جامعة مولاي إسماعيل
UNIVERSITÉ MOULAY ISMAÏL

الكلية المتعددة التخصصات
FACULTÉ POLYDISCIPLINAIRE

ماستر:

قانون المنازعات

وحدة: المنازعات الأسرية

عرض بعنوان:

المنازعات المتعلقة بأركان وشروط الزواج

من إعداد الطلبة:

حفيظ الحسني
إبراهيم حروني
الشريف لمراني علوي

تحت إشراف:

الدكتورة فاطمة الزهراء علاوي

السنة الجامعية 2017-2018

مقدمة:

شاء الله سبحانه وتعالى حين خلق أول البشر آدم عليه السلام أن يجعل معه شريكا فكان هذا الشريك هو زوجته حواء التي خلقها الله من ضلع زوجها آدم عليه السلام، ودلالة هذا الخلق للمرأة من الرجل أنها جزء منه وشريكة له، فبها يأنس وبه تحتمي وتسكن، وكان بحكم الزواج بينهما أن جعل الله لهما الذرية التي نشأت فكانت سنة الخلق في ذرية بني آدم أن فيها زوجين الذكر والأنثى، وبينهما يكون هذا الزواج الذي تستمر به الأنفس.

وقد حث الإسلام على الزواج امتدادا للشرائع التي سبقته والتي دعت كلها للزواج لأنه حاجة فطرية وروحية وجسدية أودعها الله عز وجل في خلقه.والحكمة من الزواج أن تنشأ الرحمة والمودة والسكينة بين الزوجين كما بين الله سبحانه وتعالى بقوله: {**ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**}.[1] كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم حث الشباب على الزواج حين تكون لهم القدرة عليه، طبقا للحديث الشريف عن أبي حمزة عن الأعمش عن إبراهيم عن علقمة قال بينما أنا أمشي مع عبد الله رضي الله عنه فقال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فقال: {**يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج, فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج, ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإن له وجاء**}.[2]

وللزواج العديد من الأهداف التي شرع الدين الزواج لأجلها؛ ولعل من أهم هذه الأهداف هي: تحقيق الاستقرار النفسي والعاطفي والروحي والجسدي كما ذكرنا سابقا في الآية الكريمة في وصفه بالمودة والرحمة، بالإضافة إلى النسل الطيب الذي يأتي به الزواج الشرعي الشريف الذي من أوصافه الزينة التي ذكرها الله في كتابه العزيز {**المال والبنون زينة الحياة الدنيا**}.[3]

إذا ما نظرنا إلى العرب في جاهليتهم قبل ظهور الدين الذي بشر به محمد صلى الله عليه وسلم نرى أنهم كانوا قد وصلوا إلى مستوى في هذا الشأن كان الزواج الشرعي فيه هو الأصل في تكوين العائلات، وصار الرجل هو أصل النسب وعمود البيت، وغاية الأمر أنهم كانوا لا يقفون عند حد معين في عدد النساء اللاتي يكن في عصمة رجل واحد. لكن بمجيء الإسلام قيد الزواج وحصنه، وذلك بحصر عدد النساء اللاتي يكن في عصمة رجل واحد في أربعة نساء ولا يجوز تجاوز هذا الحد وكل تجاوز يعتبر باطلا.

وقد عرفت الأسرة المغربية عدة تحولات عميقة منذ الستينات مما يستلزم العناية بها وإصلاحها للحفاظ على تماسكها واستقرارها, ونظرا للمكانة التي أصبحت تحتلها المرأة في المجتمع المغربي وأمام عدم مسايرة مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لسنة 1957 لواقع الأسرة المغربية ,ونتيجة للتحولات الكبرى التي عرفها المغرب في مختلف الميادين المرتبطة بتطور أنماط الحياة داخل الأسرة. فقد عرف المغرب أول تعديل لقانون الأحوال الشخصية سنة 1993 الذي كان تعديلا جزئيا لبعض نصوص مدونة الأحوال الشخصية والتي اعتبرت من قبل المهتمين بأنها جد محتشمة.[4]

---

[1] – الآية 21 من سورة الروم.

[2] – أخرجه البخاري في صحيحه، باب النكاح، من لم يستطع الباءة فليصم.

[3] –الآية 46 سورة الكهف.

[4] –إدريس الفاخوري, قانون الأسرة المغربي, الجزء الأول أحكام الزواج, طبعة 2015\2016 ,مطبعة الجسور ش.م.م, وجدة, ص :72 .

وقد شهد هذا التعديل نقاش حاد بين مؤيد ومعارض؛ مما أدى إلى تدخل صاحب الجلالة الملك محمد السادس لوضع حد لهذا الخلاف بتكوين لجنة لتحضير مشروع متكامل لقضايا الأسرة المغربية, وهو ما تم من خلال مدونة الأسرة الجديدة.[5]

حيث جاءت هذه المدونة بعديد من المستجدات التي طالت العديد من المقتضيات الأسرية، خاصة على مستوى أركان وشروط الزواج، عالجت أركان الزواج بشكل أكثر دقة وذلك بتحديدها ركنين أساسين شأنها في ذلك شأن المدونة الملغاة. وهما الإيجاب والقبول, بالإضافة إلى تحديدها خمسة شروط أساسية لصحة عقد الزواج: الأهلية, الولاية, انتفاء موانع الزواج, سماع العدلين للإيجاب والقبول, عدم الاتفاق على إسقاط الصداق.

اعتبارا لما تقدم فإن الإشكال الذي يفرض نفسه هو: كيف عالجت مدونة الأسرة المغربية المنازعات المرتبطة أركان وشروط الزواج؟

وحيث تتفرع عن هذا الإشكال عدة تساؤلات فرعية لعل أبرزها: إلى أي حد حافظت المدونة الجديدة على تعاليم الدين الإسلامي في تنظيم أحكام الزواج؟ وهل ظل القانون 70.03 وفيا لمذهب الإمام مالك في كل القضايا المرتبطة بتأسيس الأسرة المسلمة؟ وكيف وازنت نصوص المدونة بين تعاليم الشرع الرباني ومطالب الهيئات الحقوقية بالمغرب؟

إن معالجة هذا الإشكال تقتضي منا اتباع التصميم التالي:

المبحث الأول: أركان عقد الزواج على ضوء مدونة الأسرة المغربية

المبحث الثاني: شروط عقد الزواج وفق مدونة الأسرة المغربية

[5] القانون رقم 03\70 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 موافق 03 فبراير 2004 ، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 4 ذو الحجة 1424 (5فبراير 2004)، ص: 418.

المبحث الأول: أركان عقد الزواج على ضوء مدونة الأسرة المغربية

إن عقد الزواج كغيره من العقود يتعين أن تتوفر فيه أركان لازمة شرعا وقانونا لقيامه، فالأركان بها قوام الشيء ومبناه. وحيث بالرجوع للمادة 10[6] من مدونة الأسرة المغربية نجدها تحصر أركان عقد الزواج في ركنين أساسين وهما : الإيجاب والقبول. غير أن المادة المذكورة لم تعرف لنا هذين الركنين واكتفت فقط بذكر الصيغة التي ينبغي أن يردا بها والشروط اللازمة لتحققها.

ولما كان الإيجاب والقبول هما ركنا عقد الزواج، فإنه يلزم أن نتعرض لتحديد المقصود منهما وبيان شروط صحتهما (المطلب الأول)، قبل الحديث عن حالة الإيجاب والقبول المشوبين بعيب من عيوب الرضى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإطار التنظيمي للإيجاب والقبول

من المعلوم أن عقد الزواج ينعقد بتحقق التراضي بين طرفيه –الزوج والزوجة– فالعقد بطبيعته من العقود الرضائية الصرفة وأساس التراضي هو حصول الإيجاب والقبول بين طرفيه(الفقرة الأولى)،ولكي يثبت ركن الرضى في عقد الزواج لابد من توفر شروط محددة في مدونة الأسرة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الإيجاب والقبول

سنتعرض في هذا المحور لتعريف الإيجاب (أولا) ثم القبول (ثانيا)من خلال تبيان الألفاظ التي تفيد معنى الإيجاب والقبول عن غيرها.

أولا: الإيجاب

يعرف بعض الفقه الإيجاب بكونه :"ما يصدر أولا عن أحد المتعاقدين دالا عن إرادته في إنشاء العقد."[7] وقد جرت العادة من الناحية الواقعية أن يكون الزوج هو الموجب الذي يتقدم بتعبير عن الزواج ورضاه به وقد يكون الموجب هو الزوج أو وكيله كأن يقول رجل للمرأة "تزوجتك أو أريد الزواج بك " فتقول له قبلت، فمثل هذه الحالة يكون القابل هو الزوجة أو وكيلها أو وليها.

---

[6]– تنص الفقرة الأولى من المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية:" ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا... ."

[7]– إدريس اجويلل، شرح مدونة الأسرة –أحكام الزواج و الطلاق– الجزء الأول، مطبعة آنفو،برانت– الليدو، فاس، دون ذكر الطبعة،2014، ص: 71.

وبمفهوم المخالفة فإنه قد يصدر الإيجاب من الزوجة أو وليها أو وكيلها وهنا يكون القابل هو الزوج أو وليه أو نائبه. كما إذا قالت المرأة للرجل "تزوجتك" أو "زوجتك نفسي"، فيقول "قبلت" و "رضيت".[8]

ثانيا: القبول

هو ما يصدر ثانيا عن المتعاقد الآخر دالا على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول[9] حيث لا يملك من وجه إليه الإيجاب سلطة تغيير أو تعديل نطاق الإيجاب بل يتعين عليه أن يقبل الإيجاب دون تغيير أو تعديل تحت طائلة اعتبار رده إيجابا يحتاج إلى قبول الطرف الآخر لإبرام عقد الزواج.

إن الإيجاب والقبول الصادرين عن أطراف عقد الزواج هو تعبير صريح عن توفر ركن الرضى في هذا العقد انسجاما مع طبيعته الرضائية [10].

إن الإيجاب والقبول لكي يعتد بهما كركنين لقيام عقد الزواج لابد من توفرهما على عدة شروط حددتها المدونة في المادة 11 منها.

الفقرة الثانية: شروط الإيجاب والقبول

جاء في نص المادة 11 من مدونة الأسرة المغربية أنه:"يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا:

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

2- متطابقين وفي مجلس واحد؛

3- باتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ؛"

وسنناقش كل شرط من هاته الشروط في محور مستقل وذلك على الشكل التالي:

---

[8]- إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي-أحكام الزواج- الجزء الأول، طبعة 2015-2016،مطبعة الجسور، وجدة،ص:72.

[9]- إدريس اجويلل، شرح مدونة الأسرة –أحكام الزواج و الطلاق -،مرجع سابق،ص:71

[10]- جاء في نص المادة الرابعة من مدونة الأسرة ما يلي: الزواج هو ميثاق **تراض** وترابط شرعي بين رجل و امرأة،... ."

أولا: صيغة الإيجاب والقبول

الأصل في الإيجاب أن يكون بالألفاظ الصريحة الدالة على إرادة الزواج، أما بالنسبة للقبول فلا يشترط فيه لفظ معين بل يتحقق بأي لفظ يدل على الرضى والموافقة ك: قبلت ورضيت ووافقت ...، أما بالنسبة للإيجاب فالفقهاء متفقون على انعقاد الزواج بلفظ النكاح والزواج وما اشتق منهما من أقوال ك "زوجتك ابنتي" وما أشبه ذلك.

كما اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بكل لفظ لا يدل على تمليك العين في الحال ولا على بقائه مدى الحياة كالإعارة والإجارة والمتعة؛ ذلك أن عقد الزواج يشترط فيه البقاء والاستمرار ويبطله التعليق والإضافة إلى المستقبل.[11]

ويثار نقاش حول **مادة الألفاظ التي ينبغي أن يرد بها الإيجاب والقبول**؛ فإذا كان الفقهاء لا يتشددون في طبيعة الألفاظ التي يجب أن يصدر بها القبول مادامت تأتي في معنى الزواج وفي نطاق الإيجاب، فإن الاختلاف تجسد في طبيعة الألفاظ التي ينبغي أن يرد بها الإيجاب؛ حيث انقسموا في ذلك إلى اتجاهين[12]: اتجاه مضيق في التعامل مع الألفاظ التي تفيد معنى الإيجاب فمن اللازم أن تفيد هي الأخرى معنى التزويج والنكاح فقط وهو رأي فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة، ودليلهم في ذلك قوله تعالى:" **فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها**"[13] وقوله عز من قائل:"**وانكحوا الأيامى منكم**".[14]

وتوجه آخر لا يرى مشكلة في توسيع الألفاظ الدالة عن الإيجاب لتخرج عن دائرة النكاح وتمتد لمعاني الهبة والتمليك وهو ما يسير إليه فقهاء المذهب الحنفي. ووجه الاحتجاج عندهم أنه ثبت زواج النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ الهبة وكذلك الأمر ينطبق على أمته وتجسد ذلك في قوله عز وجل:" **وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي**"[15]. وبناء عليه يصح أن يصدر الإيجاب بلفظ "وهبتك نفسي" أو يقول الزوج "هبيني نفسك".

وعلى العموم فإننا نرى بأن مدونة الأسرة المغربية نجدها لم تعطي موقفا صريح بشأن هذا الاختلاف، غير أنه عملا بنص المادة 400 من المدونة التي تحيل على مذهب الإمام مالك في كل أمر سكتت عنه المدونة يجعلنا نقول بأن المشرع المغربي يسير في توجه حصر ألفاظ الإيجاب في المعاني التي تفيد معاني التزويج والنكاح دون غيرها. وهذا أمر قد يجنب كل مظاهر اللبس التي قد تطال مرحلة تكوين عقد يتميز بالجدية و عدم الهزل.

---

[11] – إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي– الجزء الأول– أحكام الزواج،مرجع سابق،ص:72.

[12] – الشحات إبراهيم أحمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، محمل من الرابط التالي: www.olc.bu.eg ، تاريخ التحميل: 30-10-2017 على الساعة:10:52،ص: 28.

[13] سورة الأحزاب الآية :37.

[14] – سورة النور الآية:32

[15] – سورة الأحزاب الآية 50.

وبالرجوع إلى المادة 10 من مدونة الأسرة نجدها تبين أن عقد الزواج يتم بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الطرف الآخر بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا، كما تؤكد الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين.[16]

لكن الإشكال الذي يطرح: هل يشترط في صيغة الزواج أن تكون باللغة العربية؟

وكجواب عن هذا الإشكال يرى جمهور الفقهاء أنه لا يشترط في الصيغة التي ينعقد الزواج بواسطتها أن تتم حتما باللغة العربية، وإنما تصح بأية لغة كانت سواء كان طرفا عقد الزواج عالمين باللغة العربية أو غير عالمين بها، لأن ما يشترطه المشرع تبعا للمادة 10 المذكورة سلفا هو التعبير الواضح عن إرادة الطرفين وفي الفقه المالكي فالمعتبر في إبرام عقد الزواج ما يدل على معناه بدون الوقوف عند صيغة مخصوصة بالذات.

وقد استقر العمل في المغرب على قبول إبرام عقد الزواج ممن لا يعرف اللغة العربية بواسطة لغته وإذا تعذر على العدلين أو القاضي فهم تلك اللغة تمت الاستعانة بالترجمان.[17] بحيث يصح أن يبرم عقد الزواج سواء بلغة عربية أو عامية أو أجنبية فالأمر لدى الفقه سواء لأن العبرة **بالمعاني لا بالألفاظ والمباني.**[18]

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هل سكوت المرأة يعتبر قبولا؟

بالعودة للمادة 11 من مدونة الأسرة نجدها تنص على أنه:" يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا شفويين عند الاستطاعة وإلا فبالكتابة أو بالإشارة المفهومة...". ومنه نلاحظ أن الأصل هو النطق أو الكتابة أو الإشارة المفهومة، لكن إذا رجعنا إلى السنة النبوية الشريفة نجدها تؤكد على أن سكوت البكر أثناء توجيه الإيجاب إليها يعتبر بمثابة قبول ضمني، انطلاقا من قوله صلى الله عليه وسلم :" **الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها في صماتها.**"

ولعل سكوت المرأة في مثل هذه الأوضاع يمكن تفسيره في حصول الخجل واحترام الولي أو العدول أو أنه نابع من العادات والتقاليد. [19] ويشترط أيضا في إبرام عقد الزواج أن يكون الإيجاب والقبول أمام شاهدين عدلين وفي مجلس واحد حتى يصحان، وهو ما سنعرض له في المحور الموالي.

---

[16] –جاء في نص المادة 10 من من مدونة الأسرة :" 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 فبالإشارة المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين."

[17] – محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة– الجزء الأول– الزواج، الطبعة الأولى 2006،مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، ص: 152–153.

[18] – الشحات إبراهيم أحمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص: 31.

[19] – محمد الكشبور، ،مرجع سابق، ص: 153–154.

ثانيا: اتحاد مجلس الإيجاب والقبول

وهو ما يفيد بأنه يجب أن يحصل التطابق بين الإيجاب والقبول أما إذا حصل اختلاف بينهما، كما يجب أن يكون هذا التطابق في مجلس واحد وهو مجلس العقد الذي يجتمع فيه الزوج والزوجة والولي عند الاقتضاء والعدلين.

سواء أكان هذا المجلس في الطائرة أو القطار أو السفينة أو الحافلة أو السيارة أو البيت أو المسجد ... إلخ، فعند تطابق الإيجاب والقبول في هذه الأماكن التي تشكل مجلسا للعقد يؤدي إلى انعقاد الزواج.[20]

ونلاحظ في هذا الإطار أن العبرة هنا بالحيز المكاني الذي يجب أن يوحد كلا من الزوج والزوجة دون مراعاة لطبيعة هذا المكان سواء كان ثابتا أو متحركا.

بحيث يشترط أن يتوافق القبول مع الإيجاب دون رفض أو زيادة أو نقصان في هذه الحالة تطبق الأحكام العامة المنصوص عليها في الفصل 27 من ظهير الالتزامات والعقود[21] الذي ينص على أن :" الرد المعلق على شرط أو المتضمن لقيد يعتبر بمثابة رفض للإيجاب يتضمن إيجابا جديدا".

واستنادا لهذا القول فإن لا يمكن أن ينعقد الزواج في المغرب عن طريق تقنيات التواصل الحديثة كالهاتف والفاكس والانترنت[22] ولا عن طريق وسيط(سمسار) وذلك لعدم تحقق مجلس الإيجاب والقبول.[23]

بالإضافة إلى اشتراط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول من حيث المكان كما أسلفنا الذكر فمن البديهي أن يشترط أيضا التطابق في الحيز الزمني لصدور الإيجاب ومطابقة القبول له. وفي هذا السياق يثار النقاش حول الفاصل الزمني بين الإيجاب والقبول.

والفقهاء في تعاملهم مع هذا الإشكال انقسموا إلى ثلاثة اتجاهات[24]: اتجاه فقهاء المذهب الشافعي والحنبلي ذهبوا إلى أنه يجب أن يصدر القبول عقب الإيجاب مباشرة من غير فاصل زمني والتأخر يكون تحت طائلة عدم إبرام عقد الزواج. أما التوجه الثاني ويمثله الفقه المالكي والحنفي فيسير إلى عدم التشدد في تأخر صدور القبول بعد صدور الإيجاب حيث يجوز التأني في القبول بشرط أن لا يكون هناك ما يدل على الإعراض عن الإيجاب. غير أن فريقا من المالكية حاول تبني موقف توفيقي بين

---

[20]- إدريس اجويلل، شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص: 74.

[21]- ظهير 9 رمضان 1331(12 أغسطس1913).

[22]- إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي –أحكام الزواج–، مرجع سبق،ص: 75-76.

[23]- إدريس اجويلل، مرجع سابق،ص: 74.

[24]- عمرو لمزرع، غمز العيون في أحكام الزواج وانحلاله، الطبعة الثانية،مطبعة- أنفو برانت-الليدو-فاس، 2014 ،ص: 58.

التوجهين سالفي الذكر؛بحيث يرى أن الأصل هو صدور القبول فور سماع الإيجاب في مجلس التعاقد ولكن لا ضير إذا تأخر القبول مدة يسيرة فإنه مع ذلك ينعقد صحيحا.

وتفاعلا مع هذا الإشكال فإن رأينا نضمه لفريق الفقه المالكي الذي يسير في توجه توفيقي إذ أن الأصل دائما ينبغي أن يكون هو صدور القبول فور تلقي الإيجاب، وإن كان هذا لا يمنع في بعض الأحيان من منح مدة يسيرة لمن وجه إليه الإيجاب قصد التعبير عن رده لأن ذلك يجب أن يفسر –في اعتقادنا المتواضع– أنه منحة زمنية تمنح للشخص قصد التأني والاستشارة قبل أن يقدم على مثل هذا القرار مصيري دون أن يعني هذا تعسف من وجه له الإيجاب في استغلال وقت يفوق المسموح به.

والسؤال الذي يبقى مطروحا هو هل يجوز أن يقترن الإيجاب والقبول بالأجل أو الشرط الفاسخ أو الواقف؟

ثالثا:باتين غير مقيدين بشرط أو أجل واقف أو فاسخ

وقد نصت مدونة الأسرة المغربية على هذا الشرط في سياق الفقرة الثالثة من المادة 11 بقولها:" يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا:

...

3-باتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ."

إن هذه الخاصية تعتبر محط توافق بين فقهاء المذاهب الأربع؛ ذلك أنه يشترط في عقد الزواج أن تكون الصيغة فيه مؤبدة ليس فيها ما يدل على التأقيت لمدة معينة طويلة كانت أو قصيرة.[25] حيث لا يجب أن يكون إبرام عقد الزواج متوقفا على أجل أو شرط واقف أو فاسخ، فالزواج يكون معلقا من خلال جعل تحقق الإيجاب والقبول أو أحدهما معلقا على تحقق شيء آخر[26]، ومثال ذلك أن يقول الرجل للمرأة "هل تتزوجيني" فتقول " أتزوجك إذا أنهيت دراستي بسلك الماستر". وكما لا يجب أن يكون القبول معلقا على شرط واقف أو أجل فاسخ، فكذلك الأمر ينطبق على الإيجاب وبالتالي فإنه لايصح أن يصدر الراغب في الزواج إيجابا على نحو:"أرغب في الزواج منك إذا حصلت على وظيفة" فتصدر من وجه إليها الإيجاب في هذه الحالة ب "قبلت و "رضيت".

[25]– الشحات إبراهيم أحمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية،مرجع سابق، ص:44.

[26]– نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، دار الكتاب الحديث،القاهرة، الطبعة الأولى، دون ذكر تاريخ الطبعة، ص: 35.

وبهذا المعنى بات من الممكن القول بأن الصيغة التي يرد بها الإيجاب والقبول لابد أن تكون منجزة؛ بمعنى تحدث أثرها في الحال غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى أجل.[27]

غير أنه لابد من الإشارة إلى أنه ينبغي التمييز بين طبيعة الشروط التي ترد على صيغة الإيجاب والقبول إذ أن الشروط التي يجب الاعتداد بها هي تلك التي تضرب عرض الحائط الغرض من الزواج (التأبيد والدوام) ، مصداق لقوله صلى الله عليه وسلم :" **المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما**"، أما غيرها من الشروط التي لا تخالف نظام الزواج ومقاصده الشرعية فإنه يجوز الاتفاق عليها في العقد الأصلي أو في عقد رسمي لاحق كاشتراط التعدد أو كيفية تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين أثناء فترة الزواج...إلخ.[28]

وقد جاء في نص المادة أنه إذا اقترن الإيجاب أو القبول بأجل أو شرط واقف أو فاسخ، تطبق أحكام المادة 47؛ وحيث إنه بالرجوع للمادة 47 من المدونة نجدها تنص :" الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح."

الواضح إذن أن القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية قد ساوت في الشروط الواجب توافرها في الإيجاب والقبول، الذي يشترط فيهما ان يجسدا التعبير الصحيح عن الإرادة، فكيف تعاملت مع عيوب الإرادة التي قد تطال الإيجاب والقبول؟

المطلب الثاني: الإيجاب والقبول المشوبين بعيب من عيوب الإرادة

انطلاقا من المادة 12 من مدونة الأسرة التي نصت على أنه :" تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و66 بعده ." والملاحظ إذن أن المدونة تطرقت لعيبين من عيوب الإرادة وتناولت الآثار الناتجة عنها بخصوص مصير العقد. ولذلك سنتطرق لعيب الإكراه (الفقرة الأولى) ثم التدليس في (الفقرة الثانية).

---

[27]- يوسفي كهينة / ولامي ليلى،عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجيستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية: 2012-2013، ص: 35.

[28]- راجع في تفصيل ذلك: محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة –الجزء الأول- الزواج- ،مرجع سابق، ص: 159 وما يليها.

الفقرة الأولى: الإكراه

يقصد بالإكراه لغة حمل الإنسان على أمر يكرهه[29]،وفي الاصطلاح الإكراه هو "ما فعل بالإنسان مما يضره أو يؤلمه من ضرب أو غيره بقصد إرغامه على القيام بفعل لا يرغب فيه.". والإكراه في أي عقد كيفما كان يجعله معيبا وقد يكون هذا الإكراه ماديا كلما كان التهديد والوعيد فيه واقعا، وقد يكون معنويا في الحالة التي يكون فيها الوعيد والتهديد فيه منتظر الوقوع.[30]

وقد اعتبر القضاء المغربي إجبار الأستاذ طالبته على الزواج به تحت طائلة الرسوب في الامتحان **إكراها معنويا** يوجب الفسخ و التعويض.[31]

وقد عرف قانون الالتزامات والعقود الإكراه في الفصل 46 بأنه:" إجبار يباشر من غير أن يسمح به القانون يحمل بواسطته شخص شخصا آخر على أن يعمل عملا بدون رضاه."

ويرى الإمام مالك والشافعي أنه لا يجوز إكراه أحد الزوجين للآخر على الزواج به و السند بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم:" **رفع عن أمتي الخطأ و النسيان وما استكرهوا عليه.**"[32] وبهذا الرأي أخذت مدونة الأسرة وذلك عند سماحها للطرف المتضرر من الإكراه أن يطلب من المحكمة فسخ عقد الزواج سواء بعد البناء أو قبله خلال شهرين من تاريخ زوال الإكراه مع إمكانية المطالبة بالتعويض.[33]

وفي هذا السياق فقد جاء في منطوق حكم لقسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالرباط:" ... وبناء على الحيثيات أعلاه قضت المحكمة بفسخ عقد الزواج للإكراه، وتعويض الزوجة عما لحقها من ضرر معنوي حددته في مبلغ 20.000 درهم

---

[29]- معجم اللغة العربية المعاصرة، لأحمد مختار عبد الحميد عمر ، الناشر عالم الكتب الطبعة الأولى 2008م / 1428هـ الجزء الثالث ص: 1923.

[30]– إدريس اجويلل، شرح مدونة الأسرة –أحكام الزواج والطلاق–، مرجع سابق، ص: 75.

[31]– وتتلخص وقائع القضية في أن أستاذا جامعيا طلب من إحدى طالباته بالسنة الرابعة من الكلية قبول الزواج به فلم توافق فألح عليها أن تقبل الزواج به وإلا ستكون السنة بالنسبة لها بيضاء وإنها تفاديا مما قد يقع من تعثر لمسيرتها الدراسية قبلت الزواج تحت طائلة الإكراه فتم توثيق عقد الزواج .

والمحكمة اطلعت على شهادة السماع مفادها بأنها تزوجت من أستاذها بدون رضاها.

* راجع في تفصيل ذلك : محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الطبعة الثالثة 2008،مطبعة دار النشر المغربية، عين السبع الدار البيضاء، ص: 207.

[32]- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العتق، باب الخطأ والنسيان والضلال ونحوه ولا عتاقة إلا لوجه الله

– سنن ابن ماجة كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي بلفظ (إن الله تجاوز عن أمتي) رقم 2043.

[33]– جاء في نص المادة 63 من مدونة الأسرة ما يلي:" 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 و بعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض."

وبذلك يكون القضاء مفعلا بشكل إيجابي لمقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة المتعلقة بضرورة حماية حرية الإرادة عند إبرام عقد الزواج."[34]

والإكراه عند الفقهاء هو حمل الغير على أمر امتنع عنه، بتخويفه حتى يأتيه –أي هذا الأمر–، وانقسم الفقهاء في الإيجاب و القبول المشوبين بالإكراه إلى رأيين:[35]

فالرأي الأول يعود للمالكية و الشافعية و الحنابلة يرون أن الإيجاب أو القبول لا ينعقد مع الإكراه لأن الإكراه يعدم الرضى والاختيار لا يوجد من غير رضى.أما التوجه الثاني الذي يمثله الأحناف فهم يرون أن هناك تصرفات لا تحتمل الفسخ ولايؤثر فيها الهزل كعقد الزواج و اليمين والرجعة، وهذا النوع من التصرفات ينعقد عقد الزواج بها ولو مع وجود الإكراه. وإذ نلاحظ أن المدونة تسير في اتجاه الموقف الأول وهذا ما نستشفه من مضمون المادة 62 من مدونة الأسرة السالفة الذكر.

الفقرة الثانية: التدليس

ويقصد بالتدليس في اللغة كتمان العيب في الشيء وإخفاؤه[36]، وفي الاصطلاح الشرعي هو"كتمان أحد المتعاقدين عيبا خفيا يعلمه في محل العقد عن المتعاقد الآخر بقصد دفعه إلى التعاقد"[37] كما يطلق الفقهاء المسلمون على التدليس إسم التغرير.[38]

بالرجوع للمادة 12 من مدونة الأسرة التي تحيل على المادتين 63 و66 فإن التدليس الذي يمارسه أحد الزوجين لإخفاء عيب عن الزوج الآخر، يخول للطرف الأخر المتضرر من التدليس الحق في المطالبة بفسخ عقد الزواج، وداخل أجل لا يتعدى شهرين من تاريخ العلم بالتدليس مع إمكانية المطالبة بالتعويض

وتجدر الإشارة إلى أن التدليس الصادر من الغير لا يخول الحق في فسخ العقد إلا إذا كان المتعاقد المستفيد من التدليس على علم به؛ إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض) :" لئن ثبت تدليس الزوج بإدلائه بتصريح كاذب بخصوص وضعيته الاجتماعية تسهيلا لعقد بامرأة ثانية، دون احترام مسطرة التعدد فإن القانون و إن جرم فعله لم يخول للزوجة الأولى طلب فسخ

---

[34]– حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة المحكمة الابتدائية بالرباط،عدد 2005/17، بتاريخ 14-01-2005 ، في الملف رقم 2005/101 منشور بمجلة المناهج عدد مزدوج 10/9 سنة 2006، أورده إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي،–أحكام الزواج،مرجع سابق، ص: 84–85.

[35]– عمرو لمزرع، غمز العيون في أحكام الزواج وانحلاله، مرجع سابق، ص: 60.

[36]– معجم مقياس اللغة لابن فارس ، دار الفكر 1979/ 1399 الجزء الثاني: 296.

[37]– إدريس اجويلل، شرح مدونة الأسرة، أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص: 75.

[38]– إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي–أحكام الزواج–،مرجع سابق، ص: 85.

عقد زواج ضرتها، ويبقى للزوجة الثانية وحدها الحق في المطالبة ببطلان عقد زواجها إذا ما ارتأت ذلك و أثبتت أن رضاها شابها عيب من عيوب الرضى."[39]

وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية ببركان بتاريخ 2005/11/24، تحت عدد 05/969، في الملف عدد 04/205 جاء فيه:" مادام المدعى عليه قد احتال على المدعية و أخفى عنها واقعة زواجه من غيرها بعد تقديمه شهادة الخطوبة على أساس أنه عازب خلافا للحقيقة فإنه يكون من حق المدعية طبقا لمقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة المطالبة بفسخ عقد الزواج المبرم بين الطرفين. كما يكون من حقها المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة من جراء واقعة التدليس و الاحتيال التي تعرضت له من طرف المدعى عليه الذي أوهما بأنه عازب."[40]

يتضح لنا جليا من خلال الأحكام والقرارات القضائية بشأن الإكراه والتدليس الواردين على الإيجاب والقبول أنهما من أمور الواقع التي يعود أمر الحسم فيها لقاضي الموضوع، كما نستنتج أن كل طرف يدفع بفسخ عقد الزواج و يطالب بالتعويض أن يثبت إدعاءاته بكل وسائل الإثبات الممكنة. ليبقى السؤال مطروحا هل يمكن للقضاء المغربي أن يقضي بفسخ العقد نتيجة الغلط أو حالة المرض أم أنه يظل مقيدا بنص المادة 63 من مدونة الأسرة المغربية؟

إن المشرع المغربي من خلال المقتضيات القانونية لمدونة الأسرة المغربية قد أعطى عناية هامة للأركان اللازمة لقيام عقد الزواج فحدد بكل دقة شروط الإيجاب و القبول كما فصل في شروطهما وتطرق للآثار المترتبة عن تحقق الإكراه والتدليس الواردين على الإيجاب أو القبول. والسؤال الذي يطرح هو: كيف عالج المشرع المغربي شروط صحة عقد الزواج؟

[39]- قرار عدد 439 المؤرخ في 23-8-2011،الملف الشرعي عدد 2011/1/154، نقلا عن :إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص:86.

[40]محمد بفقير، مدونة الأسرة و العمل القضائي المغربي، الطبعة الثانية 2011،منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون و العمل القضائي المغربيين العدد الأول، مطبعة النجاح الجديدة الدار البضاء، ،

المبحث الثاني: شروط عقد الزواج وفق مدونة الأسرة المغربية

من المعلوم أن لكل عقد كيفما كانت طبيعته أركان لازمة لقيامه وشروط أساسية لصحته؛ وحيث اعتبارا للطبيعة الخاصة لعقد الزواج انطلاقا من آثاره الدينية والاجتماعية فإن المشرع المغربي أطر الشروط اللازمة لصحة عقد الزواج في مدونة الأسرة المغربية، وعلى العموم يمكن أن نميز في هذه الشروط بين الشروط الذاتية لعقد الزواج(المطلب الأول)، والشروط الموضوعية له (المطلب الثاني).

المطلب الأول:الشروط الذاتية لعقد الزواج

لقد حددت مدونة الأسرة الشروط اللازمة لصحة عقد الزواج من خلال المادة 13[41] و التي حصرتها في خمسة شروط يمكن أن نفصل فيها بين الأهلية في عقد الزواج (الفقرة الأولى)، الولاية في عقد الزواج(الفقرة الثانية) ثم انتفاء الموانع الشرعية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الأهلية في عقد الزواج

تعتبر الأهلية من الشروط الضرورية لصحة عقد الزواج، بحيث من اللازم أن يكون كل من الزوج و الزوجة عاقلين وبالغين لسن الرشد القانوني كما حددته المادة 209 من مدونة الأسرة، وبالرجوع للمادة 19 من نفس المدونة نجدها تنص على أنه:" تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى و الفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية."

إذ الملاحظ أن مدونة الأسرة لسنة 2004 قد ساوت في السن القانوني للزواج بين الرجل و المرأة في سن 18 سنة شمسية بعدما كانت محددة بالنسبة للفتاة في سياق قانون الأحوال الشخصية الملغى في 15 سنة.

هذا بصفة عامة لكن قد ترد استثناءات على هذا المبدأ العام؛ حيث سمح المشرع في حالات محددة بالزواج بالرغم من عدم بلوغ سن الرشد أو في حالة الإصابة بإعاقة ذهنية استنادا إلى المادة 23 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه :"يأذن قاضي الأسرة

[41]- جاء في نص المادة أنه:"يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الأتية:
1-أهلية الزوج و الزوجة؛
2- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق؛
3- ولي الزواج عند الإقتضاء؛
4-سماع العدلين التصريح بالإيجاب و القبول و توثيقه؛
5- انتفاء الموانع الشرعية؛."

المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر..."

وإذا كان مقرر الموافقة على طلب الإذن بزواج القاصر لا يقبل أي طعن، فبمفهوم المخالفة يكون مقرر رفض ذلك الطعن أما المحكمة الأعلى درجة، وهذه قاعدة سائدة في المجال الولائي عموما ومجال الأوامر المبنية على طلب خصوصا.[42]

وجاء في المادة 21 من مدونة الأسرة على أنه:"زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي. تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن و حضوره إبرام العقد.

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

ونرى أن الفقرة الأخيرة من المادة 21 السالفة الذكر قد جاءت حماية للحق في الزواج المكفول دستوريا وبالتالي الحيلولة دون وقوع القاصر في تعسف من ينوب عنه.

إلا أن يمكن أنه يتقدم القاصر بطلب الإذن وحده و يمتنع نائبه الشرعي عن السماح له بالزواج، إما تعنتا و إما لسبب معقول وفي هذه الحالة تبقى الكلمة الفصل لقاضي الأسرة المكلف بالزواج.

أما فيما يخص زواج المصاب بإعاقة ذهنية الذي يتمثل في المجنون و المعتوه ومن تتعطل مداركه العقلية لسبب أو لآخر. وقد سمح المشرع لهذا المصاب بأن يتزوج طبقا لشروط ورد النص عليها ضمن المادة 23 .[43]

يستشف من هذا المقتضى التشريعي أن زواج المصاب بإعاقة ذهنية يتوقف على شروط أربعة هي :

1 - يجب عرض المعني الأمر على طبيب خبير مختص للتقرير بشأن إعاقته وبشأن أثر زواجه على تلك الإعاقة.

2 - يطلع القاضي الطرف الآخر في عقد الزواج على التقرير الذي أنجزه الطبيب مع النص على ذلك في تقرير ينجز لهذه الغاية.

3 - يجب أن يكون الطرف الآخر في عقد الزواج راشدا، أي كامل الأهلية.

4 - يمنح القاضي للمعاق ذهنيا إذنا بالزواج بعد تحققه من توافر الشروط الثلاثة أعلاه.

---

[42]- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق ص: 170.

[43]- جاء في نص المادة 23 من مدونة الأسرة ما يلي:"يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب أو أكثر... ."

وبخلاف طلب الإذن بزواج من لم يبلغ سن الرشد القانوني ،فإن المشرع لم يتطرق لمسألة الطعن في مقرر الاستجابة أو عدم الاستجابة لطلب الإذن بزواج المعاق ذهنيا، والقاعدة أن ما لا يمنعه القانون فهو يبيحه.[44]

يتضح من مقتضيات مدونة الأسرة أنها ميزت بين أسباب نقصان الأهلية وحددتها في الصغير الذي يبلغ سن 12 سنة شمسية كاملة ولم يبلغ سن الرشد القانونية ثم السفيه فالمعتوه وبينت أسباب انعدام الأهلية وحددتها في الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز والمجنون وفاقد العقل، وعليه يكون المشرع قد ساوى بين تصرفات المعتوه و الصغير المميز، وأعطى للقاضي إمكانية الإذن بزواجهما وبين المجنون فاقد العقل والصغير غير المميز والذي يتبين من مفهوم المخالفة أنه لا يجوز زواجهما سواء بإذن أو بدونه، عكس ما كان عليه الحال في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة التي كانت تعطي للقاضي الحق في الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت أن الزواج يفيد في علاجه بناء على تقرير طبي طبقا لما ورد في الفصل السابع منها.[45]

وعلى خلاف المشرع المغربي فقد سمح المشرع الليبي بزواج المجنون وكذا المعتوه لكن برقابة مقيدة من المحكمة؛ حيث نصت المادة 10 من قانون الأحوال الشخصية الليبي على أنه:" لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه بعد صدور إذن من المحكمة، ولا تأذن المحكمة إلا بعد توفر الشروط التالية:

1- قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد إطلاعه على حاله؛
2- كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله، ويتم التثبت من الشرطين؛"[46]

الفقرة الثانية: الولاية في عقد الزواج

يعتبر شرط الولاية واحدا من الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية[47]، و جدير ذكره أن هذا الشرط يطرح عدة إشكالات عملية سواء على مستوى الفقه الإسلامي (أولا) أو التشريع الوضعي (ثانيا).

أولا: موقف الفقه الإسلامي من الولاية:

قبل الغوص في أبرز الإشكالات العملية التي تطرحها مسألة الأهلية في الزواج نرى من الأنسب التطرق لمفهومها حتى يتسنى لنا بيان نطاق دراستها.

---

[44]- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق،ص:173.

[45]- إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، مرجع سابق،ص:105.

[46]ص: 106. - أشار إليها: إدريس الفاخوري، مرجع سابق،

[47]- جاء في نص الفقرة الثالثة من المادة 13 من القانون 70.03 بمثابة مدونة للأسرة المغربية:" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: ...
3- ولي الزواج عند الاقتضاء؛ "

فالولاية من حيث اللغة تعني النصرة؛ والولي هو النصير أو الظهير[48]، يقول الله عز وجل :"**وماكم من دون الله من ولي ولا نصير**."[49] ويقول الله عز وجل:" **إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا**."[50]

أما في اصطلاح الفقهاء فالولاية هي:" سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود و التصرفات وجعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف يخصه هو أو يخص من في ولايته ممن عليه سلطة مستمدة من الشارع."[51] وعلى العموم فإن الولي في الزواج هو ذلك الناصح الأمين الذي يسدي النصح لمنصوحه انطلاقا مما يتوفر عليه من حنكة و تجربة.[52]

إن الولاية في عقد الزواج كانت محط نقاش واختلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة؛ حيث إن أبرز الإشكالات التي ارتبطت بها تتعلق بمدى أحقية المرأة في الولاية على نفسها؟ أو أن تنصب نفسها ولية عن غيرها أسوة بالرجل؟

جوابا عن هذه التساؤلات ذهب الرأي الراجح من جمهور فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى أنه لا يجوز للمرأة أن تتولى أمور نفسها بنفسها أو تنصب نفسها ولية عن غيرها، بل إن نطاق المنع يمتد ليصل إلى تقرير البطلان عن توكيل المرأة لشخص آخر وليا لها وبالتبعية يصير الزواج المبني على هذا التوكيل فاسدا.[53] ويستدل فقهاء المذاهب الثلاثة بالآية الكريمة التي يقول فيها العزيز المقتدر :" **ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا**."[54]، وقوله تعالى :" **وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم**."[55]

وعلى النقيض من ذلك يرى الإمام أبو حنيفة أن المرأة العاقلة البالغة لها الحق وحدها في مباشرة عقد الزواج بنفسها بكرا كانت أو ثيب، وإن كان يستحب لها أن تستأذن وليها، عملا بقوله عز وجل:" فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ."[56]، كما أنه جاء في نفس الرأي الذي ينادي به المذهب الحنفي حديث للرسول صلى الله عليه وسلم :" **الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها**."[57]

---

[48]- كتاب شمس علوم ودواء كلام العرب من الكلوم لنشوات بن سعيد الحميري اليمني ت 573. حققه الحسين بن عبد الله ومطهر بن علي ويوسف محمد عبد الله الناشر دار الفكر المعاصر بيروت، لبنان ، ودار القمر دمشق ، الطبعة 1999، الموافق ل 1420هـ الجزء 11 الصفحة :7284.

[49]- سورة البقرة، الأية :107.

[50]- سورة المائدة الآية: 57.

[51]- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الموسم الجامعي: 2009-2010، ص:22.

[52]- إدريس اجويلل، شرح مدونة الأسرة –أحكام الزواج و الطلاق، مرجع سابق، ص: 97.

[53]- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول- الزواج، مرجع سابق، ص: 220.

[54]- سورة البقرة، الآية 219.

[55]- سورة النور، الآية 32.

[56]- سورة البقرة، الآية: 288.

[57]- أخرجه أبو داوود في سننه ، كتاب النكاح ، باب في الثيب رقم 2098.

وفي هذا يقول أبو الوليد ابن رشد" :إن الرشد إذا وجد في المرأة اكتفى به في عقد النكاح كما يكتفي به في التصرف في المال، والذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء، وأوصافهم."[58]

أصبح من الممكن القول أن فقهاء ورواد المذاهب الإسلامية الأربع انقسمت إلى فريقين : فريق مضيق في مسألة منح الولاية للمرأة في شؤون الزواج وهو ما تبناه فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، وتوجه مرن في تناوله للولاية في الزواج إذ يمنح للمرأة حق الولاية على نفسها على أنه يستحب لها أن تدع الأمر لوليها. أمام هذا التضارب الفقهي فإن السؤال الذي يفرض نفسه هنا هو كيف تعاملت مدونة الأسرة المغربية مع شرط الولاية في الزواج.

وعلى العموم فإن اشتراط الولاية بالنسبة للمرأة في الزواج هو أمر نراه في مصلحتها أكثر من كونه "ذو طابع تعسفي" على حق المرأة في اختيار وليها لأن من شأن الولي الذي يفترض فيه دائما التعقل والرزانة أن يحاول قدر الإمكان اختيار الأنسب للمرأة وبالتالي تفادي خداعها بالمظاهر.

الملاحظ أن الشرع الرباني ومواقف الفقه الإسلامي تعاملت مع الولاية بنظرة متكاملة أقرت بضرورة الولاية دون أن تطمس حق المرأة في اختيار ما يهم أمورها الشخصية، ليبقى السؤال المطروح هو: كيف تعامل المشرع المغربي مع الولاية في الزواج من خلال القانون 70.03 بمثابة مدونة للأسرة؟

ثانيا: موقف التشريع الوضعي من مسألة الولاية:

نظمت مدونة الأسرة المغربية الولاية في عقد الزواج كشرط صحة لانعقاده في سياق المادتين 24 و25 منها؛ حيث تنص المادة 24 على أنه :"الولاية حق للمرأة، تمارسه الرشيدة حسب اختيارها."

كما نصت المادة 25 من نفس المدونة على أنه:"للرشيدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها." والملاحظ أن القانون 70.03 بمثابة مدونة للأسرة قد اقتصرت في تنظيمها للولاية في عقد الزواج على مادتين فقط، وهذا بخلاف مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 الملغاة التي كانت تخصص لهذا الشرط الفصول : 11،12،13،14،15.[59]

بات من الممكن القول أن الولاية أصبحت حق للمرأة الرشيدة تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها بل ولها أن تختار من يتولى أمر زواجها.

[58]- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، مرجع سابق،ص:24.

[59]- إدريس اجويلل، شرح مدونة الأسرة، أحكام الزواج والطلاق، مرجع سابق،ص: 102.

إن الولاية في عقد الزواج شكلت أبرز المستجدات التي تبناها القانون 70.03 لتشكل بذلك خروجا عما استقر عليه الفقه المالكي و تنسخ بذلك مقتضيات الفصل الثاني عشر من قانون الأحوال الشخصية الملغى الذي كان لا يجيز للمرأة بأن تباشر العقد بنفسها[60].

والواضح أن تبني مدونة الأسرة لهذا التوجه والذي إن كان يشكل خروجا عن ما سار عليه فقهاء المذهب المالكي إلا أنه جاء استجابة لمطالب الجمعيات النسائية الحقوقية بالمغرب؛ حيث جاء في بيان للجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء خلال فترة تعديل قانون الأحوال الشخصية بيان متضمن لمطالبها و من بينه ضرورة إلغاء الولاية واعتبار المرأة الرشيدة مؤهلة قانونا لإبرام عقد الزواج[61].

وإن كانت المدونة قد أقرت هذا الحق للمرأة الرشيدة إلا أننا نرى من الناحية الواقعية أنه غالبا ما تفوض المرأة هذا الحق لوليها وذلك اعتبارا للوازع الديني والأخلاقي.

غير أنه في جميع الأحوال لا يجب أن يؤخذ هذا الحق على إطلاقه لأنه مخول للمرأة الرشيدة والبالغة وبالتالي فإن المرأة غير الرشيدة لا يحق لها أن تولي نفسها بنفسها، ويكون في هذه الحالة لازما من أجل إبرام عقد زواجها حضور الولي و موافقته على الزواج، سواء كان هذا الولي أبا أو أما أو وصيا أو مقدما.[62]

الفقرة الثالثة: انتفاء الموانع الشرعية

من شروط عقد الزواج حسب المادة 13 من مدونة الأسرة المشار إليها ، ويقصد بهذا الشرط ألا تكون المرأة محرمة على الرجل الذي يريد الزواج بها تحريما مؤبدا أو مؤقتا. وموانع الزواج على نوعين إما أن تكون مؤبدة بحيث لا يجوز الزواج بهذه المحرمات من النساء أصلا، وهي حرمة لا ترفع مستقبلا كالأمومة والأخوة والخؤولة و العمومة،(أ) وإما موانع مؤقتة وهنا يكون سبب التحريم عارضا؛ فمتى زال سبب التحريم زال التحريم مثل المعتدة من طلاق أو وفاة (ب).

---

[60]– محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 123

[61]– البيان وارد بمنشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، سلسلة نصوص ووثائق العدد 95، الطبعة الأولى مطبعة المعارف الجديدة الرباط ، 2004.ص:65.

[62]– جاء في نص المادة 231 من مدونة الأسرة على أنه:" صاحب النيابة الشرعية:

– الأب الراشد؛

– الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته؛

– وصي الأب؛

–وصي الأم؛

–القاضي؛

–.مقدم القاضي؛"

وبالرجوع إلى المدونة نجدها خصصت القسم الثالث من الكتاب الأول لموانع الزواج وذلك في المواد من المادة 35 إلى غاية المادة 46.

أولا: موانع الزواج المؤبدة:

جمع القرآن الكريم موانع الزواج المؤبدة في قوله تعالى:" **حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم و أخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم و أن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان غفورا رحيما.**"[63]

وكذلك قوله سبحانه وتعالى :" **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا.**"[64]

وقد حصرت هذه الموانع في ثلاثة أنواع وهي على الشكل التالي :

1) المحرمات بالقرابة : ويقصد بالقرابة هي العلاقة الرحمية التي تنشأ بين طرفين أو عدة أطراف أساسها رابطة الدم، وقد حثت الشريعة قرآنا وسنة على صلة الرحم، قال تعالى: " **واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام.**"[65].

فالقرابة لها أهمية ومكانة خاصة لذلك حرمت الشريعة الإسلامية الزواج بالنساء القريبات، والحكمة في ذلك تكمن في صلة الرحم أولا لأن الحياة الزوجية أساسها المودة والرحمة بين الزوجين والدوام والاستمرار في المعاشرة. وثانيا إن الزواج بالأقارب يرفضه حتى العلم الحديث الذي أثبت أن للوراثة أثر سلبي على صحة المولود،كما أن الحياء في العلاقة الجنسية بين القريب وقريبته قد يؤثر أيضا على النسل وعلى صحته.[66]

وقد نصت المادة 36[67] من مدونة الأسرة على المحرمات بالقرابة على أربعة أنواع وبهذا تكون قد حافظت على نفس صيغة الفصل 26 من مدونة الأحوال الشخصية السابقة .

---

[63] – سورة النساء الآية: 23.

[64] – سورة النساء الآية :22

[65] – سورة النساء الآية: 01

[66] – إدريس اجويلل، شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق،مرجع سابق،ص: 122.

[67] – تنص المادة 36 على أنه:" المحرمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله و أول فصل من أصل و إن علا."

2) المحرمات بالمصاهرة: والمصاهرة هي القرابة التي تنشأ بسبب الزواج وتنص المادة 37 من مدونة الأسرة على أن هناك أربع أصناف للمحرمات بسبب المصاهرة وتتجلى هذه الأصناف فيما يلي : أصول الزوجة، ويتعلق الأمر هنا بأم الزوجة، وجداتها من الجهتين، والدليل على ذلك قوله تعالى: **"وأمهات نسائكم"** [68].بالإضافة إلى دلك فروع الزوجة ويقصد بهذا الصنف بنات الزوجة وبنات بناتها وبنات أبنائها مهما نزلن .ثم هناك زوجات الأصول والتي يقصد بهن زوجة الأب و زوجة الجد وإن علا.وأخيرا زوجات الفروع ويندرج هنا زوجة الابن وزوجة ابن الابن وزوجة ابن البنت وإن نزلوا.

3) المحرمات بالرضاع: يقصد بالرضاع حسب الاصطلاح الشرعي :وصول لبن امرأة إلى جوف طفل في وقت مخصوص.[69] وقد تبنت مدونة الأسرة في المادة 38 ما جاء في الحديث النبوي الشريف"يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة "[70]

كما أشارت المادة 38 في فقرتها الثانية:" يعد الطفل الرضيع خاصة دون إخوانه أو أخواته ولد للمرضعة وزوجها.."

ولقيام التحريم بسبب الرضاع لابد من توفر شرطين أساسيين وهما :

- أن يتم الرضاع من امرأة فإذا اقتسم الرضيع حليب شاة أو غيره مع رضيعة أخرى لا يقوم سبب التحريم.
- أن يقوم الرضاع داخل الحولين الأولين من عمر الطفل، وذلك اقتداء بالآية الكريمة التي يقول الله تعالى فيها: **"والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة."**[71]

ثانيا: موانع الزواج المؤقتة:

تحدثت المادة 39 من مدونة الأسرة على موانع الزواج المؤقتة وذلك على الشكل التالي:

1) الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعماتها أو أختها من نسب أو رضاعها: يحرم على الرجل أن يجمع في عصمته بين أختين نسبا أو رضاعة، وسواء كانت الأخت شقيقة لها أو من جهة الأب أو الأم ولا فرق بين الأخوات من النسب والأخوات من الرضاعة. وفيها يقول تعالى :" وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف."[72] ، كما يحرم أيضا الجمع بين

---

[68] – سورة النساء الآية :23.

[69] الشحات ابراهيم محمد منصور أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ،ص :71

[70]- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم تحت رقم 2645.

[71] سورة البقرة الآية:233.

[72] – سورة النساء الآية :23.

المرأة وعمتها أو خالاتها بدليل قوله صلى الله عليه وسلم :" **لا تنكح المرأة على عماتها ولا على خالاتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها.**"[73]

وعلة التحريم في الجمع بين المحارم في عصمة رجل واحد هو أن ذلك يؤدي إلى قطع صلة الرحم ويفسد الروابط الأسرية[74]

2) الجمع بين أكثر من أربع زوجات : نصت الفقرة الثانية من المادة 39 على مانع الزيادة في الزوجات عن العدد المسموح به كأحد موانع الزواج المؤقتة وذلك تماشيا مع روح الشريعة الإسلامية التي أباحت التعدد لكن قيدته بشروط معينة [75] يقول الله تعالى: "**وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث وربابع.**"[76]

فمن جمع في عصمته أربع زوجات يحرم عليه الزيادة حتى تنتهي العلاقة بينه وبين إحدى الزوجات إما بالوفاة أو الطلاق، لأن الخامسة تعتبر محرمة تحريما مؤقتا حتى تنتهي علاقته مع إحداهن بما سبقت الإشارة إليه من الأسباب.

3) المطلقة ثلاثا قبل أن تتزوج غيره: تنص الفقرة الثالثة من المادة 39 على أنه:" حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات إلى أن تنقضي عدة المرأة من زوج آخر دخل بها دخولا يعتد به شرعا، فزواج المطلقة من آخر يبطل الثلاث السابقة فإذا عادت إلى مطلقها يملك عليها ثلاثا جديدة."

وهذا ما أكده القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 2-4-1987 تحت عدد 107 في الملف رقم 87/69 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 51 ما يلي :" الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالا ويمنع من تجديد العقد على الزوجة إلا بعد انقضاء عدته من زوج آخر دخل بها فعلا دخولا شرعيا. لا يقبل من المطلق الادعاء بأنه كان في حالة غضب وقت صدور الطلاق منه والحال أن عدلي الإشهاد نصا في رسم الطلاق على أن المطلق على أتمه وعارفا قدره."[77]

4) مانع اختلاف الدين: ويقصد به تحريم الزواج بسب اختلاف العقيدة الدينية يعتبر مانعا مؤقتا من موانع الزواج، فالمرأة المسلمة لا يجوز لها في إطار الشريعة الإسلامية أن تتزوج غير المسلم سواء كان يهوديا أو مسيحيا أو لا دين له، فإذا

---

[73]- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عماتها، رقم 5108- 5109-5110.

[74]- إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي،مرجع سابق، ص: 184.

[75]- جاء في قرار محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 1-2-2006 في الملف عدد 645/05 منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج1 ،ص: 52. أنه:" إن مرض الزوجتين ثابت من الشواهد الطبية، كما أن موافقتهما قائمة في النازلة، إضافة إلى وضعيته المادية الميسورة التي من شأنها إعالة الأسرة وضمان جميع الحقوق، كل ذلك يشكل المبرر الاستثنائي لإذن الزوج بالتعدد وأن المحكمة لم تراع ذلك تكون قد جانبت الصواب." أورده محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي،مرجع سابق، ص:53.

[76]- سورة النساء الآية 03.

[77]- محمد بفقير،مرجع سابق،ص: 51.

زال هذا المانع وأسلم الشخص الأجنبي ،يمكن للمسلمة أن تتزوجه. وهنا يقول الله تعالى:**"ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"**.[78]

5) التزوج بامرأة في عصمة زوج آخر أو في عدة أو استبراء فهذا المانع الخامس من موانع الزواج المؤقتة التي نصت عليها مدونة الأسرة في المادة 39 وهو كون المرأة في عصمة رجل آخر أو في فترة عدة من زواج سابق سواء كانت معتدة من وفاة أو طلاق ، وأخيرا حالة الإستبراء الذي يكون في الزواج الباطل طبقا للمادة 58 من مدونة الأسرة أو عندما يزني رجل بامرأة طائعة أو مكرهة كما يكون في الوطء بشبهة كمن جامع امراة معتقدا بأنها زوجته .

ويؤكد هذا الطرح قرار لمحكمة النقض جاء فيه "لما قضت المحكمة ببطلان عقد الزواج لاختلاف دين فإنه لا مصلحة للطاعن في النقض لأنه طلب بطلان العقد ، وأما تأسيس طعنه على تحديد فترة اعتناقه المسيحية ، فلا تأثير له لأنه باطل من تاريخ انعقاده[79].

المطلب الثاني : الشروط الموضوعية لعقد الزواج

وتقتضي منا دراسة الشروط الموضوعية ضرورة التطرق (الفقرة الأولى) لشرط سماع العدلين الإيجاب و القبول ، (الفقرة الثانية) عدم الاتفاق على إسقاط الصداق .

الفقرة الأولى: سماع العدلين الإيجاب والقبول (الإشهاد)

الإشهاد على الزواج وسيلة للإطمئنان على الحياة الزوجية ، والحفاظ على حقوق الزوجين و الولد[80]وما يؤكد على أهمية الإشهاد قوله عليه الصلاة و السلام **"لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين"**[81]

وقد اختلاف الفقهاء حول الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه شرط الإشهاد على الزواج .

فقد ذهب جمهور الفقهاء من غير المالكية أن الشهادة تلزم حين إجراء العقد ليسمع الشهود الإيجاب و القبول عند صدورهما من المتعاقدين فإن تم العقد بدون الشهادة وقع فاسدا

---

[78] –سورة البقرة،الآية:221

[79]- قرار عدد 319 ملف عدد 461-5 منشور بكتاب "العمل القضائي في قضايا الأسرة" لابراهيم باحماني، المجلد الأول ، نقلا عن محمد بفقير، مدونة الأسرة والقضاء المغربي ، م س ص : 51

[80] –عمرو لمزرع ،غمز العيون في أحكام الزواج وإنحلاله ،مرجع سابق ، ص: 111

[81]- سنن الدارمي، كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي، رقم 2228.

أما المالكية فيرون أن الشهادة شرط لصحة الزواج سواء أكانت عند إبرام العقد أو بعده وقبل الدخول ويستحب فقط كونها عند العقد [82]

وقد سايرت مدونة الأسرة رأي جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج فنصت الفقرة الرابعة من المادة 13على أنه "يجب أن تتوافر في عقد الزواج الشروط الآتية :

سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول وتوثيقه ".

وما يعزز هذا القول ما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور 07/1/23 منشور بمجلة رسالة الدفاع عدد11 "الزواج المدني دون حضور شاهدين رجلين مسلمين يكون قد أبرم خلافا لمقتضيات المادتين 13 و14 من مدونة الأسرة [83].

ولصحة الإشهاد على الزواج لابد من توافر مجموعة من الشروط في الشاهد لكي تكون شهادته محل اعتبار وهي:

1- يجب أن يكون الشاهد عاقلا وراشدا، ومن تم فلا تصح شهادة الصبي وكذلك المجنون والمعتوه.

2- يجب أن يكون الشاهد مسلما.

3- أن يكون الشاهد عدلا لقوله تعالى:"**وأشهدوا ذوي عدل منكم**"[84] . ووجه الدلالة من هذه الآية أن الله تعالى أمر بإشهاد العدل والفاسق غير عدل. فلا تقبل شهادته في النكاح وغيره.

4- إشهاد رجلين على الأقل وفقا لما استقر عليه الجمهور وسار عليه المشرع المغربي. وقد أجاز الحنفية بهذا الصدد شهادة رجل وامرأتين طبقا للقواعد العامة المقررة في مجال البينة.

5- كما ينبغي أن يسمع الشاهدان فعلا تبادل الإيجاب والقبول المتبادل بين الأطراف المعنيين بأمر العقد؛ وفي مجلسه تطبيقا لأحكام البند الرابع من المادة 13من المدونة.

وتجدر الإشارة إلى أن العدلين المنتصبين للإشهاد —وهما صاحبا مهنة حرة- يقومان عمليا في التشريع المغربي بدور الإشهاد في العقد من جهة أولى، ويختصان وحدهما دون غيرهما بتوثيقه من جهة أخرى.[85]

---

[82]-عمرو لمزرع ، غمز العيون في أحكام الزواج والخلاله،مرجع سابق،ص:113

[83]-محمد بفقير،مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي ، مرجع سابق،،ص:19

[84]- سورة الطلاق الآية:02.

[85]- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق،ص: 229-230.

ويطرح الإشكال في حالة إذا حضر الشاهدان وطلب منهما كتمان الشهادة. فهل نكون أما نكاح السر؛وهو غير جائز لأنه يعتبر حكما زنا؟ أم أمام نكاح صحيح توفر فيه شرط الإشهاد فيكون العقد صحيحا؟

فقد ذهبت الحنفية والشافعية إلى أن الشهادة وحدها كافية للإعلان ولو تواصيا بالكتمان، والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم:" **لا نكاح إلا بشهود .**"[86] خصوصا وأنه لم يرد عن الشارع أي نهي عن نكاح السر إذا شهد عليه عدلان وأن هذا النكاح ليس سرا لأن عدد من علمه يصل إلى ثلاثة أشخاص وهم: الزوجين،الولي والشاهدين.[87]

ومع تقرير المشرع المغربي أن الزواج يجب أن يبرم أمام عدلين منتصبين للإشهاد تنمحي عمليا صورة نكاح السر من التشريع المغربي؛اللهم إذا ما تم في غير هذا الوضع؛حيث يخضع إثباته طبقا للكيفية المنصوص عليها في الفقرة الثانية والثالثة والرابعة من المادة 16 من مدونة الأسرة.[88]

الفقرة الثانية: عدم الاتفاق على إسقاط الصداق

الصداق في اللغة مأخوذ من مادة أصدق يصدق إصداقا، ويجمع على صدقة أو صدقات، يقول الله تعالى:" وآتوا النساء صدقاتهن نحلة."[89]

وفي الاصطلاح الشرعي يقصد بالصداق "ذلك المال الذي تستحقه المرأة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة ."[90]

ولقد عرفت مدونة الأسرة الصداق من خلال المادة 26 منها كونه:" 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"

والصداق نوعان ؛إما أن يكون صداقا مسمى، وهو الذي اتفق عليه الطرفان في العقد، سواء كان نقودا او ذهبا أو منفعة الشيء وما إلى ذلك من الأشياء التي تصلح أن تكون صداقا مما صح الالتزام به شرعا.[91] وإما أن يكون صداق المثل؛ وهو الذي يعطى للزوجة في حالة عدم تسمية الصداق لها،والمقصود به الصداق الذي يدفع للمرأة التي تماثل الزوجة من أسرة أبيها أو ما يدفع عادة صداقا لنظيرتها من أهلها.

---

[86]- أخرجه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة، تحت رقم 1104.

[87] – إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، مرجع سابق،ص:161.

[88] – محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة،مرجع سابق،231.

[89] سورة النساء الآية 4.

[90] :إدريس اجويلل، شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق ،مرجع سابق،ص:105،

[91] – تنص المادة 28 من مدونة الأسرة على أنه:"كل ما صح التزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا، والمطلوب شرعا تخفيف الصداق."

وهذا ما جاء في قرار صادر عن غرفتين بالمجلس الأعلى (سابقا) بتاريخ 8-2-2004، تحت عدد582، في الملف عدد 661/03 أنه:" يعتبر حفل الزفاف وإشهاره بين الناس دليلا على الإيجاب والقبول، ويكون الزواج صحيحا إذا اقتضته ظروف استثنائية دون الإشهاد به، وإذا **تم الدخول دون تحديد الصداق،فإن الزواج يعتبر من نكاح التفويض تستحق المرأة صداق المثل عن مهرها مادام لم يتم الاتفاق على إسقاطه."**[92]

كما أن الصداق يمكن أن يكون معجلا أو مؤجلا طبقا للمادة 30 من مدونة الأسرة التي تنص على أن :" يجوز الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلا أو بعضا.".

والمقصود بالصداق المعجل هو الذي اتفق الطرفان على أدائه عند العقد أو عند الدخول ويسمى في هذه الحالة بمقدم الصداق، أما الصداق المؤجل، فهو الذي اتفق الطرفان على أدائه بعد الدخول ويسمى أيضا بمؤخر الصداق.[93]

من هنا يتبين أهمية الصداق في الزواج، بحيث لا يجوز الاتفاق على إسقاطه شرعا وقانونا، فقد ورد في السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج و زوج بناته على صداق ولم يتركه في النكاح مع أن الله تعالى أباح له الزواج بدون مهر.

وعلى العموم فإن المشرع المغربي قد بين بتفصيل كل المقتضيات المتعلقة بشروط صحة عقد الزواج والتي اقتصرنا في هذا المبحث على ذكر الشروط القانونية التي لا يجب الخروج عنها بتاتا، حيث هناك عدة شروط أخرى سواء متعلقة بحالات خاصة في الزواج كزواج المغاربة المقيمين بالخارج أو تلك التي تأخذ ذات طابع اتفاقي ترك فيها المشرع المغربي للأطراف حرية كاملة في تنظيمها كشرط تدبير الأموال المكتسبة وشرط التعدد...إلخ.

خاتمة :

[92]- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي،مرجع سابق، ص:41.

[93]-- إدريس الفاخوري،قانون الأسرة المغربي، مرجع سابق،ص:126.

ختاما يمكن القول بأن عقد الزواج يعتبر من أهم العقود التي تطبع حياة الإنسان؛ إذ يعتبر الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الجنس البشري و تنظيم النسل، ولعل أهميته تجسدت في وصف القرآن له بالميثاق الغليظ.

إن هذه الأهمية هي التي انعكست على مختلف الشرائع السماوية و التشريعات الوضعية التي بادرت إلى تنظيمه من خلال النص على كل المقتضيات المتعلقة بنشأته وسريانه أو حتى انحلاله.

ولعل هذا ما ينطبق بالتأكيد على مدونة الأسرة المغربية المحدثة بموجب القانون 70.03، حيث أصلت لأركان الزواج وحصرتها في ركنين أساسيين وهما : الإيجاب والقبول، مبينة في ذلك شروط صحتهما والآثار المترتبة عن اتصالهما بأي عيب من عيوب الرضى.

كما تطرقت المدونة لشروط صحة الزواج المحددة في خمسة شروط وهي: الأهلية الكاملة للزواج، الولي عند الاقتضاء، انتفاء الموانع الشرعية، عدم الاتفاق على إسقاط الصداق وأخيرا الإشهاد على عقد الزواج.

حري ذكره أن هناك مجموعة من الشروط الإرادية الأخرى التي تبقى خاضعة لإرادة الأطراف والتي منح فيها المشرع المغربي للأطراف حرية تحديدها بناء على مبدأ سلطان الإرادة ما دامت لاتتعارض مع الغاية من إجازة الزواج ومن بين هذه الشروط ما يتعلق بتدبير الأموال المكتسبة أثناء فترة الزواج .

غير أن ما نستشفه من خلال هذه الدراسة أن مدونة الأسرة المغربية حاولت أن تنهج موقف وسطا بخصوص بعض الأمور التي أثارت نقاشا بين فقهاء المذاهب الأربعة دون أن تغفل عن قواعد المذهب المالكي. وان كنا نسجل خروجا ملحوظا لمدونة الأسرة عن بعض ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي التي تعد ولاية المرأة على نفسها أهمها استجابة لتطورات فرضتها الفترة الراهنة.

بقي أن نشير في الأخير أن الموقف الذي تبناه المشرع المغربي في المادة 400 من مدونة الأسرة التي تحيل على الراجح في الفقه المالكي في كل مسألة سكتت عنها المدونة لهو موقف يحسب للمشرع لأنه بهذه القاعدة يكون قد وضع الأساس لمبدأ من مبادئ الأمن القانوني ألا وهو خلق قواعد قانونية مرنة قادرة على استيعاب أي مستجد أو مستحدث في المستقبل.

لائحة المراجع المعتمدة:

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

السنة النبوية الشريفة.

المعاجم اللغوية:

- ✓ كتاب شمس علوم ودواء كلام العرب من الكلوم لنشوات بنسعيد الحميري اليمني. حققه الحسين بن عبد الله ومطهر بن علي بن يوسف ويوسف محمد عبد الله، دار النشر الفكر المعاصر بيروت لبنان ودار القمر دمشق طبعة 1999.
- ✓ معجم اللغة العربية المعاصرة لأحمد مختار عبد الحميد مختار، الناشر عالم الكتب الطبعة الأولى 2008 الجزء الثالث.
- ✓ معجم مقاييس اللغة لابن فارس دار الفكر، عام 1979 الجزء الثاني.

المراجع العامة:

- ✓ محمد بفقير,مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي,الطبعة الثانية 1432\2011 ,مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- ✓ عمرو لمزرع ,غمز العيون في أحكام الزواج وانحلاله ,الطبعة الثانية 2014, مطبعة آنفو برانت,{الليدو} فاس.
- ✓ الشحات إبراهيم أحمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، محمل من الرابط التالي: www.olc.bu.eg ، تاريخ التحميل: 30-10-2017 على الساعة:10:52.
- ✓ نور الدين أبو لحية، عقد الزواج وشروطه، دار الكتاب الحديث،القاهرة، الطبعة الأولى،دون ذكر تاريخ الطبعة،

المراجع الخاصة:

- ✓ إدريس الفاخوري, قانون الأسرة المغربي,الجزء الأول أحكام الزواج,طبعة 2015\2016 مطبعة الجسور,شارع رمضان الكاضي وجدة.
- ✓ إدريس اجويلل , شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق الجزء الأول,عدم ذكر الطبعة,مطبعة آنفو برانت,{الليدو} فاس,2014.

✓ محمد الكشبور,شرح مدونة الأسرة,الجزء الأول الزواج,الطبعة الأولى1427\2006 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.

✓ محمد الزهر,شرح مدونة الأسرة{الزواج ,انحلال ميثاق الزوجية وآثاره,الولادة ونتائجها},الطبعة الثالثة 2008, مطبعة دار النشر المغربية عين السبع الدار البيضاء 2008.

الرسائل الجامعية:

✓ حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر في قانون الأسرة جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان-الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر،السنة الجامعية 2009-2010.

✓ صادق سالم، الولي في الزواج، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق:تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق،الموسم الجامعي:2014-2015.

✓ يوسفي كهينة/ ولامي ليلى، عقد الزواج وفقا للأحكام الجديدة لقانون الأسرة الجزائري،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص الشمال، جامعة عبد الرحمان ميرة،بجاية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2012-2013.

المجلات:

✓ المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية،(REMALD)، سلسلة نصوص ووثائق العدد 95، الطبعة الأولى مطبعة المعارف الجديدة الرباط ، 2004.

فهرس المحتويات:

المحتويات	الصفحة
مقدمة	02
المبحث الأول:أركان عقد الزواج على ضوء مدونة الأسرة	04
المطلب الأول:الإطار التنظيمي للإيجاب والقبول	04
الفقرة الأولى:الإيجاب والقبول	04
أولا:تعريف الإيجاب	04
ثانيا:تعريف القبول	05
الفقرة الثانية: شروط الإيجاب والقبول	05
أولا:الصيغة	06
ثانيا:إتحاد مجلس الايجاب والقبول	08
ثالثا:باتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أوفاسخ	09
المطلب الثاني: الإيجاب والقبول المشوبين بعيب من عيوب الرضى	10
الفقرة الأولى: الإكراه	11
الفقرة الثانية: التدليس	12
المبحث الثاني: شروط عقد الزواج وفق مدونة الأسرة	14
المطلب الأول: الشروط الذاتية لعقد الزواج	14
الفقرة الأولى: الولاية في عقد الزواج	14
الفقرة الثانية: الأهلية في عقد الزواج	16
الفقرة الثالثة:إنتفاء الموانع الشرعية	19
المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لعقد الزواج	23
الفقرة الأولى:سماع العدلين الإيجاب والقبول وتوثقه	23
الفقرة الثانية:عدم الاتفاق على إسقاط الصداق	25
خاتمة	27
لائحة المراجع	28
الفهرس	30