كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
ⵜⴰⵙⴷⴰⵡⵉⵜ ⵏ ⵜⵣⵔⴼⵜ ⵜⵙⵏⵜⵉⵙⵜ ⴷ ⵜⵣⵍⵎⵓⴷ ⴷ ⵜⵙⵓⵙⵎⵉⵍⵜ
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET SOCIALES

ماستر الأسرة في القانون المغربي والمقارن

الفوج الأول

الفصل الأول

المادة : الخطبة والزواج

الزواج الصحيح

في ضوء مدونة الأسرة

إعداد الطلبة الباحثين

محمد بن الشويخ

عبد الرحيم بنيحي

عدنان لكماح

سليمان حمو علي

عبلا أولعربي

إشراف الدكتور:

ذ . البشير عدي

السنة الجامعية

2016 -2015

بسم الله الرحمان الرحيم

مقدمة

نظام الزوجية هو سنة كونية مرتبة، اتخذت مكانها في أنواع الكائنات الحية كلها،قال الله تعالى:"ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون"[1]. لقد اقتضت حكمة الله البالغة، أن يودع في الذكر و الأنثى ما يدفعه إلى جنسه، فكل منهما يميل للآخر بقوة الفطرة. وذلك استمرارا لبقاء المخلوقات،وعمارة الأرض.

أما الإنسان فمن تكريم الله له وتفضيله، أن أنعم عليه بنعمة العقل،فلم يجعل اتصال الرجل بالأنثى اتصالا بهيميا،بل حد له حدودا وضوابط تتحقق بها الصلة القلبية،والتعلق الروحي،وبناء الأسرة، كما أودع فيهما حب الأبناء.

فجاءت الشريعة الإسلامية الغراء بتمام النعمة،ونظمت مختلف جوانب الحياة الإنسانية.فجعلت من الأسرة نواة للمجتمع ومنطلق ازدهاره ،وشملتها برعاية عظيمة في كل مراحلها.

والمغرب باعتباره دولة إسلامية،فقد جعل قانونه الأسري بالنسبة للمسلمين مبنيا على أحكام الشريعة الإسلامية،والفقه المالكي على وجه الخصوص. أما اليهود فهم يخضعون لأحكام الشريعة اليهودية.

في سنة 1957 وضع أول تقنين للأحوال الشخصية سُمي"مدونة الأسرة للأحوال الشخصية"،ضم أحكام الزواج والطلاق،ثم أحكام الولادة ونتائجها.وفي سنة 1958 أضيفت أحكام الوصية،ثم أحكام الإرث[2].

استمر العمل بتلك المدونة إلى سنة 1993،حيث عرفت أول تغيير على مستوى

[1] سورة الذاريات،الآية 49

[2] محمد الأزهر،شرح مدونة الأسرة، دار النشر المغربية،الطبعة الثالثة -2015، ص9

بعض الفصول.إلا أن تلك التغييرات لم ترض الحركات النسائية،التي كانت ترغب في إصلاحات جذرية[3].

ثم جاء القانون رقم 03-70 سنة 2004،ليحمل معه تعديلات جوهرية،حيث تم ادراج المرجعية الأممية إلى جانب المرجعية الإسلامية.وقد حضي الزواج بحظ وافرمن التغيير،وذلك لما له من أهمية في ذاته،وارتباطه بباقي مواضيع الأحوال الشخصية.

سنحاول من خلال هذه الدراسة،تسليط الضوء على أركان الزواج وشروط صحته.ثم الوقوف على بعض آثار الزواج الباطل.

أهمية الموضوع :

يستمد موضوع الزواج أهميته من المكانة التي تحظى بها الأسرة في التشريع الإسلامي،وفي القانون الوضعي.ثم لما له من أثر على استقرار الأفراد والمجتمع.وللمكانة المركزية للزواج بين مختلف مواضيع المادة الأسرية.

الإشكالية :

كيف نظمت مدونة الأسرة المغربية موضوع الزواج ؟

التصميم :

إجابة عن الإشكالية، يمكن تقسيم الموضوع إلى:

المبحث الأول: الزواج الصحيح،أركانه وشروطه.

المبحث الثاني:الزواج غير الصحيح وآثاره.

المنهج المعتمد:

ستتم دراسة الموضوع وفق منهج وصفي، وتحليلي،ومقارن.

[3]محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة،المطبعة والوراقة الوطنية،الطبعة الأولى،ص 21

المبحث الأول

أركان الزواج الصحيح وشروطه.

الزواج مؤسسة قانونية و اجتماعية ، ترتقي بالإنسان من دائـــرة الحيوانيـــة إلـــى العلاقات الروحية، لما يتميز به من رباط وثيق قائم على المودة والرحمة، قال تعالى " و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن فـــي ذلك لآيات لقوم يتفكرون"[4].

سنحاول التعرف على الزواج الصحيح،من خلال الحديث عن أركانـــه وشـــروطه التي هي:

الصيغة، والأهلية، والولاية (المطلب الأول). ثم الصداق ،والإشهاد،وانتفاء الموانع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الصيغة والأهلية و الولاية

اهتمت مدونة الأسرة بالزواج لما له من أثر عظيم على صلاح الفرد و المجتمع. و يتجلى هذا الاهتمام من خلال وصفها له ب " ميثاق". هكذا سنحاول تسليط الضوء علـــى عقد الزواج ، حيث سنتوقف عند مفهوم الزواج و تحديد أركانه خلال الفقرة الأولى. ثم سنتحدث عن الأهلية و الولاية كشروط لصحته في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: مفهوم الزواج و أركانه.

أولا : مفهوم الزواج

للزواج مفهوم لغوي و آخر اصطلاحي:

[4] سورة الروم الآية 20

أ- الزواج لغة: اقتران الذكر بالأنثى أو الزوج بالزوجة،و زوّج الأشياء: بمعنى قرن بعضها ببعض. والزوج: هو كل واحد معه آخر من جنسه[5].

ب- الزواج شرعا: هو" عقد شرعي يقتضي حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر. و الزواج هو النكاح، و يطلق النكاح على العقد و الوطء"[6].

ج- الزواج قانونا: عرفته مدونة الأسرة في المادة الرابعة بأنه "ميثاق تراض و ترابط شرعي بين رجل و امرأة، على وجه الدوام، غايته الإحصان و العفاف، مع أنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام مدونة الأسرة"

من خلال هذا التعريف يمكن استخلاص ما يلي:

- عقد الزواج عقد رضائي، فلابد فيه من توافق إرادتي طرفيه.
- عقد الزواج عقد فوري، حيث تسري آثاره على الطرفين بمجرد إبرام العقد.
- أطراف العقد رجل و امرأة: احترازا من الخنثى المشكل الذي لا ينكح و لا ينكح. و بعيدا عن كل تأويل قد يقدمه دعاة الحرية الجنسية.
- أن نية الأطراف تكون منصبة على ديمومة الزواج، لتمييزه عن بعض الأنكحة المحرمة، كزواج المتعة.
- يهدف إلى إنشاء أسرة مستقرة، برعاية مشتركة للزوجين، كل حسب طاقته، وما وهبه الله تعالى من مميزات. بخلاف المشرع الإماراتي الذي جعل الأسرة تحت رعاية الزوج،وذلك ما أكده من خلال المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية .

[5] المعجم الوسيط، دار الدعوة،ج 1 ص 405 (بتصرف)
[6] محمد بن إبراهيم التويجري،موسوعة الفقه الإسلامي، ج 4 ص9

ثانيا : أركان الزواج:

الركن في الاصطلاح الفقهي: "هو ما يكون به قوام العقد،بحيث يعد جزء داخلا في حقيقته.".[7]وقد اختلف الفقهاء في تحديد أركان الزواج،فذهب الحنفية إلى أن أركان الزواج هي الصيغة فقط. بينما يقول المالكية أن أركان الزواج هي: الولي والزوج و الزوجـــة و الصداق و الصيغة. وعند الشافعية هي:الزوج والزوجة والولي و الشاهدان و الصـــيغة. وعند الحنابلة: الزوجان و الإيجاب والقبول[8].

وبالرجوع إلى المادة العاشرة[9] من مدونة الأسرة،نجد أنها أخذت بقول الأحناف في هذه المسألة.

الصيغة :هي اللفظ الذي يدل على حصول الزواج وتحققه. وهي مجموع الإيجاب و القبول[10].

فالإيجاب : هو ما يصدر أولا من أحد العاقين، سواء من الزوج ،أو الزوجـــة،أو الولي.

و القبول: ما يصدر ثانيا من الطرف الآخر.

و هو نفس موقف المشرع الجزائري في المادة التاسعة من قانون الأسرة.

ويشترط في الإيجاب و القبول أن يكونا:

- شفويين عند الاستطاعة، و يكونان بالألفاظ الدالة على الزواج لغة أو عرفا، دون لبس أو إبهام. و يكونان كتابة عند العجز عن الكلام.

---

[7]الكشبور،الواضح في شرح مدونة الأسرة،مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثالثة سنة 2015،ص 228

[8]كشاف القناع عن متن الإقناع البهوتي دار الكتب العلمية بدون طبعة ج 5 ص 37

[9]جاء في الدليل العملي :"الإيجاب والقبول ركنان لانعقاد" . وهو ما أكدته المادة57 : "يكون الزواج بـــاطلا: إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 "

[10]عمرو لمزرع ، غمز العيون في أحكام الزواج وانحلاله، مطبعة آنفو- برينت، ص42

ولكن ما هي الألفاظ التي ينعقد بها الزواج ؟

ألفاظ الإيجاب والقبول على ثلاثة أقسام[11]:

أ- ما اتفق الفقهاء على انعقاد الزواج بها،وهي لفظ:أنكحت و زوجت.وذلك لورودهما في كتاب الله عز وجل.

ج- ما اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بها،فهي التي لا تدل على تمليك العين في الحال،ولا على بقاء الملك مدة الحياة،كالإباحة و الإعارة والمتعة ونحوها. ما اختلفوا في انعقاد الزواج بها،وهي الألفاظ الدالة على تمليك العين في الحال،وبقاء الملك مدة الحياة،كلفظ البيع،ولفظ الهبة،ولفظ الصدقة و نحوها:

فأجازه الحنفية ، والمالكية على الراجح ،فقالوا ينعقد بشرط نية أو قرينة تدل على النكاح كبيان المهر ، وإحضار الناس ،وفهم الشهود المقصود.ويرى الزحيلي ترجيح هذا القول، "لأن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني."[12]

أما الشافعية والحنابلة فلا ينعقد الزواج عندهم إلا بلفظ النكاح والتزويج.

ويرى جمهور الفقهاء،خلافا للشافعية والحنابلة، أن الصيغة تصح بأي لغة،سواء أكان الطرفان عالمين بالعربية أم لا[13].

وقد أخذت المدونة[14] برأي المالكية والجمهور،فنصت المادة العاشرة على أن التعبير عن الإرادة يكون "بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا".

كما ينعقد زواج الأخرس بالكتابة،أو بإشارته إن فهمها الطرف الآخر والشهود[15].والكتابة أولى عند الإستطاعة[16].

---

[11] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر – دمشق،الطبعة الرابعة ج 9 ص6523

[12] نفسه ،ج9 ص 6523

[13] محمد الكشبور، مرجع سابق، ص 234

[14] يعني لفظ "المدونة" مدونة الأسرة

هل يعتبر سكوت المرأة قبولا؟

الأصل أن السكوت تعبير سلبي، لا يمكن التسليم بأنه يحمل معنى القبول.

و سكوت المرأة قد تفرضه أجواء الاحتفال و التقاليد و العادات المتأصلة في بعض البلاد. و قد قال ابن عاصم في تحفته:

"**وتأذن الثيب بالإفصاح ***والصمت إذن البكر في النكاح**".[17]

و مهما يكن، فإن توقيع الزوجة على عقد الزواج هو تعبير صريح عن الإرادة في التعاقد.

- متطابقين في مجلس واحد، لابأس بالفصل اليسير، و ما لا يعتبر إعراضا، حيث جرى العرف بأن لا تصرح الزوجة بالقبول في مجلس العقد بحضور الزوج و الولي عند اجتماع الرجال، حيث تكون مع النساء في مجلس آخر.

- باتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ:

أما الشرط فهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يعلق على حدوثه أحد أمرين: إما وجود الالتزام فيكون الشرط واقفا، كتعليق الزواج على الحصول على وظيفة. و إما زوال الالتزام فيكون الشرط فاسخا، كتعليق انتهاء الزواج على ميلاد طفل بين الزوجين.

أما الأجل فهو أمر أو واقعة مستقبلية محققة الوقوع، سواء عرف وقت انتهائها أو لا، كنزول مطر. و هو أيضا واقف أو فاسخ[18].

---

[15]سيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي بيروت،الطبعة الثالثة سنة1977 ج2 ص39

[16]الزحيلي،مرجع سابق، ج9 ص6532

[17]أورده الكشبور، مرجع سابق، ص237

[18]وزارة العدل، دليل عملي لمدونة الأسرة،ص23

- سالمين من التدليس و الإكراه، و يمكن للمكرَه أو المدلس عليه بوقائع كانت هي الدافع لعقد الزواج، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء و بعده، لكن في أجل شهرين من زوال الإكراه أو العلم بالتدليس، مع حقه في طلب التعويض[19].

بالإضافة إلى الشروط التي يجب توفرها في الإيجاب والقبول،هناك شروط مرتبطة بطرفي العقد:

- فيجب أن يكون أحدهما ذكراوالآخر أنثى.
- أن يكونا معينين بذواتهما.

هل تجوز الوكالة في الزواج؟

إذا كان الأصل هو حضور الزوجين مجلس العقد،فإنه قد تحول ظروف خاصة دون الحضور.لذلك أباح المشرع المغربي التوكيل في إبرام عقد الزواج،وحدد شروط وحدود هذه الوكالة في المادة 17 من المدونة وهي كالآتي[20]:

أ- وجود ظروف خاصة،لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه.هذه وكالة خاصة،يتم اللجوء إليها في حالة وجود ظروف خاصة منعت الموكل من حضور عملية إبرام العقد بنفسه.

ب- تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أوعرفية،مصادق على توقيع الموكل فيها.

ج- أن يعين في الوكالة اسم الزوج الآخر و مواصفاته،والمعلومات المتعلقة بهويته،وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها.

---

[19] نفسه ،ص 23

[20] الكشبور،مرجع سابق، ص233

هذه المعلومات تضييق إيجابي،فالوكيل ليس مكلفا باختيارالزوج أو الزوجة،و إنما إبرام العقد فقط.

د- أن تتضمن الوكالة قدر الصداق،وعند الاقتضاء قدر المعجل منه والمؤجل. وللموكل أن يحدد الشروط التي يريد إدراجها في العقد والشروط التي يقبلها من الطرف الآخر.مما يدل على وجود اتفاق قبلي بين الخاطبين.

هـ - أن يؤشر القاضي المذكور على الوكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة.

ويشترط في الوكيلان يكون راشدا متمتعا بكامل أهليته المدنية. وفي حالة توكيله من الولي يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية.لم تحدد المدونة هذه الشروط، لكن بالرجوع إلى الفقه المالكي نجدها محصورة في العقل والبلوغ والذكورة[21]

الفقرة الثانية: الأهلية والولاية في الزواج

لا بد من توفر شروط معينة حتى يكون العقد صحيحا.في هذه الفقرة سنتطرق للأهلية أولا،ثم للولاية ثانيا.

أولا :أهلية الزوج أو الزوجة

تستوجب الأهلية العقل والبلوغ،ثم السن المعتبرة قانونا. وقد اشترط المشرع المغرب يفي المادة 19 من المدونة لصحة الزواج بلوغ كل من الطرفين ثمان عشرة سنة شمسية كاملة[22]، مع التمتع بكامل القوى العقلية. و ذلك لما يترتب عن الزواج من مسؤوليات من جهة ،وحتى ينتج الزواج كامل أهدافه من جهة أخرى.

[21]الزحيلي ، مرجع سابق، ج9ص6700

[22] انساجاما مع مقتضيات اتفاقية حقوق الطفل التي صادق عليها المغرب بتاريخ 1993/6/21 مع التحفظ على أحكام المادة الرابعة

يلاحظ أن المشرع المغربي قد وحّد سن الزواج بالنسبة للطرفين،وذلك تنفيذا لمقتضيات اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[23].وهو نفس توجه كل من المشرعين الجزائري و التونسي.أما المشرع الكويتي فقد ميز بين سن الزواج للفتى والفتاة[24].

إلا أن المصلحة قد تقتضي زواج من لم تكتمل أهلية زواجه كالقاصر، أو عديم الأهلية كالمجنون.

أ- زواج القاصر:

القاصرحسب تعريف د.الزحيلي هو:"من لم يستكمل أهلية الأداء سواء أكان فاقدا لها كغير المميز أو ناقصها كالمميز"[25].

تناولت المادة 20 من مدونة الأسرة مسألة زواج القاصر، وحددت لذلك شروطا:

- موافقة النائب الشرعي، ويتم بتوقيعه على طلب الإذن بالزواج، ثم حضوره إبرام العقد.
- الحصول على الإذن بالزواج من قاضي الأسرة المكلف بالزواج.
- يصدر القاضي مقررا معللا يبين فيه الأسباب و المصلحة، مستعينا بخبرة طبية،أو بحث اجتماعي.غير أن الواقع العملي يثبت أن القاضي هو صاحب القرار الأخير،وذلك بما يتمتع به من سلطة تقديرية[26].

---

[23]ظهير شريف رقم 1.93.361 صادر في 29 من رمضان 1421 بنشر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الجريدة الرسمية عدد4866-23 شوال 1421،ص226

[24]المادة 26، قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007 .

[25]أحمد الأمراني،سلطة القاضي التقريرية في الإذن بتزويج القاصر،مجلة الأبحاث والدراسات القانونية،العدد الخامس،ماي-يونيو2015

- مقرر الاستجابة غير قابل لأي طعن.بينما القرار بالرفض فيكون قابلا للطعن طبقا للقواعد العامة[27].

وهو نفس توجه المشرع الجزائري من خلال المادة السابعة من قانون الأسرة.

أما المشرع التونسي فقد جعل زواج القاصر متوقفا على موافقة الولي والأم ،وفي حالة رفض أحدهما ،يكون للقاصر حق طلب الإذن بالزواج[28].

ب-زواج المعاق ذهنيا

يرى جمهور الفقهاء إباحة زواج المجنون إذا أظهر الرغبة في الزواج[29]. في حين لا يسمح المشرع المغربي بزواج المعاق ذهنيا إلا وفق الإجراءات المحددة في المادة 23 من مدونة الأسرة:

- إذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج، بناء على تقرير طبيب مختص يحدد درجة الإعاقة و خطورتها.

- أن يكون الطرف الآخر كامل الأهلية.

- موافقته على الزواج بشخص معاق ذهنيا بعد الاطلاع تقرير الطبيب، و يشترط في الموافقة أن تكون محررة في محضر رسمي يوقع عليه.

وقد سمح المشرع الإماراتي بزواج المعتوه و المجنون، شريطة ألا ينتقل المرض إلى نسله، ثم أن يكون في زواجه مصلحة له[30].

---

[26] قرار صادر عن محكمو الإستئناف بطنجة بتاريخ 05/6/9 تحت عدد7/05/401 في الملف عدد7/05/164 منشور بكتاب العمل القضائي لإدريس الفاخوري ج 1 ص 35 ومايليها . نقلا عنمجمد بفقير مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي ص 39

[27] دليل عملي،مرجع سابق،ص29

[28] الفصل 6 نقح بالقانون عدد 74 لسنة 1993

[29] الزحيلي،مرجع سابق، ج 9 ص6687

[30] المادة 28 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

أما المشرع التونسي، من خلال الفصل 7 من مجلة الأحوال الشخصية، فقد نظم حالة السفيه فقط.في حين يلاحظ سكوت قانون الأسرة الجزائري عن هذه المسألة، غير أنها أحالت على أحكام الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222.

ثانيا: الولاية في الزواج

الولاية هي سلطة ، تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات القانونية ،وتنفيذها عن المولى عليه[31].

اختلف الفقهاء في مسألة الولاية على رأيين رئيسين،حيث

واشتراط الولاية في زواج المرأة فيه قولان للفقهاء:

الأول : قول الجمهور بأن الزواج لا يصح إلا بولي ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها32.

الثاني : قول أبي حنيفة و أبي يوسف، بأن للمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها وزواج غيرها ،سواء كان الزوج كفء أو غير كفء.وذكر الطّحَاوي قول أبي يوسف رحمهما اللّه تعالى إن الزوج إن كان كفء أمر القَاضي الولي بإجازة العقد فإن أجازه جاز، وإن أبى أن يجيزه لم ينفسخ ولكن القَاضي يجيزه فيجوز[33]. لكن إذا تولت عقد زواجها وكان لها ولي عاصب، اشترط لصحة زواجها و لزومه أن يكون الزوج كفء ، وألا يقل المهر عن مهر المثل فإذا تزوجت بغير كفء ، فلوليها حق الاعتراض ، ويفسخه القاضي[34].

---

[31] الكشبور، مرجع سابق، ص242

[32]الزحيلي ، مرجع سابق، ج9ص6699

[33] محمد بن أحمد السرخسي المبسوط دار المعرفة بيروت 1993 بدون طبعة ج 5 ص 10

[34]نفسه، ج9ص6698

يلاحظ أن المشرع المغربي،في المادتين 24و25 من المدونة، جعل الولايـــة فـــي الزواج حق للمرأة الراشدة، و ترك لها حرية ممارسة الولاية ، أوتفويضها لأبيها أو لمـــن تشاء من أقاربها ، دون مراعاة لأي ترتيب للأولياء، وبالتالي يمكن للراشـــدة أن تعقـــد زواجها دون حق اعتراض لأحد.

وبهذا تكون مدونة الأسرة قد خالفت المذاهب الفقهية الأربعة، وأخذت بالاتفاقـــات الدولية التي صادق عليها المغرب[35].وهو نفس موقف مجلة الأحوال الشخصية التونســـية من خلال الفصل 9.بخلاف المشرع الأردني الذي يثبت الولاية للأقارب وفـــق مـــذهب الإمام أبي حنيفة[36]. بينما يرى المشرع الإماراتي بطلان العقد بغير ولي[37].

ويرى بعض الفقه ضرورة الإبقاء على شرط الولاية، وذلك لكون الـــزواج عقـــد عظيم الشأن، وتترتب عليه أثار خطيرة. كما أن حضور الرجال بعضهم إلى جانب بعض يصفي على الزواج من الأمان و الاهتمام، ويقوي الزوجة و عائلتها[38].

المطلب الثاني :الصداق، و الإشهاد ،وانتفاء الموانع من شروط الزواج

أوردت المدونة،في المادة 13، شروط صحة يجب أن تتوفر في الـــزواج ليكـــون صحيحا،سنتحدث عن الصداق، وموانع الزواج (الفقرة الأولى).ثم نتناول الإشهاد وتوثيق العقد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:الصداق وموانع الزواج

يعتبر الصداق (أولا)إلى جانب انتفاء الموانع(ثانيا)من شروط صحة النكاح.

---

[35] خصوصا اتفاقية "سيداو"

[36]المواد 9،10،11،12 من قانونالأحوال الشخصية الأردني

[37]المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

[38]الأزهر،مرجع سابق،ص73.

أولا: عدم الاتفاق على إسقاط الصداق

أ-تعريف الصداق

قال الله تعالى: " و آتوا النساء صدقاتهن نحلة"[39].

الصداق هو"المال الذي يبذله الزوج للمرأة رمزا لرغبته الأكيدة في الاقتران بهـــا، في حياة شريفة،توفر الاطمئنان و السعادة لأسرتهما"[40].

فقد أمر الله تعالى الرجال بأداء المهور للنساء، وذلك إكراما للمرأة، و تنبيها للرجل على وجوب تحمل الأعباء المالية للأسرة.

وقد جاء تعريفه في المادة 26 من المدونة،ليؤكد على قيمته المعنوية.

و يشترط في المهر[41] :

- أن يكون مالا، أو مقوما بمال،كقطعة أرضية،أو سيارة... .
- أن يكون طاهرا، داخلا في دائرة التعامل الشرعي.
- أن يكون مقدورا على تسليمه.
- أن يكون معلوما، نافيا لأية جهالة.

---

[39] سورة النساء الآية 4

[40] المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصيةالإماراتي،ملحق الشريعة والقانون-العدد 26 ربيع الأول 1427 – أبريل 2006

[41] الأزهر ص79 -80

ب-مقدار الصداق:

1- أكثر الصداق:

قال الله عز و جل :"وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا"[42]. قال الإمام ابن كثير في تفسير كلمة قنطار:"وقد اختلف المفسرون في مقدار القنطار على أقوال وحاصلها أنه المال الجزيل"[43].

لذلك أجمع الفقهاء على أنه ليس للصداق حد أعلى. والمدونة بسكوتها،تكون قد تبنت موقف الفقهاء.وهوا لذي عليه معظم التشريعات العربية.في حين نجد المشرع الإماراتي قد حدد الحد الأعلى للمهر[44].

2 -أقل الصداق:

اختلف الفقهاء في مقدار الحد الأدنى للصداق . فذهب الشافعي،وأحمد ، و أبوثور، وابن وهب من أصحاب مالك،وفقهاء المدينة من التابعين،إلى أنه ليس لأقل الصداق حد،وأن كل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشيء جاز أن يكون صداقا.

بينما يرى الحنفية ،والمالكية،وابن شُبرُمة، أن أقل الصداق هو النصاب في السرقة[45].

وقد رجح الدكتورالكشبور الرأي الأول،وذلك بعد استعراض مجموعة من الأحاديث النبوية ،التي تدعو إلى عدم المغالاة في المهور،وتركز على قيمتها الرمزية[46].

---

[42]سورة النساء الآية 20

[43]أبوالفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي،تفسير القرآن العظيم،دار النهضة العربية،الطبعة الخامسة 1996 ج 1ص332

[44]القانون الإتحادي رقم 21 لسنة 1997 في شأن تحديد المهرفي عقد الزواج و مصاريفه

[45]أبو الوليد محمد ابن رشد القرطبي،الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث القاهرة ، بدون طبعة ج3 ص 47

[46]الكشبور، مرجع سابق، ص375 -376

لقد أكد المشرع المغربي على هذا الرأي في المادة 28 من مدونة الأسرة،حيث نصت على أن:"..المطلوب شرعا تخفيف الصداق."فأوصت بعدم التكلّف في الصداق.

ج- ملكية الصداق:

الصداق ملك للزوجة،لها أن تتصرف فيه كيفما شاءت.ولا يحق مطالبتها بأثاث أو غيره مقابل الصداق،وهو ما تؤكده المادة29 من المدونة.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن للمرأة أن تحط من مبلغ الصداق قدر ما شاءت،كما أنه لا مانع من أن يزيد الزوج في قيمته،ولو بعد إبرام العقد.

د- أنواع الصداق:

تختلف تسمية الصداق،بحسب تعيينه،وكيفية سداده.

الصداق المسمى:هو الصداق الذي تم تحديده أثناء إبرام العقد، أوتم تحديده بعد إبرام العقد عن طريق اتفاق لاحق بين الزوجين[47].

صداق المثل:هو الصداق الذي يُعطى للزوجة ،قياسا لها على مثلها. وتتولى المحكمة تقديره مراعية الوسط الاجتماعي لكل من الزوجين[48]. ويكون في حالتين :

<u>حالة زواج التفويض</u>: وهو أن يُعقد النكاح دون صداق[49].جاء في قرارصادر عن غرفتين بالمجلس الأعلى أنه"...وإذا تم الدخول دون تحديد الصداق،فإن الزواج يعتبر من نكاح التفويض وتستحق المرأة صداق المثل عن مهرها ما دام لم يتم الإتفاق على إسقاطه."[50]

---

[47]نفسه ،ص377

[48]المادة 27 من مدونة الأسرة

[49]ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ج 3 ص 51

[50] صادر بتاريخ 04/2/8 تحت عدد 582 في الملف عدد03/661 منشور بقرارات المجلس الأعلى لإدريس بلمحجوب ج3 ص182 وما يليها. عنمجمد بفقير مرجع سابق ص 41(بتصرف)

<u>حالة الزواج الفاسد لصداقه</u>:بحيث يكون الصداق مما لايصح التزامه شرعا.وقد نظمته المادة 60 من المدونة.

الصداق المعجل والمؤجل: يجوز للزوج، بعد موافقة الزوجة، أن يعجل الصداق،

أو يؤجله، كلا أو بعضا إلى أجل مسمى، و يبقى دينا في ذمة الزوج تطالب به الزوجة عند الأجل،أو ورثتها بعد وفاتها[51].

هـ- استحقاق الصداق:

حددت المادة 32 من المدونة حالات استحقاق الزوجة للمهر، فقد تستحق المهر كله، وقد تستحق نصفه،وقد لا تستحق منه شيئا:

<u>حالات استحقاق كل الصداق</u>

تستحق الزوجة كامل المهر بـ:

- البناء بها،سواء كان الزواج صحيحا،أوباطلا،أو فاسدا.

- الخلوة الصحيحة،أو الإقامة معه سنة ولوثبت استحالة الوطء[52]. وهوما أكده المجلس الأعلى في قرار له[53]:"..تستحق المطلقة بعد الخلوة كامل المهر و المنفعة دون أداء اليمين." بينما يرى في قرار صادر بتاريخ 00/10/18 أن الخلوة وحدها لاتكفي لاستحقاق المهر بكامله ،بل لابد من المسيس والقول قول الزوجة بيمينها[54]

- وفاة أحد الزوجين.

---

[51]محمد الأزهر، مرجع سابق، ص82

[52]الكشبور، مرجع سابق، ص387

[53]قرار صادر في 26 ماي 1977 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى،عدد26 ص139 وما بعدها،أورده الكشبور.

[54] تحت عدد971 في الملف عدد26/346 منشور بمجلة المناهج عدد5و6 ص233 ،ذكرهمجمد بفقير مرجع سابق ص 43

حالة استحقاق نصف الصداق

قال الله تعالى"وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم"[55].

فإذا كان الزواج صحيحا،وكان الصداق قد سُمّي،ثم طلّق الزوج زوجته قبل البنـــاء ،أو الخلوة وما يقوم مقامها، مختارا.فالزوجة تستحق نصف الصداق المسمى[56].

حالات عدم استحقاق الصداق وهي :

- إذا قتلت المرأة زوجها عمدا وعدوانا، قبل البناء[57].
- إذا رد الزوج زوجته للعيب، أو ردته للعيب قبل أن يبني بها حقيقة.
- إذا وقع الطلاق ،أو وفاة الزوج قبل تحديد المهر[58]،في زواج التفويض.

و- الإختلاف حول الصداق:

- قبل البناء،تصدق الزوجة بيمينها.
- بعد البناء،يصدق الزوج بيمينه.

أمـــا المؤجـــل مـــن الصـــداق،فعلى الـــزوج أن يثبـــت أداءه بجميـــع وســـائل الإثبات[59].والملاحظ مدونة الأسرة قد بسطت أحكام الصداق في المواد من 26 إلـــى 33.

---

[55]سورة البقرة الآية 237

[56]الأزهر،مرجع سابق،ص86

[57]عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري الفقه على المذاهب الأربعة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الثانيـــة 2003 ج 4 ص 102

[58] نفسه ج 4 ص 101

[59]الأزهر، مرجع سابق، ص87

بخلاف المشرع التونسي فقد تناول الصداق في فصلين فقط[60]، مبررا ذلك بعدم التركيز على القيمة المالية للمهر، التي قد توحي بفكرة "دونية **المرأة**"

ثانيا: انتفاء الموانع الشرعية.

تنقسم موانع الزواج إلى قسمين: مؤبدة و مؤقتة.

أما المؤبدة فهي التي تؤبد التحريم ، وتضم ثلاثة أنواع :

أ-حرمة القرابة و النسب :

من أصول الرجل مهما علت درجتهن، و فروع هو فروع أبويه مهما نزلت درجتهن، وفروع أجداده و جداته بدرجة واحدة[61].

ب **- حرمة المصاهرة:**

أصول زوجة الرجل وزوجات أصوله، وزوجات فروعه، بمجرد العقد. وفروع زوجاته التي دخل بهن.

ج - المحرمات من الرضاعة:

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و المصاهرة . وهو ما أكدته المادة 38 من مدونة الأسرة.

<u>شروط التحريم بسبب الرضاع هي :</u>

- أن يتم الرضاع من امرأة .
- أن يكون الرضاع في الحولين الأولين من عمر الطفل.

---

[60] الفصلان 12و13 من مجلة الأحوال التونسية

[61] الأزهر، مرجع سابق ص92-93

- أن يكون قبل الفطام.

- اختلف الفقهاء من مقدارالحليب المحرِّم ، فذهب الحنفية و المالكية إلى إطـــلاق لفظ الرضاع ، سواء كان قليلا أوكثيرا، بينما قال الشافعية و الحنابلة بخمـــس رضـــعات مشبعات[62].

الملاحظ أن المشرع المغربي سكت عن ذكر عدد الرضعات،وبالتالي يحيل علـــى المذهب المالكي عملا بالمادة 400 من المدونة.أما المشرع الجزائري، من خلال المـــادة 29 من قانون الأسرة،فقد كان واضحا في المسألة.

وأما الموانع المؤقتة، وهي التي تزول بزوال سببها فهي[63]:

* الجمع بين المرآة و زوجها وأختها ، أو عمتها ، أو خالتهـــا ، مـــن نســـب أو رضاع.

* المطلقة ثلاثا، قبل أن تتزوج زوجا غيره فيطلقها بعد نكاح صحيح.

* المسلمة بالنسبة لغير المسلم.

* المسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية.

* المرأة التي تعلق بها حق الغير، من زواج، أو عدة، أو استبراء

*الزواج بالخامسة حالة وجود أربع في العصمة.

*الإحرام بالحج أو العمرة.

* المرض، وهو المشهور عند مالك[64].

---

[62]الجزيري،مرجع سابق،ج 4 ص 228
[63]الأزهر،مرجع سابق، ص 98 - 99
[64]ابن رشد، مرجع سابق، ج3ص69

ويلاحظ أن المشرع التونسي جعل الطلاق ثلاثا ضمن الموانع المؤبـــدة[65]. وهـــذا مخالف لصريح الآية 230 من سورة البقرة.

الفقرة الثانية : الإشهاد و توثيق العقد

الإشهاد على عقد الزواج وتوثيقه من شروط التي يجب أن تتوفر في عقد الزواج. وذلك حسب صريح المادة 13 من مدونة الأسرة المغربية. وهكذا سنتناول في هذه الفقرة الإشهاد على الزواج (أولا)، ثم توثيق العقد (ثانيا).

أولا : الإشهاد على الزواج

لقد أجمع الفقهاء على تحريم زواج السر[66]، وهو الذي لـــم يقـــع الإشـــهاد علـــى إبرامه.بل إن الإمام مالك اعتبر أن من نكاح السر،النكاح الذي طلب من الشهود كتمانه.

الشهادة شرط لصحة النكاح لابد منها، وقد نصت عليه المـــادة 13 مـــن مدونـــة الأسرة.وأقل عدد الشهود رجلان،أو رجل وامرأتان عند الحنفية[67].

ويشترط لصحة الشهادة :

- أن يكون الشاهد عاقلا وراشدا،كامل الأهلية.

- أن يكون مسلما إذا كان الزوجان مسلمين.أما اذا كانت الزوجة كتابية فتجوز شهادة كتابيين .

- أن يكون عدلا،وجوّزالحنفية والحنابلة شهادة الفاسق.لأن الشـــهادة عنـــدهم مجرد إعلان فقط.

- أن يتيقن الشهود من تبادل الإيجاب والقبول،في مجلس العقد.

---

[65]الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية

[66] ابن رشد مرجع سابق ج 3 ص 2244

[67]لمزرع، مرجع سابق، ص99

وقد أناط المشرع المغربي ،حصريا، مهمة الإشهاد على عقد الزواج بالعدلين المنتصبين للإشهاد في إطارالقانون رقم 16.03 .بحيث يكون الإشهاد بسماع العدلين الإيجاب و القبول ، و تضمينهما له في وثيقة عقد الزواج[68].

غيرأن المادة 14 من مدونة الأسرة سمحت، استثناء ،للمغاربة المقيمين بالخارج أن يشهدوا على زواجهم شاهدين مسلمين ،غير العدلين المنتصبين للإشهاد.وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادربتاريخ 08/10/8 ،والذي جاء فيه أن" المحكمة لما عللت قرارها بتذييل عقد الزواج الأجنبي بالصيغة التنفيذية بأن إدلاء الطرف الأجنبي بما يفيد إعلان إسلامه ليس من الوثائق الجوهرية في الزواج المنعقد بالخارج، وأن حضور الشاهدين مسلمين مجلس العقد لا يعتبر من الشروط الجوهرية فإنها قد خرقت المادتين 14و39 من مدونة الأسرة وعرضت قرارها للنقض"[69].

ولم يشترط المشرع الإماراتي شرط الإسلام في الشهود بالنسبة للزواج المختلط ، وهو ما نصت عليه المادة 48 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

و الإشهاد على الزواج له دورين أساسين : يتمثل الأول في إعلان الزواج بين الناس ، و الثاني فبأنه يمثل وسيلة هامة لإثبات الزوجية .

ثانيا: توثيق الزواج

نصت المادة 16 من مدونة الأسرة على أنه:"تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج". يتبين من خلال هذه المادة الأهمية التي يكتسيها توثيق الزواج في التشريع المغربي. ومهمة توثيق الزواج موكولة للعدلين بموجب القانون رقم 16.03.غير أنه لايمكن توثيق الزواج إلا بعد إذن قاضي الأسرة كتابة.

---

[68] الكشبور، مرجع سابق، ص419

[69] قرار تحت عدد 450 في الملف 07/706 منشور بكتاب العمل القضائي في قضايا الأسرة لإبراهيم بحماني المجلد الثاني ص 265 وما يليها أورده مجمد بفقير مرجع سابق ص 20

ونظرا لأهمية عقد الزواج ،فقد حددت المادة 67 من المدونة للعدلين أهم مضامين هذا العقد كمايلي :

- الإشارة إلى إذن القاضي وكل ما يتعلق به.
- اسم الزوجين وهويتهما.
- اسم الولي عند الاقتضاء.
- صدور الإيجاب والقبول من المتعاقدين.
- في حالة التوكيل على العقد،اسم الوكيل وهويته، ومكان وتاريخ صدور الوكالة.
- الإشارة إلى الوضعية القانونية لمن سبق زواجه.
- مقدار الصداق في حالة تسميته مع بيان المعجل منه والمؤجل.
- الشروط المتفق عليها من الزوجين.
- توقيع الزوجين والولي عند الاقتضاء.
- اسم وتوقيع العدلين،وتاريخ الإشهاد.
- خطاب القاضي مع طابعه.

ثم أضاف قرار لوزير العدل رقم 270.04 صادر في03 فبراير 2004 مقتضيين:

- إذن بالزواج من المصالح المختصة بالنسبة للعسكريين و أفراد الدرك الملكي وموظفي الأمن الوطني وأفراد القوات المساعدة.

- إدراج مهنة الزوجين إضافة إلى ما ذكر في المادة 67 [70].

أما بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج ،فقد حددت المادة 15 من مدونـــة الأســـرة إجراءات توثيق عقود زواجهم. وتخلف شكلية الكتابة لايؤثر في صحة الزواج المستوفي للأركان والشروط ،وهذا ما أكده قرار صادر عن استئنافية الحسيمة[71]

[70] محمد بفقير مرجع سابق ص81 وما يليها

[71] قرار صادر بتاريخ 07/6/14 في ملف عدد06/798 منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيـــق مدونـــة الأسرةالجزء الأول ص100وما يليها أورده مجمد بفقير مرجع سابق ص 80

المبحث الثاني

الزواج غير الصحيح وآثاره

يعتبر المشرع المغربي من خلال المادة 50 من مدونة الأسرة،الزواج صحيحا متى توفرت فيه الشروط والأركان الأساسية لانعقاده وانتفت موانعه. وبمفهوم المخالفة ،متى انتفت هذه الأركان والشروط اعتبر الزواج غير صحيح . وقد حددت المادة 56 من المدونة الزواج غير الصحيح في الزواج الباطل (المطلب الأول) والفاسد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الزواج الباطل وآثاره

يراد بالزواج الباطل كل زواج أجمع العلماء على عدم صحته لعلة في عقده. أي لإخلاله بركن من أركان العقد،أو شرط من شروطه،أو كانت هناك حرمة بين الزوجين . وقد اورد المشرع المغربي من خلال المادة 57 من مدونة الأسرة مجموعة من الحالات التي تكون سببا في إبطال عقد الزواج .

وهذا ما سنحاول توضيحه في (الفقرة الأولى) على أن نخصص (الفقرة الثانية) لآثار عقد الزواج الباطل.

الفقرة الأولى : حالات الزواج الباطل

يعتبر الزواج باطل في الصور و الحالات التي أشار إليها المشرع في المادة 57 من مدونة الأسرة وهي كالآتي:

1 - إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 من المدونة، وهما الإيجاب والقبول . بحيث لا يتصور قيام عنصر الرضا بالعقد إلا بالتعبير عنه بصيغة تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا. وقد أجاز بعض الفقه الكتابة والإشارة مقام النطق من العاجز عن الكلام . أما إذا انعدم هذا الركن ،فإن العقد يصبح باطلا.

2 - إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المـــواد 35 إلى 39،

سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة. وموانع الزواج تتلخص في صفة في المرأة تجعلهـــا محرمة على الرجل ،بحيث لا يحق لهما إبرام عقد الزواج ،أو صفة في الزوج تحرِّم عليه الزواج ما دام متصفا بها [72]. وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة الإبتدائيـــة بالخميســـات حكما بإبطال عقد الزواج ، لكون الزوجة كانت حامل وعالمة بحملها قبل ابرام الـــزواج مما تعين معه تصريح المحكمة ببطلان الزواج واخضاع الزوجة لفترة الاستبراء [73].

3 - إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

كما لو تم تزويج فرد دون علمه . كما يحدث أحيانا في بعض البـــوادي النائيـــة بالمغرب[74]. لكن الإشكال في نظرنا يكمن في كيفية إثبات عدم العلم إذا كانـــت عـــادات وعرف أهل البلدة يسمح لولي الزوج والزوجة بإبرام العقد كما يكون الإيجـــاب والقبـــول غير متطابقين متى كان معلقا على شرط . فلا بد أن يتحقق التوافق على جميع الشـــروط في مجلس العقد،أما إذا خالف القبول الإيجاب وانصبت المخالفة علـــى موضـــوع العقـــد فمصيره البطلان .

الفقرة الثانية : آثار الزواج الباطل

حدد المشرع المغربي آثار الزواج الباطل ضمن المادة 58 من مدونـــة الأســـرة. والتي يستفاد منها،أن الزواج الباطل منعدم شرعا.وبالتالي خول المشرع المغربي للمحكمة حق إثارته تلقائيا ،كما خول ذلك أيضا لكل ذي مصلحة[75]. بحيث تتأكد المحكمة من حالة البطلان بمجرد اطلاعها على أحد الأسباب المؤدية إليه ،لأن المسألة تتعلق بالنظام العام .

---

[72] عبد الله بن طاهر التناني مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي مطبعة النجاح الجديدة ص 167

[73] حكم عدد 907 في الملف الشرعي عدد 07/575 منشور أورده د محمد بفقير مرجع ســـابق طبعـــة 2011 ص 68

[74] الكشبور الواضح في شرح مدونة الأسرة الزواج الطبعة الثالثة ص 550

[75] الدليل العملي لمدونة الأسرة

وبعد الحكم بالبطلان يتعين على الزوجين أن يفترقا رضاء وإلا قضاء بواسطة النيابة العامة . إلا أن الملاحظ أن المشرع المغربي لم يرتب الجزاء في حالات عدم الامتثال لأمر النيابة العامة ،واستأنف المعاشرة الزوجية . بخلاف المشرع التونسي الذي أفرد الجزاء في هذه الحالة حيث نص الفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر الزوجان اللذان يستأنفان أو يستمران على المعاشرة رغم التصريح بفساد زواجهما .

ويترتب على الزواج الباطل الفسخ قبل الدخول وبعده دون أن تحسب على الزوج طلقة ،مثل من جمع بين المرأة وأختها[76]. كما ينتج عن بطلان الزواج آثار بالنسبة للصداق (أولا) ،ووجوب الاستبراء (ثانيا) ،ثم آثار من حيث لحوق النسب (ثالثا).

أولا : أثار الزواج الباطل على الصداق

من بين الآثار المترتبة على الزواج الباطل استحقاق الزوجة كامل الصداق بالبناء ،وهذا ما يستشف من خلال الفقرة الثانية من المادة 58[77] من مدونة الأسرة كما يستخلص ضمنيا من نفس المادة عدم استحقاق الصداق قبل الدخول بالزوجة. وقد ذهب أحد الفقه[78] استحقاق الزوجة قدرا من المال كتعويض مقابل استمتاع الزوج بالزوجة دون الوطء . إلا أن هذا الرأي حسب اعتقادنا ليس له سند شرعي ولا مبرر قانوني.إذ أن الاستمتاع يكون في الخلوة والتي يفترض فيها البناء.وبالتالي استحقاق الزوجة كامل الصداق .

ثانيا : وجوب الاستبراء

يقصد بالاستبراء فترة زمنية حددها الفقه المالكي في ثلاث حيضات تتربص فيها المرأة بنفسها مدة معينة حتى تتأكد من براءة رحمها من الحمل . حيث يفيد الاستبراء لغة البراءة وشرعا إظهار حال الرحم لتأكد وجود الحمل من عدمه . والاستبراء يقوم

[76] ابن طاهر مرجع سابق ص 258

[77] يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة

[78] ابن طاهر مرجع سابق ص 258

بوظيفة العدة ،ومن أسبابه الزنا والاغتصاب[79]. ويكون الاستبراء واجبا بعد البناء بثلاثة حيضات.

ثالثا : لحوق النسب

إن لحوق النسب في الزواج الباطل يكون بناء على طبيعة القصد ، فإذا كان الزوجان حسني النية فإن الولد ينسب إلى أبيه. ومثاله من تزوج بأخته من الرضاع دون أن يكونا على علم بذلك. وبالتالي فحسن النية يكون متى تبين أن الزوجين كانا جاهلين بسبب البطلان[80]. أما إن كان الزوج سيئ القصد، فالولد لا يلحق بالزوج لأنه ابن زنا ويترتب عليه الحد ، ويستثني بعض متأخري المالكية من ذلك إذا اعترف الزوج بأنه على علم بحرمة ذلك في حالات ثلاث[81]:

- إذا تزوج امرأة كان قد طلقها ثلاث من غير أن تتزوج غيره .
- إذا تزوج امرأة تحرم عليه.
- إذا تزوج امرأة خامسة حالة وجود أربع في عصمته.

المطلب الثاني : الزواج الفاسد وأثاره

نصت مدونة الأسرة في المادة 59 منها على أنه يكون الزواج فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته،طبقا للمادتين 60 و 61 من المدونة . ينقسم هذا الزواج إلى زواج فاسد لصداقه وزواج فاسد لعقده(الفقرة الأولى)،ولكل آثاره (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : الزواج الفاسد

ينقسم هذا الزواج الفاسد إلى نوعين:

---

[79] عبدالله بن طاهر مرجع سابق ص 196
[80] محمد الكشبور مرجع سابق ص 553
[81] نفسه ص 554

أولا : الزواج الفاسد لصداقه

جاء في المادة 60 من مدونة الأسرة أنه "يفسخ الزواج قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية ،ويصحح بعد البنـــاء بصـــداق المثـــل وتراعـــي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين "

يستفاد من المادة أعلاه أن الزواج الفاسد يفسخ إذا لم تتوفر في الصداق شـــروطه الشرعية . بمعنى أن الصداق شرط صحة في عقد الزواج لايجوز الاتفاق على إســـقاطه كما لا يجوز تسمية الصداق بشيء لايصح الالتزام به شرعا[82] .كمن أصدق المرأة خمرا أو ملك الغير ففي هذه الحالة يفسخ العقد إذا اطلع عليه قبل الدخول وتمنع الزوجـــة مـــن الصداق. أما إذا لم يطلع عليه إلا بعد الدخول فلا يفسخ ويكون للزوجة صداق المثل [83].

ثانيا: الزواج الفاسد لعقد

يقصد بالزواج الفاسد لعقده الزواج الذي يكون مطابقا للحالات التي أوردها المشرع في المادة 61 من مدونة الأسرة على سبيل الحصر في ثلاثة حالات:

أ- : إذا كان الزواج في المرض الخوف لأحد الزوجين ،إلا أن يشفى المـــريض بعد الزواج.

المقصود بمرض الموت هو المرض الذي يخاف فيه من الموت عادة. إلا أنه بفعل تقدم الطب ووسائل الاستشفاء من الصعب الجزم بكون مرض ما يؤدي إلى الموت حتما. لذلك وجب الاستعانة بتقرير أهل الطب والمتخصصين لتحديد ما إذا كان المـــرض فعـــلا مرض موت. ولأجل التأكد من وجود علاقة سببية بين المرض والموت ،حيـــث أنـــه إذا شفي المريض من مرضه ،اعتبر الزواج صحيحا حسب ما أشار إليه المشرع من خـــلال

[82] محمد الأزهر شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج طبعة 2004 ص103
[83] محمد الكشبور مرجع سابق ص 158

المادة 61[84] التي اتبع فيها مسلك المذهب المالكي الذي أقر بعدم جواز الزواج في مرض الموت قبل الشفاء .

وقد اختلف الفقهاء المالكية في ثلاث أمور:

1 إذا مرض مرضا مخوفا لكن لم يشرف فالمشهور عدم الجواز . وقيل بجـــوازه وهو ضعيف .

2 إذا احتاج المريض إلى امرأة تقوم به. فقيل بجوازه مع الحاجة،وعدم جوازه مع عدم الحاجة .

3 إذا تم العثور على هذا النكاح بعد الشفاء فقيل يفسخ وقيل لا يفسخ وبه أخـــذت مدونة الأسرة في المادة61[85].

ب- : إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا

بناء على المادة 61 من مدونة الأسرة يفسخ الزواج قبل البناء وبعـــده إذا قصـــد الزوج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا . يطلق عليه نكاح التحليل ،والمقصود به الـــزواج الذي يكون الغرض منه تحليل الزوجة لمطلقها الأول . وبالتالي يفســـد الـــزواج ويكـــون مصيره الفسخ[86]غير أن نية التحليل عند المحلل هي التي توجب هذا الفسخ . إلا أن قصد أو نية التحليل تتعلق بأمور نفسية ،يصعب إثباتها من الناحية الواقعية إذا لم يصرح المحلل بذلك .

[84]محمد الكشبور مرجع سابق ص 559 /560
[85] المدونة الكبرى 246/4 نقلا عن ابن الطاهر مرجع سابف
[86] محمد الكشبور مرجع سابق ص562

ج- إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه

ويقصد به حالة تزويج القاصر دون إذن وليها. لأن هذا المقتضى لا يمكن أن يشمل المرأة الراشدة التي خصها المشرع بحقها في الولاية حسب المادة 25 [87] من المدونة. خلافا لما اعتقده أحد الفقه[88] على أن المشرع قد أخطأ بالتنصيص على فسخ الزوج بدون ولي في حالة وجوبه ،معتبرا القاضي يقوم مقام الوالي وأن المادة 20 لم تنص على الولاية .ونحن لا نوافق هذا الرأي لأن زواج القاصر يتطلب بالإضافة إلى إذن القاضي المكلف بالزواج ،لا بد من موافقة النائب الشرعي على الزواج وتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد طبقا لأحكام المادة 21[89] من مدونة الأسرة. وبالتالي فموافقة الوالي شرط في زواج القاصر وانعدامها يجعل العقد فاسدا.

د- اختلال شرط الإشهاد

يعتبر تخلف هذا الشرط من الأسباب التي تؤدي إلى فسد الزواج ،إلا أن المشرع لم يتطرق إليها من خلال المادة 59 من مدونة الأسرة.وهذا راجع إلى كون الإشهاد على الزواج يتوفر لزوما بالحضور أمام العدلين لكن هذا الشرط قد يثار في حالة عدم توثيق

---

[87] تنص المادة 25 من مدونة الأسرة على أن "للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها

[88] د محمد الأزهر مرجع سابق ص 107

[89] جاء في المادة 21 من مدونة الأسرة أن "زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي.

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

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

عقد الزواج [90].وهذا ما جاء به قرار صادر عن المجلس الأعلى والذي اعتبر النكاح الذي يتم دون إشهاد العدول فاسد [91].

الفقرة الثانية: آثار الزواج الفاسد

انطلاقا مما سبق ذكره فإن الزواج الفاسد ينقسم إلا قسمين زواج فاسد لصداقه وزواج فاسد لعقده . لذلك سوف نتطرق لآثار الزواج الفاسد لصداقه (أولا) ثم نتناول الزواج الفاسد لصداقه (ثانيا)

أولا : آثار الزواج الفاسد لصداقه

لقد حددت المادة 60 من مدونة الأسرة آثار الزواج الفاسد لصداقه على أنه " يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية،ويصحح بعد البناء بصداق المثل،وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين. "

من خلال هذه المادة يتضح أن الزواج الفاسد لصداقه ،لا ينتج أي أثار قبل البناء . أما بعد البناء فيصحح بصداق المثل .ويترتب بذلك على هذا العقد أثار الزواج الصحيح[92]من نفقة و إرث وثبوت النسب.

ثانيا : آثار الزواج الفاسد لعقده

الزواج الفاسد لعقده ،يفسخ قبل البناء وبعده طبقا لما ورد في المادة 61 من مدونة الأسرة .حيث يفسخ بحكم قضائي ،متى تبين أنه فاسد ولا يترتب على هذا الزواج أي آثار شرعي قبل البناء**[93]**. بمعنى أن المرأة لا تستحق الصداق والنفقة ولا يثبت فيه النسب

---

[90] د محمد الكشبور مرجع سابق ص 564

[91] قرار صادر بتاريخ 80/12/15 تحت عدد470 في ملف عدد 83171 منشور أورده د محمد بفقير في كتابه مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي طبعة ثانية ص70

[92] محمد الأزهر مرجع سابق ص110

[93] محمد الكشبور مرجع سابق ص 566

وليس فيه على المرأة عدة ولا استبراء . والعلة في ذلك هي أن العدة شرعت للتأكد من براءة الرحم من الحمل وهو ما لا يتحقق إلا بالدخول[94].

أما بعد البناء فإن الزواج الفاسد لعقده يرتب كل أثار الزواج الصحيح بحيث يستحق به الصداق كاملا ،وتجب به النفقة ،ويثبت فيه نسب الحمل او الولد إن وجدا دون النظر إلى نية الزوج .أي أن النسب يثبت في هذه الحالة في كافة الأحوال سواء كان الزوج حسن او سيء النية وينتج عنه التوارث إلا أن هذه الآثار تتوقف على الحكم بفسخ عقد الزواج هذا ما يستفاد من المادة 64[95].ويجب على المرأة أن تعتد بعد الفسخ . وهذا ما جاء في قرار مجلس الأعلى إذ أقر أن النكاح المختلف في فساده (يقصد به الزواج الفاسد لعقده في مدونة الأسرة) يفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق ويترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب[96]. بهذا ينتج الزواج الفاسد جميع آثار الزواج الصحيح من حيث انتشار الحرمة بسبب المصاهرة،وتجدر الإشارة أن فسخ عقد الزواج الفاسد يستلزم تسجيله لدى ضابط الحالة المدنية حسب ما جاءت به المادة 14 من المدونة التي نصت على أن "توجه المحكمة ملخص وثيقة الطلاق ،أو الرجعة،أو الحكم بالتطليق،أو بفسخ عقد الزواج ،أو ببطلانه،إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين،مرفقا بشهادة التسليم داخل خمسة عشر يوما من تاريخ الإشهاد به،أو من صدور الحكم بالتطليق أو الفسخ أو البطلان.

يجب على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب،فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

تحدد المعلومات الواجب تضمينها في الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه،بقرار من وزير العدل "

---

[94] عبد الله بن طاهر مرجع سابق ص 265

[95] محمد الكشبور مرجع سابق ص566

[96] قرار صادر عن مجلس الأعلى بتاريخ 80/12/15 عدد 470 منشور أورده محمد بفقير ص 70

كما أن التدليس والإكراه يخولان كذلك فسخ عقد الزواج طبقا لشروط التي نصت عليها المادة 63 والتي جاء فيها "يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشترطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض "

وهذا ما أقرته المحكمة الابتدائية ببركان في حكم لها والذي جاء فيه "مادام المدعي عليه قد احتال على المدعية وأخفى 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 بها من جراء واقعة التدليس والاحتيال التي تعرضت لها من طرف المدعى عليه الذي أوهمها بأنه عازب ."[97]

[97] حكم صادر بتاريخ 2005/11/24 تحت عدد 05/969 في الملف عدد 04/205 منشور أورده محمد بفقير مرجع سابق ص 69

خاتمة

حاولنا من خلال هذا العرض الإحاطة ببعض جوانب موضوع الزواج. فتبين أن موضوع الزواج موضوع متشعب لا يمكن الإلمام بكل تفاصيله من خلال هذه السطور. ومن أهم الملاحظات نسجل ما يلي:

أن المشرع المغربي حاول التوفيق بين شرعية دينية مستمدة من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية،وبين شرعية أممية منبثقة من اتفاقيات دولية. مما قد يرتب بعض الاضطراب في مواد المدونة. فمثلا: إن التنصيص على أن رعاية الأسرة تكون مشتركة بين الزوجين ليس له أي أثر فقهي أو قانوني ،وهي من باب تحصيل حاصل.وهذا يتنافى مع طبيعة النصوص القانونية التي يجب أن تكون مختزلة المباني وافرة المعاني .ثم إن الرعاية تكليف وتحمل للمسؤوليات. ومن عدل الإسلام ورحمته بالمرأة أن أوجب على الرجال التكاليف المادية الأسرة .

كما اشترطت المدونة توفر الزوجين على الأهلية القانونية ،وسمحت بزواج القاصر والمجنون استثناء.ونشير إلى سداد رأي المشرع الإماراتي ،عندما اشترط لعقد زواج المجنون خبرة طبية تثبت عدم انتقال المرض إلى أبنائه.

أما بخصوص مسألة الولاية فالمدونة قد أخذت ببعض رأي الأحناف وخالفت مشهور المذاهب الإسلامية. وهي في الحقيقة إنما أسست موقفها على مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب تحت ضغط الحركات النسوية. وأمام هذا الوضع يطرح إشكال حول مدى وجاهة موفق المشرع المغربي حال انتقائه من المذاهب الفقهية ما يوافق هواه؟ أم أنه كان من الأولى الالتزام بمذهب معين ،خصوصا وأن مواضيع الأحوال الشخصية متداخلة فيما بينها. لأنه كما يقال: "من تتبع رخص الفقهاء فقد جمع الشر كله".

لقد أوجبت مدونة الأسرة حضور الشهود مجلس العقد. وبالتالي فزواج باطل قانونا. وأناطت مهمة الإشهاد بالعدليين. ثم خفف المشرع من هذا المقتضى بالنسبة للجالية

المغربية بالخارج حين اشترط حضور شاهدين مسلمين. غير أن المشرع الإماراتي كـــان أكثر مرونة حيث أجاز شهادة شاهدين كتابيين في الزواج المختلط.

كما أكدت المدونة على أن العقد هو الوسيلة الوحيد المقبولة لإثبات الزوجية مـــع الأخذ بعين الاعتبار وجود ظروف قاهرة حالت دون توثيق عقد الزواج. وسمحت برفـــع دعوى إثبات

الزوجية أمام المحكمة. فالمشرع بهذا المقتضى يكون قد ضيق أمرا كان من الأولى أن ييسره ،إذ مصلحة الفرد والأسرة والمجتمع هي إثبات الزوجية كيفما كانت الوسيلة.

وأخيرا فإننا نؤمن بأن الإصلاح الحقيقي الذي يضمن الحقـــوق لجميـــع مكونـــات الأسرة يجب أن يتجه نحو اعتماد مرجعية دينية ،قال الله تعالى في كتابه العزيز"**ألا يعلـــم من خلق وهو اللطيف الخبير**"[98]. فالله تعالى هو الذي خلق الإنسان وهو سبحانه العليم بما يصلح حاله.

انتهى بحمد الله

[98] سورة الملك الآية14

لائحة المراجع

المصادر

- القرآن الكريم
- المعجم الوسيط، دار الدعوة
- أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن العظـــيم، دار النهضة العربية الطبعة الخامسة 1996
- أبو الوليد محمد ابن رشد القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث القاهرة
- عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري الفقه على المذاهب الأربعـــة دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الثانية
- سيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي بيروت،الطبعة الثالثة سنة1977
- كشاف القناع عن متن الإقناع البهوتي دار الكتب العلمية
- محمد بن إبراهيم التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي
- محمد بن أحمد السرخسي المبسوط دار المعرفة بيروت 1993 بدون طبعة
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر – دمشق

الكتب

- عبد الله بن الطاهر التناني مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي مطبعة النجاح الجديدة
- عمرو لمزرع ، غمز العيون في أحكام الزواج وانحلاله، مطبعة آنفو - برينت
- محمد الأزهر شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج طبعة2004
- محمد الأزهر،شرح مدونة الأسرة، دار النشر المغربية،الطبعة الثالثة - 2015
- مجمد بفقير مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي مطبعة النجاح الجديدة الطبعة الثانية 2011
- محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى
- محمد الكشبور،الواضح في شرح مدونة الأسرة،مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثالثة سنة 2015

المجلات

- أحمد الأمراني،سلطة القاضي التقريرية في الإذن بتـــزويج القاصـــر،مجلة الأبحاث والدراسات القانونية،العدد الخامس،ماي-يونيو2015
- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحـــق الشـــريعة والقانون-العدد 26 ربيع الأول 1427 – أبريل 2006
- وزارة العدل، دليل عملي لمدونة الأسرة منشورات جمعية نشر المعلومـــة القانونية والقضائية سلسلة الشروح والدلائل العدد1- 2004

القوانين

- ظهير شريف رقم 1.93.361 صادر في 29 من رمضـــان 1421 بنشـــر اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الجريدة الرســـمية عـــدد4866-23 شوال 1421
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي ،المعدل بالقوانين أرقام 61 لســـنة 1996 و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007
- القانون الإتحادي رقم 21 لسنة 1997 في شأن تحديد المهـــر فـــي عقـــد الزواج و مصاريفه
- قانون الأحوال الشخصية الأردني
- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.
- قانون الأسرة الجزائري
- مجلة الأحوال الشخصية التونسية

الفهرس

مقدمة 2

المبحث الأول: أركان الزواج الصحيح وشروطه..... 4

المطلب الأول: الصيغة والأهلية و الولاية 4

الفقرة الأولى: مفهوم الزواج و أركانه. 4

الفقرة الثانية: الأهلية والولاية في الزواج..... 10

المطلب الثاني :الصداق، و الإشهاد ،وانتفاء الموانع من شروط الزواج 14

الفقرة الأولى:الصداق وموانع الزواج..... 14

الفقرة الثانية : الإشهاد و توثيق العقد 22

المبحث الثاني: الزواج غير الصحيح وآثاره..... 26

المطلب الأول: الزواج الباطل وآثاره..... 26

الفقرة الأولى : حالات الزواج الباطل 26

الفقرة الثانية : آثار الزواج الباطل 27

المطلب الثاني : الزواج الفاسد وأثاره 29

الفقرة الأولى : الزواج الفاسد 29

أولا : الزواج الفاسد لصداقه 30

ثانيا: الزواج الفاسد لعقد 30

الفقرة الثانية: آثار الزواج الفاسد 33

أولا : آثار الزواج الفاسد لصداقه 33

ثانيا : آثار الزواج الفاسد لعقده 33

خاتمة 36

لائحة المراجع 38

الفهرس..... 41