Royaume du Maroc

Ministère de l'Education Nationale
De la Formation Professionnelle
de l'Enseignement Supérieur,
de la Recherche Scientifique

Université Sidi Mohamed Ben Abdellah

FACULTE CHARIAA- FES

المملكة المغربية

وزارة التربية الوطنية
والتكوين المهني
والتعليم العالي والبحث العلمي

جامعة سيدي محمد بن عبد الله

كلية الشريعة - فاس

ماستر قضاء الأسرة الفوج:3

وحدة: منازعات إبرام عقد الزواج وانحلاله

عـــــرض بعنـــــــوان:

الزواج غير الصحيح على ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي

من إعداد الطلبة:

محمد الوافـــي

سهام المسعودي

عزيـــز بهوش

سنـــاء غـــزال

الحسين بوراكدو

بإشراف الدكتور:

محمد مصمـــودي

السنة الجامعية: 2020/2019

مقـــدمـــــــة:

حث الإسلام على الزواج امتدادا للشرائع التي سبقته والتي دعت كلها للزواج لأنه حاجة فطرية وروحية أودعها الله عز وجل في خلقه. والحكمة من الزواج أن تنشأ الرحمة والمودة والسكينة بين الزوجين كما بين الله سبحانه وتعالى بقوله :"ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون".

فالعلاقة بين الزوجين لا يظلها إلا الرحمن، ولا يحكمها إلا الضمير والوجدان، وليست أمرا تشاع وقائعه، وتعلن حقائقه المكنونة، فهي في ستر الله ثم حماية الشرع، ولا تخضع لإجراءات القضاء بمقدار ما تخضع للديان، ولذلك كانت هذه العلاقات أدق العلاقات الإنسانية، فهي مبنية على الورع والاحتياط، والأصل في الأبضاع التحريم، وأن التلفيق فيها من أنواع التلفيق المحظور، حتى لا يتسرب الحرام إلى هذه الرابطة، وتهتز بالتالي العلاقة الزوجية أو الأسرية.

لكن هذه العلاقات لابد لها حتى تنشأ من أركان وشروط وضوابط، وهو ما نصت عليه المادة 50 من مدونة الأسرة، وبمفهوم المخالفة متى اختل أحد هذه الشروط والأركان فإن العقد إما باطل وإما فاسد حسب ما جاء في المادة 56 من مدونة الأسرة، فالأول ما اختلت أو انعدمت أركانه أو به موانع شرعية، أما الثاني فهو الزواج الذي انعدمت فيه شروط صحته، ويرجع فيه إلى وجهين : إما الفسخ، وإما التلافي والتدارك، ففيما كان فساده لعقده فالحكم فيه الفسخ، سواء عثر عليه قبل الدخول أو بعده، وما فسد لصداقه، فإنه يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل.

وقد جاء في بداية المجتهد لابن رشد، أن ضابط التفرقة فيما يعد طلاقا وما يعد فسخا، هو أن موجب التفرقة إذا كان غير راجع إلى الزوجين، وإنما يرجع إلى كون الشارع حرم عليهما بقاء العشرة، فإن الفرقة المترتبة عليه تعتبر فسخا، وما عدا ذلك يعتبر طلاقا.

وبناء على ما سبق يمكن طرح الإشكاليات التالية:

- ✓ كيف نظمت مدونة الأسرة موضوع الزواج غير الصحيح ؟
- ✓ وما هي الآثار المترتبة عليه سواء كان فاسدا أو باطلا ؟

للإجابة عن هذه الإشكاليات ارتأينا أن نقسم الموضوع إلى مبحثين أساسيين:

- المبحث الأول: الزواج الباطل وآثاره
- المبحث الثاني: الزواج الفاسد وآثاره

المبحث الأول: الزواج الباطل وآثاره

كما هو معلوم أن الزواج غير الصحيح ينقسم إلى نوعين الزواج الفاسد والزواج الباطل، بحيث يتم التمييز بينهما بعدة اعتبارات ومنها حالات وآثار كل منهما، وما يهمنا في هذا المبحث هو الزواج الباطل بحيث سنتناوله من حيث مفهومه وحالاته (المطلب الأول) وكذا من حيث الآثار المترتبة عنه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الزواج الباطل وحالاته

الزواج الباطل هو زواج غير قانوني، وهو الذي يكون باطلا وغير صالح من بدايته، ويكون الأمر كما لو أن الزواج لم يتواجد مطلقا ولا يتطلب إجراءات رسمية لإنهائه وكما أن للزواج الباطل حالاته نصت عليه مدونة الأسرة والتي يكون فيها عقد الزواج باطلا، وللحديث عن الزواج الباطل لا بد أن نقف عند مفهومه (الفقرة الأولى)، وحالاته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الزواج الباطل:

في اللغة: (بطل) الباء والطاء واللام أصل واحد، وهو ذهاب الشيء وقلة مكثه ولبثه. يقال بطل الشيء يبطل بطلا وبطولا. وسمي الشيطان الباطل لأنه لا حقيقة لأفعاله.[1] والباطل: ضد الحق، ج: أباطيل.[2]

أما في الاصطلاح: نجد أن الزواج الباطل والفاسد بمعنى واحد عند الجمهور غير الحنفية، وفي مصطلح الفقهاء فنجد أنهم يعبرون عن الزواج الباطل بالزواج المتفق على فساده.

[1]- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج.1، ص: 244.
[2]- احمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ط.1986، ص: 73.

أما بالنسبة لمفهوم الزواج الباطل عند المالكية: " هو ما حصل فيه خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته".[1] وعند الحنفية: "هو الذي حصل خلل في ركنه أو في شرط من شروط انعقاده، كزواج الصبي غير المميز والزواج بصيغة تدل على المستقبل، والزواج بالمحارم كالأخت والعمة على الرأي الراجح، والمرأة المتزوجة برجل آخر مع العلم بأنها متزوجة، زواج المسلمة بغير المسلم وزواج المسلم بغير الكتابية كالمجوسية والوثنية ونحوها".[2]

ونجد أنه كذلك هو كل عقد فقد أركانه أو شرائط الأركان كالعقد على امرأة ليست ذات دين سماوي، كالوثنيات والمجوسيات، والعقد واقع بين امرأة مسلمة ورجل غير مسلم، فإن هذا العقد يكون باطلا لا وجود له في نظر الشريعة.[3]

وقريب من هذا نجد أن المشرع اعتبر الزواج باطلا إذا اختلت فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 من مدونة الأسرة، أي إذا اختل فيه الإجاب والقبول،[4] حيث لا بد من سماع الإيجاب والقبول من المتعاقدين بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة وعرفا، ويشترط فيهما أن يكونا متطابقين،[5] فإذا انعدم أحد هذين الركين (الإيجاب أو القبول بين الطرفين) أو تطابق بينهما اعتبر العقد باطلا.

من الأسباب المؤدية إلى البطلان كذلك، وجود موانع شرعية بين الزوجين سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة كما هو منصوص عليها في المواد 35 إلى 39 من مدونة الأسرة.[6]

من خلال التعريف أعلاه أورد المشرع المغربي في المادة 57 من مدونة الأسرة مجموعة من الحالات التي تكون سببا في إبطال عقد الزواج. وهذا ما سنحاول توضيحه في الفقرة الثانية.

---

[1]- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، دار المعرفة، 1415هـ، ط.4 ج:2، 31 – 49.
[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر- دمشق، ط.4، ج: 9، ص: 6605.
[3]- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصي، ج.1، ص: 173.
[4]- الفقرة الأولى من المادة 57 من مدونة الأسرة
[5]- الفقرة الثالثة من المادة 57 من مدونة الأسرة
[6]- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط.8 2017، ص: 166.

الفقرة الثانية: حالات الزواج الباطل

يعتبر الزواج باطلا في الصور والحالات 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.

بالرجوع إلى أحكام المادة 10 من مدونة الأسرة، يتضح أن للزواج ركنين أساسين هما:

أ- الإيجاب الصادر من الزوج أو من الزوجة حسب الأحوال

ب- القبول الصادر من الجانب الآخر

ويعبر عن الإيجاب والقبول بالصيغة عادة والمقصود بها الألفاظ المعبرة عن الإرادة والتي تفيد معنى الزواج لغة وعرفا مع صحة "الإيجاب والقبول من العاجز عن الناطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين".[1] وعليه، فبانعدام الإيجاب أو بانعدام القبول، وبالتالي التعبير عن الإرادة بالكيفية التي حددها المشرع، يكون عقد الزواج باطلا لاختلال أحد ركنيه، مع العلم أنه يمكن التعبير عن الإرادة عن طريق النيابة العامة طبقا لما قرره المشرع في المادة 17 من مدونة الأسرة حيث جاء فيها: "يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه بإذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية...".

وفي الوقت الراهن يعبر عن الرضا بالعقد – الإيجاب والقبول – بعناصر ملف الزواج بالتوقيع على العقد أمام العدلين المنتصبين للإشهاد.[2]

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

[1]- المادة 10 من مدونة الأسرة.

[2]- محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.3 1436هـ/2015م، ج: 1 ص: 548 وما يليها

سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة، وموانع الزواج تتلخص في صفة في المرأة تجعلها محرمة على الرجل، بحيث لا يحق لهما إبرام عقد الزواج أو صفة في الزوج تحرم عليه الزواج ما دام متصفا بها.[1] وفي هذا الصدد أصدرت المحكمة الابتدائية بالخميسات حكم إبطال عقد الزواج، لكون الزوجة كانت حامل وعالمة بحملها قبل إبرام الزواج مما تعين معه التصريح للمحكمة ببطلان الزواج وإخضاع الزوجة لفترة الاستبراء.[2]

كما جاء في حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية بتارودانت "زواج المرأة من زوج ثان قبل وقوع الطلاق بينهما وبين زوجها الأول باطل... نعم.

إن المدعى عليها متزوجة بالمدعي في الوقت الذي كانت فيه عصمة زوج آخر و هو ما لا تعترف به الشريعة الإسلامية ولا القانون الوضعي، لأن وظيفة المرأة في الزواج وآثاره تحول دون إمكانية تعدد الأزواج.

يكون الزواج باطلا طبقا للمادة 57 من مدونة الأسرة إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 من مدونة الأسرة، وتصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا للمادة 57 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه أو بطلب ممن يعنيه الأمر.[3]

3- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

كما لو تم تزويج فرد دون علمه، كما يحدث أحيانا في بعض البوادي النائية بالمغرب[4]، لكن الإشكال في نظرنا يكمن في كيفية إثبات عدم العلم إذا كانت عادات وعرف أهل البلدة يسمح لولي الزوج والزوجة بإبرام العقد كما يكون الإيجاب والقبول غير متطابقين متى كان معلقا على شرط، فلا بد أن يتحقق التوافق على جميع الشروط في مجلس العقد، أما إذا خالف القبول والإيجاب وانصبت المخالفة على موضوع العقد فمصيره البطلان.

[1]- عبد الله بن الطاهر التناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص: 167.
[2]- حكم عدد 907 في الملف الشرعي عدد: 07/575، أورده محمد بفقير، ط.2011، ص: 68.
[3]- حكم صادر بتاريخ 07/06/05 منشور بكتاب مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي لمحمد الشافعي.
[4]- محمد الكشبور، م.س، ص: 550.

المطلب الثاني: آثار الزواج الباطل

يترتب على الزواج الباطل الفسخ قبل الدخول وبعده دون أن تحسب على الزوج طلقة، مثل من جمع بين المرأة وأختها[1]، كما ينتج عن بطلان الزواج آثار بالنسبة للصداق والاستبراء (الفقرة الأولى) وثم آثار من حيث لحوق النسب وحرمة المصاهرة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أثر الزواج الباطل على الصداق والاستبراء

أولا: آثار الزواج الباطل على الصداق

من الآثار المترتبة على الزواج الباطل استحقاق الزوجة كامل الصداق بالبناء، وهذا ما يستشف من خلال الفقرة الثانية من المادة 58[2]، كما يستخلص ضمنيا من نفس المادة عدم استحقاق الصداق قبل الدخول بالزوجة. وقد ذهب أحد الفقه استحقاق الزوجة قدرا من المال كتعويض مقابل استمتاع الزوج بالزوجة دون الوطء.[3]

كما جاء في المادة 32 من مدونة الأسرة في الفقرة الثالثة ما يلي: "لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء:

إذا وقع فسخ عقد الزواج".[4]

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

[1]- عبد الله بن الطاهر التناني، م.س، ص: 258.
[2]- يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة.
[3]- عبد الله بن الطاهر التنان، م.س، ص: 258.
[4]- محمد الكشبور، م.س، ص: 554

البراءة وشرعا إظهار حال الرحم لتؤكد وجود الحمل من عدمه. والاستبراء يقوم بوظيفة العدة، ومن أسبابه الزنا والاغتصاب.[1]

وفي هذا الصدد ورد حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس قسم قضاء الأسرة الذي جاء فيه: "وحيث ثبت للمحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف أن الزواج ابرم بتاريخ 2007/08/3 وأن المدعية وضعت مولودها بتاريخ 2008/01/17 حسب الثابت من رسم ولادة الطفلة عدد 2 لسنة 2014 مما ثبت معه بأن الزوجة أبرمت عقد الزواج وهي حامل كما أنها لم تستبرئ. وحيث أن الزواج يبقى باطلا على اعتبار أنه ابرم والزوجة حامل.

وحيث إن المحكمة تصرح ببطلان عقد الزواج طبقا لأحكام المادة 57 من مدونة الأسرة بمجرد اطلاعه عليه أو بطلب ممن يعنيه الأمر وحيث يترتب عن هذا الزواج الاستبراء إذ يتعين على الزوجة أن تستبرئ رحمها بحيضة.

وحيث يتعين توجيه ملخص الحكم القاضي بالبطلان إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الطرفين طبقا لأحكام المادة 141 من مدونة الأسرة".[2]

الفقرة الثانية: آثار الزواج الباطل على لحوق النسب وحرمة المصاهرة

أولا: لحوق النسب

إن لحوق النسب في الزواج الباطل يكون بناء على طبيعة القصد، فإذا كان الزوجان حسنا النية فإن الولد ينسب إلى أبيه. ومثاله من تزوج بأخته من الرضاع دون أن يكون على علم بذلك. وبالتالي فحسن النية يكون متى تبين أن الزوجين كانا جاهلين بسبب البطلان.[3] أما إذا كان الزوج سيء القصد، فالولد لا يلحق بالزوج لأنه ابن زنا ويترتب عليه الحد،

[1]- عبد الله بن الطاهر، م.س، ص: 196.
[2]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس قسم قضاء الأسرة، رقم 172، في الملف عدد: 2015/1635/1589 بتاريخ 2016/01/12، غير منشور.
[3]- محمد الكشبور، م.س، ص: 553.

ويستثنى بعض متأخري المالكية من ذلك إذا اعترف الزوج بأنه على علم بحرمة ذلك في حالات ثلاث.[1]

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

ثانيا: حرمة المصاهرة

المصاهرة هي العلاقة التي تربط الرجل بالمرأة عن طريق الزواج، فإذا توفر عنصر حسن النية في الزوج أو الزوجة ولم يعلم أحدهما أن زواجهما باطل وتم فسخه بعد البناء فيترتب عليه حرمة المصاهرة حيث تحرم على أصول ا لزوج وفروعه ويحرم الزوج على أصول المرأة وفروعها.[2] وقد نصت على هذه المقتضيات في الفقرة الثانية من المادة 58 من مدونة الأسرة بقولها: " يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة".

[1]- نفسه، ص: 554.

[2]- إدريس اجويلل، شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق، مطبعة آنفو برانت- فاس، ج.1، ص: 178 وما يليها

المبحث الثاني: الزواج الفاسد وأثره

إن الحديث عن الزواج الفاسد يقتضي تحديد مفهومه عند الفقهاء وكذلك حسب مدونة الأسرة وبيان حالاته وأحكامها (المطلب الأول) ثم آثر كل حالة من حالاته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الزواج الفاسد وحالاته

سنتناول هذا المطلب من خلال الحديث عن مفهوم الزواج الفاسد لغة وكذلك في اصطلاح الفقهاء وموقف المشرع في مدونة الأسرة (الفقرة الأولى)، وبيان حالاته أي الفاسد لعقده والفاسد لصداقه وأحكامهما (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الزواج الفاسد

مفهوم الفساد لغة: قال ابن منظور: "الفساد نقيض الصلاح(...) والمفسدة خلاف المصلحة (...) وقوله تعالى:{ظهر الفساد في البر والبحر}[1] الفساد هنا الجذب في البر والقحط في البحر أي في المدن التي على الأنهار، هذا قول الزجاجي،(...) وفسد الشيء إذا أباره".[2]

أما في اصطلاح الفقهاء، فعند الحنفية هو ما فقد شرطا من شروط الصحة[3]، وعند الشافعية هو ما اختل شرطه، وطرأ له الفساد بعد انعقاده [4]، أما عند المالكية فهو ما حصل فيه خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته.[5]

أما المشرع المغربي فقد عرف الزواج الفاسد من خلال المادة 59 من المدونة بأنه كل عقد اختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين: 60و61 بعده، وهو ما كانت تنص

[1]- سورة البقرة، الآية: 41.
[2]- ابن منظور، لسان العرب، مادة فسد، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي-بيروت، ط1، 1995، 10\261.
[3]- أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي علاء الدين علي محمد معوض عادل أحمد عبد الموجود ابدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ج 2 \335.
[4]- أبو إسحاق بن إبراهيم يوسف الشيرازي، المهذب، دار النشر المكتب الإسلامي بيروت،1405ه : ج 2 ص: 47/46.
[5]- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، دار المعرفة، ط4، 1415ه، 31/2

عليه المادة 32 من مدونة الأحوال الشخصية بأنه: "كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول، واختلت بعض شروطه".

ويتبين من تعريف المدونة للزواج الفاسد أنه أخذت بتعريف الحنفية، فإذا كان الزواج الصحيح هو الذي توافرت فيه أركانه وشروط انعقاده، وتترتب عليه آثاره الشرعية، فإن الزواج الفاسد هو الذي تم ركنه واختلت بعض شروط صحته، وبالتالي فإنه إذا وقع النكاح فاسدا يرجع فيه إلى أحد وجهين : إما الفسخ ، وإما التلافي والتدارك، ففيما كان فساده لعقده، فالحكم فيه الفسخ، سواء عثر عليه قبل البناء أو بعده، وما فسد لصداقه كما سيأتي، فإنه يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل.

وتجدر الإشارة إلى أن مدونة الأسرة تجنبت مصطلح الزواج المختلف في فساده أي الزواج الذي يقول بعض الفقهاء بفساده، بينما يقول البعض الآخر بصحته، وعوضته بالزواج الفاسد وبينت حالاته.

الفقرة الثانية: حالات الزواج الفاسد

بالرجوع للمادة 59 يتبين من خلالها أن المدونة قسمت حكم النكاح الفاسد الى

قسمين فيما أختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين : 60 و 61 بعده، فمنه ما يفسخ قبل البناء ويصح بعده، كالفاسد لصداقه، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده، كالفاسد لعقده، وسنفصل في الحالتين على الشكل التالي:

الحالة الأولى: الزواج الفاسد لصداقه

تنص المادة 60 من مدونة الأسرة على أنه " يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصح بعد البناء بصداق المثل، وتراعى المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين".

وقد بين المشرع صفة الصداق عندما نص في صياغة عامة وردت بالمادة 28 من المدونة على أنه " كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون صداقا "، وبمفهوم المخالفة فإن كل ما لا يصح التزامه شرعا لا يصح أن يكون صداقا. فالزواج الفاسد لصداقه هو الذي فقد شرط من الشروط التي يجب أن تكون في الصداق، أي سمي فيه للزوجة صداق مما لا يصح الالتزام به شرعا خلافا لما قررته المادة 28، كما لو أصدقها خمرا أو خنزيرا أو مخدرات أو بعيرا شاردا أو شيئا مجهولا أو ملك الغير أو المال المغصوب، وكل فعل محرما شرعا وقانونا كقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق[1].

فالصداق يعتبر شرط صحة في عقد الزواج، لا يجوز الاتفاق على إسقاطه، إذا ما تمت تسمية الصداق بشيء، لا يصح التزامه شرعا، كلحم الخنزير والخمر والمخدرات أو خدمات محظورة أو غيرها، مما يخالف النظام العام والآداب العامة، فإذا أختل شرط الصداق، يفسخ العقد إذا اطلع عليه قبل الدخول، ولا صداق فيه للزوجة، مادام لم يستمتع بها بعد، أما إذا لم يطلع عليه إلا بعد الدخول، فلا يفسخ ويكون للزوجة صداق المثل[2]، وذلك عملا بقول ابن عاصم :

" وما فساده من الصداق * فهو بمهر المثل باق ".**

وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى أنه : "الزواج الذي لم يتم الإشهاد عليه ولم يسم فيه الصداق يبقى زواجا فاسدا يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عنه لحوق النسب"[3]

الحالة الثانية: الزواج الفاسد لعقده

القاعدة أن الزواج يكون فاسدا لعقده متى اختل فيه احد شروط صحته باستثناء شرط الصداق الذي له حكم خاص به، على ما سبق توضيحه أعلاه. وتنص المادة 61 من مدونة

[1]- محمد الكشبور، م.س، ص:558./عبد الكريم شهبون الشافي في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1439-2018، الجزء الأول، ص: 166.

[2]- عبد الكريم شهبون، م.س، ص: 167.

[3]- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10/1/27 تحت عدد 39 في الملف الشرعي عدد 08/12/305 أورده محمد بفقير في كتابه مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، الجزء الأول، ص: 140.

الأسرة على أنه " يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده"، وهذا أكدته محكمة الاستئناف بالقنيطرة في قرار لها جاء فيه : "إن الزواج الذي تزعمه الزوجة انطلق من بطن ورحم مشغولة بماء غير المنسوب إليه ولم يتم الاستبراء من ذلك مما كان فاسدا لعقده، والفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده"[1]، ويكون الزواج فاسدا لعقده في الحالات الآتية :

"إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفي المريض بعد الزواجٍ.

إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا.

إذا الزواج بدون ولي في حالة وجوبه.

يعتد بالطلاق أو التطليق الواقع في الحالات المذكورة أعلاه، قبل صدور الحكم بالفسخ." ويتبين من هذه المادة أن الزواج الفاسد يكون في الحالات الآتية:

1) <u>إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين إلا أن يشفي المريض بعد الزواج:</u>

والمرض المخوف هو المرض الذي يخاف فيه من الموت عادة، ويصطلح عليه عند الفقهاء بمرض الموت، لأنه كثيرا ما يؤدي إليها. وقد ذهب الفقهاء بشأن تعريف مرض الموت مذاهب شتى، ولعل أهم تعريف قيل في هذا الصدد هو الصادر عن الشيخ خليل حيث إن مرض الموت عنده هو الذي حكم الطب بكثرة الموت به[2].

ويتحقق مرض الموت، وبالتالي ترتيب آثاره، بتوفر شرطين أساسيين:

[1]- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 15/03/31 تحت عدد 237 في الملف عدد 13/1606/767 أورده محمد بفقير، م،س ص:141.

[2]- يقول خليل في باب المجنون محجور للإفاقة ...الخ "...وعلى مريض حكم الطب بكثرة الموت به..." الزرقاني، الجزء الخامس، ص: 304.

أ) أن يغلب فيه الهلاك عادة، وهذه مسألة يرجع فيه الاختصاص بشأنها في الوقت الراهن لأهل الطب المتخصصين كقاعدة عامة، وكثيرا ما تستعين المحاكم في هذا الصدد بملفات المريض داخل المصحات والمستشفيات للاستئناس بها.

ب) أن يتصل الموت بهذا المرض، أي أن يكون الأول نتيجة للثاني، وسببا مباشرا له، وبعبارة أخرى أن توجد علاقة سببية بين المرض والموت.

وعليه، وطبقا لهذا الشرط الأخير، إذا شفي المريض من مرضه ما تحققت مطلقا تلك الآثار لأن هذه الأخيرة تدور مع الوفاة من المرض المخوف وجودا وعدما. وهكذا، يعتبر الزواج المبرم في مرض الموت فاسدا، إلا أن يشفى المريض شفاء كاملا[1].

وهذا ما أكده المشرع ضمن مقتضيات المادة 61 من المدونة المشار إليها سابقا، بالاعتماد على السائد في مذهب الإمام مالك.

2)إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا:

وهو أن تطلق المرأة ثلاثا فتحرم على زوجها به، فيتزوجها آخر، قصد أن يحللها لزوجها الأول، يقول الله سبحانه {الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان}[2].ويقول تعالى {فإن طلقها حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله لقوم يعلمون}[3]. وعن عائشة رضي الله عنها قالت: "جاءت امرأة رفاعة القرضي إلى النبي ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني، فبت طلاقي، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير، وإنما معه مثل هذبة الثوب، فقال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا ،حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك". وورد في الحديث الشريف: "{ لعن الله

[1]- عبد الكريم شهبون، م.س، ص:259 وما يليها.
[2]- سورة البقرة، الآية: 227.
[3]- سورة البقرة، الآية: 228.

المحلل والمحلل له}"، فاللعن في هذا الحديث يفيد النهي، والنهي يدل على فساد ما نهى عنه الشارع.

وهكذا فإذا كانت نية الزوج منصبة على تحليل المرأة لمطلقها، يعتبر الزواج فاسدا لعقده، إذا زال المانع لا يعتد به إلا إذا كان هذا الزواج صحيحا منتجا لآثره، وأن ينتهي بانحلال ميثاق الزوجية دون نية تحليل المرأة لمطلقها الأول[1].

3) إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه

لا يقصد المشرع هنا الولاية باعتبارها شرط صحة في الزواج، حيث تحولت تلك الولاية في التشريع المغربي الحالي إلى حق من حقوق المرأة لها أن تزوج نفسها بنفسها، ولها أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها إن رأت ذلك، على ما يستفاد من المادتين 24 و 25 من مدونة الأسرة، على أن المرأة لا تملك حق الاستغناء عن الولاية الشرعية إلا إذا كانت كاملة الأهلية[2]، أي بلغت سن الرشد القانوني وهو ثماني عشرة سنة[3]، وكانت كاملة الإدراك والتمييز[4].

أما إذا كان أحد الزوجين غير تام الأهلية، فلا يمكنه إبرام عقد الزواج إلا بشرطين :

- أن يأذن له قاضي الأسرة بالزواج، طبقا لأحكام المادة 20 من مدونة الأسرة.
- أن يوافق النائب الشرعي على الزواج بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد طبقا لأحكام المادة 21 من المدونة.

وإبرام العقد في هذه الحالة الأخيرة بدون حضور ولي للزوج أو للزوجة المعنية يجعل العقد إن أبرم فاسدا، لقصور في الأهلية.[5]

---

[1]- محمد الأزهر،م.س، ص:137.
[2] محمد الكشبور، مرجع سابق، ص: 563.
[3] المادة 209 من مدونة الأسرة.
[4] المادة 210 من مدونة الأسرة.
[5] نفس المرجع، ص:564.

المطلب الثاني: آثار الزواج الفاسد

يترتب عن الزواج الفاسد آثار قبل البناء وبعده، وللحديث عن هذه الآثار يقتضي منا التمييز بين آثار الزواج الفاسد لصداقه (الفقرة الأولى) وآثار الزواج الفاسد لعقده (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: آثار الزواج الفاسد لصداقه

يعتبر الصداق شرطا من شروط صحة العقد بحيث لا يجوز إسقاطه، كما ورد في المادة 28 من مدونة الأسرة أن: "كل ما صح التزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا..."، ولذلك فكل صداق لم تتوفر فيه الشروط الشرعية غير معتبر شرعا وفي حال الاتفاق على إسقاطه أو أعطى الزوج زوجته صداقا لم تتوفر فيه الشروط الشرعية يترتب على ذلك الفسخ قبل البناء إذا اطلع عليه أما إذا ما تم الاطلاع عليه بعد البناء فيصحح بصداق المثل. كما قال صاحب التحفة:

وما فساده من الصداق *** فهو بمهر المثل باقي

ولقد تطرقت مدونة الأسرة في المادة 60 بقولها: "يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين".

وبالتالي فإن الزواج الفاسد لصداقه يفسخ قبل البناء ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح أما بعد البناء فيصحح بصداق المثل وتترتب عليه جميع آثار العقد الصحيح المنصوص عليها في المدونة.

الفقرة الثانية: آثار الزواج الفاسد لعقده

بخلاف الزواج الفاسد لصداقه الذي يفسخ قبل البناء ولا يفسخ بعد البناء ويصحح بصداق المثل، فإن الزواج الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده متى اطلع عليه وهذا ما

أشارت إليه مدونة الأسرة في المادة 61 بقولها: "يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده".

وللحديث عن آثار الزواج الفاسد لعقده لا بد من التمييز بين الآثار التي تترتب عنه قبل البناء (أ) والآثار التي تترتب عنه بعد البناء (ب)، ثم الحديث بعده عن كيفية تسجيل فسخ عقد الزواج (ج).

أ- آثار الزواج الفاسد لعقده قبل البناء:

القاعدة العامة أن الزواج الذي فسخ قبل البناء لا يرتب شرعا أي أثر، ولا يستحق به نصف الصداق ولا النفقة ولا الإرث وليس على المرأة في هذه الحالة عدة ولا استبراء (المادة 64)، مثله في ذلك تماما مثل الزواج الفاسد لصداقه الذي فسخ قبل البناء.[1]

ب- آثار الزواج الفاسد لعقده بعد البناء

إذا لم يطلع عليه إلا بعد الدخول هنا يترتب عليه آثار العقد الصحيح من صداق ونسب وحرمة المصاهرة والتوارث بين الزوجين إلى أن يصدر الحكم بالفسخ، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قرار جاء فيه: **"إن الإقرار بالولد لا يترتب عنه صحة الزواج الفاسد، لأن الزواج الفاسد لعقده يترتب عنه ثبوت النسب إن كان حسن القصد، ويفسخ قبل الدخول وبعده. والزواج المختلف في فساده يفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق ويترتب عنه ثبوت النسب".**[2]

وجاء في قرار آخر له أنه: "لما اعتبرت المحكمة في إطار سلطتها التقديرية لوسائل الإثبات أن ما تم بين الطرفين هو زواج وليس مجرد خطبة، لكنه زواج فاسد بتخلف ركن

[1]- محمد الكشبور، م.س، ج: 1، ص: 566.
[2]- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2005/02/02، تحت عدد: 63 في الملف الشرعي عدد: 03/544، أورده محمد بفقير، م.س، ص: 143.

الإشهاد وتسمية الصداق، وقضت تبعا لذلك بلحوق نسب الولد للأب تكون قد طبقت صحيح القانون، لأن الزواج الفاسد لعقده وإن كان معرضا للفسخ فإنه يثبت به النسب".[1]

لكن إذا أصدرت المحكمة حكما بالطلاق أو التطليق في الزواج الفاسد لعقده فإنه يعتد في الحالات المذكورة في المادة 61 قبل صدور الحكم بفسخ العقد حسب ما نصت عليه نفس المادة في فقرتها الأخيرة.[2]

وبما أن الفسخ حاصل في الزواج الفاسد لعقده، لا بد من الإشارة إلى أن زواج المُكرَه والمدلس عليه يمكن فسخه بشرط أن يطلب المعني بالأمر فسخ هذا العقد خلال أجل لا يتعدى شهرين من تاريخ زوال الإكراه ومن تاريخ العلم بهذا التدليس مع حقه في طلب التعويض وهو ما تضمنته المادة 63 من مدونة الأسرة.

وهذا ما أقرته المحكمة الابتدائية ببركان في حكم لها والذي جاء فيه: **"ما دام المدعى 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".**[3]

ج- تسجيل فسخ عقد الزواج

لفسخ عقد الزواج توجه المحكمة ملخصا من فسخ عقد الزواج أو ببطلانه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا معه بشهادة التسليم داخل خمسة عشر يوما من تاريخ الإشهاد به، أو من صدور الحكم بالفسخ أو البطلان، ويجب على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين.

[1]- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10/12/07 تحت عدد 39 في الملف عدد: 08/305، أورده محمد بفقير، م.س، ص: 144.
[2]- إدريس اجويلل، م.س، ص: 179 وما بعدها.
[3]- حكم صادر بتاريخ 2005/11/24 تحت عدد 05/969 في الملف عدد: 04/205 منشور أورده محمد بفقير، م.س، ص: 69.

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

وتحدد المعلومات الواجب تضمينها في الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه بقرار من وزير العدل، وهذا ما تضمنته المادة 141 من مدونة الأسرة.

خـــاتمـــــــة

والخلاصة، أنه إذا كان الزواج الصحيح هو الذي توافرت فيه أركانه وشروط انعقاده، وتترتب عليه آثاره الشرعية، فإن الزواج الفاسد هو الذي تم ركنه واختلت بعض شروط صحته، ففيما كان فساده لعقده، فالحكم فيه الفسخ، سواء عثر عليه قبل البناء أو بعده، وما فسد لصداقه، فإنه يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل كما نصت على ذلك المادة 60 و 61 مدونة الأسرة. أما العقد الباطل فمنعدم شرعا، لذلك خولت المادة 58 من المدونة حق إثارته تلقائيا بمجرد الاطلاع على العقد الذي يشوبه أحد أسباب البطلان، كما منحت هذا الحق لكل من له مصلحة في إعلان بطلان العقد، وذلك وفق الإجراءات الشكلية الواجب القيام بها أمام المحكمة.

لائحة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج.1.
- ابن منظور، لسان العرب، مادة فسد، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي-بيروت، ط1، 1995.
- احمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ط.1986.
- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، دار المعرفة، 1415هـ، ط.4 ج:2.
- أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي علاء الدين علي محمد معوض عادل أحمد عبد الموجود بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ج 2.
- أبو إسحاق بن إبراهيم يوسف الشيرازي، المهذب، دار النشر المكتب الإسلامي بيروت،1405ه : ج 2.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر- دمشق، ط.4، ج: 9.
- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصي، ج.1.
- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط.8 2017.
- محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.3 1436هـ/2015م، ج: 1.
- عبد الله بن الطاهر التناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.

☜ إدريس اجويلل، شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج والطلاق، مطبعة آنفو برانت- فاس، ج.1.

☜ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، دار المعرفة، ط4، 1415هـ.

☜ عبد الكريم شهبون الشافي في شرح مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1439-2018، الجزء الأول، ص: 166.

☜ محمد بفقير في كتابه مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، الجزء الأول.

فهرس الموضوعات

مقـــدمـــــــة: 1
المبحث الأول: الزواج الباطل وآثاره..... 3
المطلب الأول: مفهوم الزواج الباطل وحالاته 3
الفقرة الأولى: مفهوم الزواج الباطل: 3
الفقرة الثانية: حالات الزواج الباطل..... 5
المطلب الثاني: آثار الزواج الباطل 7
الفقرة الأولى: أثر الزواج الباطل على الصداق والاستبراء..... 7
الفقرة الثانية: آثار الزواج الباطل على لحوق النسب وحرمة المصاهرة 8
المبحث الثاني : أحكام الزواج الفاسد وأثره 10
المطلب الأول: مفهوم الزواج الفاسد وحالاته 10
الفقرة الأولى: مفهوم الزواج الفاسد 10
الفقرة الثانية: حالات الزواج الفاسد..... 11
المطلب الثاني: آثار الزواج الفاسد 16
الفقرة الأولى: آثار الزواج الفاسد لصداقه..... 16
الفقرة الثانية: آثار الزواج الفاسد لعقده 16
خـاتمـــــــة 20
لائحة المصادر والمراجع..... 21
فهرس الموضوعات 23