أو الرجعة، أو الحكم بالتطليق، أو بفسخ عقد الزواج، أو ببطلانه، إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل خمسة عشر يوما من تاريخ الإشهاد به، أو من صدور الحكم بالتطليق أو الفسخ أو البطلان.

يجب على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب، فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

تحدد المعلومات الواجب تضمينها في الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه، بقرار من وزير العدل»[364].

364- قرار لوزير العدل رقم 273.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد المعلومات الواجب تضمينها في ملخص وثيقة الطلاق أو ملخص الحكم بالتطليق أو بفسخ عقد الزواج أو بطلانه، الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص: 522. وقرار لوزير العدل رقم 274.04 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد المعلومات الواجب تضمينها في ملخص وثيقة الرجعة، الجريدة الرسمية عدد 5186 بتاريخ 21 ذو الحجة 1424 (12 فبراير 2004)، ص: 522.