جامعة محمد الخامس بالرباط
Université Mohammed V de Rabat

ماستر العلوم القانونية

وحدة قانون الأسرة

عرض تحت عنوان

الأهلية والولاية في الزواج على ضوء مدونة الأسرة المغربية

تحت إشراف الأستاذة:

الدكتورة: رجاء الناجي المكاوي

عداد الطلبة :

- أيوب عويش
- محمد حزلاك
- محمد قنوفي
- نادية لخماملي

السنة الجامعية:

2019-2018

مقدمة:

يعتبر عقد الزواج من التصرفات القانونية التي تحتاج إلى إدراك لأنه يترتب عليه من أثار باعتباره ميثاقا غليض لذا يجب على العاقد أن يكون عاقلا بالغا و البلوغ المطلوب هو سن التي يصبح فيها كل من الرجل والمرأة أهلا لإنجاب الأولاد.غير أن هذا السن تختلف من بلد لآخر لتأثير بعض العوامل الفسيولوجية و الجغرافيا، فالزواج من اخص شؤون الإنسان و الزوجان هما طرفا عقد الزواج و صاحب الشأن فيه فقراره بيدهما،هذا مع توفر الأهلية و الصلاحية أما مع النقص و القصور فإن المشرع يفوض لأقرب الناس و أحرصهم على مصلحة دالك الإنسان و على أمر الإشراف على زواجهم وهو ما يعبر عنه بأولياء العقد،أي الأشخاص الدين لهم صلاحية إنشاء عقد الزواج للشخص الذي يفقد أهلية التعاقد.

من هنا جاءت أهمية الأهلية و الولاية للزواج التي كانت موضع اهتمام و نقاش في مختلف الديانات و الشرائع القديمة و لا تزال تحظى بهذا الاهتمام في القوانين والتشريعات الحديثة،منها المشرع المغربي الذي أولى عناية خاصة لعقد الزواج،فوضع له شروط و أركان بصدور أول مدونة تتعلق بالأحوال الشخصية في المغرب لسنة 1957 خاصة فيما يتعلق بالأهلية و الولاية .

و مع صدور مدونة الأسرة لم تعد الولاية تحت سلطة الولي بل أصبحت حق من حقوق المرأة الراشد ة تمارسها حسب اختيارها و مصلحتها .

أما عن الأهلية فالمشرع المغربي قد وحدها في 18 سنة كاملة بالنسبة للجنسين المتمتعين بقواهما العقلية، و نظرا لاعتبارات اجتماعية و نفسية و دينية فإن المشرع وضع استثناء للقاعدة المنصوص عليها في المادة 19 و يتعلق الأمر بزواج ما لم يبلغ سن الرشد و زواج المصاب بإعاقة ذهنية.

وأبرز الدوافع التي دفعتنا إلى إختيار هذا الموضوع هو الإشكاليات التي لم يحسن المشرع التعامل معها الشيء الذي جعل القضاء نفسه يتردد وإجتهاداته تتباين بين مد وجزر خصوصا عدم سكوته عن بعض الإشكاليات التي يثيرها الولاية كموضوع،

الشيء الذي يدفعنا كطلبة باحثين إعمال المادة 400 التي تحيلنا على المذهب المالكي في كل المسائل التي لم يرد في شأنها نص.

لذلك فالإشكال المحوري المطروح والتي يثير أكثر من علامة إستفهام مدى ملاءمة الأحكام والمستجدات الواردة في مدونة الأسرة المتعلقة بالأهلية والولاية في الواقع المغربي ؟ هذا تتفرع عليه مجموعة من الإشكاليات الجزئية وإن كنا فضنا هذا المصطلح عوض الفرعية لدقة وحساسية هذا الموضوع وهي كالآتي:

كيف نظم المشرع الأهلية والسن المحدد لها ؟

*هل مازال المشرع يميز بين أهلية الزواج والأهلية اللازمة لمزاولة باقي التصرفات القانونية ؟

*أين تتجلى الإستثناء ات الواردة على الأهلية ؟

* الآثار المترتبة عن عقد زواج ناقصي الأهلية ؟

*ومادور نيابة العامة في قضايا الأهلية باعتبارها الطرف الأصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق مدونة الأسرة بموجب المادة 3 ؟

*هل مازالت الولاية في القانون المغربي ذات اعتبار أو كشرط من شروط اللازمة لقيام عقد الزواج ؟

*هل الواقع المجتمعي المغربي لازال يقيم وزنا للولاية ؟

للإجابة عن هذه الإشكاليات فضلنا الإعتماد على المنهج الإستقرائي وأيضا المنهج التاريخي وكذلك المنهج المقارن والمنهج الإحصائي، ومعالجته الموضوع من خلال مبحثين، الأول سنستعرض فيه للأهلية على أن نتناول في المبحث الثاني إشكالية الولاية في القانون المغربي والواقع.

المبحث الأول: الأهلية الزواج فـــي التشريع المـــغربي

لقد نظمت مدونة الأسرة أحكام الأهلية في الأول من القسم الثاني، فالمشرع المغربي لم يعرف الأهلية[1] شأنه في ذلك شأن باقي التشريعات، لأن وضع التعاريف و تحديد المصطلحات العلمية هو من عمل الفقه لا التشريع.

إلا أن المشرع اكتفى بتقسيم الأهلية لنوعان أهلية الأداء و أهلية الوجوب[2]، و ما يهمنا في هذا الصدد هو أهلية الأداء، بحيث تطرقت المدونة إلى تعريفها بمقتضى المادة 208 على أنها تمثل صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية المالية و نفاذ تصرفاته، و يحدد القانون شروط اكتسابها و أسباب نقصانها أو إعدادها.

فالزواج يعد من الحقوق الشخصية إذ لا يكفي التراضي وحده لقيام عقد الزواج بل لابد من صدوره عن فردين متمتعين بأهلية كاملة، أو أحدها ناقص لأهلية الزواج. غير أنه بشروط فهذا ما سنتناوله في (المطلب الأول)، ثم سنعرج على دراسة الآثار المترتبة عن عقد الزواج بالنسبة لناقصي الأهلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأهلية القانونية و الاستثناءات الواردة عنها.

الأهلية في اللغة هي الصلاحية والجدارة والكفاية لأمر من الأمور، فالأهلية للأمر هي الصلاحية له، ومنه قوله تعالى في حق المؤمنين " *وألزمهم كلمة التقوى وكانوا أحق بها وأهلها* وكان الله بكل شئ عليما ".[3] وأيضا قوله تعالى: " *وَمَا يَذْكُرُونَ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ ۚ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَىٰ وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ* "[4].

وفي الاصطلاح، هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شانها إن تكسبه حقا، أو تحمله التزاما على وجه يعتد به قانونا، وهو تعريف مركب يدل على إن الأهلية نوعان: أهلية وجوب ، وينطبق عليها الشق الأول من التعريف، وأهلية أداء، ويقصد بها ما جاء في الشق الثاني كما تمت الإشارة إلى ذلك سلفا.

وفي هذا المطلب سنعمل على تحديد الأهلية القانونية في التشريع المغربي وبعض الأنظمة المقارنة (الفقرة الأولى) على ان نحدد الاستثناءات الواردة عليها (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الأهلية القانونية في التشريع المغربي و الأنظمة المقارنة.

حددت المدونة في المادة 19 على أن الأهلية الزواج لإتمام الفتى و الفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية، و هي بذلك قيدت تصرفات البالغ بمختلف أشكال البلوغ الشرعية التي حددها

---

[1] الأهلية لغة : الجدارة و الكفاءة, أما اصطلاحا: قابلية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات.

[2] راجع المادة 207 من مدونة الأسرة

[3] -سورة فتح الآية 26

[4] - المدثر الآية 56

الفقهاء، كما قيدت تصرفات الأولياء و منعتهم من تزويج من لم يصل لتلك السن ما لم يأذن القضاء بذلك بعد تحققه من المصلحة[5].

فما هي المقاصد التي سعي المشرع إلى تحقيقها من خلال هذا القيد؟ و ما هي الأدلة على مشروعية اعتماده؟ و هل توحيد سن الرشد للفتى و الفتاة و جعله في 18 سنة لكل منهما يخدم مصلحة المجتمع المغربي سواء في المدينة أو في البادية؟ و هل يتفق الفقه و الشريعة بالإضافة إلى الأنظمة الأخرى على السن التي حدده المشرع الأسري؟

إن المشرع في المادة الأسرية لا يعتبر سن الرشد هو الشرط الوحيد بالنسبة للأهلية القانونية لزواج، بل أوجب التمتع كلا من الطرفين بكامل قواهما العقلية ر الإضافة البلوغ. لأهلية الزواج كانت تختلف ما بين الفتى و الفتاة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، حيث كانت أهلية الفتى تكتمل بإتمامه سن الثامنة عشرون أهلية الفتاة بإتمامها سن الخامسة عشر، وذلك حسب المقتضيات التي كانت في الفصل الثامن من القانون الملغى[6].

غير أنه لمجموعة من الاعتبارات منها التوقيع على مجموعة من الاتفاقيات، بالإضافة إلى الهيئات النسائية التي طالبت برفع سن الزواج بالنسبة للفتاة إلى سن الثامنة عشر، و هو ما أخد به المشرع في المادة 19 من مدونة الأسرة. إذن فالمشرع بهذا التغيير قد أقر مبدأ المساواة بين المرأة و الرجل. هذا كان بالنسبة لشرط سن أهلية الزواج، أما فيما يخص الشرط التأني فهو البلوغ و يقصد به اكتمال الفرد لنموه الجسماني. و يجمع الفقهاء المسلمون على أن البلوغ يتحقق بظهور علامات محددة... لكن حالة تأخر هذه العلامات فكيف يتحدد سن الرشد؟

إن الفقه لم يتفق على سن واحد لكن بالرجوع إلى المذهب المالكي نجده يحدد سن البلوغ في ثمان عشرة سنة، وزيادة على الشرطين السابقين فهما يعدان غير كافيان، حيث يستلزم شرط آخر و هو العقل الذي يعد شرطا أساسيا، فقد اشترطه المشرع المغربي في عقد الزواج. فتمتع الزوجين بالعقل أمر منطقي لا يحتاج إلى النص عليه، لذلك فإن المصاب بخلل عقلي أو عته قريب إلى الجنون، لا يكون أهلا لمباشرة عقد الزواج و ذلك حرصا على الرضائية في العقد، فالزواج هو أكثر العقود تطلبا الرضي التام، هذا كان فيما يخص التشريع المغربي. فماذا بالنسبة للأنظمة التشريعية المقارنة؟

هناك من ذهب في نفس الاتجاه الذي نهجه المشرع المغربي، بينما هناك من خالفه فيما يخص شرطا من شروط أهلية الزواج ألا و هو السن.

بالنسبة للقانون الجزائري وحد هو الآخر سن الزواج و حدده في 19 سنة، بينما المشرع التونسي يمنع الزواج على الرجل و المرأة ما لم يبلغ كل منهما 18 سنة كاملة. و ذلك ما نصت عليها المادة 5 من مجلة

---

[5] الحسين موسى, مدونة الأسرة في ضوء التقيد والمباح(الأهلية, التعدد,الطلاق), الطبعة الأولى, مركز الدرسات السرية والبحث في القيم والقانون, 2015, ص46 .

[6] ادريس الفاخوري, قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج, دراسة مقارنة معززة بأحد التطبيقات القضائية لمحكمة النقض ومحاكم الموضوع,الجزء الأول أحكام الزواج, الرباط, طبعة 2016. ص137

الأحوال الشخصية التونسية، في حين أن ليبيا تقتضي في المادة 6 بالزواج عند اكتمال سن عشرين سنة، بينما موريتانيا سلكت نفس النهج المغربي، و حددت نفس سن الأهلية للزواج[7]، بالإضافة للقانون المدني الفرنسي الذي رفع سن الزواج إلى 18 سنة بالنسبة للفتى و الفتاة.

L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolu.

و نستنتج مما سبق أن المشرع المغربي رغم تطربه للأهلية الكاملة لإبرام عقد الزواج، إلا أنه ورد على هذا الشرط استثناءات على خلاف مجلة الأحوال الشخصية لتونس، التي وحدة سن الزواج في 18 سنة، إلا أنها لم تجعل أي استثناء على هذا الشرط. فشرط الأهلية الكاملة حسب المشرع المغربي هو القاعدة العامة، و الاستثناء عليها هو ما سنتطرق له في الفقرة الثانية و من هنا يطرح التساؤل عن طبيعة هذه الاستثناءات الواردة على هذا الشرط؟ و ما هي مبرراتها؟ و ما طبيعة الحماية القانونية الممنوحة للأفراد في هذه الحالات الاستثنائية؟

الفقرة الثانية: الاستثناءات الواردة على شرط الأهلية

إذا كان الأصل هو بلوغ سن 18 سنة سواء كان فتى أو فتاة فذلك بغاية تفادي الزواج المبكر،إلا أن المشرع سمح بالزواج للقاصر (أولا) و أجاز بتزويج المصاب الإعاقة الذهنية (ثانيا)

<u>أولا:</u>يعرف القاصر بأنه البر الذي لم يبلغ سن الرشد و هو 18 سنة، فالمشرع سمح لهذا الأخير بإبرام عقد الزواج فإذا كان زواج الفتى يقف أمامه عوائق موضوعية، الأمر الذي جعل نسبة طلبات الإذن له منخفضة جدا (أقل من 1%)، فإن الفتاة على عكس من ذلك ليست مسؤولة من الناحية المبدئية عن التكاليف المادية للزواج، و هي في الغالب مطلوبة للزواج و ليست طالبو.

و لذلك فكثير ما يعرض عليها الزواج وهي لم تصل بعد لسن الأهلية د. فكيف يتعامل القضاة مع هذه الحالات؟ و ماهي معايير القبول أو الرفض للطلب؟

لقد نصت المادة 20 من مدونة الأسرة أنه لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتي و الفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليها في المادة 19 و ذلك بمقرر معلل يبين فيه المصلحة و الأسباب المبررة لذلك.

فبعد استماع القاضي أب القاصر أونائبه الشرعي أو الاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي يقر القاضي بقبول الصلب أو لرفضه[8].

لكن السؤال المطروح هنا هو هل الخبرة الطبية و البحث الإجتماعي[9] يحققان نفس المقاصد في الكشف عن المصالح المرجوة من النكاح أو المفاسد المترتبة عليه؟ و ماهي الاجتهادات القضائية في الموضوع؟

من خلال الإطلاع على بعض الأحكام القضائية يظهر اختلاف القضاة في تقدير مصلحة زواج القاصرات، بين مشدد و متساهل. ففي قضية عرضت على أنظار القضاة بطنجة، حيث رفض فيها إبتدائيا و

---

[7] محمد الشافعي, قانون الأسرة في دول المغرب العربي , الطبعة الأولى, السنة 2009, ص54.

[8] ادريس الفاخوري, قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج, طبعة 2016,المرجع السابق,ص139.

[9] محمد علمي, محضرات في قانون الأسرة, السنة الجامعية2015/2014,ص34

إستئنافيا طلب تزويج فتاة قاصر عمرها 14 سنة، رغم توفرها على خبرة طبية تثبت قدرتها على الزواج، و رغبتها فيه و قبول الأب الخاطب نظرا إصلاحه و قدرته على توفير العيش الكريم لإبنته. و قد عللت المحكمة حكمها بكون البنت لا زالت قاصرا، و أن مصلحتها تقتضي عدم الزج بها في مشاكل الحياة الزوجية حتى يكتمل نضجها العقلي و النفسي[10]. بينما عرض ملف مشابه على محكمة الاستئناف بوجدة حيث أذن القضاء فيه بالزواج لقاصر عمرها 15 سنة، مستندا على الخبرة الطبية و خوف العنت[11].

و بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجده أجاز للمميز البالغ أن يبرم لنفسه عقد الزواج، لكنهم يعتبرون البلوغ شرطا لصحة الزواج، لكنه يتوقف على موافقة الولي.

و ذهب الأحناف إلى أنه يجوز زواج الصبي العاقل و حكمه في ذلك حكم البالغ العاقل الرشيد، و في هذا الاتجاه نفسه ذهب الحنابلة لكن شريطة موافقة الولي، بينما المشرع المغربي فقد أخذ بالمذهب المالكي الذي نص على أن للأب تزويج الصغيرة كما له تزويج الصغير لمصلحة اقتضت ذلك. إلا أن القاضي الأسري حدد ضوابط و معايير يجب على القاضي مراعاتها عند بثه في ملف زواج القاصر، و ذلك من أجل الوقوف على المصلحة المرجوة من هذا الزواج، و بالرجوع إلى المادة 20 المشار إليها سابقا يتبين لنا أن المدونة أجازت زواج الفتى و الفتاة دون سن الأهلية القانونية المنصوص عليه في المادة 19 و ذلك بتوفر الشروط التالية:

1)مقرر معلل[12].

2) الاستماع للنائب الشرعي للقاصر.

3) إجراء خبرة طبية أو بحث اجتماعي.

4) مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر وهو مقرر غير قابل للطعن، بينما مقرر رفض الطلب هو قابل للطع[13].

وقد جاء في هذا الصدد قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالناطور حكم على أنه:" المحكمة أمرت تمهيديا بعرض القاصر على خبرة طبية حيث خلص التقرير على أن القاصرة مؤهلة جسمانيا و نفسيا، و قادرة على تحمل المعاشرة الزوجية في سنها دون أضرار و بالتالي قبل طلب الإذن بالزواج... "[14]

ثانيا: أما فيما يخص المصاب بخلل عقلي فيعتبر عديم التميز و فاقد لحرية الاختيار و يتعذر عليه بالتالي التعبير عن الإرادة.

و معلوم أن الإعاقة الذهنية مرادفة للعته و لا تشمل أنواع الخلل العقلي الأخرى من جنون و غيره، و هذا ما عبرت عنه المادة 216 بتنصيصها على أن المعتوه هو الشخص المصاب بالإعاقة الذهنية لا يستطيع

---

[10] اديس الفاخوري, العمل القضائي الأسري, الجزء الأول, الدار البيضاء, الطبعة الأولى 2009, ص 39

[11] اديس الفاخوري, العمل القضائي الأسري, الجزء الأول, الطبعة الأولى, نفس المرجع, ص 39

[12] المادة 229من مدونة الأسرة.

[13] ادريس اجويلل, شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق,

[14] قرار رقم 288 الصادر عن محكمة الاستئناف بالناظور بتاريخ 2014/05/12 في الملف عدد 139/1616/2014.

معها التحكم في تفكيره، في حين أن المجنون هو فاقد العقل و الأهلية سواء كان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا بحيث تعتريه فترات يؤوب إليه عقله.

وقد نصت المادة 23 من مدونة الأسرة على أنه: " يأذن القاضي المكلف بالزواج بزواج المصاب بالإعاقة الذهنية ذكرا أم أنثى، و يجب تقديم تقرير حول إعاقته من طرف خبير أو أكثر."

على خلاف القانون القديم حيث كان القاضي يعطي الإذن بالزواج المجنون أو المعتوه، إذا تبث بتقرير هيأة أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في علاجه، و أطلع الطرف الآخر على ذلك و رضي به.

و بالتالي يتبين لنا أن مدونة الأسرة قد ميزت بين أسباب نقص الأهلية،و حددها في الصغير المميز، و السفيه، و المعتوه (المادة 213). بينما أسباب انعدام الأهلية حددتها في الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز، و المجنون، و فاقد العقل (المادة 217). و ذلك عكس القانون الليبي الذي يسمح بزواج الشخص المصاب بالإعاقة الذهنية، و المجنون، و المعتوه سواء كان ذكرا أو أنثى، لكن بعد توفر بعض الشروط.

و بالرجوع إلى التشريع المغربي نجد أن إذن القاضي الأسري لا يشمل تزويج القاصر فقط، بل يشمل كذلك زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أو أنثى، و هذا الإذن لا يمنح إلا بعد توفر شروط أساسية أشارت إليها المادة 23 من مدونة الأسرة و هي:

1) تقديم تقرير من طرف الطبيب حول حالة الإعاقة.

2) إطلاع الطرف الآخر أي شريك حياته على حالة الإعاقة.

3) يجب على الطرف الآخر أن يكون بالغا لسن الرشد (18 سنة) و متمتعا بكامل قواه العقلية.

4) على الطرف الكامل الأهلية أن يرضى صراحة بعقد الزواج.

و يتضح من خلال مقتضيات هذه المادة أن المشرع لم يشترط موافقة النائب الشرعي/ الولي، بالنسبة لذوي الإعاقة الذهنية. على عكس الفقه الإسلامي و تحديدا عند الشافعية حيث تم التأكيد على ضرورة موافقة الولي، بينما المذهب المالكي فقد إختلفو معهم فيما يخص السفيه حيث يمكن لهذا الأخير أن يعقد زواجه بنفسه بعد إذن وليه أو بغيره.

و للتوضيح فإن القاضي و كما هو الشأن بخصوص زواج من لم يبلغ سن الرشد لا يبث في الموضوع في إطار المحاكمة المتعلقة بالقضاء الفردي، و إنما في إطار خاص أوجبه المشرع لمعالجة حالة خاصة عن طريق سلوك مسطرة بسيطة و غير معقدة، عكس التي تفرض عادة بمناسبة رفع الدعوى. لكن السؤال المطروح هو هل مدونة الأسرة وفرت الحماية الكافية للقاصر و المصاب بإعاقة ذهنية؟ و ماذا عن التصرفات القانونية الناتجة عن عقد الزواج؟ هل تقع على عبء القاصر أو المصاب بإعاقة ذهنية؟ و هل تزايد تزويج القاصرات راجع إلى إقرار المشرع له؟ و هل العمل التشريعي وحده قادر على توقيف نزيف زواج القاصرات أم يجب تفعيل أدوار الجمعيات المدنية و المساهمة في تغيير العقليات قبل النضال من أجل تغيير القوانين؟

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن عقد زواج ناقصي الأهلية ودور نيابة العامة في قضايا الأهلية

لا شك في أن كل العقود ترتب آثار قانونية سواء كانت صحيحة أو قابلة للإبطال إلا أن دراستنا في هذا المطلب سنقتصر فقط على الآثار المترتبة عن عقد الزواج الذي يكون أحد طرفيه ناقص الأهلية (الفقرة الأولى) ثم دور النيابة العامة في القضايا المتعلقة بناقصي الأهلية في عقد الزواج (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الآثار المترتبة عن الزواج بالنسبة لناقص الأهلية

نشير بداية إلى أن الزواج له تبعات مدنية مالية, ومن تم فربطه بسن الأهلية المدنية يفيد تحميل الزوجين تبعات عقد الزواج ومسؤولياته, فالإنفاق على الأسرة صميم المسؤوليات الزوج ولا يمكن أن يؤدن له بالزواج ثم يمنع من التصرفات اللازمة بسبب غياب الرشد أو نقصه.[15]

وبالرجوع لمدونة الأسرة التي سبقت أن سمحت لناقص الأهلية إبرام عقد الزواج بشروط كما تم التطرق إليه في المطلب أعلاه, ونصت المادة 22 من مدونة الأسرة على أنه يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه, الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. إن طبيعة هذه التزامات الناجمة عن عقد الزواج بمجرد إبرامه تتطلب الأهلية وبتالي فبمجرد إبرام عقد الزواج يصبح ناقص الأهلية له أهلية رفع الدعاوي القضائية بالنسبة لكل القضايا المتعلقة بالآثار الناجمة عن عقد الزواج من حقوق والتزامات[16]. وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة أعلاه أنه "يمكن للمحكمة بطلب من أجد الزوجين او نائبه الشرعي أن تحدد التكاليف المالية للزوج المعني وطريقة أداءه". فالخلاف يحدث بين المتزوج القاصر وبين نائبه الشرعي حول تقدير وكيفية أداء ما يحتاج إليه القاصر من التكاليف مالية لحياته الزوجية كتقدير النفقة الشهرية والسنوية[17]... فالمحكمة تبث في مثل هذه النزاعات[18] وتسمع الدعوى المقدمة من المأذون لهم بالزواج دون السن القانونية بمجرد إبرام عقد الزواج. من هنا يطرح سؤال حول إشكال إذا تم إبرام عقد الزواج بين الزوجين كاملا الأهلية وأصيب أحدهم بالجنون أثناء الحياة الزوجية, فهل سيستمر الزوج في مباشرة مصالحه المالية؟ في هذا الصدد

---

15 الحسين موسى, مدونة الأسرة في ضوء التقيد والمباح(الأهلية, التعدد,الطلاق), الطبعة الأولى, 2015, المرجع السابق ص52 .

16 ادريس الفاخوري, قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج, طبعة 2016,المرجع السابق,ص159

17 الدليل عملي لمدونة الأسرة لوزارة العدل, الطبعة الثالثة , 2007, ص 30

18 ادريس الفاخوري, قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج, طبعة 2016,المرجع السابق,ص159

ذهب حكم المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة رقم 06/5631 الذي جاء فيه "قبول طلب التحجير لا يستطيع المعني بالأمر مباشرة مصالحه المالية والقانونية نظرا لإصابته بالجنون".

وبالتالي فالقاصر الذي لم يتمم ثماني عشرة سنة المأذون له بالزواج يكتسب أهلية التقاضي في كل ما يتعلق بآثار الزواج,من حقوق التزامات باستثناء ما يتعلق بالتصرفات المالية للقاصر فلابد من صحتها من دخول الحاجر في الدعوى, كدعوى الطلاق ألخلعي, فالزوجة التي دون سن الرشد القانوني إذا خلعت وقع الطلاق ولا تلزم ببدل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي. وبذلك فالأمور التي لها علاقة بالحالة الشخصية يمكن توجيه دعوى بشأنها من طرف القاصر أو ضده, أما

القانون إذا تعلق المر بالمسائل المالية تحتم دخول الحاجر في الدعوى وهذا ما هو إلا تأكيد على الخصوصية التي تتفرد بها قضايا الأسرة والتي حاول المشرع المغربي من خلالها قدر الإمكان حماية القاصرين[19].

نستنتج مما سبق أن المشرع المغربي حاول قدر الإمكان مراعاة البعد الاجتماعي والإنساني الذي تتميز به مدونة الأسرة ويتضح ذلك من خلال السماح للقاصر التقاضي أمام القضاء وذلك استثناء من الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية التي تعتبر الأهلية شرط قبول الدعوى أي من النظام العام في رفع الدعوى أمام القضاء وبالتالي فلطرف الأخر أن يدفع قبل كل دفع أو دفاع. وقد صار المشرع الجزائري في نفس الاتجاه حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 7من قانون الأسرة الجزائري "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثر عقد الزواج من حقوق والتزامات"[20].

الفقرة الثانية: دور النيابة العامة في قضايا ناقصي الأهلية

نستهل بداية هذه الفقرة بالمادة الثالثة من مدونة الأسرة التي نصت على أنه: "تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة" هذا كقاعد عامة وبالتالي فدورها في قضايا المتعلقة بزواج ناقصي الأهلية أولى نظرا لوجود أحد أطراف الرابطة الزوجية ناقص الأهلية, وتجسد المادة 221 من مدونة الأسرة دور النيابة العامة بحيث نصت على أنه: "يصدر الحكم بالتحجير أو برفعه بناء على طلب من المعني بالأمر أو من النيابة العامة أو ممن له مصلحة في ذلك" كما جاء في المادة 220 "فاقد العقل والسفيه والمعتوه تحجر عليهم المحكمة بحكم من وقت ثبوت حالتهم بذلك...".

نستنتج أن المشرع المغربي من خلال استقرائنا لهاتين المادتين نجد على أنه إذا تبث عارض الأهلية على أحد الأفراد وذلك بناء على طلب من النيابة العامة تحكم المحكمة بحكم التحجير, ويفيد ان ليس لهذا الفرد مباشرة حقوقه المالية بالكيفية التي يمارسها قبل صدور الحكم, وذلك حماية له تجاه نفسه أو غيره, كما يمكن لنيابة العامة إجراء حجز التحفظي على أموال الحاجر في هذا الصدد نجد المشرع المغربي لم يوضح هل الأمر يمتد للمتزوج الذي كان متمتع بأهلية كاملة أثناء إبرامه لعقد الزواج وأصبح ناقص

---

[19] ادريس الفاخوري, قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج, طبعة 2016,المرجع السابق,ص 160

[20] ادريس الفاخوري, قانون الأسرة المغربي أحكام الزواج, طبعة 2016,المرجع السابق,ص161

الأهلية بسبب عارض من عوارض الأهلية يصيبه أثناء الحياة الزوجية, غير أن الأمر لا يستثني الزوج أو الزوجة التي تصاب بعارض الأهلية, فالنيابة العامة هي التي تبقى الساهرة على الحفاظ عل مصالح المحجور سواء تجاه زوجه أو نفسه, وهذه المصالح سواء كانت شخصية (الحضانة وقع الطلاق مثلا), أو كانت مالية في ما يخص مصاريف الزوجة والأموال التي تساهم فيها زوجته في استثمارها هذا بالنسبة للمحجوزين أما بالنسبة للقاصر فيمكن للنيابة العامة طبقا للمادة 226 تقديم طلب للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إذا تبث له سوء التدبير في إدارة الأموال المأذون بها للقاصر, إذ على المحكمة في حالة تعيين مقدم على القاصر لعدم وجود ولي أو وصي أن تحيل على النيابة العامة فورا حتى تتمكن من إدلاء رأيها داخل أجل أقصاه 15 يوما.

عموما يستشف أن لنيابة العامة دور مهم وفعال في حماية القاصرين والمحجورين سواء كانوا في حالة الزواج أو في حالة العزوبة, وهذا الدور من طبيعة الحال من المستجدات التي أتت بها مدونة الأسرة, على خلاف ما كانت عليه مدونة الأحوال الشخصية بحيث تركت للولي وغالب ما يكون هو الأب.

المبحث الثاني: الولايــة في الزواج تشريعـا وو اقعــا

الولاية لغة بكسر الواو هي السلطان والحليف والصديق، وفتح الواو معناها النصرة كما جاء يقال فلانا أولى على اليتيم أي أوصاه عليه وتولا أمره،[21] ومصطلح الولي ضد العدو كما جاء في قوله تعالى [وكفى

[21] -د. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة الطبعة الثانية 2018 ص 77

بالله وليا وكفى بالله نصيرا][22]، وقوله العزيز الحكيم كذلك [مالكم من دون الله ولي لا يصير][23] فولاية الله في هذا الصدد هي تولية الأمر وتدبير الشأن.

أما بالنسبة للمعنى الاصطلاحي فالمقصود بالولاية هي حق منحته الشريعة لبعض الناس، يكتسب صاحبه تنفي قوله على غيره سواء رضي بذلك أم لم يرضى، وسببه أحد الأمرين إما عجز المولى عليه أو قصور أهلته على التصرف في ذلك الأمر الممنوح له،[24] أو أنها السلطة الشرعية.[25] التي تجعل لصاحبها القدرة على مباشرة وإنشاء العقود ونفادها سواء في حق نفسه أو في حق غيره[26]

والولاية تنقسم من حيث الموضوع إلى ولاية على المال وولاية على النفس وهذه الأخيرة يهمنا جزء منها هو الولاية على الزواج التي تثبت إما بالقرابة النسبية، أو الإمامة أو الحاكم ومساعديه من القضاء ويقال الحاكم ولي من لا ولي له، وفي هذا المبحث سنحاول التعرض للولاية من منظور الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية [المطلب الأول] وكذا وظائف الولي في الواقع المغربي [المطلب الثاني].

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي والمشرع المغربي من الولاية

إن الولاية في الزواج كانت من بين المواضيع التي أثارت جدلا واسعا على المستوى الفقهي[الفقرة الأولى]، وفي المغرب عرفت تحولا من شرط صحة إلى حق للمرأة الراشدة [الفقرة الثانية].

الفقرة الأولى: موقف الفقه الإسلامي من الولاية على المرأة

إن فقهاء الإسلام كلهم لهم يعطوا تعريفا معينا لمفهوم الولاية في الزواج، ومن أهم التعاريف الذي أوردها بعض الباحثين أنها نوع من الولاية على النفس والتي يقصد بها نفاد الأقوال والتصرفات في الأمور المتعلقة بزواج المولى عليه[27]، وقد تكون هذه الولاية قاصرة [28]أو تقتصر فقط على نفاد التصرفات في حقه وبالتالي يستطيع تزوج نفسه، أو تكون هذه الولاية متعدية ويكون بالتالي من حق هذا الولي تزوج غيره.[29]

و بخصوص شرط الولاية في الزواج فقد حصل بين الفقهاء اختلاف نسبي فيما يخص اعتبارها كشرط من شروط الزواج فهناك اتجاه يؤكد بجود هذا الشرط [ثانيا] وهناك اتجاه ينفي وجوده ولكل منهم دلائلهم وحججهم من القرآن والسنة[أولا]

---

[22] - سورة البقرة، الآية 7 -

[23] -سورة البقرة، الآية 275

[24] -د.رمضان الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية طبعة 2002، لبنان ص 123

[25] -د. محمد الشافعي الزواج وإنحلاله في مدونة الأسرة الطبعة الثانية ص 73

[26] -د.رمضان الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية طبعة 2002، لبنان ص 123

[27] - د.أحمد بخيت الغزالي، عبد الرحمان محمد منصور، أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي [دار الفكر الجامعي الاسكندرية] الطبعة الأولى 2009 2007 ص648.

[28] - د. عبد المجيد محمد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية [دار النهضة العربية القاهرة] طبعة 1984، ص154

[29] -د. محمد كمال، د.جمال جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج وحقوق الأولاد [منشورات الحلبي الحقوقية بيروت] خال من سنة الطبعة ص266.

أولا: القائلين بوجوب الولي في الزواج.

ذهب جانب من الفقهاء في الإسلام إلى القول باشتراط الولي في الزواج حتى يصح العقد، حيث ذهب الإمام مالك أنه لكل ركن من أركان النكاح أو الزواج شروط مقدمة، فيشترط في صيغة أحدها أن تكون بألفاظ مخصومة وهي أن يقول الولي أنكحتك بنتي أو زوجتها، أو يقال له: زوجني ابنتك، فيجيبه الولي: بما يفيد القبول كأن يقول له قبلت، أو رضيت أو أتممت، أما بالنسبة للحنابلة والشافعية فقد كان موقفه على أنه وجب على الولي آو الزوج التلفظ بلفظ التزوج أو النكاح إلا فإن العقد لا ينعقد، وقد ذهب الإمام مالك أنه لا نكاح بدون ولي وإن الولاية شرط صحة لا شرط إتمام نفس ما أكدوا عليه فقهاء الشافعية وابن حنبل في المشهور عنه.[30]

فعند هؤلاء لا تملك تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكل لغير وليها في تزوجها فإن فعلت لم يصح النكاح ولو كانت عاقلة راشدة، وهو رأي الكثير من الصحابة رضوان الله عليه كابن عمر ووعر ابن عبد العزيز وابن مسعود[31] وقد إستدلو بطرحهم من آيات في السنة والقرآن بعض الفقه الحديث وذهبوا إلى تأييد الولاية في الزواج ، لكونه عقد عظيم ، وترتب عليه أثار خطيرة على الأسرة والأولاد،[32] فالمصلحة تقتضي التأني فيه لأنه يحتاج إلى خبرة واسعة بأحوال الرجال ولا يصح الزواج بدون ولي، فزواج المرأة نفسها بنفسها يؤدي إلى شرخ في الأسرة ويلحق بها أضرارا بالغة تنعكس على المجتمع .

أ: دلائلهم في القرآن

* قال الله تعالى : وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لاَ تَعْلَمُونَ [33]

هذه الآية تنهي الأولياء عن منع المرأة عندما ترغب في الزواج وفيه دلالة على صحة قوله لا نكاح بدون ولي، لأنه لو كان للمرأة أن تزوج نفسها ما كان ليمنع الله عز وجل في هذه الآية الأولياء من عدم السماح لهم بالزواج، ومناسبة نزول هذه الآية عندما منع أخ أن تتزوج أخته ويحرم عليه عضلها، وعليه أن يتقي الله فيها، وأن يترك الحمية وينقاد لأمر الله، وهذه الآية تبين مدى سلطات الولي على المولى عليها، خصوصا إذا علمنا أن المولى في هذه الوضعية أخ ليس أب وما كان ليستدعيه الرسول لولى تمتعه بالولاية وقد قال له لو كنت مؤمنا فلا تمنع أختك على أبي البذاح، فقال آمنت بالله وزوجتها منه.

*قال الله تعالى: وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ [3534]

---

[30] - د. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة الطبعة الثانية 2018، ص 46
[31] - د. وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته الجزء 7 دار الفكر الطبعة الأولى ص 154
[32] - د. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة الطبعة الثانية 2018 ص 28
[33] - سورة البقرة الأية 232
[34] سورة النور الآية 32

*قال الله تعالى: فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا ۚ وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا [36]

سبب نزول هذه هذه الآية زواج الرسول صلى الله عليه وسلم من ام المؤمنين زينب بنت جحش التي تولى الله سبحانه أمر زواجها من الرسول مما جعلها تفتخر وتتباها بقولها وتقول لأمهات المؤمنين، مامن واحدة منكن إلا زوجها أبوها أما أنا فزوجني ربي من فوق سبع سماوات.[37]

ب: ادلتهم في السنة

بالإضافة إلى بعض الآيات القليلة من الكثيرة التي إستندو إليها الفقهاء بوجود شرط الولاية في الزواج، [38]إستدلو بأحاديث عن النبي صلى علي وسلم من السنة ومنها ما يلى :

*حديث عائشة من طرق عن ابن جرير عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (أيّما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل ثلاث مرات فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له).[39]

فهذا الحديث في دلالة واضحة على اشتراط الولي

ثانياً : فإن منعها وليها من الزواج ممن تريد بغير عذر شرعي انتقلت الولاية إلى الذي يليه فتنتقل من الأب إلى الجد مثلاً .

ثالثاً : فإن منعها الأولياء كلهم بغير عذر شرعي فإن السلطان يكون وليها للحديث السابق (... فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) .

رابعاً : فإن عدم الولي والسلطان زوجها رجل له سلطان في مكانها ، ككبير القرية ، أو حاكم الولاية ما أشبه ذلك ، فإن لم يوجد فإنها توكل رجلاً مسلماً أميناً يزوجها .

*فقد روى الإمام أحمد وأبو داود والترمذي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا نكاح إلا بولي.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم: أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له. رواه أحمد والحاكم وأبو داود.

*وعن أبي موسى قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : " لا نكاح إلا بولي "[40] .

ثانيا: القائلين بعدم وجوب الولي في الزواج.

---

[35] د. محمد الكشبور شرح مدونة الأسرة الجزء الأول كتاب الزواج الطبعة الأولى 2006 ص 220

[36] - سورة الأحزاب آلآية 37

[37] - د. السيد الطباطبائي، تفسير الميزان الجزء 16 ص323

[38] - د. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة الطبعة الثانية 2018 ص 78

[39] أخرجه أبو داود (2083)، والترمذي (1125)، وابن ماجه (1789)،

[40] - واه الترمذي (1101) وأبو داود (2085) وابن ماجه (1881) .
والحديث : صححه الشيخ الألباني رحمه الله في " صحيح الترمذي " (1 / 318) .

هذا الجانب من الفقهاء ذهبوا إلى أن الولي ليس شرط لانعقاد العقد أو صحته وإنما هو شرط لتمام عقد النكاح، حيث يرى الإمام أبو حنيفة أن المرأة العاقلة البالغة لها الحق وحدها في مباشرة عقد الزواج بنفسها بكرا كانت أم ثيبا، وإن كان يستحب لها أن تستأذن وليها، ويبقى للولي حق الإعتراض على الزواج متى كان الزوج غير كفء، أو متى قدم لها مهر لا يليق بمقامها.

أ:دلالئلهم في القرآن

*قوله تعالى: فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ[41]

إستدلو بهذه الآية بجواز النكاح بدون ولي اي لها أن تقعد على نفسها لأن المقصود بفعلن بأنفسهن يذخل في حكمها الزواج وغيره من الأمور

* قوله تعالى: أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ [42]

وظاهر اللفظ في هذه الآية أن يتم الفعل من قبل المرأة لكن الولي له حق الفسخ والإعتراض على ما فعلت إن لم يكن زواجها بالمعروف .

* قوله تعالى: فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ .[43]

هذه الآية فيها خطاب للنساء وليس الرجال[44]

ب: أدلتهم في السنة

* حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ غُرَابٍ ، قَالَ :، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بُرَيْدَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، " أَنَّ فَتَاةً دَخَلَتْ عَلَيْهَا ، فَقَالَتْ : إِنَّ أَبِي زَوَّجَنِي ابْنَ أَخِيهِ لِيَرْفَعَ بِي خَسِيسَتَهُ وَأَنَا كَارِهَةٌ ، قَالَتْ : اجْلِسِي حَتَّى يَأْتِيَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَجَاءَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَأَخْبَرَتْهُ ، فَأَرْسَلَ إِلَى أَبِيهَا ، فَدَعَاهُ ، فَجَعَلَ الْأَمْرَ إِلَيْهَا ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ قَدْ أَجَزْتُ مَا صَنَعَ أَبِي وَلَكِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَعْلَمَ أَلِلنِّسَاءِ مِنَ الْأَمْرِ شَيْءٌ ؟ " .

حيث أكدوا أن زواج المكرهة في هذا الحديث بيد المرأة أو الفتاة، لأن الولي تصرف بغير رضآها وهو دليل على أن أمرها هي أحق به من غيرها.

---

[41] - سورة البقرة الأية 234

[42] - سورة البقرة الأية 232

[43] - سورة البقرة الأية230

[44] - د. محمد الكشبور شرح مدونة الأسرة الجزء الأول كتاب الزواج الطبعة الأولى 2006 ص 221

* عن ابن عباس قال : إن جارية بكرا أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة . فخيرها النبي ء صلى الله عليه وسلم ء . رواه أبو داود .

أكدو على أن باب التخير دليل على عدم إشتراط الرسول صلى الله عليه وسل للولي.

الفقرة الثانية: موقف المشرع المغربي من الولاية

إن المشرع المغربي تأثر برأي الجمهور من الفقه الإسلامي فيما يخص شرط الولاية خصوصا إذا علمنا أن المشرع المغربي يعتمد المذهب المالكي، وقد أشرنا سابقا على أن هذا الأخير اعتبر الولاية شرط لصحة عقد الزواج سواء كانت المرأة كبيرة أم صغيرة ثيبا أم بكرا، إلا أن المشرع المغربي كان رأيه يتميز بعدم التبات بين مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 ومدونة الأسرة 2004

أولا: الولاية في مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957

قبل الخوض في إشكالية الولاية في مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 وجب أن نوضح أنه لا يوجد مصطلح الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، ولا يوجد له أثر في الكتب الفقهية على اختلافها، كما أشارت **أستاذتنا رجاء ناجي المكاوي** أنه اصطلاح قانوني أجنبي على التشريعات العربية إذ بان فترة الحماية أو الاستعمار، وكأن المقصود به الأحوال الشخصية للإنسان وأحواله الخاصة، وعند البحث في أصل المصطلح نجده روماني الأصول، إلى جانب ذلك فإن المشرع لم يضع تعريفا لمفهوم الأحوال الشخصية.

وحري بالبيان، إن مدونة الأحوال الشخصية تعتبر كأحدث تقنين لمسائل وأمور الأسرة بعد سنة 1957 لأنه كان يطبق المذهب المالكي وما جرى به العمل، فبخصوص إشكالية الولاية نجد موقف المشرع متغير قبل سنة 1993 أي قبل التعديل وبعده

<u>فبالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957</u>

ينص الفصل الثاني عشر من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على ما يلي:

"1- الولاية حق للمرأة، فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض من المرأة على ذلك إلا في حالة الإجبار المنصوص عليها فيما يلي.

2 -لا تباشر المرأة العقد، ولكن تفوض لوليها أن يعقد عليها.

3 -توكل المرأة الوصي ذكرا تعتمده لمباشرة العقد على من هي تحت وصايتها.

4 -لا يسوغ للولي ولو أبا أن يجبر ابنته البالغ و لو بكرا على النكاح إلا بإذنها ورضاها إلا إذا خيف على المرأة الفساد، فللقاضي الحق في إجبارها حتى تكون في عصمة زوج كفء يقوم عليها".

فقد نصت الفقرة الأولى من هذا الفصل على أن الولاية حق للمرأة ،بحيث وإن كان ليس لها أن توكل من تشاء بل يجب أن تتبع ترتيب الأولياء حسب الترتيب المذكور في الفصل الحادي عشر،إلا انه لا يجوز لهذا الولي أن يعقد عليها إلا بإذنها، وبتفويض منها في ذلك في حين أن حالة الإجبار المنصوص عليها،هي المذكورة في الفقرة الرابعة من نفس هذا الفصل وهي ما إذا امتنعت المرأة من الزواج، وخيف عليها الفساد فإن

الولي أمكنه استصدار أمر من القاضي هو الذي يحق له أن يجبرها على التزوج برجل كفء يعصمها من الفساد.

وتشير الفقرة الثانية من نفس الفصل إلى أن المرأة تتمتع بحقها في الولاية القاصرة كالرجل بل تفوض لوليها أن يعقد عليها صيانة لها من الجلوس مع الرجال الأجانب بل ضرورة، أما المرأة الوصي وهي موضوع الفقرة الثالثة ،فيجب أن توكل ذكرا تسند إليه مباشرة عقد النكاح على من تحت وصايتها،فإذا تولت المرأة نكاح ابنتها أو ابنة غيرها فلا يجوز.

وألغت الفقرة الرابعة من هذا الفصل حق الولي ولو أبا في إجبار ابنته البالغ بكرا كانت أم ثيبا،فليس له تزويجها إلا بإذنها ورضاها، وقد انتقل حق الأب إلى القاضي في حالة ما إذا خيف على المرأة الفساد،لأنه هو الذي يمكنه البحث عن طريق الإثباتات الشرعية لحالات الخوف على الفساد فيجبر البنت حتى تكون في عصمة زوج كفء يقوم عليها . وقد تغير الفصل 12 بكيفية جوهرية بواسطة الظهير الصادر 10-9-1993 وهو ما سنراه في الفقرة الموالية.

حتى الفصل الخامس كان يتحدث عن موافقة المرأة عن العقد بواسطة وليه ولم يكن يشمل أي مقتضى يضمن صدور تلك الموافقة منها. هذه المقتضيات كانت محل نقد فقهي شديد، وكذلك من طرف العديد من التنظيمات النسائية المغربية وكذلك المهتمين بشؤون الأسرة المغربية بوجه عام.[45]

<u>الولاية في ظهير 9 شتنبر 1993:</u>

أخضع المشرع المغربي بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية للتعديل بظهير1993/09/10، ومن بينهم الفصل 12 المتعلق بالولاية والفصل الخامس ، حيث أصبح يقضي بما يلي:

<u>الفصل الخامس:</u>

1- لا يتم الزواج إلا برضي الزوجة وموافقتها وتوقيعها على ملخص عقد الزواج لدى العدلين ولا يملك الولي الإجبار في جميع الحالات مع مراعات باقي مقتضيات الفصل 12 و 13

2 -يشترط في عقد الزواج حضور شاهدين عدليين سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزوج أو نائبه ومن الولي

3 -لابد

4- لا يجوز،

إن المدونة وفقا لتعديل 1993 حاولت أن تجعل من الولاية مسألة شكلية ليس إلا، بحيث يعتبر حضور الولي مجلس العقد مجرد شخص ينقل إرادة المرأة ويمثلها، وبالتالي لم يعل للولي أمر الموافقة على الزواج أو رفضه بسبب انعدام الكفاءة أو الصداق إذ كانت المتزوجة دون سن الرشد، إذ أن العدلان الشاهدان

[45] -إدريس الفاخوري: قانون الأسرة المغربي الجزء الأول: أحكام الزواج ص 194

وثيقة الزواج إلا بعد التأكد من حصول رضاها وموافقتها كما أنها توقع على ملخص عقد الزواج وتطلع على بنوده وبالتالي فلها أن ترفض إذا ما تضمن العقد شرطا لا تقبله، لها أن تشترط في صلب عقد الزواج.

وهناك جانب آخر أعطى تفسيرا لهذه للمادة الخامسة وأكد على أنها تتحدث عن موافقة المرأة على العقد لم تتضمن أي مقتضيات تضمن صدور تلك الموافقة،ولم تخولها إمكانية الاطلاع على بنود العقد ومناقشتها ولذلك فإن العقد الحقيقي يتم بين الزوج أو نائبه و الولي إلى جانب العدلين.

"وليس الموافقة التي نشير إليها المدونة إلا شكلية تستهدف الإيهام بأن المشرع قد ألغى ولاية الإجبار في حين أنه قد كرسها من الناحية العملية". وبالتالي نجد أن ظاهر النصوص توصي بما سبق، إلا أن باطنها عكس ذلك، فالمدونة أبقت على ولاية الإجبار، ويتجلى ذلك واضحا من خلال كون المدونة أعطت للولي حق الانفراد بإبرام عقد الزواج أمام الشاهدين العدلين.

<u>الفصل 12</u>

"1 -الولاية حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض من المرأة على ذلك.

2- تفوض المرأة لوليها أن يعقد عليها.

3- توكل المرأة الوصي ذكرا تعتمده لمباشرة العقد من توجد تحت وصايتها.

4 -للرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء."

ويستفاد من هذا النص عدة أمور نجمل أهمها فيما يلي:

الولاية في التشريع في كافة الأحوال لا يمكن أن تكون إلا ولاية اختيار ويتضح ذلك من خلال إلغاء المشرع لمقتضيات البند الأخير من الفصل 12 القديم،الذي كان يجنح في حالة خاصة إلى الأخذ بولاية الإجبار.

لقد ميز المشرع بشأن شرط الولاية و بكيفية صريحة بين صنفين من النساء،المرأة الرشيدة التي بلغت سن العشرين سنة شمسية كاملة والتي لا أب لها وهذه في حل من أمرها، تزوج نفسها بنفسها أو تختار وليا يؤازرها أثناء إبرام الزواج إن أرادت ذلك مختارة، والمرأة ذات الأب وتعتبر الولاية شرط صحة بالنسبة لها،لا يقوم الزواج صحيحا إلا بتوفرها .

إن المرأة لا يمكن مطلقا أن تكون وليا في عقد الزواج لأن من شروط الولاية الذكورة وهذا مما يشترك فيه النص القديم و النص الجديد وإن كان لها حسب التعديل الذي عرفه الفصل 148 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أن تكون ولية على المال بحكم القانون،في حال وفاة الأب أو فقد أهليته.

إذن فمدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 الملغاة اعتمدت قول الجمهور حيث اعتبرت الولي شرط صحة في الزواج بينما ظهير10شتنبر 1993 أخضع المرأة التي لا أب لها إلى المذهب الحنفي،و المرأة ذات الأب إلى موقف الجمهور الفقهاء.

نصوص المدونة تتناقض مع نفسها فهي تعتبر تارة الولاية من حق المرأة و أنه لا يجوز للولي تنحصر في الكفاءة وصداق المثل....وتارة أخرى نجد نصوصا أو بعض الفقرات من ذات النص تنص على خلاف ذلك

مثال ذلك الفقرة الثانية من الفصل 12 التي تنص على أنه" لا تباشر المرأة العقد ولكن .....فللقاضي الحق في إجبارها....."و الواقع أن الخوف على الفتاة من الفساد ليس معيارا موضوعيا يصلح بأن يكون مادة تشريعية، فمن ذا الذي لا يخاف على فتاته من الفساد في واقع مجتمعنا المغربي؟ فالخوف من الوقوع في الفساد قد يتخذها الأولياء ذريعة للحصول على إذن القاضي بتزويج المرأة عليها ولو مكرهة.

ان رغبة العديد من الهيئات النسائية بالمغرب والمهتمين بشؤون الأسرة المغربية ي تلك الفترة هي إلغاء الولاية على المرأة الراشدة، ومن تم رفع الحيف عن المرأة المغربية بإعتبارها أكتر الأطراف تضررا

ثانيا: الولاية في ظل مدونة الأسرة لسنه 2004

نظم المشرع المغربي الحالي الولاية في الزواج ضمن المادتين 24 و 25 من مدونة الأسرة :

حيث نصت المادة الرابعة والعشرين ما يلي : الولاية حق للمرأة الراشدة تمارسه حسب إختياراتها ومصلحتها

هكذا أصبحت الولاية ليست شرط في الزواج بل حقا للمرأة الراشدة تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها، فلها أن تختار من يتولى أمر زواجها، وتتحرى مصلحتها في هذا الباب، وبالتالي فقد تخلى المشرع نهائيان عن رأي الجمهور بما في ذلك رأي المالكية وأعتمد رأي المذهب الحنفي الذي لا يفرض الولاية على المرأة الراشدة، يعني تلك التي اكتملت سن الرشد المحدد في المادة 209 في 18 سنة شمسية كاملة

كما يلاحظ أن المشرع في المادة الخامسة والعشرين من المدونة، ترك الاختيار للمرأة لممارسة الولاية، بحيث تمكنها لأبيها ولمن شاءت من أقاربها، كما يمكنها أن تعقد على نفسها، حيث أخد بما ذهب إليه المذهب الحنفي، وهجر مرة أخرى ما قال به المذهب المالكي بخصوص شرط الولاية لصحة عقد الزواج، وكذلك فإنه هجر ترتيب الأولياء في الزواج المنصوص عليها في الفصل 11 من مدونة الأحوال الشخصية المعتمد في الفقه المالكي .

أما القاصر التي لم تصل إلى سن الزواج (18 سنة) وهو في الوقت نفسه سن الرشد القانوني، فتخضع لمقتضيات المادة 21 التي تؤكد على أن زواج القاصر متوقف عن موافقة نائبها الشرعي، وتتمثل هذه الموافقة بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد، ويمكن للقاضي أن يأذن بزواج الفتى والفتاة القاصر بعد الاستماع إلي أبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي كما أكدت المادة 20. بالإضافة إلى ذلك فإن المادة 13 نصت على ولي الزواج كشرط لكن هناك مصطلح عند الإقتضاء، وبالتالي فإن المقصود بذلك هو القاصر التي لم تبلغ سن الرشد المحدد في 18 سنة شمسية كاملة.

ثالثا: شروط ولاية الوالي في الزواج

يشترط الفقه المالكي في الولي في حالة اعتماده مجموعة من الشروط :

أ: وجب أن يكون الولي في الزواج ذكرا، بخلاف الولاية على المال في التشريع المغربي حسب المواد 229[46]و 230[47]، 231[48]

ب: أن يكون الولي مسلما، ويمكن أن يكون المولى كتابي متى كان المولى عليها كتابية، خصوصا وأن المشرع المغربي سمح للمسلم أن يتزوج امرأة كتابية خلافا للمرأة المسلمة وهذه القاعدة كاستثناء من القاعدة التي تؤكد على أن الاختلاف في الدين هو مانع مؤقت للزواج المنصوص عليها في المادة 39 في الفقرة الرابعة[49]، والقرآن أجاز الزواج من الكتابية سواء نصرانية أو يهودية بدليل قوله تعالى: الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ۖ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ فكما أباح مؤاكلتهم أباح مصاهرتهم بزواج المسلم من نسائهم في مقابل ذلك حرم على المسلم الزواج من امرأة لا تؤمن بأي دين أو بوجود الأنبياء ولا تقر بأهل الكتاب.

ج: وجب أن يكون الوالي شخصا راشدا وعاقلا، وبالتالي لا يصح أن يكون الوالي مجنون أو معتوه أو امرأة مع العلم أنه جمهور كبير من فقه المالكية يجيز ولاية السفيه لأن الحجر في هذه الحالة يكون على تصرفاته المالية دون غيرها.

---

[46] المادة 229
النيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم.

[47] - المادة 230
يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب:
1 - الولي وهو الأب والأم والقاضي؛
2 - الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم؛
3 - المقدم وهو الذي يعينه القضاء.

[48] - المادة 231
صاحب النيابة الشرعية:
- الأب الراشد؛
- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته؛
- وصي الأب؛
- وصي الأم؛
- القاضي؛
- مقدم القاضي.

[49] - المادة 39
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؛
4 - زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية؛
5 - وجود المرأة في علاقة زواج أو في عدة أو استبراء.

واشتراط مدونة الأسرة الذكورة والعقل والبلوغ في الولي، وكأنها سايرت ابن عاصم في ذلك، وإن زاد فهو إشتراط القرب والحرية حيث قال: [50]

وعـاقد يكون حراً ذكرا مكلفا[51] والقرب فيه اعتبـرا

المطلب الثاني: وظائف الولي في المجتمع المغربي .

تتباين وظيفة الولي من فئة اجتماعية لأخرى و ذلك راجع إلى التخلف الذي يعيشه المجتمع المغربي في بعض المناطق (الفقرة الأولى) و كذلك دور الجهل والأمية وضعف مركز المرأة في زيادة صلاحيات الولي بالمغرب، نورد الحكمة من اشتراط الولي في الزواج في (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى: اختلاف وظيفة الولي ومقدار سلطته من فئة اجتماعية لأخرى تختلف

تختلف وظيفة الولي من فئة اجتماعية لأخرى حيت يمكن التمييز بين وظيفة الولي في الأوساط المترفة اقتصاديا وثقافيا و اجتماعيا(أولا)و بين وظيفته في الأوساط الغير الميسورة اقتصاد يا و ثقافيا و اجتماعيا

أولا:وظيفة الولي في الأوساط المترفة اقتصاد يا و اجتماعيا و ثقافيا

في الأوساط المترفة اقتصاد يا و اجتماعيا و ثقافيا لا يختلف اثنان على أن مقدار و تحضر الأسرة سيرتفع و بالتالي سيزداد موقع المرأة داخلها و داخل لمجتمع قوة و مناعة.فالفتاة عادة هي من تختار زوجها بكل حرية و هي التي تحدد شروط الزواج وهي من يعرض الفكرة على أسرتها. بهذه الطريقة يمكن القول أن الولي يعتبر بمثابة شاهد في العقد لا اكتر فهو يكرس ما اتفق عليه العروسان ليس إلا.[52]

---

[50] - د. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة الطبعة الثانية 2018 ص 79

[51] البالغ العاقل المختار الذي يفهم الخطاب وهو كل من يميز بين الحق والباطل و بين الحلال والحرام

[52] د.رجاء ناجي المكاوي؛قضايا الأسرة؛ الطبع:دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط ص 46

ثانيا : وظائف الولي في الأوساط الغير المترفة اقتصاد يا و اجتماعيا ...

دور الولي في هذه الأوساط حساس ومركزي جدا ،بحيث تتراوح وظيفته بين الحمائية و التعسفية

بالنسبة للوظيفة الحمائية قد تكون المرأة غير راشدة او راشدة و غير متعلمة ولا تعرف اي شئ عن الحياة خارج البيت أو خارج القرية في هذه الحالات يعتبر دور الولي ايجابي ،لكونه أدرى منها ب أخلاق الرجال.

بالنسبة للوظيفة التعسفية: أحيانا وفي أوضاع مماثلة قد يتعسف الولي وينفرد،بالقرار بتحديد مصير المولى عليها ولا يترك لها آي فرصة لاختيار و أحيانا يسعى لتحقيق مصالحه هو لا مصالح المولى عليها .

الفقرة الثانية: دور التقاليد و الجهل و الأمية وضعف مركز المرأة في زيادة صلاحيات الولي .

ان الصلاحيات التي نالها الولي يعود سببها إلى الجهل و الأمية من جهة وضعف مركز المرأة من جهة أخرى، هذا لا ينسجم في شيء مع المشرع.و الحاصل ان المسؤول عن هده الأوضاع في الدهنيات التي تفرد حياء في غير محله، و توظفه في غير ما اعد له وهو ما يتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية الذي حسمت إن لا الحياء في الدين و أباح بل و حث على التشاور و التحاور في الأمور الحميمية و الذاتية، و لعل أهمها الزواج وهي اكتر الأمور التي يجب أن يزاح عنها كابوس الحياء.[53]

اولا: هل حان الوقت لإلغاء مؤسسة الولاية

تبعا لدلك قبل التفكير في إلغاء الولاية يجب التهيئ الأرضية و إعادة النظر في الطرق السائدة بشأن تربية الفتاة و التي تكرس الدماثة و الضعف الاستعداد الاستسلام و لن يتأتى دالك إلا بالحرص على بناء شخصية قوية رزينة لدى الفتاة و أنداك فإن الولاية ستندثر تلقائيا و لن يجد المشرع ضيرا في إلغائها رسميا .[54]

ثانيا: أدلة من قوانين مقارنة.

إذا ما عدنا إلى مصر و تونس سنجد أنهما ألغيا نظام الولاية .و إذا ما عدنا إلى الفقه المغربي و الذي تيسر له التلقي مع المجتمعين المصري و التونسي و من بين هذا الفقه نجد الأستاذة و الفقيهة رجاء ناجي المكاوي و التي تعرفت على بعض الجوانب من بينها:

---

[53] - د.رجاء ناجي المكاوي، مرجع سابق ص 47

[54] - د.رجاء ناجي المكاوي، مرجع سابق ص 48

*رغم تحرير المرأة التونسية و المصرية من قيود الولاية فوضعها على مستوى الواقع ليس افضل من و ضع قرينتها المغربية فالمشرع المغربي لا يسبق الخطى اتما يتناغم مع الواقع الاجتماعي و يتفاعل معه،رغم ان المشرع المصري و التونسي استبقا الخطى فهم لم يضيفا شيئا يذكر على مستوى الواقع.

*أما ظاهرة الزواج العرفي التي انتشرت في المجتمع المصري ترتبت عنها ا أثار اجتماعية معقدة.و بالتالي أصبحت المرأة لها الحق في تزويج نفسها بدون إن تكون مرفقة بتربية تسهر على تقوية شخصية الفتاة و تحميها ثالثا: و المعلوم أنه حتى في الغرب الذي جعلناه قبلة لنا مازال الموافقة أسرة العروسين دور أساسي و مركزي في إبرام الزواج و قراره.

رغم عدم إقرار الولاية قانونا هذا لا يعني التحرر و التحلل من مظاهرها،بل هي الغالب مشروطة اجتماعيا ونجد كذلك بصمات الولاية في بعض التشريعات الغربية و المعاصرة و ذلك مثل القانون المدني الفرنسي الذي يقضي بأن القاصر دون الواحدة و العشرون <أصبح حاليا 18 سنة> ذكر أو أنثى لا يسمح له بإبرام عقد الزواج بدون موافقة أبويه او أجداده.

رابعا: تشبث المرأة بالولاية بنفسها

من جهة أخرى فلسنا نحتاج لدراسات سيكولوجية يثير أغوار نفسية المرأة لاسيما العربية، لنستنتج إنها حينما نتحدث عن الولاية بشكل عام و مجرد او في خطاب سياسي.فهي تطالب بإلغائها. ولكن حينما يتعلق الأمر بزواجها الشخصي فهي أول من يبادر لطلب حضور الرجل إلى جانبها لتزويدها بمعلومات إضافية عن خطيبها، لما لتشريفها أتناء إبرام عقد الزواج.من الاستسلام و الضعف.

الفقرة الثالثة: الحكمة من اشتراط الولي في الزواج.

إن اشتراط الولي بالنسبة للمرأة دون الرجل له اعتبارات وأسباب راجعة إلى نظام الإسلام وتشريعه في ما يتعلق بالجانب الاجتماعي والأسري.

فلئن كان الإسلام قد سوى بين الرجل والمرأة في التكريم والقيمة الإنسانية وفي التكاليف الشرعية والثواب والعقاب كما قال تعالى: يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ[55] فإن الإسلام قد فضل الرجل على المرأة وجعل له عليها درجة، هذا التفضيل وهذه الدرجة ليس في الكرامة الإنسانية أو في القرب من الله ونحو ذلك،[56] فقد تقدمت الآية: إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إنما هذا التفضيل لأجل ما كلف به الرجل وفضل به من المناصب الدينية والدنيوية

[55] الحجرات: 13

[56] http://fatwa.islamweb.net

كالنبوة والإمامة والقضاء والجهاد وغير ذلك، وبما كلف به من الإنفاق على الزوجة والأهل والعيال. قال تعالى: وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ [57] وقال: الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ {النساء: 33{

ولهذا جعل للرجل حق تأديب المرأة إذا نشزت، ووكل إليه الطلاق، ومن ذلك حق تولي عقد النكاح وهو واجب أكثر منه حق، وهو لصالح المرأة في النهاية، وذلك أن فيه تقوية لجانبها أمام زجها حيث يراها مسنودة الظهر بأب أو أخ قادر على حمايتها ورد الظلم عنها إن وقع، ولأن وليها أعرف منها بالرجال فيكون في إشراكه في الأمر خير له[58].

ثم هذا الحق مقيد بعدم جواز إجبارها على من تكره حتى لو كان الولي أباً على الراجح من أقوال العلماء، وبعدم جواز عضلها ومنعها من الزواج، فإذا حصل من الولي العضل سقطت ولايته على تفصيل ليس هذا محله وذلك ما حاولنا تبيانه من خلال موقف المشرع المغربي في المطلب الأول من هذا المبحث.

ملحق الإجابة على بعض أسئلة الطلبة المهمة:

نظرا لضيق الوقت إذ لم نتمكن من الإجابة على العديد من الأسئلة فضلنا اختيار بعض الأسئلة المهمة وتكون موضوعة هذا الملحق .

الإشكالية الأول: في حالة نشوب نزاع بين والولي والمولى عليها فيما يخص الزواج؟

[57] {البقرة: 228}

[58] http://fatwa.islamweb.net

لا إشكال بالنسبة للمرأة الراشدة في مدونة الأسرة مادام ان الولاية حق لها لا يمكن للولي أن يجبرها عن الزواج حسب مدلول المادة 24، إلا أنه لا بالنسبة للمرأة الراشدة أو القاصر فإنه النزاع الذي يكون ضد الولي فيرفع أمره للمحكمة للبث فيه وليس للقاضي المكلف بالزواج أن يبث فيه اللهم إذا تعلق الأمر بالزواج .

الإشكالية الثانية: في حالة رفض القاصر التوقيع على طلب الإذن بالزواج هل يمكن للولي إجبارها بمقتضى مدونة الأسرة؟

إن ولاية الإجبار لم يعد لها أثر في مدونة الأسرة حاليا مادام المشرع تطلب في المادة 21 أن يوقع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضورها عند إبرامه.

الإشكالية الثالث: في حالة امتناع الولي عن تزويج القاصر رغم أن هذا الأخير أراد الزواج؟

في حالة امتناع الولي أو النائب الشرعي عن تزويج القاصي الذي هو تحت ولايته، فإن هذا الأخير أمكن له رفع طلب الإذن له بالزواج مباشرة إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج الذي عليه أن يبت فيه وفق الإجراء ات المنصوص عليها في المادة 20.

الإشكالية الرابعة: هل يمكن للولي أن يتزوج بالمولى عليها؟

هذه النقطة ألتزم المشرع المغربي في مدونة الأسرة حيالها الصمت، إلا أنه إذا نظرنا إلى المادة 400 نجد أنها قد نصت على أنه كل ما لم يرف نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف، وبالنظر إلى موقف الإمام مالك فإنه أجاز ذلك وأستدل من السنة حينما روى البخاري أن عبد الرحمان بن عوف قال لأم حكيم: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم، قال: فقد تزوجتها.

الإشكالية الخامسة : ما علاقة النيابة الشرعية بالولاية ؟

إن المادة 229 أكدت على أن النيابة الشرعية عن القاصر تكون ولاية أو وصاية أو تقديم.

الإشكالية السادسة: هل يكون الزواج صحيحا إذا تزوجت القاصر سرا ؟

وجب نبين على أن نكاح السرلدى جانب من الفقه المالكية هو ماطلب من الشهود الدين حضروا كتمانه، وجقول إبن عرفة في هذا الإطار أن نكاح السر باطل،[59] والمشهور هو ما أمر الشهود حين العقد بكتمه،

[59] - محمد البناني، حاشية الزرقاني على مختصر سيدي خليل الجزء الأول ص 188

وموقف مدونة الأسرة كان واضحا في المادة 61 في فقرته الرابعة التي اعتبرته زواج فاسد لعقده في الحالة التي يكون فيها زواجا بدون ولي,

تصميم الموضوع:

مقدمة:

المبحث الأول: الولايـــــة فـــــــــــي الــزواج تشريعـــا وواقعـــــا.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي والمشرع المغربي من الولاية

الفقرة الأولى: موقف الفقه الإسلامي من الولاية على المرأة

الفقرة الثانية: موقف المشرع المغربي من الولاية

المطلب الثاني: وظـــــائف الولـــــــــــــي في المجتمع المـــــغربي

الفقرة الأولى: اختلاف وظيفة الولي ومقدار سلطته من فئة اجتماعية لأخرى

الفقرة الثانية: دور التقاليد والجهل والأمية وضعف مركز المرأة في زيادة صلاحيات الولي

المبحث الأول: الأهلية الزواج فـــــــــي التشريع المـــــــــــغربي

المطلب الأول: الأهلية القانونية و الاستثناءات الواردة عنها.

الفقرة الأولى: الأهلية القانونية في التشريع المغربي و الأنظمة المقارنة.

الفقرة الثانية: الاستثناءات الواردة على شرط الأهلية

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن عقد زواج ناقصي الأهلية ودور نيابة العامة في قضايا الأهلية

الفقرة الأولى: الآثار المترتبة عن الزواج بالنسبة لناقص الأهلية

الفقرة الثانية: دور النيابة العامة في قضايا ناقصي الأهلية

لائحة المراجع والمؤلفات المعتمدة

د. رجاء ناجي المكاوي، قضايا الأسرة، خالي من سنة الطبع دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط .

د. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة الطبعة *الثانية* 2018 .

د. محمد الشافعي الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة الطبعة الثانية .

د.رمضان الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية طبعة 2002، لبنان.

د.محمد نبيل سعد الشادلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي [دار النهضة العربية] الطبعة 1999

د.أحمد بخيت الغزالي، عبد الرحمان محمد منصور، أحكام الأسرة في التشريع الإسلامي [دار الفكر الجامعي الإسكندرية] الطبعة الأولى 2009 2007 .

د. عبد المجيد محمد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية [دار النهضة العربية القاهرة] طبعة 1984.

د. محمد كمال، د.جمال جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج وحقوق الأولاد [منشورات الحلبي الحقوقية بيروت] خال من سنة الطبعة .

د. وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته الجزء 7 دار الفكر الطبعة الأولى.

د. شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم الجزء الثاني مؤسسة الرسالة تاريخ الصدار 2006.

د. إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي الجزء الأول: أحكام الزواج [مشورات مجلة الحقوق] 2016.

د. محمد البناني، حاشية الزرقاني على مختصر سيدي خليل الجزء الأول

د.الحسين موسى، مدونة الأسرة في ضوء التقيد والمباح(الأهلية، التعدد،الطلاق)، الطبعة الأولى، 2015

د.ادريس الفاخوري, العمل القضائي الأسري, الجزء الأول, الدار البيضاء, الطبعة الأولى 2009.