

د. إدريس الفاخوري

قانون

الأسرة المغربي

طبعة جديدة

2019

● أحكام الزواج

● انحلال الرابطة الزوجية

إدريس الفاخوري

أستاذ بكلية الحقوق

جامعة محمد الأول

وجدة

قانون الأسرة المغربي

- أحكام الزواج

- انحلال الرابطة الزوجية.

طبعة مريدة ومنقحة

2020-2019



الكتاب: قانون الأسرة المغربي - أحكام الزواج - انحلال الرابطة الزوجية.

المؤلف: د. إدريس الفاخوري

الطبعة: 2019-2020

الإيداع القانوني MO 4332 2017

الترقيم الدولي 978-9954-99-515-0

المطبعة: مطبعة الجسور ش م م

40، شارع رمضان الكاضي 60000 وجدة

Imp_eljoussour@yahoo.fr

الهاتف : 05 36 70 31 85

مقدمة

وضعت أول لبنة في المادة الأسرية بداية الثمانينات من القرن الماضي حيث كتبت مذكرة لطلبة السنة الثانية من السلك الأول لنيل الإجازة في الحقوق وفق النظام القديم تحت عنوان: " أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية " ، ووضعت أول مؤلف في مادة الأحوال الشخصية أواخر سنة 1992 يحمل عنوان " أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، مطبعة مركز الخدمات المتحدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 1993 (326 صفحة) . وبعد التعديلات الجزئية التي طالت بعض نصوص المدونة سنة 1993 أصدرت كتاب " الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات، منشورات المعهد العالي للدراسات القانونية والجبائية التطبيقية بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 1994 (278 صفحة) أعيدت طبعاته عدة مرات بمطبعة دار النشر الجسور بوجدة، وفي سنة 2002 وضعت كتابا يحمل عنوان "المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال نصوص مدونة الأحوال الشخصية، أبحاث ودراسات"، الطبعة الأولى 2002، مطبعة دار النشر الجسور بوجدة (221 صفحة). وبعد صدور مدونة الأسرة سنة 2004 أصدرت مؤلف "قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول : الزواج"، مطبعة الجسور، الطبعة الأولى 2004 ، عدد الصفحات 241 ، ومع مطلع سنة 2012 صدر لي مؤلف "انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية"، الطبعة الأولى 2012 مطبعة دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع بالدار البيضاء عدد الصفحات 419 صفحة .

وفي سنة 2016 أصدرت مؤلف: قانون الأسرة المغربي الجزء الأول أحكام الزواج دراسة مقارنة معززة بأحدث التطبيقات القضائية لمحكمة النقض ومحاكم الموضوع عن دار نشر المعرفة مطبعة المعارف الجديدة بالرباط منشورات مجلة الحقوق سلسلة المعارف القانونية والقضائية وعدد صفحاته 431 صفحة .

ومواكبة للعمل القضائي في المجال الأسري ومتابعة الاجتهادات القضائية بشأن المنازعات الأسرية الصادرة عن محاكم الموضوع ومحكمة النقض ومن أجل الوقوف على مكانم القوة والضعف لقضائنا الأسري ولتمكين مختلف العاملين في رحاب العدالة والباحثين قمت بإصدار سلسلة من المؤلفات التي راكمت عمل القضاء الأسري ببلادنا وهكذا قمت بالإصدارات التالية:

- العمل القضائي الأسري، الجزء الأول: الزواج، انحلال الرابطة الزوجية، مطبعة الأمنية بالرباط، الطبعة الأولى 2009 (549 صفحة).

العمل القضائي الأسري، الجزء الثاني: التطبيق للشقاق، مطبعة الأمنية بالرباط، الطبعة الأولى 2009 (428 صفحة)

- قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، رصد لأهم التوجهات الصادرة عن محاكم الموضوع ومحكمة النقض، منشورات مجلة الحقوق مطبعة المعارف الجديدة بالرباط طبعة 2013، عدد الصفحات 659 صفحة.

- المنازعات الأسرية أمام قضاء الموضوع ومحكمة النقض، منشورات مجلة الحقوق مطبعة المعارف الجديدة بالرباط طبعة 2015 (239 صفحة).

ونظرا لإنشغالاتي بقضايا المرأة خاصة والشأن الأسري عامة عمدت إلى كتابة عدة مقالات نشرت في مختلف المجلات والدوريات القانونية ببلادنا أذكر منها:

- نفقة المرأة العاملة بين الفقه الإسلامي ونصوص مدونة الأحوال الشخصية، مجلة الميادين (كانت تصدرها كلية الحقوق بوجدة) العدد الثالث السنة 1988.

- الطلاق بعد تعديل 1993، حصيلة عملية، مقال منشور في كتاب سلسلة الندوات رقم 1، عن منشورات كلية الحقوق السوسية الرباط، 1997.

- تعليق على الأمر الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بسيدي سليمان والقاضي بفرض غرامة تهديدية ضد الزوجة الممتنعة عن الالتحاق ببيت الزوجية، مجلة الإشعاع (هيئة المحامين بالقنيطرة) العدد 23 يونيو 2001، والمنشور أيضا بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الثاني دجنبر 2000.

-تطبيق تعديلات مدونة الأحوال الشخصية أمام المحاكم وصعوبة المهام، مجلة الإشعاع، العدد 23 يونيو 2001.

-نفي وإثبات النسب بالتحاليل الطبية، "مقاربة تشريعية وقضائية وفقهية" مجلة رسالة الدفاع، العدد الثالث غشت 2002.

-الصلح في العمل القضائي (الطلاق نموذجا) مجلة القصر العدد الثاني ماي 2002 والمنشور أيضا بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الخامس ماي 2002.

-واقع الطلاق الخلعي بالمغرب، المنطقة الشرقية نموذجا، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 8 أكتوبر 2003.

-الإجبار الممارس على المرأة المغربية في الزواج وقضايا الطلاق، سلسلة الندوات رقم 1 النساء ودولة الحق والقانون، منشورات كرسى اليونسكو المرأة وحقوقها، الرباط 2004.

-بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديدة ، منشور بسلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية رقم 5 وزارة العدل المعهد العالي للقضاء، عدد خاص حول مدونة الأسرة، مكتبة دار السلام، الرباط 2004.

-دور الإرادة في إبرام عقود الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة، مجلة القصر، العدد 9 شتنبر 2004.

-دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة ، مجلة الملف (هيئة المحامين، الجديدة) العدد 4، شتنبر 2004.

-واقع الطلاق في مدونة الأسرة – المنطقة الشرقية نموذجا – منشور في مجلة مدونة الأسرة عام من التطبيق الحصيلة والمعوقات، منشورات مجموعة البحث في قانون الأسرة والهجرة، سلسلة الندوات العدد الأول فبراير 2005.

-دور القضاء في تحديد مستحقات الزوجة والأطفال منشور ضمن أشغال ندوة مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيلة والمعوقات ، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة العدد الثاني 2008.

-السفر بالمحضون، أية حماية، منشور بمجلة الحقوق العدد 14 لسنة 2013.

-الوكالة في الطلاق، منشور بمجلة الحقوق العدد 15 لسنة 2013.

- حق المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية في التشريعات العربية بين واقع النص واكراهات الواقع، منشورات مجلة القضاء المدني الجزء الثاني قضايا الأسرة، سلسلة دراسات وأبحاث العدد السادس 2014.

- تطور الوضع الحقوقي للمرأة المغربية من مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 إلى مدونة الأسرة لسنة 2004 ، مجلة العلوم القانونية والقضائية العدد الثاني 2015.

- النقل غير المشروع للأطفال في الروابط الدولية الخاصة ، منشور في سلسلة المعارف القانونية والقضائية ، عدد خاص حول قضايا الأحوال الشخصية والميراث، الجزء الأول، منشورات مجلة الحقوق ، الإصدار 32 لسنة 2016 .

- دور النيابة العامة في المادة الأسرية، مجلة المعرفة القانونية والقضائية العدد الأول 2017

كما أنني سعت إلى تنظيم عدة ندوات وطنية ودولية حول قضايا الأسرة ببلادنا وشاركت في العديد من اللقاءات العلمية وطنيا ودوليا، كما ساهمت في عدة تكوينات في المجال الأسري على مستوى دبلوم الدراسات العليا المعمقة والدكتوراه .

هذا الكتاب الذي أضعه بين يدي القارئ الكريم هو في الحقيقة ركام تجربة متواضعة تمتد لأزيد من ثلاثة عقود ، تعرضت فيه لأهم الأحكام المرتبطة بإنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها وكذا مختلف الآثار الناجمة عنها انطلاقا من نصوص مدونة الأسرة والمرجعيات المؤطرة لهذه النصوص سواء كانت قواعد شرعية أو وضعية أو كونية بعد أكثر من 13 سنة على دخولها حيز التطبيق، كما اتسمت الدراسة بالاعتماد على المنهج المقارن خاصة بعض التشريعات العربية الأسرية، معززة ببعض الاجتهادات القضائية بهدف الوقوف على العمل القضائي ومدى مواكبته لفلسفة مشرع المدونة الهادف إلى إنصاف جميع مكونات الأسرة ...

أرجو الله تعالى أن يستفيد من هذا العمل طلبتنا الأعزاء وكل العاملين في الحقل القانوني والباحثين في الشأن الأسري ببلادنا والله ولي التوفيق

والسلام

وجدة في 20 أكتوبر 2017

الأستاذ إدريس الفاخوري

الباب الأول

أحكام الزواج

تمهيد

لقد خلق الله تعالى الرجل والمرأة ليتعاونوا في هذه الرحلة الشاقة، رحلة الحياة وجعل بينهما تالفا كبيرا وتعاطفا عميقا وبين لنا ذلك سبحانه وتعالى فقال عز وجل: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ¹﴾.

وعنيت الشريعة الإسلامية بأحوال الأسرة عناية كبيرة للوصول بها إلى أرفع المستويات من الطهر والتعاون والمحبة والكرامة باعتبارها الخلية الأولى للمجتمع إذ من مجموع هذه الأسر تتكون الدولة بمفهومها الحديث، فالله سبحانه وتعالى خلق آدم عليه السلام وكون له أسرة حيث خلق له حواء وبزواجه منها تكونت أول أسرة على وجه الأرض وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا²﴾، ويقول عز وجل: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً³﴾.

وتعتبر رابطة الزواج من أهم الروابط في حياة الإنسان وأقدسها ولذلك تعتبر مؤسسة الزواج أرقى مؤسسة إنسانية ترقى بالإنسان عن الدائرة الحيوانية إلى العلاقات الروحية لما تتميز به من ربط الأسر برابط وثيق قائم على المحبة والمودة والرحمة وتحقق به مقاصد حفظ النسب والخفض من الرذيلة وصيانة الكرامة الإنسانية وبقاء الإنسان على أكمل وجه⁴.

وهكذا اهتمت الشريعة الإسلامية بقضايا الأسرة بدءا من لحظة التفكير بإنشائها وانتهاء بانحلال هذه الرابطة بأي سبب من الأسباب المقررة شرعا⁵.

¹ - سورة الروم، الآية 21.

² - سورة الأعراف، الآية 189.

³ - سورة الرعد، الآية 38.

⁴ - إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات، مطبعة دار النشر الجسور، وجدة، 2002، ص 17.

⁵ - محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، سلسلة البحوث القانونية رقم 8، الطبعة الأولى 2004، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، ص 7.

وقد عرفت الأسرة المغربية عدة تحولات عميقة منذ الستينات مما يستلزم العناية بها وإصلاحها للحفاظ على تماسكها واستقرارها¹ وقد ثبت من خلال التطبيق العملي لنصوص المدونة ظهور العديد من العيوب العالقة بنصوص هذا القانون الأمر الذي أثربشكل سلبي على استقرار الخلية الأولى في المجتمع.

ونظرا للمكانة التي أصبحت تحتلها المرأة في المجتمع المغربي وأمام عدم مسايرة مدونة الأحوال الشخصية لواقع الأسرة المغربية ونتيجة للتحولات الكبرى التي عرفها المغرب في مختلف الميادين المرتبطة بتطور أنماط الحياة داخل الأسرة، ومطالبة العديد من الجمعيات والهيئات المهتمة بقضايا الأسرة عرف المغرب أول تعديل لقانون أحواله الشخصية سنة 1993². هذا التعديل الجزئي لبعض نصوص مدونة الأحوال الشخصية كان مبادرة جريئة وهامة ولكنها غير كافية واعتبرت من قبل العديد من المهتمين بأنها جد محتشمة.

واحتد النقاش مجددا حول موضوع الأسرة بمناسبة صدور مشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية سنة 1999 بين مؤيد ومعارض لهذا المشروع بالنسبة للجوانب المرتبطة بالأحوال الشخصية، إلى أن تدخل صاحب الجلالة الملك محمد السادس لجعل حد لهذا الاختلاف بتكوين لجنة ملكية لتحضير مشروع كامل وشامل للنصوص المنظمة لقضايا الأسرة المغربية، ومن ثم جاءت الإصلاحات الكبرى للمدونة والتي أعلن عن خطواتها العريضة صاحب الجلالة أمام البرلمان يوم 10 أكتوبر 2003 بعد أن رفعت إليه اللجنة الاستشارية لتعديل المدونة حصيلة أعمالها، وتم اعتماد هذا القانون بصفة رسمية بالتصويت عليه بالإجماع من طرف البرلمان المغربي.

وهكذا ستكون دراستنا لأحكام عقد الزواج انطلاقا من النصوص التشريعية المنظمة والاجتهادات الفقهية والقضائية مبرزين في الكثير من الحالات موقف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة للوقوف على الفرق بين النص الجديد والنص القديم.

¹ - نفس المرجع، ص 8.

² - ظهير شريف رقم 1.93.347 الصادر بتاريخ 22 ربيع الأول 1414هـ الموافق ل 10 شتنبر 1993 المتعلق بتغيير وتنظيم مدونة الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4222 بتاريخ 12 ربيع الثاني 1414هـ الموافق ل 29 شتنبر 1993، ص 1833.

إن الزواج رابطة اجتماعية قبل أن يكون رابطة قانونية، وقد سماه الله تعالى في كتابه العزيز بالميثاق في قوله عز وجل: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾¹.

فالزواج هو الرابطة الأساسية في تكوين الأسرة وتشكيل المجتمع ومن ثم فهو ليس شركة مالية بل علاقة إنسانية قوامها المودة والرحمة انطلاقاً من قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾². فالزواج يؤدي إلى تكامل عاطفة الأبوة والأمومة ونمو مشاعر العطف والحنان وهي فضائل ضرورية لبناء مجتمع متماسك ومتآزر وفي ذلك يقول تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَقَدَةً وَزَرَفَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَقْبَالَ لِبَاطِلِ يَوْمِنُورٍ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾³. وقد اهتمت التشريعات الوطنية بتنظيم العلاقة الزوجية في جميع جوانبها متأثرة بالتعاليم الدينية، والقيم الأخلاقية، والأعراف السائدة، إلى جانب المؤثرات الدولية الرامية إلى تكريم الإنسان والمحافظة على الحقوق والقيم الكونية.

ولما كانت الأسرة هي قوام المجتمع واللبنة الأساسية في صرح بنائه فقد أولتها الشريعة الإسلامية الرعاية الكاملة وأقامتها على أسس متينة لحمايتها من كل تصدع. وسنتولى دراسة أحكام عقد الزواج انطلاقاً من مدونة الأسرة مع عقد مقارنة بين الفينة والأخرى مع الأحكام المملوغة في مدونة الأحوال الشخصية، وعقد بعض المقارنات والمقاربات مع تشريعات الأسرة لبعض الدول العربية، مستنيرين بأحكام الفقه الإسلامي وبعض الاجتهادات القضائية والفقهية المعاصرة.

وسنقسم الدراسة إلى ستة فصول على الشكل التالي:

- الفصل الأول: التعريف بعقد الزواج والخطبة.
- الفصل الثاني: أركان وشروط عقد الزواج.

¹ - سورة النساء، الآية 21.

² - سورة الروم، الآية 21.

³ - سورة النحل، الآية 72.

الفصل الأول

التعريف بعقد الزواج والخطبة

تعتبر الأسرة نواة المجتمع واللبنة الأولى في بنائه، ولقد كان اهتمام الشريعة الإسلامية بهذه النواة محط دراسات فقهية متنوعة، فالأسرة هي أقدم مؤسسة عرفت لها البشرية، وأول عمل وعيش جماعي ومؤسساتي كان في نطاق الأسرة، وقد شكلت هذه المؤسسة بما تفرضه قواعدها من شروط وأحكام وآثار إحدى مقاصد الشريعة الغراء، فالزواج بحق نظام إلهي شرعه الله سبحانه وتعالى لبقاء النوع الإنساني على أكمل وجه وأحسن نظام.

ويقتضي منا التعريف بالزواج بيان ماهيته (المبحث الأول) على أن نتحدث عن مقدماته المعروفة بالخطبة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية عقد الزواج

نتناول التعريف بالزواج لغة وشرعا (المطلب الأول) ثم نتعرض لتعريف مدونة الأسرة للزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الزواج لغة وشرعا

الزواج لغة هو الاقتران والارتباط والازدواج. يقال زوج الرجل إبله إذا قرن بعضها إلى بعض¹. وزوج فعل يتعدى بنفسه، فيقال تزوج إبراهيم فتيحة أو تزوج بفتيحة، وفي القرآن الكريم ﴿وَرَزَوْنَهُمْ بِخُورٍ عِينٍ﴾².

وقد شاع استعمال هذا التعبير عند اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين أسرة³، ويرادف الزواج النكاح وهو يطلق في اللغة على العقد كما يطلق على الوطء وعلى الضم⁴. وكلمة النكاح في معنى الزواج كثيرة في القرآن الكريم منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَغْزِمُوا عَهْدَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾⁵ وقوله عز وجل: ﴿بِأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ...﴾⁶.

أما معنى الزواج شرعا فقد عرفه الفقهاء بعدة تعاريف منها: "الزواج عقد وضعه الشارع، يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالأخر على الوجه المشروع وعلى سبيل القصد"⁷. ومنها: "عقد ينتج عنه مباشرة حل استمتاع أحد الزوجين بالأخر على الوجه المطلوب شرعا ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات اتجاه الطرف الآخر"⁸.

¹ - راجع: عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، الكتاب الأول الزواج، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، طبعة 2005، ص 25.

² - سورة الطور، الآية 20.

³ - راجع: بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، طبعة 1985، مطبعة مؤسسة شباب الجامعة، ص 9 وما بعدها.

⁴ - إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 16.

⁵ - سورة البقرة الآية 235.

⁶ - سورة النساء الآية 3.

⁷ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 9.

⁸ - محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار الكتاب العربي 1957، ص 37.

المطلب الثاني : تعريف مدونة الأسرة لعقد الزواج

عرفت مدونة الأسرة الزواج في المادة الرابعة بقولها: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة"¹.

لقد جاءت الصياغة الجديدة بمقتضيات خاصة لتعريف الزواج وبيان الغاية منه²، ومن خلال تحليل التعريف السابق نستخلص النتائج التالية:

1- إن الزواج ميثاق تراض وترابط، وقد عبرت مدونة الأسرة على هذا الترابط بالميثاق اقتباساً وتبركاً بالقرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً ﴾³، إنه ميثاق التماسك بين الرجل والمرأة على وجه الدوام "وهو ليس تعاقداً على رقبة ولا على منفعة بل تعهد بالاندماج والانصهار المعنوي بين الزوجين لبناء الأسرة وتحمل أعبائها"⁴.

2- هذا الميثاق يركز على الرضى في تأسيس الزواج والموافقة الصريحة ويهدف إلى غايات نبيلة ومقاصد رفيعة تتمثل في الإحسان والعفاف وتأسيس الأسرة المستقرة⁵.

3- حرصت مدونة الأسرة الجديدة على عدم إبراز الجانب الفردي في بناء الأسرة وتم التركيز في التعريف لعقد الزواج على المسؤولية المشتركة والرعاية المشتركة بين الزوجين لبيت الزوجية والأولاد وذلك استجابة لما اقتضته الظروف المعاصرة نتيجة التغيرات العميقة التي همت التكوين الأسري والنظام الاجتماعي سواء على المستوى المعرفي أو المادي، ومن ثم أصبحت

¹ - عرف الفصل الأول من مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 الزواج بأنه: "الزواج ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواد الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدین تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام وود واحترام".

² - عبد العلي العبودي، التوضيح الموجز لبعض مواد مدونة الأسرة، مداخلة في الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة المنظمة من طرف المعهد العالي للقضاء والمنشورة في الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، العدد 5، شتنبر 2004، ص 5.

³ - الآية 21 من سورة النساء.

⁴ - أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط 1994، ص: 6، هامش: 5-6-7.

⁵ - المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية عن الأسئلة والاستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلسي البرلمان، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 4، 2004، الطبعة الأولى، مطبعة فضالة، ص 47.

الرعاية حسب المقتضى الجديد للزوجين معا في إطار من التشاور العقلاني والتوافق الاجتماعي، دون استغلال طرف معين لآخر داخل النسيج الأسري المغربي المعاصر¹.

¹ - عبد العلي العبودي، المرجع السابق، ص 7، وفي نفس المعنى أنظر أيضا المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 47 و 48.

المبحث الثاني: الخطبة

التعريف بالخطبة وبأهم أحكامها يقتضي منا الوقوف على تحديدها (المطلب الأول) وبيان شرطها (المطلب الثاني)، والآثار الناجمة عنها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الخطبة

نظرا لأهمية عقد الزواج وما يقتضيه من دوام العشرة وحسن التفاهم فإن الخطبة كانت منذ القديم وما تزال مقدمة هامة قبل إبرام عقد الزواج¹ وهي مظهر على أهمية الزواج واهتمام الشارع الإسلامي به².

وقد أوصى الرسول صلى الله عليه وسلم بضرورة التحرز والتزام الحذر قبل الإقدام على اختيار الزوج الآخر فقد روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس»³ وقال: «إياكم وخضراء الدمن، قيل وما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسناء في المنبت السوء»⁴ وأنه قال أيضا: «تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فأظفر بذات الدين تربت يداك»⁵، ويجب صلى الله عليه وسلم على سؤال من سألته من الصحابة عن خير النساء قائلا: «خير النساء من إذا نظرت إليها سرتك وإذا أمرتها أطاعتك وإذا أقسمت عليها أبرتك وإذا غبت عنها حفظتك في نفسها ومالك»⁶.

"وإذا بدا أن الخطاب في هذه الأحاديث الشريفة بأنه موجه إلى الرجال فإنه في حقيقته موجه كذلك من حيث معناه إلى النساء فينبغي على الأنثى أن تتخير لقرارها لأن العرق دساس فتتجنب "أخضر الدمن" حتى لا يقلب أيامها غما، وتحرص على اختيار الرجل الصالح ذي الدين، الودود..."⁷.

¹ - لحسن خضير، الوجيز في أحكام الزواج، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، طبعة 1995، ص 37.

² - محمد الكشور، قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات 1993، الطبعة الثالثة 1996، مطبعة النجاح الجديدة، بالدار البيضاء، ص 87.

³ - رواه ابن ماجة.

⁴ - رواه الدراقطني.

⁵ - رواه الجماعة عن أبي هريرة.

⁶ - رواه ابن ماجة.

⁷ - صلاح الدين زكي، أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، الطبعة الأولى 1985، مطبعة النجاح الجديدة بالبيضاء، ص 21.

ويعرف الفقه الخطبة¹ - بالكسر- بأنها "تعبير واضح عن رغبة الرجل في الزواج من امرأة معينة وإعلان هذه الرغبة إليها أو ذويها بنفسه أو بمن يوفده لهذا الغرض بعضا من أقاربه أو أصهاره أو أصدقائه..." ويعرفها البعض بأنها: "عرض الرجل رغبته في الزواج من امرأة وعدم رفض هذه الأخيرة للعرض وتواعدهما على إبرام العقد الرسمي"² ويعرفها البعض الآخر بأنها: "إعلان الرجل عن رغبته في التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع وفقا لأحكام الشرع، وذلك إما صراحة كأن يقول لها: إني راغب في الزواج منك، أو تعريضا كأن يقول لها: هل تفكرين في الزواج أو متى ستنتهي عدتك"³.

وقد عرفت مدونة الأسرة الخطبة في المادة الخامسة⁴ بقولها: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج.

تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا".

وأهم ما يمكن تسجيله بالنسبة للتعريف القانوني للخطبة وفق منظور مدونة الأسرة الجديدة أنها "تواعد" وليس وعدا فقط من جانب دون آخر وبذلك تتكسر المساواة حتى على مستوى الخطبة التي تتم بالاتفاق بين الخطيب وخطيبته ويتواعدان على إنشاء رسم الزواج في المستقبل⁵.

المطلب الثاني: شروط الخطبة

هناك شرطين جوهريين لجواز الخطبة (الفرع الأول)، وهناك شروط مستحبة (الفرع الثاني).

¹ - محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، 1998، مطبعة وليلي للطباعة والنشر بمراكش، ص 40.

² - أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 39.

³ - لحسن خضير، المرجع السابق، ص 37.

⁴ - أما مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 فقد عرفت الخطبة في الفصل الثاني بأنها: "وعد بالزواج وليست بزواج..."

⁵ - راجع رسالة الباحثة: حفيظة الوزاني، الخطبة وأثارها وفق التعديل الأخير لمدونة الأسرة الجديدة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية 2006-2005.

الفرع الأول: الشروط الجوهرية

أولاً: يجب أن تكون المرأة صالحة لأن يعقد عليها في وقت الخطبة

وعلى هذا لا يجوز خطبة:

1 - المرأة المحرمة على الرجل: سواء كانت محرمة تحرماً مؤبداً أو مؤقتاً. فلا يجوز له أن يخطب أمه، أو بنته، أو أخته، أو خالته، لأنهن محرمات تأبيداً، كما لا يجوز له أن يخطب امرأة هي في عصمة زوج آخر، ولا مشركة، ولا معتدة مادام سبب التحريم قائماً. فإذا زال، كما لو أسلمت المشركة، أو اعتنقت ديناً سماوياً، أو طلق الزوج زوجته وانقضت عدتها، فإنه تجوز الخطبة.

2 - المرأة المعتدة: ويقصد بالمعتدة المرأة التي هي في فترة العدة بحيث وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب انفصال الزوج عنها، أو بسبب وفاته، فلا يجوز للرجل أن يخطب معتدة الغير مطلقاً سواء كانت معتدة بالوفاة، أو الطلاق، رجعيًا كان أو بائناً.

أ - المعتدة من طلاق رجعي: لا يجوز خطبة امرأة معتدة من طلاق رجعي لأنها زوجة الغير، فالطلاق الرجعي لا ينهي العصمة الزوجية ولا يفصم عراها، وإنما يكون من حق الزوج أن يراجع زوجته في فترة العدة دون حاجة إلى أي إجراء آخر. فالخطبة في هذه الفترة تعتبر اعتداء صريحاً على حق الزوج في مراجعة زوجته.

ب - المعتدة من طلاق بائن: المعتدة من طلاق بائن تحرم خطبتها لأنه تعلق بها بعض الحقوق بالنسبة للغير، وهذا متفق عليه بين الفقهاء، ولكن الخلاف حول التعريض بالخطبة بالنسبة للمعتدة من الطلاق البائن¹، أي إشعارها قولاً أو فعلاً بالرغبة في خطبتها استقبالا بعد انتهاء العدة كأن يطلب الرجل من المعتدة بأن تخبره عند انتهاء عدتها أو يسألها عن تاريخ انتهاءها وما إلى ذلك من العبارات التي يفهم منها التلميح للمعتدة بأنه يريد خطبتها بعد انتهاء العدة وتفهم هي ذلك على سبيل الاحتمال وليس اليقين.

ومن أجل ذلك اختلف الفقهاء - كما قلت - في إمكان التعريض بخطبة المعتدة من طلاق بائن.

¹ - يكون الطلاق بائناً إذا أوقعه القاضي لغير الإيلاء، أو الإعسار، أو أوقعه الزوج قبل الدخول، أو الخلع، أو كان مكملًا للثلاث - حيث يسمى في هذه الحالة الطلاق البائن بينونة كبرى - أو أوقعته الزوجة في حالة التملك.

- فذهب الحنفية إلى أن المعتدة من طلاق بائن لا يجوز التعريض بخطبتها، واستدلوا على ذلك بأن مثل هذا التعريض قد يفتح الباب أمام المرأة للادعاءات الكاذبة، فقد تدعي بأن عدتها قد انتهت بمجرد سماعها التعريض. كما أن في حل الخطبة قطع الطريق على المطلق الذي له الحق في الطلاق البائن بينونة صغرى في إرجاع زوجته.

- أما المالكية والحنابلة فإنهم وإن منعوا خطبة المعتدة من طلاق بائن فإنهم أجازوا التعريض بهذه الخطبة لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾¹.

- وللشافعية قولان أحدهما يوافق الحنفية في المنع من التعريض، والثاني يوافق المالكية والحنابلة في قولهم بإجازة التعريض.

ويذهب رأي في الفقه القانوني المعاصر إلى أنه يجب النظر إلى طبيعة الطلاق البائن هل هو بائن بينونة كبرى، أم بينونة صغرى؟

فالطلاق البائن بينونة كبرى، وهو الطلاق المكمل للثلاث، تنفك به العلاقة الزوجية نهائياً، ولا تحل للزوج الأول إلا بعد أن تتزوج زوجاً آخر ويدخل بها ... ففي مثل هذه الحالة يجوز التعريض في فترة العدة مادامت عرى الزوجية قد انفصلت تماماً. أما الطلاق البائن بينونة صغرى، فهو ينهي العلاقة الزوجية، ولكنه لا يفصم عراها بل يمكن للزوجين مراجعة بعضهما البعض والعودة لاستئناف الحياة الزوجية بعقد ومهر جديدين.

ج - المعتدة من وفاة: اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز التصريح بخطبة المرأة المعتدة من وفاة لأن ذلك يولد العداوة والحقد والضغينة بين الخاطب وأهل الزوج المتوفى، كما أن ذلك قد يزيد من ألم الزوجة ويجرح إحساسها وشعورها وهي حديثة العهد بفراق شريك حياتها السابق. ولكن هذه الاعتبارات في جوهرها اعتبارات أدبية، والعدة ستنتهي حتماً بانقضاء أربعة أشهر وعشرة أيام. لذلك فإن الله سبحانه وتعالى أباح في هذه الفترة التعريض بالخطبة دون التصريح بها، وفي ذلك يقول عز وجل: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ

¹ - سورة البقرة الآية 235.

الْيَسَاءِ أَوْ أَكُنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ غَلِيْمَ اللَّهِ أَنْتُمْ سَتَذْكُرُوْنَهُنَّ وَلَيْسَ لَأَتَوَاعِدُوْهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوبًا¹.

ثانيا : يجب أن لا تكون المرأة مخطوبة للغير

فإذا كانت كذلك فإنه لا يجوز لخاطب آخر خطبتها، ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: « لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته² » وقوله عليه الصلاة والسلام: « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك³ »، وقوله عليه السلام: « المؤمن أخ المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر⁴ ». والسبب في هذا المنع أن الخطبة على الخطبة تورث العداوة والأحقاد بين الخاطب الأول والخاطب الثاني، وقد يمتد هذا العداء إلى أسرتهما، ولذلك نهى الشرع الإسلامي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه.

والواقع أن هذه الحالة لا تخلو من احتمالات الثلاثة الآتية :

أولا : أن تجد الخطبة الأولى القبول والترحاب :

فالخطبة الثانية تكون محرمة بلا نقاش وتنطبق عليها النصوص السابقة. فالخطبة الثانية هنا اعتداء واضح على حق الخاطب الأول.

ثانيا : أن ترفض الخطبة الأولى :

وبعد هذا الرفض يتقدم خاطب آخر، فالخطبة الثانية هنا جائزة اتفاقا لأنه لو منع من ذلك لأدى الأمر إلى أن الفتاة أو المرأة لن تخطب أبدا بعد الخطبة الأولى وفي ذلك ضرر، والضرر يزال.

¹ - سورة البقرة، الآية 235.

² - محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن الترمذي للإمام الحافظ محمد بن عيسى، مكتبة المعارف الجديدة بالرباط، الطبعة الأولى 2000، ص: 577.

³ - أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري الجزء التاسع، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الثانية 1997، ص 227.

⁴ - رواه أحمد ومسلم.

ثالثا : حالة التردد بين القبول والرفض :

هنا اختلف الفقهاء، فذهب رأي في الفقه إلى أنه لا يحل للخاطب الثاني أن يتقدم لأنه يجوز أن يكون هناك ثمة قبول، فللخاطب الأول بعض الحق إذ قد تقبل خطبته لو لم يتقدم الخاطب الثاني. وبالتالي فالحكمة من المنع ظاهرة وهي عدم التعدي على حقوق الغير.

وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى إباحة خطبة الثاني لأن عدم إظهار القبول بالنسبة للأول دليل على رفض الخطبة، أو على الأقل لم يثبت له حق. ونرى عدم التسرع في إباحة الخطبة الثانية في حالة التردد لأن الحكمة التشريعية من التحريم قائمة

الفرع الثاني : الشروط المستحبة

علاوة على الشروط السابقة يشترط فيمن يراد خطبتها بعض الشروط الشكلية الأخرى المستحبة دينيا، والمقبولة اجتماعيا منها :

أ - أن تكون المخطوبة متمسكة بدينها وعلى أخلاق فاضلة: وقد ارشد الرسول الكريم إلى النهج القويم الذي يجب مراعاته عند اختيار الزوجة فقال عليه السلام : «تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك».

ب - أن تكون المخطوبة من غير القربيات للخاطب: فالزواج بالقربيات غالبا ما يكون النسل فيه ضعيف البنية أو العقل، وفي هذا السياق يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «اغتربوا لا تضروا» أي تزوجوا بالغرائب البعيدات عليكم في النسب حتى لا تضعفوا.

ج - أن تكون المخطوبة بكرًا ولودًا: فالزواج بالمرأة الولود يحقق الغاية المقصودة من عقد الزواج وهي إنجاب النسل، فقد روى معقل بن يسار قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال وإنها لا تلد أفأتزوجها؟ قال له الرسول عليه السلام، لا، ثم أتاه الثانية فسأله فيها، ثم أتاه الثالثة فقال الرسول عليه الصلاة والسلام : «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم»¹.

والواقع أن المصلحة قد تقتضي في بعض الحالات بأن الرجل يتزوج امرأة لا تلد، كما إذا طلق أو ماتت عنه زوجته الأولى مخلفا منها نسلا كثيرا، كما أن المصلحة أحيانا قد تقتضي بأن يتزوج الرجل امرأة ثيبا بدلا من فتاة بكر كما إذا كان مسننا... كما أن المرأة قد تجد سعادتها مع

¹- رواه داود والنسائي .

الزوج الثاني بعد فشل زواجها الأول لعدم التوافق واختلاف الطباع فكم من ثيب أحسن خلقا من بكر طائش.

هذه هي بعض الشروط الكمالية التي يتحدث عنها الفقه الإسلامي إلى جانب الشروط الجوهرية السابق الإشارة إليها، وهذه الشروط تنصب كلها حول المخطوبة وليس الخاطب ونرى ضرورة تعميم هذه الشروط على الجنسين معا.

المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة

أثارت الطبيعة القانونية للخطبة والزاميتها جدلا لدى فقهاء الشريعة وكذا بين فقهاء القانون من حيث اعتبارها زواجا فتخضع في أحكامها وآثارها إلى أحكام عقد الزواج أي أنه ينتج عنها آثار عقد الزواج من حيث الزاميتها ولا تحتاج في ذلك إلا إلى شرط الكتابة أو من حيث اعتبارها مجرد وعد بالزواج فقط وبالتالي لا تلزم الأطراف مادامت هي مجرد التزام أدبي لا غير، إن هذا الإشكال في حد ذاته كان سببا مباشرا في صعوبة تحديد الآثار التي يمكن أن تترتب عن العدول عن الخطبة وهي آثار تختلف بحسب طبيعة العدول ومدى ارتباطه باتفاق الطرفين وحجم الضررين المادي والمعنوي الناتج عن العدول كما وأن خطورة الأمر قد تتجاوز ذلك في حالة ما إذا نتج عن هذه الخطبة ظهور حمل بالخطيبة قبل إبرام عقد الزواج الشرعي وفق الشكل المعتد به قانونا.

وبناء على ما سبق يحق لكل من الخطيبين العدول عن الخطبة، والأصل أنه لا يترتب أي أثر عن هذا العدول إلا في بعض الحالات.

مما سبق فإن فترة الخطبة إما قد تنتهي بتحقيق الغاية منها وهي إبرام عقد الزواج، وإما قد تنتهي بوفاة أحدهما أو كليهما، كما قد تنتهي بالتقاييل والاتفاق على الإنهاء أو بالعدول من جانب واحد وقد يتسبب ذلك في بعض الأحيان في أضرار تستدعي بالضرورة تعويض الطرف المتضرر.

ونشير في آثار العدول عن الخطبة سواء تعلق الأمر بالحق في العدول (الفرع الأول) أو فيما يخص الهدايا المتبادلة أو بالمهر المعجل (الفرع الثاني). ثم آثار الحمل الناتج عن الخطبة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الحق في العدول عن الخطبة

الخطبة فترة تسبق إبرام العقد ومن ثم لا يترتب عنها أحكام الزواج لذلك فإنه إذا وقع العدول انقضت الخطبة ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم بالزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام العقد دون إرادته¹. فالخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معا ما دام عقد الزواج لم يكتب بشكله القانوني² ولذلك نصت المادة السادسة من مدونة الأسرة بأن الطرفان يعتبران في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ولكل من الطرفين حق العدول عنها. والخطبة مجرد تواعد رجل وامرأة على الزواج كما تقضي بذلك الفقرة الأولى من المادة الخامسة.

وبناء على ما سبق يحق لكل من الخطيبين العدول عن الخطبة. والأصل أنه لا يترتب أي أثر عن هذا العدول إلا في بعض الحالات.

ولذلك تمنع المعاشرة والمساكنة الشرعية بين الخطيبين، وهذا ما كرسه القضاء المغربي في عدة اجتهادات قضائية ومن أهم القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى (سابقا) محكمة النقض حاليا³ في تطبيق مدونة الأسرة بشأن الخطبة والنسب⁴ وفي اعتبار الخطبة ليست بزواج القرار التالي: "...إن الخطبة ليست بزواج وهو ما نصت عليه سابقا مدونة الأحوال الشخصية في الفصل 2، ولكن هذه العبارة حذفت في مدونة الأسرة ورغم حذفها فإن المشرع لم يبح للخطيبين الإتصال جنسياً ببعضهما قبل عقد الزواج لأن ذلك الاتصال قبل العقد يعتبر زناً من الناحية الشرعية".

¹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية 1989، طبع ونشر دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ص 85.

² - أحمد الخمليشي، التعليق... المرجع السابق، ص 48، وأنظر أيضا، كركري الطاهر: الخطبة والزواج في مدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة الشارة، السلسلة المغربية للدراسات القانونية، الرباط، العدد الأول لسنة 2007، ص 128، وما بعدها.

³ - حلت عبارة "محكمة النقض" محل: "المجلس الأعلى" طبقا للمادة المفردة من القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، حيث يغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 موافق 27 سبتمبر 1957 بشأن المجلس الأعلى، منشور بالجريدة الرسمية عدد: 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 موافق 26 أكتوبر 2011، ص: 5228.

⁴ - قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) رقم: 439 بتاريخ 2005/9/28 في الملف رقم 2005/1/2/25 أورده إبراهيم بحماني في مقال له تحت عنوان: من أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة بشأن الخطبة والنسب، منشور بمجلة قضاء الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية - وزارة العدل- العدد 54 فبراير 2009، ص: 179.

ومنها أيضا ما ذهبت إليه استئنافية بني ملال¹: "...وحيث إن إدعاء المستأنفة وقوع الخطبة بينها وبين الهالك ومعاشرة هذا الأخير لها كزوجة لا يمكن اعتباره زواجا، ما دام أن المشرع اعتبر الخطبة مجرد تواعد رجل وامرأة على الزواج طبقا للمادة 5 من مدونة الأسرة. كما أنه يحق للطرفين العدول عنها طبقا للمادة 6 من نفس القانون وبالتالي فهناك فرق بين الزواج والخطبة".

الفرع الثاني: آثار العدول عن الخطبة

تتجلى هذه الحقوق أساسا في ثلاثة مسائل هامة تتمثل في الهدايا المقدمة من أحدهما للآخر (الفقرة الأولى) وفي الصداق المدفوع من الخاطب مسبقا (الفقرة الثانية) وفي حق الطرف المضرور نتيجة العدول في التعويض (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الحق في استرجاع الهدايا

وقد اختلفت مواقف الفقه الإسلامي في مسألة استرجاع الهدايا حيث برز اتجاهين: الاتجاه الأول: ويمثل هذا الاتجاه كلا من الحنفية والشافعية وذهبوا إلى أنه تأخذ الهدايا المتبادلة بين الطرفين حكم الهبة لهذا فهي ترد مالم تستهلك² ويضيف الشافعية بوجوب رد الهدايا مطلقا.

الاتجاه الثاني: واتجه أنصار هذا الاتجاه وهم المالكية والحنابلة إلى أنه ليس على الخاطب الرجوع فيما أهدى لخطيبته ولو كان الرجوع منها غير أن هذا الاتجاه تنصلت عنه فتوى ثالثة تزعمها أحد فقهاء المذهب المالكي مفادها ضرورة الاحتكام إلى العرف وفي حالة وجود شرط وفي حالة انعدام أي عرف أو شرط فإن الأصل عندهم عدم أحقية الخاطب في استرداد الهدايا لأنه

¹ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف ببني ملال بتاريخ 2007/2/21 في الملف عدد: 10/2006/525 منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 10 فبراير 2009، ص: 17-18.

² - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار، الجزء الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص 345.

لا يمكن إلحاق الضرر مرتين لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾¹ لأنه بتصرفه هذا يكون قد سبب ألماً².

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة نجد المادة الثامنة تنص على أنه: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله. ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال".

ويبدو أن مشرع مدونة الأسرة قد جسد من خلال مقتضيات الخطبة في مدونة الأسرة مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات وذلك بالإشارة إلى أن رد الهدايا أثناء العدول عن الخطبة ينصب على الخطيبة أيضاً إذا ما كان العدول منها وهو المقتضى الذي لم تشر إليه مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

وهكذا أخذت مدونة الأسرة بالرأي المشهور في مذهب الإمام مالك، فلكل من الخاطب والمخطوبة الحق في استرداد ما سبق أن دفعه من هدايا للطرف الآخر بعينه أو بقيمته حسب الأحوال، بشرط أن لا يكون مقدم الهدايا هو الذي عدل عن الخطبة، وتطبيقاً لهذا المقتضى قضت محكمة الاستئناف بمكناس بأحقية الخاطب في استرجاع الهكتارات العشرة التي سبق له أن أهدها لخطيبته ونقل ملكيتها في اسمها بالرسم العقاري، ثم ظهر لها أن تعدل عنه إلى خطيب آخر³.

كما أن استرجاع الهدايا يتطلب إثبات تقديمها، لأن عدم الإثبات يترتب عليه سقوط الحق في استرداد الهدايا، وهذا ما أكدته حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور جاء فيه: "...وحيث إنه ولئن كان من حق الخاطب الذي لم يكن العدول عن الخطبة من قبله استرداد ما قدمه من هدايا إلا أن ذلك يبقى رهيناً بإثبات تمكينه من كانت تعتبر خطيبته من الهدايا التي يريد استحقاقها"⁴.

¹ - سورة الزمر الآية 7.

² - فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة - دراسة مقارنة - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 21.

³ - قرار محكمة الاستئناف بمكناس في القضية عدد: 79/303 بتاريخ 1980/1/7 والمنشور بمجلة رابطة القضاء، العددان 8 و 9، ص 155 وما بعدها.

⁴ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور في الملف رقم 13/11/54 بتاريخ 2013/05/27 (غير منشور).

كما جاء في حكم على أنه: "بناء على الطلب المقدم من طرف المدعي...والذي يعرض فيه أن المدعي عليها كانت خطيبته وأنها فسخت خطوبتها منه بعد تكبد مجموعة من المصاريف، لذلك يلتمس الحكم على المدعي عليها بأدائها له مبلغ 17850 درهم قيمة الهدايا التي قدمها لها أثناء فترة الخطوبة، مع النفاذ المعجل والإجبار وتحميلها الصائر.

...وحيث لم يدل المدعي بأية حجة معتبرة قانوناً تؤيد صدق ما ادعاه بمقال الدعوى، مما يكون معه الطلب مجرداً عن الإثبات ويتعين بالتالي التصريح برفضه"¹.

وغاية المشرع من عدم تمكين العادل عن الخطبة من استرجاع هدياه هو التخفيف على الطرف الآخر وعدم الجمع بين الألمين، ألم ضياع الهدية وألم فوات الخطبة وعدم إتمام الزواج.²

والواقع العملي يؤكد بأن أغلب حالات العدول عن الخطبة تكون مقرونة بأسباب يراها الطرف الذي صدر منه العدول بأنها وجيهة وتقتضي إنهاء العلاقة التي نشأت بالخطبة. أما فيما يتعلق ببعض التشريعات المقارنة في إمكانية استرداد الهدايا عند العدول عن الخطبة فيمكن رصد التوجهات التالية:

- نصت الفقرة الرابعة من المادة الخامسة المعدلة³ من قانون الأسرة الجزائري، على أنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداه، وإذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة فعلياً أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته" وهكذا أخذ المشرع الجزائري في بداية هذه الفقرة بالرأي الراجح للمذهب المالكي والذي يرى بأن العدول إذا كان من الخاطب فلا يسترد ما قدمه من هدايا حتى لا يجتمع عليها ألمان، ألم الإعراض وألم الاسترداد، أما إذا كان العدول من المخطوبة فعلياً رد الهدايا إن كانت قائمة

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بالناظور، قسم قضاء الأسرة، في الملف رقم 09/11/578 بتاريخ 2012/6/18، أورده إدريس الفاخوري، المنازعات الأسرية أمام قضاء الموضوع ومحكمة النقض، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2015، ص 227.

² - حسين خلف الجبوري، الزواج وبيان أحكامه في الشريعة الإسلامية، مطبعة الآداب، النجف الأشرف 1972، ص 25.

³ - قانون الأسرة الجزائري صدر بمقتضى الأمر رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان لعام 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمعدل بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

وإذا كانت هالكة أو مستهلكة فعليها برد مثلها إن كانت من المثلثات أو قيمتها إن كانت من القيمات.

ويلاحظ بأن النص القانوني الجزائري يتطابق بداية مع مذهب الإمام مالك فإن نهاية الفقرة خالفت رأي المالكية وأخذ برأي الأحناف، وذلك بالنص برد ما لم يستهلك وأنه في حالة الاستهلاك لا يقع الرد حيث يعد هذا الأمر من موانع الرجوع في الهبة¹.

وقد انتقد بعض الفقه الجزائري هذا التوجه لأن الخاطب قد لا يرى فائدة في المطالبة باسترداد الهدايا وإنما يطالب بقيمتها، كما أن اعتبار الاستهلاك الواردة في النص تأثير غموضاً كبيراً لأنها توحى بأن المخطوبة إذا استهلك الهدية أو تصرف فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية كالهبة والبيع فإنها لا ترد الهدية إذا عدلت عن الخطبة لأن الهدية المقدمة من الخاطب لم يعد لها وجود لأنها مستهلكة إلا أن قصد المشرع هو عدم رد الهدية التي تستهلك بطبيعتها أو لقلّة قيمتها².

نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية³ في نصها الثاني على ما يلي: "يسترد الخاطب الهدايا التي يقدمها إلى خطيبته إلا إذا كان العدول من قبله أو وجد شرط خاص".

أما قانون الأحوال الشخصية الليبي⁴ فإنه نقل حكم استرداد الهدايا عند العدول عن الخطبة عن الفقه المالكي حيث نص في الفقرة (2) من المادة الأولى على أنه: "من عدل عن الخطبة فعليه أن يرد ما أخذ عيناً أو بقيمة يوم القبض ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك".

هذا بالنسبة للهدايا المقدمة أثناء فترة الخطبة، أما بالنسبة للهدايا المقدمة بعد إبرام عقد الزواج فإنه طبقاً للقواعد العامة لا يحق لأحدهما المطالبة بها سواء وقع الطلاق قبل البناء أو بعده، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً)⁵ في أحد قراراته ومن أهم

¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع بالجزائر، الطبعة الأولى 2008، ص 42.

² - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 43، وأنظر أيضاً: بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، طبعة 1994، ص: 54.

³ - أمر عدد 2 لسنة 1956 والمتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية منشور في الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 غشت 1956 والمعدل بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 يوليوز 1993.

⁴ - قانون الأسرة الليبي رقم 10 لسنة 1984 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 1984/6/3.

⁵ - قرار المجلس الأعلى عدد: 236، ملف شرعي عدد: 2008/1/2/8 مؤرخ في 2010/5/4 أوردته زهور الحر وحسن إبراهيمي، حماية حقوق المرأة من خلال الاجتهاد القضائي المغربي، دراسة توثيقية تحليلية من الاستقلال إلى سنة 2013، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، طبعة 2014، ص: 388.

ما ورد في هذا القرار ما يلي: "حيث يؤخذ من وثائق الملف ومن القرار عدد 911 الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 07/11/29 في القضية عدد 741-742/06/7..."

وحيث ينعي الطالب على القرار المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وذلك أنه أثار أمام المحكمة المطعون في قرارها بأن المادة 8 من مدونة الأسرة التي استند إليها الحكم الابتدائي تتعلق باسترداد الهدايا بعد العدول من الخطبة، إلا أن الهدايا المطلوبة استردادها في النازلة قدمت بعد إبرام العقد، فهي مكمل للصدّاق وغير منصوص عليها في المادة المذكورة. ويجب أن تعتبر في حكم الصدّاق خاصة وأن المطلوبة في النقص لم تنكر تسلمها أثناء العقد، مما يكون معه القرار قد أخطأ في تطبيق المادة المذكورة ويتعين نقضه.

لكن حيث إن ما لم يرد به نص في مدونة الأسرة يرجع فيه إلى المذهب المالكي طبقاً لما تنص عليه المادة 400 منها، والمشهور المقرر في المذهب المالكي أن كل ما يرسله الزوج هدية لزوجته بعد العقد عليها، لا يحق له استرداده مطلقاً، سواء وقع الطلاق قبل البناء أو بعده، إلا أن ينسخ النكاح فله ما بقي منها قائماً لقول صاحب التحفة:

وكل ما يرسله الزوج إلى *** زوجته من الثياب والحل

إلى آخر الأبيات الثلاثة التي تقرر الحكم بالنسبة لاسترجاع الهدايا التي يقدمها الزوج بعد إبرام العقد أو أثناءه... والمحكمة لما رفضت الطلب في هذا تكون قد طبقت المشهور من الفقه المالكي، مما يجعل الوسيلة بدون جدوى".

ومحكمة النقض في نظري كانت على صواب عندما رفضت إرجاع الهدية بعد إبرام عقد الزواج ولكن ليس بالركون إلى اعتبار الهدية في حكم الصدّاق لأن أحكام الصدّاق لا يمكن إخضاعها لنفس الأحكام التي تحكم الهدية، فالصدّاق شرط من شروط عقد الزواج لا يقوم العقد إذا حصل اتفاق بين الزوج والزوجة على إسقاطه طبقاً لمقتضيات المادة 13 من مدونة الأسرة، وهو حسب المادة 26 ما يقدمه الزوج لزوجته إشعاراً بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء الأسرة، ويحدد وقت إبرام العقد وفي حالة السكوت عن تحديده يعتبر العقد زواج تفويض¹، ومن ثم فالصدّاق أمر ضروري ومن مقتضيات عقد الزواج بخلاف الهدية...

¹ - تراجع الأحكام الخاصة بالصدّاق، ص 208 وما بعدها.

الفقرة الثانية: الحق في استرجاع الصداق المعجل

اتفق الفقهاء على جواز تأجيل المهر- الصداق- أو تعجيله، وعلى خلاف ذلك أبطلوا كل شرط من شأنه أن يتضمن الاتفاق على إسقاطه، وقد يقوم الخاطب بتعجيل تقديم المهر كلاً أو بعضاً، ويحدث بعد ذلك عدول عن الخطبة سواء من قبله أو من قبل المخطوبة، فهل له الحق في استرداده؟.

تعرضت مدونة الأسرة لحكم الصداق الذي قد يقدمه الخاطب لخطيبته قبل كتابة رسم الزواج ويقع العدول عن الخطبة¹، وهكذا نصت المادة التاسعة على أنه: "إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءاً منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائماً، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه.

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

ويتضح من النص السابق بأن للخاطب الحق في استرجاع ما قد يكون عجله من صداق ثابت لأن الصداق لا يجب إلا بالعقد ومادام العقد لم يوجد فلا تستحق المخطوبة شيئاً من الصداق سواء كان العدول منه أو منها أو منهما معاً، ويتعين عليها رد المهر إما بعينه إن كان قائماً أو بمثله إن كان من المثليات أو بقيمته يوم التسلم إذا لم يكن من المثليات².

كما يحق لورثة الخاطب المتوفى في فترة الخطوبة استرداد الصداق المقدم قبل إبرام العقد.

وتعرضت الفقرة الثانية من المادة التاسعة لحالة تصرف الخطيبة في مبلغ الصداق كما إذا اشترت فراشاً أو أجهزة منزلية أو تحول مبلغ الصداق أو جزء منه إلى لباس وحلي وغيرهما من الأمور التي تتجهز بها قبل الزفاف ثم يحصل العدول عن الخطبة، وتم تقرير الأحكام التالية:

- للخطيبة إرجاع المبلغ المقبوض من الصداق والاحتفاظ بالأشياء التي اشترتها به.

¹ - أما مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 فلم تتعرض لحكم المهر المعجل والذي قد يقدمه الخاطب لخطيبته أو يقدم جزءاً منه قبل إبرام عقد الزواج فيحصل العدول، أنظر: إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص 31.

² - راجع: الدليل العملي لمدونة الأسرة الصادر عن وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004، ص 21.

- إذا رفضت الخطيبة الاحتفاظ بما حول إليه مبلغ الصداق، أمكن للخطيب حيازته بالمبلغ الذي أنفق في شرائه.

- إذا رفض الخطيبان معا تسلم الجهاز بالمبلغ الذي أنفق فيه، وبيع بمبلغ أقل تحمل المتسبب في فسخ الخطبة الفرق بين المبلغين¹.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري² في الفقرة الأولى من المادة الرابعة على أنه:
"1- إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز.

2- إذا عدلت المرأة فعلها إعادة مثل المهر أو قيمته".

كما نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على حكم المهر عند العدول عن الخطبة في المادة الرابعة على ما يلي:

"إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة، فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه.

يعتبر من المهر الهدايا التي يجري العرف باعتبارها منه إذا اشترطت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازاً ثم عدل الخاطب، فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه كلا أو بعضاً من الجهاز وقت الشراء".

ومن أهم الإشكاليات المثارة في هذا الصدد أيضاً، مصاريف العلاج أو التجميل أو الدراسة المقدمة أثناء الخطبة، في حالة العدول هل تأخذ حكم الهدايا المنصوص عليها في المادة الثامنة وبالتالي يجوز استرجاعها من الطرف المتسبب في العدول، أم تأخذ حكم التبرعات ومن ثم لا يجوز استرجاعها، أم أن استرجاعها رهين باقتران العدول الذي هو حق مقرر قانوناً لكل الخطيبين بفعل تقصيري في نطاق الفقرة الثانية من المادة 7 من مدونة الأسرة؟³.

¹ - راجع الدليل العملي لمدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 21.

² - قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بمقتضى مرسوم رقم: 59 لسنة 1953، والمنشور بتاريخ 1953/9/17.

³ - المصطفى قيادي، عرض بعض الإشكاليات المتعلقة بالزواج وانحلال ميثاق الزوجية والنسب، مقال منشور في مجلة قضاء الأسرة، العدد الرابع والخامس فبراير 2009، ص 185.

وفي معرض الجوانب عن هذه الإشكاليات يذهب الأستاذ المحجوب بنطالب¹ إلى القول بأنه يوجد رأيان حول الموضوع:

الرأي الأول: يؤكد على أنه لا يحق للخاطب المطالبة باسترداد مقابل ما أنفقه استناداً إلى أحد الآراء الفقهية في المذهب المالكي الذي مفاده أنه لا يرجع بشيء أهدي أو أنفق ولو كان الرجوع من جانبها.

أما الرأي الثاني: فيرى أنه يحق للخاطب استرداد ما أنفقه تأسيساً على رأي آخر من الفقه المالكي مفاده: "أن الأوجه الرجوع عليها إذا كان الامتناع من جهتها، إلا لعرف أو شرط لأن الذي أعطى لأجله لم يتم" وهو الرأي الذي اعتمد من طرف أغلبية المشاركين².

وأعتقد بأن الرأي الأول أحرى بالتأييد في نظرنا إذ لا يحق للخاطب المطالبة باسترداد ما أنفقه على خطيبته من أجل العلاج أو التجميل أو الدراسة مادام الخاطب قد أنفقه عن طوعية، وعن طيب خاطر وهو إكرام وتفضل منه ليس إلا، فلا الشرع ولا القانون يلزمه بذلك، كما أن غياب النص القانوني المنظم يحول دون الحق في المطالبة باسترجاع مثل هذه المصاريف التي أنفقهها الخاطب على خطيبته.

الفقرة الثالثة: الحق في التعويض³

إن العدول عن الخطبة في حد ذاته يعتبر حقاً يجوز لكل من الخطيبين استعماله متى شاء، وقد نصت مدونة الأسرة على أنه يحق لكل من الطرفين العدول عن الخطبة، وهي مجرد تواعد على الزواج، ومن يستعمل حقه بدون تعسف لا تجوز مقاضاته ومطالبته بالتعويض عن أي ضرر يكون قد لحق الغير نتيجة استعمال هذا الحق، وذلك استناداً إلى قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان".

¹ - المحجوب بنطالب، حصيلة القراءة الجماعية للإشكاليات، مقال منشور في مجلة قضاء الأسرة العدد 4 و5، السابق الإشارة إليه، ص: 188.

² - ويتعلق الأمر باليوم الدراسي المنعقد يوم 20 فبراير 2007 بالمعهد العالي للقضاء بالرباط بمناسبة تخليد الذكرى السنوية الثالثة لصدور مدونة الأسرة والمنظم من طرف وزارة العدل، نشرت هذه الأشغال بمجلة قضاء الأسرة العددان 4 و5 فبراير 2009.

³ - راجع الموضوع بتفصيل: فؤاد بن شكرة: مرجع سابق ص: 49 وما بعدها.

- حاتم دايدو: مرجع سابق، ص 71 وما بعدها.

- عزيز المعايير اليملاحي: مرجع سابق، ص 185 وما بعدها.

- إلياس مسعودة نعيمة: تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون واجتهاد القضاء، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان الجزائر العدد 8، لسنة 2009، ص 261 وما بعدها.

ولكن إذا كان للعادل عن الخطبة دخل في الضرر الذي أصاب الطرف الآخر بسبب العدول أمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض طبقاً للقواعد العامة كما إذا طالب خطيب خطبته بالانقطاع عن مواصلة الدراسة أو الاستقالة من الوظيفة، أو تطلب المخطوبة من خطيبها إعداد مسكن لبيت الزوجية أو الانتقال من مكان لآخر أو... ثم يحصل العدول في كلتا الحالتين منها أو منه، وهذا ما نصت عليه المادة السابعة من مدونة الأسرة بقولها:

"مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض."

غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"، وبذلك سدت مدونة الأسرة الفراغ الذي كان موجوداً في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

وهذا ما يؤكد العمل القضائي حيث جاء في حكم قضائي على أنه: "...وحيث إن التراجع عن الخطبة لا يترتب الحق في التعويض، وإن لم يكن له مبرر ظاهر، إلا عند صدور فعل من المتراجع عن الخطبة ألحق ضرراً بالمخطوبة، كحملها على الانقطاع عن الدراسة، أو الاستقالة من الوظيفة، أو تحملها نفقات معينة....

وحيث إنه لم يثبت للمحكمة من خلال اطلاعها على مستندات الملف ووثائقه، صدور أي فعل سبب ضرراً للمدعية، ما عدا العدول عن الخطبة، الذي لا يكفي وحده لثبوت الحق في التعويض ما لم يكن مصحوباً بفعل آخر ألحق ضرراً بالمدعية من قبيل ما ذكره سالفاً¹.

غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"، وبذلك سدت مدونة الأسرة الفراغ الذي كان موجوداً في مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957.

كما رفض القضاء المغربي منح التعويض للخطيبة لأن القانون لا يبيح العلاقة الجنسية بين الطرفين إلا في نطاقها الشرعي، ومما ورد في هذا الحكم²:

¹ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالحسيمة، رقم 503 بتاريخ 7 يوليوز 2008، في الملف رقم: 07/651 (غير منشور).

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة، قسم قضاء الأسرة بتاريخ 2007/3/22 في الملف عدد 2006/536، منشور في كتاب: المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة الجزء الأول منشورات مجلة نشر المعلومة القانونية والقضائية العدد 10 فبراير 2009، وزارة العدل، ص: 5-6.

"حيث أن المدعية تهدف من طلبها الحكم على المدعي عليه بأدائه لها تعويضاً مدنياً قدره ثلاثمائة ألف درهم عن الضرر الحاصل لها بسبب التفرير بها وعدوله عن الزواج بعد الإذن له بالزواج بها وتحمله الصائر في الأقصى.

وحيث إنه بمقتضى المادة 7 من مدونة الأسرة فإنه في حالة ما إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للأخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض.

وحيث تبين للمحكمة من خلال إطلاعها على وثائق الملف أن المدعية تطالب بالتعويض عن فعل التفرير الذي ارتكبه المدعي عليه الذي مارس الجنس معها بمنزلها كما هو ثابت بإقرارها.

وحيث إن القول بتفرير المدعي عليه للمدعية قصد ممارسة الجنس معها لا يمكن الإستكانة إليه، على اعتبار أن المدعية تبلغ من السن ما يسمح معه بتدبير أمورها جيداً وتقدر أفعالها بكل دقة، خصوصاً وأنها متعلمة ومربية أطفال تعي جيداً الأفعال التي قامت بها مخالفة للشرع والعرف والتقاليد والقانون الذي لا يبيح العلاقة الجنسية بين الطرفين إلا في نطاقها الشرعي، خصوصاً وأن الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج وبالتالي يكون الخطيبان قد استسلما معاً للرغبة الجنسية ورضيت المدعية بذلك بدون إكراه، فإنه لا موجب لأي تعويض لا لضرر مادي أو معنوي...، وحيث أنه وبناء على ما ذكره أعلاه يكون طلب المدعية غير مرتكز على أساس قانوني سليم ويتعين التصريح برفضه".

ونجد بأن قانون الأسرة الجزائري يقرر بدوره منح التعويض إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين طبقاً للمادة 5 من ذات القانون، كما أن المادة الأولى من قانون الأسرة الليبي نصت صراحة على أنه إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً تحمل المتسبب فيه التعويض...¹.

وبالتالي فحق العدول في القانون الليبي ليس حقاً مطلقاً من أي قيد²، وهذا ما تبنته محكمة بنغازي بقولها:

¹ - راجع: إدريس الفاخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، الطبعة الأولى 1993، مطبعة مركز الخدمات المتحدة بالدار البيضاء، ص 53، وما بعدها.

² - الهادي علي زبيدة، مرجع سابق، ص 104.

"وحيث إذ ما قام به المدعي عليه بشكل خطأ قد ألحق ضرراً مادياً ومعنوياً بالمدعى... وبالتالي فإنه يكون قد أساء استعمال حقه في العدول عن الخطبة مما يستوجب إلزامه بتعويض المدعية لما لحقها من ضرر"¹.

الفرع الثالث: آثار الحمل الناتج عن الخطبة

إن مسألة الحمل الناتج عن الخطبة أثارت جدلاً كبيراً سواء على مستوى الفقه الإسلامي أو الفقه القانوني، ذلك أن أحكام النسب الناتج عن الخطبة لم تقتصر في آثارها على الخاطب والمخطوبة فقط بل تعدت في ذلك إلى مصير حقوق الطفل، وبناء عليه سنحاول معالجة الموضوع من خلال الموقف الفقهي من النسب الناتج عن الخطبة (الفقرة الأولى) ثم الموقف القانوني والقضائي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الموقف الفقهي من النسب الناتج عن الخطبة

يعتبر النسب الشرعي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح استناداً إلى قاعدة الولد للفراش² إذ بناءاً عليه تتحقق رابطة النسب بين الولد وأبيه، ولا يخضع الفراش الصحيح إلا لضابط الفترة والمدة المحددة شرعاً في ثبوت النسب وهي المسألة التي تثير إشكالات في حالات الحمل الناتج عن الخطبة إذ اختلفت مواقف الفقهاء سواء بالنسبة للفقه القديم أو بالنسبة للفقه المعاصر في تحديد مناهج مشروعية هذا النسب بين معارض لفكرة حقوق نسب الخاطب بأبيه و بين مؤيد لذلك .

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من الحمل الناتج عن الخطبة

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة الخطبة شرعاً ومن ثم اختلفوا في شرعية الحمل الناتج عن ذلك وفي مسألة لحوق نسب الابن للخاطب وانقسمت الآراء الفقهية في ذلك إلى مؤيد و معارض ذلك انه كثيراً ما يقع اتصال جنسي بين الخطيبين قبل إبرام عقد الزواج وفق شكله

¹ - محكمة بنغازي الابتدائية، مدني رقم 1427/8/5 القضية رقم: 96/454 أشار إليه. الهادي زبيدة، مرجع سابق، ص 105.

² - أحمد الغازي الحسيني، الولد للفراش، مجلة القضاء والقانون، عدد 130 ص 47.

القانوني وهو ما ينتج عنه في أحيان كثيرة ظهور حمل بالمخطوبة أو ازدياد طفل خارج مؤسسة الزواج أو الفراش¹

وقد شكلت وضعية الأطفال في الحالات المذكورة مثار جدل فقهي خاصة في منتصف القرن الحادي عشر هجري فيما عرف بالأنكحة الغرسية فطرح السؤال على فقهاء المالكية بالمغرب حول حكم ثبوت الزوجية بين الخطيبين وإمكانية إلحاق نسب الحمل الناتج عن الخطبة للخطاب² وقد اتجه أنصار هذا الموقف إلى جواز إلحاق الولد غير الشرعي بأبيه في حالة انعدام الفراش أما إذا تحقق شرط الفراش وأنكر الأب البنوة فإنه يلحق به استنادا إلى ما جاء الأثر قوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

وقد اعتمدوا في ذلك ما تعارف عليه أهل البلد في المسألة بمعنى مراعاة عادة الخطيبين إذا ما كانت تنصرف إلى أن الإيجاب والقبول في الخطبة يقوم مقام العقد الشرعي، فإن أحكام وأثار عقد الزواج تنصرف إلى الخطبة في هاته الحالة بما في ذلك النسب واشتراط اتجاه آخر إلى ضرورة ثبوت الإيجاب والقبول من الخطاب والمخطوبة وثبوت الخلوة بينهما وتفشي ذلك عند الأقارب.

ثانيا : موقف الفقه المعاصر من الحمل الناتج عن الخطبة.

ساير الفقه المعاصر اتجاه الفقه القديم بشأن مسألة جواز إلحاق الابن للخطاب انطلاقا من فكرة أن رضائية العقد قد تحققت بالإيجاب والقبول خاصة عند تعدد الخلوات بين الخطيبين، والشائع أن الإشهاد في عقد الزواج يؤخر بعد الخطوبة إلى حين إعداد بيت الزوجية. أي أن الخطبة إذا ما توفرت على ركني الإيجاب والقبول وتبنت الخلوة بين الخطيبين واشتهرت العلاقة بين الأهل والأقارب والجيران وأقر الخطيب بنسبة الحمل إليه ولو ضمنيا فإنها ترقا إلى مستوى الزواج³، ومن ثم فإن النسب يتعين أن يلحق وإن تم وضعه قبل ستة أشهر من إشهاد العدلين، ذلك أن توثيق العقد وإقرار الأب يؤكدان وجود ركني الإيجاب والقبول وهما كافيان لثبوت النسب⁴.

¹ - فؤاد بن شكرة، مرجع سابق، ص 89.

² - أحمد اليوسفي، الإثبات على ضوء العمل القضائي الأسري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية، 2007-2008، ص 101.

³ - عزيز المعايزي اليملاحي، مرجع سابق، ص 118.

⁴ - أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 36.

وذهب بعض الفقه أيضا إلى أنه إذا ظهر حمل بالمخطوبة قبل الإشهاد بالعقد أو وضعته دون ستة أشهر من تاريخ الإشهاد به فإن الاجتهاد الفقهي متجه إلى إلحاق الحمل أو الولد بالخطيب إذا تم الإيجاب والقبول منهما وتبثت الخلوة بينهما وفشى ذلك عند الأقارب والجيران ولم ينف الخطيب الحمل على نفسه باللعان، والعلة في ذلك هي أن العقد الرضائي قد تحقق بين الخطيبين وخصوصا عندما تتوالى الخلوات بينهما في السفر والحضر وتطول العشرة فكل ذلك دليل على أنهما زوجان في الواقع وأنهما يتعاشران معاشرة الأزواج ويؤخران الإشهاد بالعقد إلى أن يهيئ بيت الزوجية ولأجل تحقيق العقد الرضائي بين الطرفين كان الحمل الظاهر بالمرأة هو للفراس إذا أمكن عادة وشرعا أن يكون من صاحبه حفظا لنسب الحمل¹.

لا شك أن توجه الفقه الحديث كان في إطار بلورة الاجتهاد ومواكبته للظواهر الاجتماعية التي أضحت تنتشر بالمجتمع، كما أن التوجه المذكور يستند في شرعيته إلى القاعدة الفقهية الثابتة شرعا في الفقه الإسلامي وهي تشوف المشرع للحقوق النسب، إذ أن الشبهة كافية حتى يتم إلحاق الابن لأبيه² وفي ذلك طبعاً حماية لحقوق الطفل من الضياع مصداقاً لقوله عز وجل: «أَدْعُوهُمْ إِلَىٰ بَابِهِمْ هُوَ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ»³، كما أن السنة النبوية الشريفة أكدت على ذلك في قوله صلى الله عليه وسلم: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَمْ يَدْخُلْهَا جَنَّتْهُ، وَأَيُّ رَجُلٍ جَدَّ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللَّهُ عَنْهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ»⁴.

الفقرة الثانية: الموقف القانوني والقضائي من الحمل الناتج عن الخطبة

اختلفت مواقف المشرع المغربي والقضائي في تحديد آثار الإقرار بالنسب وما تشكله هاته الأخيرة من تداخل مع الآثار التي تنتج عن دعوى ثبوت الزوجية لا سيما في حالة الإقرار بالنسب في بعض حالات الخطبة التي تكون مستوفية لكافة أركان العقد الصحيح باستثناء الإشهاد بين عدلين.

¹ - أحمد الغازي الحسيني، مرجع سابق، ص 95-96.

² - عبد المجيد غميعة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 475.

³ - سورة الأحزاب الآية 5.

⁴ - رواه ابن داود في سننه، رقم الحديث 1931.

أولاً: الموقف التشريعي من الحمل الناتج عن الخطبة

من خلال المقتضيات القانونية المنظمة للنسب يلاحظ أن المشرع المغربي قد تبني موقفاً مغايراً في معالجته للحمل الناتج عن الخطبة، ذلك أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم تأخذ بفتوى الفقه القائل بلحوق النسب المتنسل من الخطيب خلال مرحلة الخطوبة¹ حيث نص الفصل 85 منها على أن: "الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال وإلا فالولد المستند لهذا العقد غير لاحق".

كما نص الفصل 89 على أنه: "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بينة السماع بأنه ابنه ولد على فراشه من زوجته"، ونص الفصل 84 على تحديد أدنى أمد الحمل في ستة أشهر من تاريخ إبرام عقد الزواج وهو ما يفيد أن مشرع مدونة الأحوال الشخصية كان متمسكاً بخرقه قاعدة الولد للفراش، أي أن كل نسب يخرق هذه القاعدة يكون مصيره الإنكار² كما أن الفصل 87 من المدونة الملغاة أيضاً نص على أن: "الخالية من الزواج إذا وطئت بشبهة وجاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطيء"، ويظهر أن مقتضيات المدونة الملغاة كانت متناقضة وهو ما أثر سلباً على مستوى التطبيق القضائي كما سيتضح من خلال الفقرة الموالية، أما بالنسبة لمشرع مدونة الأسرة فقد نص في المادة 156 منها على أنه: "إذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، نسب للخطاب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية:

أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتهما ووافق ولي الزوجة عليهما عند الاقتضاء.

ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة

ج- إذا اقر الخطيبان أن الحمل منهما

تتم معاناة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن

إذا أنكر الخطاب أن يكون ذلك الحمل منه أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في

إثبات النسب".

¹ - مصطفى الستيتو، المسؤولية المشتركة في الروابط الأسرية تجلياتها وآثارها، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص 98.

² - عبد الخالق بوكري، الثابت والمتغير في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 29.

فمدونة الأسرة سايرت توجه الفقه الإسلامي في الأخذ بقاعدة إثبات النسب من المتصل بشبهة¹ ذلك أن ظهور الحمل أثناء الخطبة تعتبر شبهة يثبت بها النسب،² على أن تتوفر الخطبة على شروطها المذكورة في المادة 156 من المدونة، وتشكل هذه المادة إشكالا على مستوى تكيفها، خاصة أن صياغة هذه المادة لم تميز أحكام الخطبة وأحكام عقد الزواج الصحيح، من خلال تعداد الشروط، من توافر الإيجاب والقبول وهما ركنا عقد الزوج، وإشهار الخطبة وموافقة الوالي وهما شرطين من شروط صحة عقد الزواج. ومتى توفرت الأركان والشروط المذكورة لم يبق لقيام عقد الزواج سوى تسمية الصداق وتوثيق العقد لدى عدلين منتصبين للإشهاد³. أي أن لحق النسب الناتج في فترة الخطبة يتطلب إقرار الخطيبين معا بأن الحمل منهما وعدم الاكتفاء بإقرار أحدهما فقط، علما أن الحمل يلحق بنسب المخطوبة في كل الأحوال سواء ثبت نسبه للخطيب وألحق به أو لم يثبت، أما الخاطب فلا بد من إقراره حتى يلحق الابن بنسبه واقتران إقراره بإقرار الخطبة وحتى في حالة ما إذا أنكر الخاطب نسبة الحمل إليه وأتاحت المادة 156 إمكانية اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب.

- ¹ - يوسف موسى، النسب وأثاره، المطبعة العالمية، بالقاهرة، طبعة 1958، ص 8.
- ² - حفيظة الوزاني، الخطبة وأثارها وفق التعديل الأخير لمدونة الأسرة الجديدة، مرجع سابق، ص 37 وما بعدها.
- محمد كريم بودياب، حقوق الطفل، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية ومدونة الأسرة والقانون الدولي. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، 2005-2006، ص 128.
- وقد أكد العمل القضائي نفس التوجه في قرارات عديدة نذكر منها ما جاء في حيثيات أحد القرارات حيث قضى: "... لما اعتبرت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أن الخطبة ثابتة، وصرحت تبعا لذلك بلحوق نسب الولد المزداد قبل إبرام عقد الزواج للشبهة، دون أن تتحقق من توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة، ومنها الحمل حصل أثناء الخطبة تكون قد أساءت تطبيق القانون." القرار عدد 584 الصادر بتاريخ 2010/12/21 في الملف الشرعي عدد 2009/1/2/680 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 73، ص 157.
- كما جاء في حيثيات قرار آخر: "...عدم تحقق المحكمة من توافر شروط المادة 156 واعتمادها فقط على رفض المدعى عليه الخضوع للخبرة الطبية لإثبات النسب، تكون قد جعلت قرارها معرضا للنقض"، قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 2008/1/16 في الملف شرعي عدد 2007/1/2/32 أورده إدريس الفاخوري، في العمل القضائي الأسري - الجزء الأول- الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة دار الأفاق للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2009، ص 275.
- وجاء في منطوق قرار آخر: "إن عقد الزواج هو نقطة البداية للحديث عن نسب الولد، أما الولد المزداد نتيجة نزوة فهو ابن زنا، شروط المادة 156 غير متوفرة في النازلة"، قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 2008/01/16 في الملف الشرعي عدد 2007/1/2/34 أورده إدريس الفاخوري، في العمل القضائي الأسري، مرجع سابق، ص 278.

ثانياً : موقف القضاء من الحمل الناتج عن الخطبة

جاءت مدونة الأسرة بعدة مقتضيات جديدة الهدف منها حماية الأسرة ككل والحفاظ على حقوق أفرادها، ولعل من أهم ما جاءت به هو إقرارها نسب الحمل الناتج عن الخطبة في حالة توفر شروط معينة منصوص عليها بتفصيل في المادة 156 منها والتي سبق وأن تطرقنا إليها سابقاً والأكد أنه رغم وجود نص قانوني صريح وواضح بخصوص الحكم الناتج عن الخطبة إلا أنه يبقى للقضاء دوراً مهماً في تفعيل مقتضياتها.

فالقضاء وحده الذي يطلع على النوازل ويدرسها للتأكد من مدى توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة للتقرير ما إذا كان يمكن الاستجابة لطلب الخطيبة التي تدعي أن الحمل من الخاطب وتطلب نسبته إليه، خاصة في الحالة التي ينازع المدعى عليه في ذلك.

والواضح أنه حينما يتعلق الأمر بكيفية تطبيق نصوص قانونية على درجة كبيرة من الأهمية كالنسب مثلاً، فإن المحكمة يكون لها سلطة تقديرية واسعة في تكوين قناعة خالصة لإصدار حكم عادل ومنصف، ولذلك عليها أن تجرى بحثاً شخصياً بين طرفي الدعوى والشهود أو إجراء خبرة طبية وفي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بأن: "...الخطبة تمت بينهما واشتهرت بين الناس والأهل الذين حضروا للحفل الذي أقامه بهذه المناسبة، وبالتالي فإن الشبهة المنصوص عليها في المادة 156 في أسباب لحق النسب متحققة وبالإضافة إلى ذلك فإن ما يؤكد ثبوت نسب البنيتين من المستأنف هو الخبرة الجينية التي أمرت بها المحكمة والمنجزة عن طريق المختبر التابع للدرك الملكي بالرباط والتي أشعرت أن هذا الأخير هو الأب البيولوجي للبنيتين المذكورتين، والحكم المستأنف لما قضى اعتماداً على ما استقر عنه البحث والخبرة الجينية وعلى البنية المدلى بها بثبوت النسب بين المستأنف عليها للمستأنف للشبهة يكون قد بني على أساس سليم وطبق القانون مما يتعين معه تأييده"¹.

كما جاء في حيثيات حكم آخر للمحكمة الابتدائية بوجدة من أنه: "... من أسباب لحق النسب الفراش والإقرار والشبهة طبقاً للمادة 152 من مدونة الأسرة واستناداً إلى الحثيات

¹ - قرار عدد 69 صدر بتاريخ 2009/3/25 في الملف عدد 2008/10/125 منشور بمجلة قضاء محكمة الاستئناف بالرباط عدد 2 سنة 2012 ، ص 123-126.

أعلاه، وطالما أنه قد ثبت للمحكمة أن الابن آدم ولد على فراش الزوجية بين الطرفين فإن الطلب يبقى مؤسس ويتعين الاستجابة له ..."¹.

كما يجب الإشارة أنه يمكن للمحكمة أن ترفض طلب إجراء الخبرة الجينية في الحالة التي يتبين لها بأنه لا بد من ذلك، وبخصوص هذا الموضوع جاء في قرار محكمة النقض صادر بتاريخ 2013/12/31 بأنه: لما ثبت لها أن عقد الزواج أبرم في 2009/4/14 وأن الولد وضع في 2009/6/19 وأنه لما يثبت حصول خطوبة بين الطرفين بالشروط المنصوص عليها قانوناً وخلصت إلى أن الزواج انعقد بين الطرفين والمرأة كانت وقتها حاملاً في عدة استبراء واعتبرته بذلك باطلاً وقضت ببطلانه تكون قد طبقت المادتين 39-59 من مدونة الأسرة ولم تكن في حاجة لإجراء خبرة طبية لعدم وجود مقتضاها القانون وكان ما يجب رده دون اعتباره.²

كما جاء في خيئيات قرار محكمة الاستئناف بوجدة³: "... حيث أنه بناء على قرار محكمة النقض عدد 274 مؤرخ في 2-4-2013 ملف شرعي عدد 625-2-1-2011 قضى بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية وطرفيها على نفس المحكمة للبت فيها من جديد طبقاً للقانون بعله أنه لئن كانت المادة 156 من مدونة الأسرة تجيز لحق نسب حمل المخطوبة للخطاب للشبهة فإن ذلك رهين باشتهاار الخطبة بين أسرتهما وإقرار الخطيبين معا بأن الحمل منهما وبثبوت وقوعه أثناء الخطبة والطاعن أنكر في سائر مراحل التقاضي أن يكون الحمل منه وأدل بصورة من حكم زجري قضى بإدانة المطلوبة من أجل جنحة الفساد والمحكمة لما قضت بتأييد الحكم المستأنف القاضي بثبوت نسب لبنت إلى الطاعن رغم إنكاره ودون توفر الوسائل القانونية في إثبات النسب المنصوص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة تكون قد أساءت تطبيق مقتضيات المادة المحتج بخرقها وعرضت قرارها للنقض".

وما يمكن استنتاجه من خلال الأحكام المذكورة هو وجود تفاوت على مستوى تعامل القضاء مع مقتضيات المادة 156 المذكورة من حيث اختلاف وجهات النظر بين محكمة تعاملت بنوع من التشدد في جعل حالات لحق الحمل بالأب تنحصر في أضيق الحدود تطبيقاً لحرفية نص المادة 156 وبين محكمة تعاملت بنوع من المرونة ارتقت بالخطبة إلى مستوى عقد الزواج.

¹ - الحكم عدد 7825 الصادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة قسم قضاء الأسرة في الملف عدد 13/1977 والصادر بتاريخ 2014/12/18 (غير منشور).

² - القرار عدد 960 الصادر في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/289 (غير منشور).

³ - القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 20-05-2015 في الملف عدد: 643-13 (غير منشور).

الفصل الثاني

أركان وشروط عقد الزواج

عقد الزواج كغيره من العقود يتعين أن تتوافر فيه الأركان والشروط اللازمة شرعا لانعقاده، فالأركان بها قوام الشيء¹، أما الشروط فهي ما يتوقف صحة العقد على وجودها، ويترتب على تخلف الشرط بطلان العقد².

وقد اتفق الفقهاء على أن الإيجاب والقبول ركنان في عقد الزواج واختلفوا فيما عداهما. ففي المذهب الحنفي الركن الجوهرى في عقد الزواج يكمن في الصيغة التي تنحصر في الإيجاب والقبول³.

أما الشافعية فقد حددوا أركان عقد الزواج في خمسة وهي: الصيغة والزوج والزوجة والشاهدان والولي، والحنابلة قصرُوا الأركان في الزوج والزوجة والصيغة.

أما الفقه المالكي فيحصر الأركان فيما يلي: العاقدان، والمهر، والصيغة، والولي، ومن اللازم شرعا توافر شروط معينة في كل ركن من الأركان، فالصيغة لها شروط معينة، كما يجب أن تتوافر في الزوجين شروط خاصة وهكذا...⁴.

وقد تحدثت مدونة الأسرة عن أركان عقد الزواج (المبحث الأول)، كما حددت الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج (المبحث الثاني)، وأوردت أحكاما وشروطا خاصة بزواج المغاربة

¹ - أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الأول، الزواج، منشورات المعارف، دار نشر المعرفة بالرباط، ص 97 وما بعدها حيث أفرد الأستاذ الفصل الأول لأركان عقد الزواج وشروطه الموضوعية فتحدث في المبحث الأول عن الأركان الموضوعية وخصص المبحث الثاني للشروط الموضوعية وأنظر أيضا: بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 35.

إن ركن أي تصرف من التصرفات القانونية هو جزؤه الذي لا يتحقق وجوده إلا به، فالركن هو ما كان داخلا في الماهية بحيث لا يتصور العقد إلا إذا توافرت أركانه.

أما الشرط فهو ما كان خارجا عن الماهية إذ يتصور العقد بدونه ومع ذلك تتوقف صحته على توافره، فلا يبرم عقد الزواج إلا إذا توافرت أركان تقومه وتحقق ماهيته، كما يجب أن تجتمع فيه شروط لانعقاده.

راجع محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 60.

² - محمد ابن معجوز المزغراني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، طبعة 1986، مطبعة النجاح الجديدة، ص 35.

³ - حاشية ابن عابدين، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 9.

⁴ - يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 82. راجع أيضا: عبد الخالق أحمدون، الزواج والطلاق في مدونة الأسرة دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الاسلامي وقوانين دول المغرب العربي والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، طوب بريس بالرباط 2006، ص 118 وما بعدها. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2006، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 40 وما بعدها، محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج، الطبعة الأولى 2004، مطبعة النجاح الجديدة، ص 17 وما بعدها، إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

بالخارج (المبحث الثالث)، كما أن الزوج والزوجة يمكن لهما إيراد بعض الشروط الاتفاقية إما في صلب عقد الزواج أو في اتفاق لاحق (المبحث الرابع).

المبحث الأول: أركان عقد الزواج

خصصت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الباب الثاني لأركان عقد الزواج وشروطه، وحددت في الفصل الرابع هذه الأركان في ركنين أساسيين وهما الإيجاب والقبول أما مدونة الأسرة الجديدة فقد حصرت هذه الأركان بدورها في الإيجاب والقبول وذلك في المادة العاشرة.

فعقد الزواج كسائر العقود المدنية الأخرى التي نظمها الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية لا ينعقد إلا بحصول التراضي بين طرفيه لأن جوهر هذا العقد هو الرضى أو "الصيغة". وبالتالي يتم بمجرد اقتران إرادتي الزوج والزوجة أي توافر الإيجاب والقبول الذي يطابقه¹.

وتقتضي منا دراسة الإيجاب والقبول التعرض للعناصر التالية:

- التعريف بالإيجاب والقبول (المطلب الأول).
- شروط الإيجاب والقبول (المطلب الثاني).
- الإيجاب والقبول المشوبين بعيب من عيوب الرضى (المطلب الثالث).

المطلب الأول: التعريف بالإيجاب والقبول

نصت المادة 10 من مدونة الأسرة على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفاً.

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

فالإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين للدلالة على إرادة إنشاء عقد الزواج ورضاه به. والقبول هو ما صدر ثانياً من العاقد الآخر للدلالة على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول. فقد يكون الموجب هو الزوج أو وليه أو وكيله، كأن يقول الرجل للمرأة تزوجتك أو أريد الزواج بك، فتقول له قبلت. ففي هذه الحالة يكون القابل هو الزوجة، أو وليها، أو وكيلها. وقد يكون

¹ - صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 33، وفي نفس المعنى أنظر أيضاً، محمد الكشور، المرجع السابق ص 104، إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص 35.

الموجب هو الزوجة أو ولها أو وكيلها، وهنا يكون القابل هو الزوج أو وليه أو وكيله كما لو قالت المرأة للرجل تزوجتك أو زوجت لك نفسي فيقول لها قبلت ذلك.

وعليه فمن صدر منه القول والفعل أولا سمي موجبا، ومن كان منه القبول بعد ذلك سمي قابلا.

والأصل في الإيجاب والقبول أن يكونا باللفظ، إلا في حالة العجز عنه فإنهما يتحققان بالكتابة أو الإشارة، ونظرا لأهمية عقد الزواج وما يترتب عنه من آثار خطيرة كحرمة المصاهرة وثبوت النسب ... الخ فإن الفقهاء اختلفوا في الألفاظ والصيغ التي ينعقد بها هذا العقد بين مضيق وموسع.

الفقرة الأولى : الألفاظ التي يتحقق بها الإيجاب والقبول

الأصل في الإيجاب والقبول أن يكونا بالألفاظ الصريحة الدالة على إرادة الزواج¹. أما بالنسبة للقبول فلا يشترط فيه لفظ معين، بل يتحقق بأي لفظ يدل على الرضا والموافقة كقبِلت ورضيت ووافقت ... الخ.

أما بالنسبة للإيجاب فالفقهاء متفقون على انعقاد الزواج بلفظ النكاح والزواج وما اشتق منهما من أقوال كزواجك ابنتي وما أشبه ذلك². كما اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بكل لفظ لا يدل على تملك العين في الحال، ولا على بقائه مدى الحياة كالإعارة، والإجارة والمتعة. ذلك أن عقد الزواج يشترط فيه البقاء والاستمرار ويبطله التعليق والإضافة إلى المستقبل³.

واختلف الفقهاء بعد ذلك في الألفاظ التي تدل على تملك العين في الحال كألفاظ الهبة، والتمليك والبيع، والصدقة⁴.

¹ - يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 84.

² - محمد علي محبوب، الأسرة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، 1983، مطبعة دار الحرية بالقاهرة، ص 71.

³ - سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وأثارهما، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع بنغازي، 1986، ص 86.

⁴ - يرى الإمام المقري بأن: "كل عقد فالمعتبر في انعقاده ما يدل على معناه، لا صيغة مخصوصة".
أبي عبد الله محمد، الكليات الفقهية، تحقيق محمد أبو الأصفان، الدار العربية للكتاب بتونس 1997، ص 125.

الفقرة الثانية: انعقاد الزواج بالكتابة والإشارة

الأصل في عقد الزواج أن ينعقد بالألفاظ الدالة عليه، فإذا كان المتعاقدان حاضرين في مجلس العقد قادرين على التعبير بما يفيد الإيجاب والقبول فلا يجوز العدول عن اللفظ إلى غيره بالكتابة والإشارة إلا للضرورة وقيام عذر حقيقي، فإذا وجد مثل هذا العذر فإن الكتابة والإشارة تقومان مقام النطق وينعقد الزواج بهما. ويكون الإيجاب والقبول بغير اللفظ في الحالات الآتية:

أ - في حالة حضور المتعاقدين مجلس العقد، وعجز أحدهما أو كليهما عن النطق باللفظ المفيد إنشاء عقد الزواج لمرض أو عاهة، فإن كان العاجز يعرف الكتابة انعقد الزواج بالكتابة، وإذا كان لا يجيد الكتابة صح الإيجاب والقبول بالإشارة المفهمة الدالة على إرادة إبرام عقد الزواج لأن الإشارة هنا هي الوسيلة الوحيدة لإظهار ما في النفس من رغبة¹. فلو لم تعتبر إشارة العاجز عن النطق لأدى ذلك إلى حرمان الأخرس ومن على شاكلته من حقه الطبيعي في الزواج، وفي ذلك ضرر بهؤلاء، والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "لا ضرر ولا ضرار".

ب - إذا كان العاجز عن النطق يحسن الكتابة، فالراجع عند الكثير من الفقهاء أن إيجابه أو قبوله لا يصح بالإشارة، بل لابد من الكتابة لأنها أظهر في التعبير عن إرادة انعقاد العقد وأبعد عن الاحتمال².

وقال بعض الفقهاء يصح عقده بالإشارة وإن كان يحسن الكتابة لأن الأصل في العقد هو اللفظ، وفي حالة تعذر النطق به استعين بغيره من أنواع الدلالات فكانت الكتابة والإشارة سواء³.

وقد أخذت مدونة الأسرة بالقاعدة العامة المتفق عليها وهي أن اللفظ هو الأساس في إبرام عقد الزواج، وعند العجز عن النطق تقوم الكتابة مقام اللفظ، وإذا كان المتعاقد عاجزا عنهما فإن العقد ينعقد بالإشارة المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين (الفقرة الثانية من المادة العاشرة).

¹ - محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص 75.

² - راجع محمد رشدي محمد إسماعيل، أحكام الزواج في الإسلام، الطبعة الأولى، 1983، دار التضامن للطباعة، ص 35.

³ - بدران أبو العيين بدران، المرجع السابق، ص 39.

ويذهب جمهور الفقهاء إلى أن عقد الزواج يصح بغير اللغة العربية حتى ولو كان المتعاقدان قادرين على النطق بالعربية، ذلك لأن العقود لا تتقيد بلغة معينة والتكلم بغير العربية ليس منها عنه حتى يمنع الانعقاد.

أما الإمام الشافعي فيرى عدم انعقاد الزواج بألفاظ غير عربية متى كان المتعاقدان قادرين على التلفظ بها، لأن الزواج حقيقة شرعية كالصلاة إذ لا تصح بغير العربية.

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور، وهو الذي أخذت به المدونة أيضاً، ذلك أن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ عربية أو غير عربية.

ج - إذا لم يكن المتعاقدان في مجلس واحد، كما إذا كان أحدهما في بلد والآخر في بلد آخر، فإن العقد ينشأ صحيحاً بالكتابة أو المراسلة عند الفقهاء المسلمين، بشرط قراءة الخطاب المكتوب على الشاهدين وقبول الزواج أمامهما ومثال ذلك أن يكتب رجل إلى امرأة رسالة يقول فيها تزوجتك على صداق قدره كذا فإذا قرأت الخطاب على الشاهدين وأخبرتهما بما جاء فيه تحقق الزواج.

هذا ونلاحظ بأن الزواج بالمراسلة أو التعبير عن الإيجاب والقبول بالرسائل المكتوبة قد أهملته المدونة، وفي ظل النصوص الحالية لا يمكن أن يتم إبرام عقد الزواج بالمراسلة أو عن طريق رسول أو وسيط لأن المدونة تشترط بأن يكون الإيجاب والقبول أمام شاهدين عدلين في مجلس واحد.

المطلب الثاني: شروط الإيجاب والقبول

هذه الشروط حددها المادة 11 من مدونة الأسرة بقولها: "يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا:

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

2- متطابقين وفي مجلس واحد؛

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

وقد أشرنا إلى الألفاظ التي يتحقق بها الإيجاب والقبول، وكذا إمكانية انعقاد الزواج بما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو إشارة ومن ثم نشير فقط إلى الشرطين الباقيين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: يجب أن يكون الإيجاب والقبول متطابقين وفي مجلس واحد

يشترط في صحة العقود عموما التطابق بين الإيجاب والقبول، وفي عقد الزواج يجب أن يتوافق القبول مع الإيجاب أي أن يعلن القابل موافقته على الإيجاب كما عرضه الموجب دون رفض أو زيادة أو نقصان أو إضافة، وإذا خالف القبول الإيجاب لم ينعقد الزواج، وتطبق القواعد العامة خاصة أحكام المادة 27 من قانون الالتزامات والعقود التي تنص على أن: "الرد المعلق على شرط أو المتضمن لقيد يعتبر بمثابة رفض للإيجاب يتضمن إيجابا جديدا"، كما إذا ضمن رجل إيجابه لمرأة رغبته بالزواج بها شريطة الانقطاع عن العمل، فجاء القبول بالزواج مع رفض شرط الانقطاع عن العمل الذي يعد إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول ... وهكذا

أما المجلس الواحد فيتحقق بالحيز المكاني الواحد الذي يجتمع فيه الطرفان ويقدم أحدهما إيجابه والثاني قبوله أمام الشاهدين العدلين ودون أن يفصل بينهما ما يعتبر في العرف إغراضا عن الإيجاب ورفضاً له¹ كالخوض بين الإيجاب والقبول في حديث أجنبي عنهما، "أو إجراء تصرفات قانونية كأن يتلقى العدلان بعد الإيجاب وقبل القبول إسهادا ببيع أو هبة"².

واستنادا لهذا الشرط أيضا لا يمكن أن ينعقد الزواج في المغرب عن طريق تقنيات التواصل الحديثة كالهاتف، والفاكس، والأنترنت³.

ومن التطبيقات القضائية لركن الرضى في الزواج وشرط التطابق في المجلس الواحد ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بأزيلال، والتي يبدو من خلال قراءتنا للحكم الصادر في الموضوع عدم التمييز بين البطلان والإبطال والفسخ في عقد الزواج، ويبدو ذلك واضحا من التعليق

¹ - لحسن خضيري، المرجع السابق، ص 67.

² - أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 65.

³ - في رد لوزير الأوقاف والشؤون الإسلامية عند مناقشة مشروع مدونة الأسرة أمام البرلمان حول مدى إمكانية إجراء الخطبة عن طريق الأنترنت أجاب السيد الوزير: "لا مانع في القانون أن تجرى الخطبة عن طريق الأنترنت لكن طبيعة الخطبة وخصوصياتها تقتضي إشهارها، وإشاعتها بين الأسرتين، وما يرافق ذلك من أعراف وعادات وتقاليده، كقراءة الفاتحة مثلا والدعاء وما إلى ذلك مما يتنافى معه عرفا إجراؤها مع وسيلة الأنترنت، هذا بالإضافة إلى أن التواعد على الزواج في الخطبة عن طريق الأنترنت لا يقين فيها، من حيث التعارف بين الخطيبين، والشرع يبني على اليقين، لأنه عند التواصل عبر الأنترنت لا يعرف ما إذا كان المخاطب رجلا أو امرأة".

راجع: المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل ووزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، مرجع سابق، ص 52.

والحيثيات التي بنت عليها المحكمة حكمها التالي¹: "... حيث يهدف طلب المدعية إلى الحكم لها بما سطر أعلاه.

حيث أنه من الثابت فقهاً وما كرسته المادة العاشرة من مدونة الأسرة أن الزواج لا ينعقد إلا بركني الإيجاب والقبول، اللذان يشترط فيهما حسب المادة 11 من نفس القانون أن يكونا متطابقين وفي مجلس واحد.

حيث إنه أثناء البحث المجري في النازلة بتاريخ يومه أفادت المدعية بأنها أكرهت على الزواج بالمدعى عليه دون موافقها على ذلك، من طرف والدها الذي أكد تصريحاتها مضيفاً أنه زوجها دون الاستشارة معها ودون الأخذ برأيها حول موضوع زواجها من المدعية عليه.

وحيث فضلاً عن ذلك أفاد وكيل المدعي عليه الحاضر أنه لا يمانع في الاستجابة لطلب المدعية.

وحيث أنه من الثابت فقهاً كما جاء في تحفة ابن عاصم:

ثبوتة النكاح والملك معاً *** للأب إلا جبار قد منعاً

الأمر الذي يكون معه عقد الزواج المبرم بين الطرفين فاسداً لاختلال أحد ركنيه الذي هو القبول.

وحيث تبعاً لذلك كما جاء في قول صاحب التحفة أيضاً أن:

وفاسد النكاح مهما وقعاً *** فالفسخ فيه أو تلافى شرعاً

فما فساد يخصص عقده *** ففسخه قبل البناء وبعده²

وحيث تأسيساً على ما ذكر ووفقاً للمادة 63 من مدونة الأسرة فإنه يمكن للمكره أن يطلب فسخ عقد الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه كما في نازلة الحال.

وحيث ارتأت المحكمة تبعاً لذلك الاستجابة للطلب لارتكازه على أساس قانوني سليم.

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأزيلال بتاريخ 2007/2/8 الملف عدد: 06/619 منشور في كتاب المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص: 96.

² - أنظر البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن علي بن عبد السلام الاتسولي، الجزء الأول، ص: 19-20.

وحيث وفقا للمادة 128 من مدونة الأسرة فإن الأحكام الصادرة بالطلاق أو الفسخ تكون نهائية غير قابلة لأي طعن كيفما كان فيما يخص انتهاء العلاقة الزوجية".

هذا الحكم اقتضى منا إبداء الملاحظات التالية:

1- حسنا فعلت المحكمة عندما استجابت لطلب المدعية (الزوجة) بإنهاء الرابطة الزوجية لافتقار العقد لركن جوهري من أركان انعقاده وهو ركن القبول والذي لا يتحقق عقد الزواج إلا به وبالتالي فالعقد باطل طبقا لمقتضيات المادة 57 من مدونة الأسرة والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه: "يكون العقد باطلا: 1- إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه...". وقد اقتنعت المحكمة بذلك خاصة أمام اعتراف والد المدعية بأنه قام بتزويجها دون الاستشارة معها ودون الأخذ برأيها حول موضوع زواجها من المدعى عليه، ولا سبيل للحدوث عن ولاية الإجماع التي ألغيت حتى في نصوص مدونة الأحوال الشخصية السابقة، أما في ظل نصوص مدونة الأسرة فالولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختبارها ومصلحتها طبقا للمادة 24 من مدونة الأسرة، وأصبح من حق الراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبها أو لأحد أقاربها حسب اختيارها طبقا للمادة 25 من المدونة.

2- كان على المحكمة الاكتفاء بوجود البطلان الذي يؤدي إلى انهيار العقد باعتبار الإيجاب والقبول ركنين أساسيين لا يقوم عقد الزواج بدونها، والمحكمة بوصفها لهذا العقد بأنه باطل، وأنه فاسد، وأنه ينطوي على عيب من عيوب الإرادة - وهو عيب الإكراه- جانب الصواب، لأن حالات بطلان عقد الزواج ليست هي حالاته فساد ولا إبطاله لعيب من عيوب الإرادة الواردة عليها النص في المدونة وهما عيبا: التدليس والإكراه، فالبطلان طبقا لأحكام المادة 57 من مدونة الأسرة يكون في الحالات التالية:

1- إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 وهي الإيجاب والقبول.

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

3- إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول.

أما حالات فساد عقد الزواج فقد حددتها المادة 59 من مدونة الأسرة ويمكن إجمالاً حالات الفساد فيما يلي:

أ- إذا لم تتوافر في الصداق شروطه الشرعية (المادة 60) وهو ما يسمى بالزواج الفاسد لصداقه.

ب- إذا كان الزواج فاسداً لعقده كما إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، وكما إذا قصد الزوج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثاً، أو إذا كان الزواج دون ولي في حالة وجوبه.

ج- يفسخ عقد الزواج أيضاً في حالة الإكراه أو التدليس ومن ثم يكون الزواج فاسداً حسب تعريف المادة 59 الزواج الذي اختلت فيه شروط صحته، وقد حددها المشرع على سبيل الحصر في المادتين 60 و 61 بعده، حيث اجتمعت في هاتين المادتين صور الزواج الفاسد لعقده والفساد لصدقه وكذا الزواج المشوب بالإكراه أو التدليس وحدد المشرع حالات الفسخ قبل البناء وبعده¹.

الفرع الثاني: يجب أن يكون الإيجاب والقبول باتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ.

يجب أن يكون الإيجاب والقبول باتين أي نهائيتين غير مقرونين بشرط أو أجل واقف أو فاسخ وعلى وجه التأيد.

أولاً: عدم التعليق على شرط أو أجل

يشترط في الإيجاب والقبول عدم الإضافة إلى زمن مستقبل وعدم التعليق على شرط غير واقع في الحال.

والشرط واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع يعلق على حدوثها إما وجود الالتزام فيكون الشرط واقفاً وإما زواله فيكون الشرط فاسخاً² مثل تعليق انعقاد الزواج على حصول الزوج على عمل أو شهادة، أو تعليق انتهائه على هجرة أحد الزوجين إلى الخارج. فعقد الزواج إما أن ينجز حالاً أو لا يتحقق أصلاً³.

أما الأجل فهو أمر أو واقعة مستقبلية محققة الوقوع سواء عرف وقت حدوثها كانهاء شهر، أو لم يعرف كنزول مطر أو وفاة شخص. فالشرط والأجل الواقفان أو الفاسخان من الشروط المخالفة لأحكام عقد الزواج تبطل عند وجودها ويصح العقد، لأن كل الشروط المخالفة لأحكام العقد ومقاصده تعتبر باطلة والعقد صحيحاً طبقاً للمادة 47 من المدونة.

¹ - راجع: محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 103، عبد الخالق أحمدون، المرجع السابق، ص 278، عبد الكريم

شهبون، المرجع السابق، ص 166.

² - راجع الدليل العملي لمدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 23.

³ - أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 65.

ثانياً : شرط التأييد في الزواج

تنص المادة الرابعة من المدونة على أن : "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام...". وهكذا يتعين أن تكون الصيغة مؤبدة غير مؤقتة ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى تحريم زواج المتعة والزواج المؤقت¹.

وزواج المتعة هو اتفاق بين رجل وامرأة على تمتع بعضهما ببعض مقابل أجر يتفقان عليه، كأن يقول رجل لامرأة : أتمتع بك مدة عشرة أيام أو شهر، أو يقول لها استمتع بك مدة إقامتي في هذا البلد مقابل كذا من المال، فتقول المرأة قبلت، فإذا انتهت المدة أو انقضت الإقامة انصرف كل واحد إلى حال سبيله إذ لا عقد بينهما.

وقد اتفق الفقهاء المسلمون بجميع مذاهبهم على أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد رخص في المتعة في صدر الإسلام واختلفوا بعد ذلك في نسخها.

وقد ثبت ثبوتنا قاطعاً بأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن فيها في غزوة غزاها واشتدت على الناس العزوبة، ثم ثبت بعد ذلك ثبوتنا قاطعاً بأن الرسول عليه السلام نهى عنها ونسخ هذه الإباحة، وانطلاقاً من ذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بتحريمها وأنها من الأنكحة الفاسدة التي لا ترتب أي حكم من أحكام الزوجية سواء قبل الدخول أو بعده.

إلا أن الشيعة الإمامية يذهبون إلى القول بإباحة نكاح المتعة ويعتبرونه زواجا صحيحا.

كما لا ينعقد العقد في الزواج المؤقت الذي هو زواج باطل في رأي جمهور الفقهاء، باعتباره صورة من صور زواج المتعة لأنهما يشتركان في نفس الهدف وهو المتعة بصفة مؤقتة وكلاهما يتنافيان مع مقتضيات عقد الزواج الشرعي.

المطلب الثالث : الإيجاب والقبول المشوبين بعيب من عيوب الرضى

نصت المادة 12 من مدونة الأسرة على أنه : "تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و 66 بعده".

¹ - راجع بالخصوص: أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 70، محمد محي الدين، المرجع السابق، ص 33، سعيد الجلدي، المرجع السابق، ص 124. بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 56.

فالإكراه والتدليس بالإضافة إلى الغلط تعتبر حسب الفصل 39 من قانون الالتزامات والعقود المغربي من عيوب الرضى، رتب المشرع على وجود عيب من هذه العيوب في إرادة أحد المتعاقدين قابلية العقد للإبطال.

وتحدثت مدونة الأسرة في المادة 63 على الأحكام المطبقة في حالة وجود الإكراه أو التدليس بالنص على أنه: "يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها 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".

وبناء على ما سبق نشير في الفقرة الأولى إلى الزواج المشوب بعيب الإكراه والزواج المشوب بعيب التدليس في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الإكراه

الإكراه لغة هو حمل الغير على أمر لا يرضاه¹.

وعند الفقهاء حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفا به².

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

فالإكراه يعدم الرضا والاختيار وهو مذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد، وفي مجال الزواج والطلاق يرى هؤلاء الفقهاء بعدم جواز إكراه أحد الزوجين للآخر على الزواج به أو إكراهه على توقيع الطلاق عليه استنادا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». وقبل هذا الحديث الآية القرآنية التي أكدت أن الشخص

¹ - جاء في المعجم الوسيط، الجزء الثاني، ص 37، الإكراه هو حمل الإنسان على ما يكره قهرا.

² - راجع الموضوع بتفصيل أكثر: إدريس الفاخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، مرجع سابق، ص 87 وما بعدها.

المكره من الكفر لا يعتبر كافرا في قوله تعالى : ﴿ مَن كَفَرَ بِاللّٰهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَانِهِۦٓ إِلَّا مَنۢ
اُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۭ ۖ ١

وبهذا الرأي المؤيد من ثلاثة أئمة والمستند على دليل قوي أخذت مدونة الأسرة، بحيث
سمحت للطرف المتضرر من الإكراه أن يطلب من المحكمة فسخ عقد الزواج خلال شهرين من
تاريخ زوال مصدر الإكراه مع إمكانية المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي قد تنجم عن هذا
الإكراه طبقا للمادة 63 من المدونة.²

وتفعيلا للمادة 63 من مدونة الأسرة، جاء في حكم لقسم قضاء الأسرة بالمحكمة
الابتدائية بالرباط ما يلي: "حيث إن العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين استنادا إلى عقد الزواج
الموأم إليه، وحيث قدمت الدعوى داخل الأجل المقرر لرفعها طبقا للمادة 63 من مدونة الأسرة،
وحيث أوضحت المدعية بأنها كانت ضحية إكراه تمثل في تهديد أستاذها لها بالرسوب إذا لم
تقبل الزواج به فقبلت بهذا الزواج تفاديا للرسوب المتوقع إذا لم يتم قبولها له، وحيث أجاب
المدعى عليه بأنه لا أساس لما تدعيه زوجته من صحة، موضحا بأن تصريحها لدى العدلين
بالموافقة على الزواج وتوقيعها في مذكرة الحفظ وكذا على عقد الزواج دليل على موافقتها
ورضاها وحيث أجابت الزوجة بأن كل ذلك صدر منها تحت الإكراه وأنها لو كانت راغبة في ذلك
لما أجلت الدخول للمدة المذكورة أنه لو كانت الغاية إنهاء العلاقة فقط للجأت إلى وسيلة أخرى
ولكنها أرادت إنصافها، مضيفة أن ما أدلت به يؤكد ادعاءها.

وحيث إن المحكمة باطلاعها على الوثيقة العدلية الموأم إليها تبين أنها ستقبل الزواج
باستنادها تحت إكراهها لها ولولا ذلك ما قبلت، كما أن شهود اللفيف أكدوا بأنهم يسمعون أن
زواجها كان تحت الإكراه بأستاذها.

وحيث استنادا إلى ما ذكر وكذا إلى البحث الذي أجرته المحكمة مع بعض أفراد الأسرتين
الذين وإن جاءت تصريحاتهم متباينة فإن اتفاقهم على أنه تم التغلب في البداية على احتواء
الموقف يجعل قول المدعية راجحا ويؤكد أنه أيضا قرينة تأخير الدخول للأجل المذكور، وقرينة
لجئها إلى إنهاء العلاقة الزوجية بالفسخ قصد إنصافها دون وسيلة أخرى كالشقاق مما يدل

¹ - سورة النحل، الآية 106.

² - سناء أقصبي، اختلال عقد الزواج بين أحكام الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة لنيل دبلوم
الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية
الحقوق، جامعة عبد الملك السعدي بطنجة، الموسم الجامعي 2005/2006، ص: 50 وما بعدها.

على أن إرادتها إبان زواجها كانت معيبة فعلا بإكراه زوجها آنذاك لها، ويعتبر بالتالي طلبها مؤسسا ويتعين قبوله¹.

وبناء على الحثيات أعلاه قضت المحكمة بفسخ عقد الزواج للإكراه، وتعويض الزوجة عما لحقها من ضرر معنوي، حددته في مبلغ 20.000 درهم وبذلك يكون القضاء مفعلا بشكل إيجابي مقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة المتعلقة بضرورة حماية حرية الإرادة عند إبرام عقد الزواج.

الفقرة الثانية: التدليس.

التدليس هو استعمال الطرق الاحتيالية بقصد إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد، والتدليس وفقا للفصل 52 من قانون الالتزامات والعقود المغربي يخول الإبطال إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر....

ويطلق الفقهاء المسلمون على التدليس اسم "التغريب".

فالتدليس الذي يمارسه أحد الزوجين لإخفاء عيب عن الزوج الآخر، يخول للطرف المتضرر من التدليس حق المطالبة بفسخ عقد الزواج كما تقضي بذلك مدونة الأسرة في المادة 12 التي تحيل على المادتين 63 و66، داخل أجل شهرين من تاريخ العلم بالتدليس مع إمكانية المطالبة بالتعويض كما هو الحال بالنسبة لعيب الإكراه.

فالتدليس لا يخول الحق في فسخ العقد إلا إذا كان المدلس هو الزوج الآخر أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه، إذ لا محل للتدليس إذا كان صادرا من الغير كما هو الشأن بالنسبة للإكراه، فالتدليس الصادر من الغير لا يخول الحق في فسخ العقد إلا إذا كان المتعاقد المستفيد من التدليس على علم به².

يضاف إلى ذلك أن الاستجابة لطلب فسخ عقد الزواج والحصول على التعويض في هذا الصدد لا يتم إلا إذا رفعت الدعوى داخل أجل شهرين من يوم العلم بالتدليس، على أن الحق

¹ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة المحكمة الابتدائية بالرباط عدد، 17/2005 بتاريخ 2005/01/14 في الملف رقم 2005/101 منشور بمجلة المناهج، عدد مزدوج 10/9 سنة 2006.

² - موسى اسدي عمر، خصوصيات القواعد المدنية في المادة الأسرية - من خلال الزواج وانحلال ميثاقه، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مخبر قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية، 2014-2015، ص 121.

في المطالبة بالفسخ والتعويض تعدد حقاً للزوجين دون ورثتهما وذلك كله على عكس قانون الالتزامات والعقود¹.

وتفعيلاً للمقتضيات المتعلقة بالتدليس في عقد الزواج جاء في قرار للمجلس الأعلى² (محكمة النقض حالياً): "لأن ثبت تدليس الزوج بإدلائه بتصريح كاذب بخصوص وضعيته الاجتماعية تسهلاً لعقده على امرأة ثانية دون احترام مسطرة التعدد، فإن القانون وإن جرم فعله، لم يخول للزوجة الأولى طلب فسخ عقد زواج ضررتها ويبقى للزوجة الثانية وحدها الحق في المطالبة ببطالان عقد زواجها، إذا ما ارتأت ذلك، وأثبتت أن رضاها شابه عيب من عيوب الرضى".

واستجابت ابتدائية بركان³ لطلب الزوجة بإنهاء الرابطة الزوجية حيث تأكد بأن: "المدعى عليه يكون قد احتال على المدعية وأخفى عنها واقعة زواجه من غيرها، وذلك بتقديمه شهادة الخطوبة على أساس أنه عازب خلافاً للحقيقة مما يكون معه طلب المدعية مبني على أساس قانوني يتعين الاستجابة له".

وجاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بابتدائية وجدة ما يلي: "...بأن زوجة المدعى عليه بعدما احتدم النزاع بينهما فأصبحت العشرة مستحيلة فعرضت عليه أن يفترق بالمعروف فرفض، وأنه من العبث استمرار حالة الشقاق بينهما وضياع الوقت دون أمل، خاصة وأن لا أولاد لهما، وبناء على الفصل 97 من مدونة الأسرة، التمسست الحكم بتطبيقها منه والحكم لها بالمستحقات... فأدلى الزوج بمذكرة أوضح فيها بأنه تقدم بدعوى الرجوع إلى بيت الزوجية بمكناس، وقد اكتشف في مستهل يوليو كونهما دلست عليه لتتزوج منه موهمة إياه بأنها عازبة بإدلائها بشهادة إدارية تفيد أنها عازبة في حين كانت متزوجة من شخص سابق فأخفت عليه واقعة الطلاق، وبناء على ذلك تقدم بشكاية ضدها هي موضوع بحث لدى الشرطة مما يحول دون تطبيق مسطرة الشقاق...

¹ - إن أجل التقادم في دعوى الإبطال في قانون الالتزامات والعقود هو سنة حسب الفصل 311، كما أن دعوى الإبطال يمكن أن تنتقل إلى الورثة حسب نص الفصل 311 من قانون الالتزامات والعقود.

² - قرار عدد 439 مؤرخ في 2011/8/23، ملف شرعي عدد: 2011/1/154، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث: قضايا الأسرة إشكالات راهنة ومقاربات متعددة، ص 225.

³ - قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية ببركان في الملف عدد: 2004/205، بتاريخ 2005/11/24 منشور في المنتقى من عمل القضاء، مرجع سابق، ص: 98.

وحيث أن المدعى عليها فرعيا بعدم إثباتها لواقعة علمه بزواجها وتاريخ علمه بذلك يبقى تاريخ حصوله على نسخة من عقد زواجها من زوجها السابق أي داخل أجل شهرين طبقا للمادة 63 من مدونة الأسرة.

وحيث إن المدعى عليها قد استعملت الاحتيال معه فشابت إرادته به بحيث أصيبت إرادته نتيجة تدليسها عليه بغلط في شخصها فعابت بذلك إرادته بحيث أنه لو علم بذلك من قبل ما تعاقد معها برباط الزواج.

لهذه الأسباب حكمت المحكمة برفضها الدعوى الأصلية وإعفاء المدعية من الصائر، وفي الدعوى المضادة بفسخ عقد الزواج والتصريح بإبطاله مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية وبأدائها له تعويضا قدره 20.000 درهم¹.

ولم تشر مدونة الأسرة إلى عيب الغلط اكتفاء بالعيبين السابقين على أساس أن التدليس يغني عن الغلط إذ التدليس لا يقوم إلا والغلط قائم أيضا.

¹ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بابتدائية وجدة رقم 1858 في الملف رقم 04/2040 بتاريخ 04/05/2005. وقد تم استئناف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف بوجدة فرفضته هذه الأخيرة لتقديمه خارج الأجل القانوني، قرار عدد 446 بتاريخ 24/05/2006 في الملف رقم 05/736 قرار غير منشور، كما أن هذا الحكم أورده محمد الكشور وأخرون، التطبيق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة 11- مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2006، ص 262.

المبحث الثاني: شروط عقد الزواج

لقد حددت مدونة الأسرة في المادة 13 خمسة شروط من الواجب توافرها في عقد الزواج وهي:

- 1- توفر الزوج والزوجة على الأهلية الكاملة، أي أن يكونا عاقلين بالغين سن الزواج الذي هو 18 سنة شمسية كاملة؛
 - 2- يجب ألا يتم الاتفاق على إسقاط الصداق؛
 - 3- إذا كان أحد طرفي عقد الزواج قاصرا فلا بد من موافقة نائبه الشرعي وحضوره (الولاية)؛
 - 4- يجب سماع العدلين الإيجاب والقبول وتضمينهما في وثيقة عقد الزواج؛
 - 5- انتفاء الموانع الشرعية لانعقاد الزواج.
- ونتناول هذه الشروط في المطالب الآتية:

المطلب الأول: الأهلية في عقد الزواج

تناولت مدونة الأسرة أحكام الأهلية في الكتاب الرابع، ونصت في المادة 206 على أن الأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء.

فأهلية الوجوب حسب المادة 207 هي: صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها.

أما أهلية الأداء فهي حسب المادة 208: صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها.

وقد جاءت مدونة الأسرة بتنظيم أكثر دقة للأهلية في الزواج من مدونة الأحوال الشخصية السابقة.

والحديث عن الأهلية في الزواج يقتضي منا التعرض للعناصر التالية:

- أهلية إبرام عقد الزواج (الفرع الأول).

- الزواج دون سن الأهلية (الفرع الثاني).
- زواج المصاب بإعاقة ذهنية (الفرع الثالث).
- الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي (الفرع الرابع).

الفرع الأول: أهلية إبرام عقد الزواج

لم يعالج الفقه الإسلامي أهلية إبرام عقد الزواج بالكيفية التي تناولتها التشريعات المعاصرة حيث ربطت الأهلية بسن معينة، فالتقاشات الفقهية كانت منصبية حول البلوغ، حيث انقسم الفقهاء في هذا الموضوع إلى فريقين.

فجمهور الفقهاء يجيزون تزويج الصغير والصغيرة ولا يشترطون البلوغ ولا سن معين للاعتداد بصحة الزواج، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِي يَبْتِغِي مِنَ الْمَخِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ، إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُمْ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّذِي لَمْ يَحْضُ وَأَوَّلَتْ أَلْحَمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَيَّ اللَّهُ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾¹، فالمقصود باللائي لم يحضن الصغيرة،² وقد جعل الله عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر، والعدة لا تكون إلا بعد عقد زواج يعقبه طلاق، فدل ذلك على صحة العقد من غير أن تستأذن لأنها في سن لا يعتد فيه بإذنها.³

أما دليلهم من السنة فقد اعتمدوا على ما ثبت من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روي عن عائشة رضي الله عنها قولها: «تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم لست سنين وبنى بي وأنا بنت تسع سنين»⁴، فهذا الحديث دليل قوي على جواز نكاح الصغير والصغيرة بتزويج الآباء.

وخلافا لجمهور الفقهاء ذهب فريق آخر إلى عدم جواز تزويج الصغيرة مطلقا، وبغض النظر عما إذا كان العاقد الأب أو غيره، فزواج الصغار عندهم باطل لا يترتب عليه أي أثر⁵.

¹ - سورة الطلاق الآية 4.

² - ابن العربي، أحكام القرآن، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ الطبع، ص 285.

³ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 285.

⁴ - مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 1038.

⁵ - مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 118.

وأصحاب هذا الرأي هم ابن شبرمة وأبو بكر الأصم، وابن حزم الذي يرى أن الأب لا يزوج ابنته الصغيرة مطلقاً حتى تبلغ وتأذن.¹

ويستدلون فيما ذهبوا إليه إلى قوله تعالى: «وَابْتَاعُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»²، فبلوغ سن النكاح علامة على انتهاء الصغر ولو كان الزواج يصح للصغار لما كان لهذه الآية معنى،³ ويردون على حجة الجمهور بزواج النبي صلى الله عليه وسلم بعائشة وهي صغيرة، بكون ذلك خاص به، فلا ينكر اختصاص النبي عليه السلام ببعض الأحكام، كما يحتمل أن يكون ذلك قد وقع قبل ورود الأمر باستئذان البكر وهو الظاهر، فالقصة وقعت بمكة قبل الهجرة،⁴ وعليه فلا يكون في ذلك دليل للجمهور.

أمام هذا الاختلاف الفقهي سلكت أغلب التشريعات ومنها التشريع المغربي منهاجاً مخالفاً، إذ لم تقتصر على تحديد مرحلة البلوغ لأهلية الزواج، بل حددت لذلك سناً معيناً.⁵

وقد حددت مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 أهلية الزواج، بالنسبة للفتى بتمام الثامنة عشر من العمر فإن خيف العنت أي انزلاق الفتى إلى الزنا والرذيلة رفع الأمر إلى القاضي لتخفيض هذا السن، أما الفتاة فبتمام الخامسة عشر من العمر (الفصل 8).

وقد تعرض هذا الفصل لانتقادات واسعة لأنه كان يقيم تمييزاً لا يمكن قبوله ولا أساس له بين الجنسين، لأن الأمر يقتضي في الأصل أن تكون أهلية الزواج محددة في سن الرشد القانوني بالنسبة للجنسين معا دون أي تمييز⁶، وقد اعتبرنا أن هذا النص هو اعتداء صارخ على حقوق الطفل، إذ أن 15 من العمر هو سن جد منخفض لن تقوى معه هذه الفتاة على تحمل

¹ - محمد الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء الخامس، دار الجيل، لبنان، الطبعة الأولى، 1973، ص 252.

² - سورة النساء الآية 6.

³ - محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1977، ص 128.

⁴ - أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء الأول، دار المعرفة، بيروت، 1986، ص 154.

⁵ - أحمد زوكاغي، الزواج والطلاق حسب الصيغة الحالية لمدونة الأحوال الشخصية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2002، ص 53.

⁶ - نجاة الكص، مواقف وآراء حول الوضع القانوني للمرأة المغربية، دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى، 2002، ص 58.

الأعباء المادية والمعنوية للزواج الذي هو مؤسسة لتدبير الشأن الأسري تدبيرا حكيما لن يقوى الصغار على تحمل المسؤوليات الناجمة عنه.¹

وبصدور مدونة الأسرة وحدث سن الزواج في 18 سنة للفتى والفتاة مع إمكانية النزول عن هذه السن إذا دعت الضرورة إلى ذلك تحت مراقبة القضاء، إذ نصت المادة 19 على أنه : "تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية".

وهكذا نرى بأن المشرع حدد سنا معينة للزواج وذلك سعيا منه لمنع زواج الصغار، فالزوج يتعين عليه القيام بالواجبات الزوجية المادية منها والمعنوية، والزوجة مطالبة أيضا بالقيام بواجباتها الزوجية من إشراف على شؤون البيت... وحمل ورضاعة... الخ. فإذا كان أحد الزوجين طفلا صغيرا، فإن ذلك سيكون له انعكاسه على الأسرة والمجتمع ككل²، وقد أظهر تقرير نشرته منظمة الصحة العالمية بمناسبة انعقاد مؤتمر حول "صحة المراهقات والنساء"³، أن الزواج المبكر ودفع الشباب إلى ممارسة البغاء واغتصاب النساء الحوامل أو الفتيات يزيد من نسبة المخاطر على الصحة، مبرزا أنه في بعض المناطق الآسيوية تسجل الوفيات بعد الولادة في صفوف الفتيات بين سن العاشرة والرابعة عشر ارتفاعا كبيرا بخمسة أضعاف من نسبة الوفيات بين النساء اللواتي تتراوح أعمارهن ما بين عشرين وأربع وعشرين سنة .

وأشار التقرير إلى أن خمسين بلدا يسمح بزواج المراهقات في سن السادسة عشر عاما أو حتى قبل بموافقة الأهل، وأن سبع دول في العالم تسمح بالزواج في سن الثانية عشر، وست دول تسمح بالزواج في سن الرابعة عشر وتسع دول في سن 15 عاما، وأضاف التقرير أن بعض الدول لا يشكل إدخال الفتيات إلى المدارس أولوية لها لأنهن يتزوجن في سن مبكرة.

كما أكدت مجموعة من المؤتمرات الدولية على ضرورة رفع سن الزواج، نظرا للمخاطر التي تهدد زواج الصغار ومن ذلك ما جاء في تقرير المؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة، المقام ببيكين سنة 1995 الفصل 4- ج- الفقرة 93: "إن الأوضاع التي تضطر الفتيات إلى الزواج والحمل، والولادة في وقت مبكر، تشكل مخاطر صحية جسيمة، ولا يزال الحمل المبكر يعوق إحداث تحسينات في الوضع التعليمي والاقتصادي والاجتماعي للمرأة في جميع أنحاء العالم،

¹ - إدريس الفاخوري، بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 156.

² - راجع: إدريس الفاخوري، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص 105 وما بعدها.

³ - وذلك ابتداء من يوم 1994/10/2 لغاية يوم 94/10/6، أنظر جريدة العلم في موضوع "الاسترقاق الجنسي يعرض المراهقات للوفاة المبكر"، عدد 1633 بتاريخ 7 أكتوبر 1994.

وبصورة عامة فإن الزواج المبكر والأمومة المبكرة للشابات يمكن أن يحدا قدرة كبيرة من فرص التعليم والعمل، ومن المرجح أن يترك أثرا ضارا طويل الأجل على حياتهن وأطفالهن".

ومن الضروري أن يكون كل من الزوج والزوجة عاقلين مميزين حتى يكونا على بينة وإطلاع بما يرتبه عقد الزواج من التزامات متقابلة، لذلك يتفق جميع الفقهاء على أن المصاب بخلل عقلي أو بعته قريب من الجنون لا يعتبر أهلا لمباشرة عقد الزواج¹، لأن الزواج يقوم على التراضي والاختيار الحريين المتعاقدين والرضى بطبيعة الحال لا يمكن أن يصدر إلا من شخص عاقل، لأن العقل هو مناط التفكير وهو الذي يبين للإنسان ما يصلح له وما يضره، فالمرضى بعاهة عقلية يعتبر عديم التمييز.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد كانت أهلية الزواج قبل تعديل قانون الأسرة محددة بسن 21 سنة للرجل وسن 18 سنة للمرأة، وأمام الانتقادات التي وجهت للقانون تم تعديل النص القانوني، وأصبحت أهلية الزواج محددة بين الجنسين بتمام سن الرشد أي 19 سنة كاملة، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 7 على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"².

وقد جاء في المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان على أن أهلية الزواج تكتمل بالعقل وإتمام الثامنة عشرة من العمر، وهو نفس التوجه الذي صار عليه المشرع الموريتاني من خلال المادة السادسة والذي جاء في فقرتها الأولى ما يلي: "تكتمل أهلية الزواج بالعقل وإتمام الثماني عشرة من العمر".

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فنصت في الفقرة الأولى من الفصل الخامس على موضوع الأهلية في الزواج كما يلي: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية. وزيادة على ذلك فكل من لم يبلغ منهما ثمانية عشر سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد زواج"³.

¹ - الجنون هو فقدان العقل واختلال توازنه، أما العته، فهو خلل يصيب العقل فيؤدي إلى اختلاط الكلام وفساد التدبير، أو كما يقول البعض هو نقصان العقل من غير جنون.

² - تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، العدد الرابع، سنة 1999.

³ - أمر مؤرخ في 6 محرم 1376 (13 غشت 1956) يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 غشت 1956، نفع بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فبراير 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أبريل 1964 وبالقانون عدد 32 لسنة 2007 المؤرخ في 14 ماي 2007.

المشرع الموريتاني بدوره حدد سن الزواج بمقتضى القانون رقم 052-2001 في 18 سنة لكل من الفتى والفتاة وذلك حسب المادة 6 التي جاء فيها: "تكمل أهلية الزواج بالعقل وإتمام الثماني عشرة من العمر".

أما المشرع الليبي فقد نصت المادة 6 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "أ) يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ. ب) تكمل أهلية الزواج ببلوغ سن العشرين".

الفرع الثاني: الزواج دون سن الأهلية¹

تكمن أهلية البلوغ في الشريعة الإسلامية في كونه مناط التكليف الشرعية، لأن غير البالغ غير مكلف، وقد أجمع الفقه الإسلامي على أن البلوغ له علامات يستدل بها على حصوله. ولما كان غير البالغ غير مميز فلا يمكنه أن يبرم لنفسه عقد الزواج، لكن الفقهاء لا يعتبرون البلوغ شرطا لصحة الزواج لأنهم يجيزون زواج الصغير ويتوقف هذا الزواج على موافقة الولي، وإذا عقد الزواج لنفسه دون موافقة الولي فإن العقد متوقف على إجازة هذا الأخير.

حيث ذهب الحنفية إلى أنه يجوز نكاح الصبي العاقل حكمه في ذلك حكم البالغ العاقل الرشيد، غير أنه إذا تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة، فالزواج عند الحنفية من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لهذا فهي تصح من الصبي المميز لكنها تبقى موقوفة على إذن الولي أو إجازته ما دام صغيرا².

¹ - راجع الموضوع مفصلا: ولفات بليكاوي: أهلية القاصر في مدونة الأسرة - الزواج والطلاق نموذجا- أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مركز دراسات الدكتوراه في القانون والاقتصاد والتدبير، مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2014/2015.

- أسية بنعلي، مركز القاصر في مدونة الأسرة من خلال كتابي الأهلية والنيابة الشرعية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، السنة الجامعية: 2005-2006، ضلال أحمد العزاوي، حماية القاصرين في التشريع المغربي والشريعة الإسلامية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء، السنة الجامعية: 1985-1986، فؤاد اليميني، الإذون في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2009-2010.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، دار الكتاب العربي بيروت، الطبعة الثانية 1394هـ/1974م، ص 171.

كما ذهب الحنابلة إلى صحة زواج الصبي شرط موافقة النائب الشرعي، وفي هذا يقول مجد الدين أبي البركات: "...ولا يصح إلا برضا الزوج... إلا الصغير والمجنون إذا زوجها أبوهما أو وصيه أو الحاكم بعده... فيصح..."¹، وذهب المالكية إلى أن للأب تزويج الصغيرة، كما له تزويج الصغير لمصلحة اقتضت ذلك، فللأب الإيجار في بناته الصغار ثيبات كن أو أبكار²، غير أنه إذا ادعت اليتيمة أنها زوجت قبل البلوغ فالقول قولها بيمينها ويفسخ النكاح ومن ادعى عليها البلوغ فعليه الإثبات، فحسب المذهب المالكي فاليتيمة الممثلة لا يجوز تزويجها إلا بعد البلوغ، وذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن صمتت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها»³.

فجمهور الفقهاء يعتبرون البلوغ شرطاً من شروط النفاذ لا من شروط الانعقاد، لأن غير البالغ يمكنه أن يتزوج إذا أذن وليه بذلك، ولو وقع العقد في الصغر بإجراءاته الشرعية لكان منعقداً ولكن لا يصبح نافذاً إلا بعد البلوغ أو بموافقة الولي⁴.

وخلافاً للجمهور ذهب الشافعي إلى أن زواج الصبي لا يصح ولو بإذن وليه أو وصيه⁵، وذلك لكون الأدلة صريحة في اشتراط الرضا الكامل في الزواج، إذ يقول الحق سبحانه: «وَلَا تَعْضُلُوهُمْ أَنْ يَنْكَحُوا أَرْوَاحَهُمْ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ»⁶، كما أن القرآن الكريم جعل النكاح للبالغين حيث جعل بلوغ سن النكاح علامة على انتهاء الصغر في قوله تعالى: «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»⁷، ولو كان الزواج يصح للصغار لما كان لهذه الغاية معنى، كما أن الزواج شرع للمعاشرة والتناسل وتكوين الأسرة ولا يتحقق شيء من ذلك في زواج الصغار، إذ يكون ضرباً من اللهو والعبث، بل قد يترتب عليه ضرر فلا فائدة من إقدام الأولياء عليه⁸.

¹ - مجد الدين أبو البركات، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتاب العربي، بيروت، دون ذكر تاريخ الطبع ولا الطبعة، ص 15

² - محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الكتب العلمية لبنان، ص 76.

³ - رواه الترمذي في سننه، كتاب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج، رقم الحديث 1023.

⁴ - علال الفاسي، التقريب، مرجع سابق، ص 119

⁵ - عبد الكريم الرافي، العزيز شرح الوجيز، الجزء الثامن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1997، ص 105.

⁶ - سورة البقرة الآية 232.

⁷ - سورة النساء الآية 6.

⁸ - محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص 127.

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة نجدها قد خرجت عن القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي، حيث تطلبت زيادة على شرط موافقة النائب الشرعي، ضرورة الحصول على الإذن القضائي لزواج القاصر، ذلك أنه إذا كان الأصل ألا ينعقد عقد الزواج إلا بإتمام الفتى والفتاة 18 سنة كاملة، فإنه استثناء أجازت لقاضي الأسرة المكلف بالزواج النزول عن هذه السن والسماح لمن هم دونه بالزواج، حيث خوله المشرع سلطة تقديرية واسعة في الإذن بزواج القاصر، وذلك بواسطة مقرر معلل يبين فيه المصلحة التي ستتحقق للقاصر من وراء زواجه.

ولقد حدد المشرع الأسري الضوابط والمعايير التي يجب على القاضي مراعاتها عند بته في ملف زواج القاصر، وذلك من أجل الوقوف على هذه المصلحة. وقد نصت المادة 20 من مدونة الأسرة عليها كما يلي: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي.

مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن". وهكذا أجازت المدونة الجديدة زواج الفتى أو الفتاة دون سن 18 سنة المنصوص عليها في المادة 19 إذا توافرت الشروط التالية:

أولاً: موافقة وإذن قاضي الأسرة بزواج الفتى أو الفتاة.

يتضح من خلال المادة 20 أعلاه أن المشرع المغربي فرض ضرورة الحصول على إذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج من أجل إبرام عقد زواج القاصر بهدف حماية هذا الأخير¹. لكن ومن أجل منح الإذن بزواج القاصر يقتضي الأمر إتباع مجموعة من الإجراءات الخاصة، وتتمثل في ضرورة تقديم طلب كتابي إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج، بحيث يطلب فيه الولي القانوني للقاصر الإذن له بتزويج القاصر الذي هو تحت ولايته، ويشتمل هذا الطلب على هوية القاصر وهوية نائبه الشرعي²، بحيث يوقع هذا الأخير رفقة القاصر، وتجب الإشارة

¹ - العرابي المنقي، زواج القاصرين القاعدة والاستثناء، ندوة حلقات دراسية حول مدونة الأسرة ودور الوساطة برنامج الحلقة الدراسية الجهوية المنظمة بتطوان، أيام 5-6-7-8 ديسمبر 2005، من طرف وزارة العدل، ص 21.

² - نصت المادة 230 من مدونة الأسرة على أن النائب الشرعي في هذا الكتاب هو إما:

- الولي وهو الأب والأم والقاضي.
- الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم.
- المقدم وهو الذي يعينه القضاء.

إلى أن الطلب لا يقبل إن قدم شفاهيا خلافا لمقتضيات الفصل 31 من قانون المسطرة المدنية¹ الذي يجيز رفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية بين المقال المكتوب الموقع عليه من طرف المدعي أو وكيله أو بواسطة تصريح يدلي به المدعي شخصيا.

ويجب أن يتم تحديد المصلحة والأسباب المبررة لهذا الزواج في هذا الطلب، بالإضافة إلى الإدلاء بنسخة من عقد الولادة تحدد سن الفتى أو الفتاة بالضبط أو شهادة طبية تؤكد توفر الطالب على علامات البلوغ عند الاقتضاء. وبعد ذلك يتم إحالة طلبات الإذن بزواج القاصر على قسم قضاء الأسرة، بحيث تسجل في سجل معد لذلك وتقيد حسب الترتيب التسلسلي لتلقيها، بالإضافة إلى تاريخ ورودها. بعد ذلك يفتح لكل طلب ملفا خاصا من أجل إحالته على قاضي الأسرة المكلف بالزواج ليبت فيه².

ثانيا : يتعين على القاضي بيان الأسباب الداعية إلى السماح بهذا الزواج.

وبيان مصلحة القاصر وهذه المصلحة متروكة لتقدير القاضي يستشفها ويستنتجها من ظروف كل حالة على حدة، ففكرة المصلحة هي فكرة نسبية تختلف من شخص لآخر تبعا لظروفه الشخصية والموضوعية، ولعل هذه المصلحة تتجلى في كون هذا الزواج سيؤدي إلى تحصين القاصر وحمايته، حيث يشكل خوف أبوي القاصر عليه من الضياع والفساد أحد أوجه هذه المصلحة، كما جاء الأمر في تصريح لأبوي القاصر والذي ورد فيه³: "...إنهما يرغبان في تزويج ابنتهما القاصر خوفا عليهما من الضياع والفساد... ولما فيه من مصلحة في ذلك..."، وهذا ما أكدته قرار آخر جاء فيه: "...وبعد البحث والاستماع إلى القاصرة ووالديها وتقديم النيابة العامة لمستنتاجاتها صدر المقرر المشار إلى منطوقه أعلاه، فاستأنفه الطاعن على أساس أنه موافق على زواج ابنته القاصر خوفا عليهما من العنت والفساد وتحسينا لها، خاصة وإنها أهل للزواج جسميا وذهنيا وأن سنّها الحالي يسمح لها بتحمل أعباء الحياة الزوجية وتربية الأبناء، والتمس الحكم بإلغاء المقرر المستأنف والحكم تصديا بالإذن لابنته القاصر بالزواج، وأرفق مقاله بنسخة من الحكم المستأنف.

¹ نصت المادة 31 من قانون المسطرة المدنية على أنه: "ترفع الدعوى إلى المحكمة الابتدائية بمقال مكتوب موقع عليه من طرف المدعي أو وكيله أو بتصريح يدلي به المدعي شخصيا، ويحرر به أحد أعوان كتابة الضبط المحلفين محضرا يوقع من طرف المدعي أو يشار في المحضر إلى أنه لا يمكن له التوقيع".

² محمد الشتوي، الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش، 2004، ص: 146.

³ مقرر صادر عن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بقسم قضاء الأسرة بمراكش رقم 304 ملف عدد 09/670 بتاريخ 2009/09/06 (غير منشور).

لهذه الأسباب فإن محكمة الاستئناف وهي تقضي علينا وحضوريا وانتهائيا قررت: في الشكل: بقبول الاستئناف.

في الموضوع: بإلغاء المقرر المستأنف وتصديا الحكم من جديد بالإذن للنائب الشرعي بتزويج القاصرة".¹

كما قد تقتضي مصلحة القاصر عدم منح الإذن حتى وإن دفع الولي بالخوف من العنت، ذلك أن القاضي قد يرى خلاف ذلك خاصة إذا كانت القاصرة في سن مبكر كما هو الشأن في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الذي أيد فيه مقرر قاضي الأسرة المكلف بالزواج برفض منح الإذن الذي برر فيه والي القاصرة تزويج المولة عليها خوفا من العنت حيث جاء في هذا القرار: "...فإن شهودها لن يبينوا بوضوح ما هو السبب الداعي إلى تزويج البنت مكتفين بالقول بأنها محتاجة إلى تزويجها كما يخشى عليها من العنت وهذه الشهادة غير كافية لتبرير الطلب كما أن الشهادة الطبية والتقرير الطبي وإن كانا من صالح البنت ترى خلاف ما يهدف إليه الطلب لكون البنت لازالت في سن مبكرة 14 سنة وأن مصحتها تقتضي عدم النجس بها في مشاكل الحياة الزوجية حتى يكتمل نضجها وإن الإسراع في تزويجها قد يؤدي بها إلى ما لا تحمد عقباه الأمر الذي يكون معه الحكم المستأنف الذي قضى برفض الطلب قد صادف الصواب فيما قضى به ويتعين تأييده".²

كما قد يكون تزويج القاصرة من مغتصبها سببا في منح الإذن حيث جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف بعدما ألغت حكما ابتدائيا³ قضى برفض طلب تزويج القاصرة بعل أن الزواج مشوب بعنصر الإكراه ولكون طالب الزواج هو نفسه مغتصبها المتواجد معتقلا بالسجن المحلي بالناظور على أنه: "وحيث إن التعلل الوارد في الأمر لا يتطابق البتة مع ما تضمنه الملف من أوراق تفيد موافقة الخطيبين وأبويهما على عقد هذا القران إصلاحا لما اقترفه الخطيب في حق القاصرة من جرم لا زال متابعا من أجله على ذمة الملف الجنائي كما أن

¹ - قرار رقم 450 صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ: 06/05/2015 في الملف عدد 126/1616/2015 (غير منشور).

مقرر رقم 522 صادر عن قاضي الأسرة المكلف بالزواج، المحكمة الابتدائية بوجدة، في الملف رقم 542 بتاريخ 07/11/21 أورده إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، الجزء الأول، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 2009، ص 39.

² - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بطنجة رقم 7/05/401 في الملف رقم 7/05/164 بتاريخ 2005/06/09 أورده إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص 37.

³ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالناظور رقم 12/381 بتاريخ 2013/01/04 (غير منشور).

القاصرة باعتبار أن سنّها هو سبعة عشر سنة وباعتبار أنّها توافق على أمر زواجها من المعني بالأمر فإن المحكمة ورعيا لمصلحة الأُسرتين وما بينهما من مودة الجوار ورعيا لمصلحة القاصر ولتوازنها النفسي وجبرا لكل ضرر قد يصعب تداركه في المستقبل من الأيام تنتهي إلى القول بأنّ ما خلص إليه الأمر المطعون فيه لم يلامس الصواب ويتعين إلغاؤه ومن ثم الاستجابة للطلب".¹

وقد تم حذف الفقرة الثانية من الفصل 475 من القانون الجنائي المغربي والتي كانت تجيز تزويج القاصرة بمغتصبها، وبالتالي إفلاته من العقاب، وأصبح النص بعد تعديله بمقتضى القانون رقم 15.14² ينص على أنه: "من اختطف أو غرر بقاصر تقل سنّه عن ثمان عشرة سنة بدون استعمال عنف ولا تهديد ولا تدليس أو حاول ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من مائتين³ (200) إلى خمسمائة (500) درهم".

وبذلك يكون المشرع الجنائي قد انتصر للرأي الذي نادى بضرورة عقاب المغتصب وعدم الالتجاء إلى الزواج بالضحية للإفلات من العقاب، وهذا التعديل جاء نتيجة لمسيرة نضالية خاضتها الحركة الحقوقية بالمغرب، خاصة بعد انتحار "أمنية الفيلاي" سنة 2010، وهي الفتاة التي أقدمت على الانتحار بعد إجبارها على الزواج من مغتصبها.

كما جاء في قرار آخر: "حيث إن المحكمة استمعت على هذه المرحلة للمبررات التي ساقها ولي القاصرة والتي تدعو إلى تزويجها بالنظر إلى أن خطيبها قد افتض بكارتها بعدما استغل وضعيتها الخطوبة وانفراده بخطيبته.

وحيث إن المحكمة وبعد اطلاعها على محضر الضابطة القضائية واستئناسها بتصريحات القاصرة التي أكدت على رغبتها في الزواج تقتنع بأن الظروف المحيطة بالقضية كلها تشفع لمنح الإذن المطلوب وذلك حفاظا على مستقبل القاصرة وتوازنها النفسي والسلوك وسط المحيط الاجتماعي الذي تربت فيه، خاصة وأن معاينة المحكمة للقاصرة أبانت على أن هذه الأخيرة لها بنية جسدية كاملة تماثل بنية المرأة الراشدة وهو ما يستدعي تحصينها.

¹ - قرار رقم 89 صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور بتاريخ 06/03/2013 في الملف عدد 24/1616/2013 (غير منشور).

² - القانون رقم 15.14 القاضي بتغيير وتنظيم الفصل 475 من مجموعة القانون الجنائي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.06 بتاريخ 20 من ربيع الآخر 1435 (20 فبراير 2014)، الجريدة الرسمية عدد 6238 بتاريخ 11 جمادى الأولى 1435 (13 مارس 2014)، ص 3138.

³ - انظر الهامش المضمن في الفصل 111 أعلاه.

وحيث أخذنا بهذه المعطيات جميعها تخلص المحكمة إلى الاستجابة للطلب ومن ثم إلغاء المقرر المطعون فيه".¹

كما قد تشكل القرابة إحدى الأسباب المعتمدة بالإضافة إلى الكفاءة لمنح الإذن بالزواج، كما جاء في المقرر الصادر عن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بقسم قضاء الأسرة بوجدة ما يلي²: "...كون الخاطب ابن عمها وكثير المخالطة بهم، وأن المخطوبة قادرة على الزواج والأمومة، وأن الخاطب كفء لها".

وعلى غرار المشرع المغربي ينص المشرع التونسي في الفقرة الثانية من الفصل الخامس من قانون الأحوال الشخصية، على أن إبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من الحاكم ولا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين، وأيضا المشرع الجزائري من خلال المادة السابعة التي جاء فيها: "...وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، وبخصوص المشرع العماني فقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون الأحوال الشخصية على أنه لا يزوج من لم يكمل الثامنة عشرة من عمره إلا بإذن القاضي وبعد التحقق من المصلحة.

كما أجاز المشرع الليبي للقاصر بالزواج لمصلحة أو ضرورة تقدرها المحكمة بعد موافقة الولي من خلال المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية.

وعليه فالمصلحة الواردة في هذه المواد جاءت لحماية القاصر أولا وأخيرا، فلو ثبت للقاضي بأن هذا الزواج لن يتحقق من ورائه أية مصلحة للقاصر، فإن طلب الإذن بالزواج سيواجه بالرفض، ولهذا فالمصلحة يجب أن تكون أكيدة وأن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج وبالتالي منحه.

¹ - قرار رقم 270 صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور بتاريخ: 22/05/2013 في الملف عدد 184/1616/2013 (غير منشور).

² - مقرر صادر عن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بقسم قضاء الأسرة بوجدة رقم 506 ملف عدد 531/06، بتاريخ 2006/11/21 (غير منشور).

ثالثا: يتعين على قاضي الأسرة قبل الإذن بالزواج دون السن القانونية للزواج أن يستمع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي

ويبدو من خلال هذا الشرط بأن إذن الأبوين معا أو النائب الشرعي ليس أمرا لازما بخلاف ما كان عليه الحال في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، حيث كان الفصل التاسع يشترط لزوما موافقة الولي حتى إذا امتنع وتمسك كل برغبته رفع الأمر إلى القاضي.

فقاضي الأسرة المكلف بالزواج يقوم بهذا الإجراء، وذلك حتى يقف عند المصلحة المتوخاة من وراء هذا الزواج، فهذا الاستماع يفيد مبدئيا في تكوين فكرة حول الزواج المطلوب وأطرافه وفرص تحقق نجاحه، كما أنه يمنح للقاضي صورة تقريبية عن السن الحقيقي للقاصر في حالة وقوع خطأ مادي في سجلات الحالة المدنية وإدلاء القاصر بعقد ولادة يتضمن بأنه دون أهلية الزواج، وهكذا يتأتى له البحث في هذه المسألة من خلال المقارنة بين مختلف الوثائق الإدارية المدلى بها أو من خلال الاطلاع على كناش الحالة المدنية¹.

رابعا: يتعين على قاضي الأسرة أن يأمر بإجراء خبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي.

للتأكد من مدى قدرة الفتى أو الفتاة على تحمل الأعباء المادية والمعنوية الناجمة عن الزواج والمسؤوليات المترتبة عليه، والجدير بالذكر أنه من الناحية العملية غالبا ما يتم الاعتماد على الخبرة الطبية من أجل منح الإذن بزواج القاصر، وهو ما نلمسه من خلال الاطلاع على الكثير من الأذون بزواج القاصر على صعيد المحاكم المغربية، حيث جاء في أحد المقررات الصادرة عن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بقسم قضاء الأسرة بالناظور²: "وبناء على تصريح أبوي القاصرة، وبناء على الخبرة الطبية المنجزة من طرف الطبيب الخبير والتي مفادها أنها غير مؤهلة للزواج وغير قادرة على تحمل أعبائه مما يتعين معه رفض الطلب"، كما جاء في مقرر

¹ - محمد الشتوي، مرجع سابق، ص 147.

² - مقرر صادر عن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بقسم قضاء الأسرة بالناظور، رقم 230 ملف رقم 08/198 بتاريخ 2008/8/05 (غير منشور).

آخر¹ ما يلي: "...وبناء على الخبرة الطبية من طرف الدكتور والتي مفادها قدرة القاصرة على الزواج وكونها أهلة له كما أثبت الاستعداد الجسدي والنفسي للقاصرة على الزواج..."

وتجدر الإشارة إلى أن قناعة القاضي هي الأساس في منح الإذن، وبالتالي فإن تقرير الخبير لا يلزمه في شيء، وإنما هو مجرد إمكانية منحها المشرع للقاضي من أجل الاعتماد عليها في بناء قناعته ليست إلا، فسلطة القاضي التقديرية في هذا المجال جد واسعة حيث يمكن للقاضي رفض طلب زواج القاصر الذي أثبتت الخبرة الطبية قدرته على الزواج، وفي هذا الصدد ذهبت استئنافية طنجة إلى تأييد الحكم الابتدائي الرافض منح الإذن للقاصري الزواج، رغم كون تقرير الخبرة الطبية قد أثبتت أن لها القدرة الكافية على الوطاء والنضج والأهلية الجسمانية لتحمل تبعات الزواج، وقد جاء في هذا القرار ما يلي²: "وحيث إن أهلية الزواج تكتمل عند قيام السن الثامنة عشرة من عمر الذكر والأنثى... والمشرع المغربي لما حدد سن الزواج في 18 سنة لأن الزواج يقتضي أن يكون المقبل عليه تتوفر فيه الكفاءة والقدرة البدنية والعقلية ومدى استطاعته تحمله لأعباء الحياة الزوجية، وهذه المواصفات لا تتوفر إلا في الإنسان الذي يكتمل نضجه جسدياً وعقلياً وتقديره لأمر ما هو مقبل عليه وعند مخالفة هذه القاعدة فإنه يمكن الفزول عن الحد الأدنى لسن الزواج ببيان أسباب ودواعي تبرر الإسراع في تزويج القاصر، المستأنف اعتمد في تبرير طلبه على موجب العنت والمحكمة بعد اطلاعها على الموجب... فإن شهودها لم يبينوا بوضوح ما هو السبب الداعي إلى تزويج البنت... كما أن الشهادة الطبية وكذا التقرير الطبي، وإن كانا من صالح البنت نرى خلاف ما يهدف إليه الطلب لكون البنت لا زالت في سن مبكرة 14 سنة، وأن مصلحتها تقتضي عدم النج بها في مشاكل الحياة الزوجية... الأمر الذي يكون معه الحكم المستأنف الذي قضى برفض الطلب قد صادف الصواب فيما قضى به ويتعين تأييده".

وجاء في حكم آخر على أنه: "وحيث أمرت المحكمة تمهيداً بعرض القاصر على خبرة طبية عهدت للدكتور...، الذي خلص في تقريره المؤرخ في 2014/05/08 أن القاصر المذكورة مؤهلة جسمياً ونفسياً وقادرة على تحمل المعاشرة الزوجية في سنها الحالي دون أية أضرار عليها.

¹ - مقرر صادر عن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بقسم قضاء الأسرة بمركز القاضي المقيم بأحفير ملف رقم 13/53 بتاريخ 2013/07/24 (غير منشور).

² - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بطنجة رقم 401 ملف رقم 7/05/164 بتاريخ 2005/06/09، إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، الجزء الأول، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2009، ص 35 وما بعدها.

وحيث أن القاصرة تجاوزت سنها السابع عشر واتضح للمحكمة من خلال ظروفها الاجتماعية باعتبار والديها مطلقين، وبالنظر لرغبتها في الزواج ولكون خطيبتها كفؤ لها ووالديها موافقان على زواجها، وبالنظر لنتيجة الخبرة الطبية فإن مصلحتها تقتضي الإذن لها بالزواج، وهو ما يجعل الأمر الصادر عن السيد قاضي الأسرة المكلف بالزواج برفض الإذن لها بالزواج غير مصادف للصواب مما يتعين معه إلغاؤه وتصديا بالإذن لها بالزواج¹.

كما جاء في حكم آخر على أنه: "وحيث فضلا عن ذلك، وحرصا على مصلحة القاصر ومراعاة للوضعية الاقتصادية والاجتماعية التي تمسك بها ولها، وللتأكد من مدى إمكانية تحملها للواجبات الزوجية وعدم تأثير الزواج على صحتها النفسية والجسدية ارتأت المحكمة إحالتها على خبرة طبية أسندت للطبيب المحلف... الذي خلص بعد فحص سريري شامل إلى أن القاصرة أعلاه مؤهلة في سنها الحالي لتحمل واجبات الزوجية وعدم تأثير الزواج على صحتها النفسية والجسدية"².

ونأمل بأن يسهر قضاة الأسرة على التطبيق السليم لهذه المقتضيات الهامة ولا يسمح بزواج الصغار الذين لا يقدرون جسامة تلك المسؤولية والآثار الناجمة عنها، خاصة وأن المشرع لم يحدد سنا معينة يمكن للقاضي الاستعانة به وعدم النزول عنه، فالمسألة متروكة لتقديره الشخصي لتقييم الظروف والمصالح والاعتبارات الداعية للسماح أو عدم السماح بهذا الزواج.

ويمكن للقاضي الاستغناء عن الخبرة الطبية ببحث اجتماعي قد يأمر بإجرائه إذا اقتضت الضرورة ذلك، وفي الحقيقة حبذا لو نص المشرع على الإجراءات معا بدل الاقتصار على واحد دون آخر على أساس أن الخبرة الطبية تلعب دورا أساسيا في تحديد القدرات الجسدية والنفسية، والبحث الاجتماعي له دور أساسي للوقوف على الظروف والمعطيات الاجتماعية والاقتصادية للمقبل على الزواج دون السن القانونية.

وعلى الرغم من هذه المقتضيات، فإنه تبين من خلال التطبيق العملي أنها لا تطبق بكيفية سليمة، وهو ما يتنافى مع غاية المشرع، وتترتب عنه نتائج سلبية، ويؤجج العديد من الانتقادات، وي طرح الكثير من التساؤلات حول مدى استيعاب مبررات التغيير الذي جاءت به

¹ - قرار رقم 288 صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور بتاريخ 12/05/2014 في الملف عدد 139/1616/2014 (غير منشور).

² - قرار رقم 682 صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور بتاريخ 27/10/2014 في الملف عدد 290/1616/2014 (غير منشور).

مدونة الأسرة لرفع سن الزواج، هذا الوضع دفع وزارة العدل إلى إصدار منشور¹ يدعو فيها قضاء الأسرة المكلفين بالزواج إلى التطبيق السليم للمقتضيات المذكورة والتأكد قبل منح الإذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية من توفر جميع الشروط المطلوبة.

إن مقرر القاضي بالزواج دون سن الزواج القانونية قابل للتنفيذ بمجرد صدوره، ولا يقبل أي طعن، أما القرار بالرفض فيكون قابلاً للطعن طبقاً للقواعد العامة².

إذا كان المشرع المغربي بمقتضى المادة 20 قد منع الطعن في مقرر الاستجابة للإذن بزواج القاصر، فإنه في المقابل قد سكت عن مقرر الرفض، وهو الأمر الذي أثار عدة اختلافات في الرأي، حيث هناك اتجاه يرى بأن مقرر الرفض قابل للطعن أمام محكمة الاستئناف بمفهوم المخالفة لمقرر الاستجابة، وذلك لكون أن المشرع المغربي قد حدد بصفة صريحة نوع القرار الغير القابل للطعن، ألا وهو مقرر الاستجابة³.

وهناك اتجاه آخر يذهب إلى أن مقرر زواج القاصر غير قابل لأي طعن سواء ذلك المتعلق بقبول الطلب الذي نص عليه المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة صراحة، أو ذلك المتعلق برفض الطلب، لكون أن طبيعة القاضي المصدر لهذا القرار لا تسمح بذلك، سواء من حيث اختصاصه النوعي أو من حيث كيفية تعيينه، وبالتالي فإن اللجوء إلى الطعن حسب هذا الاتجاه هو إفراغ لمحتوى مؤسسة قاضي الأسرة المكلف بالزواج ونزع لاختصاصاتها⁴.

أما بخصوص العمل القضائي فإن الاتجاه الغالب يقبل الطعن في مقرر رفض الاستجابة بزواج القاصر، حيث تبت محكمة الاستئناف في الطعن، سواء قدم من طرف أبوي القاصر أو

¹ - منشور عدد 44 س 2 بتاريخ 5 دجنبر 2006 حول الإذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية.

² - راجع الدليل العملي لمدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 29.

³ - محمد الكشيبور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 129.

- الدليل العملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، العدد الأول أبريل 2007، ص 28.

- محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2005، ص 94.

- عبد المجيد غميحة، الإشكاليات المسطرية والموضوعية لمدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة محكمة، العدد 4 نونبر 2004، ص 18.

- عبد الخالق أحمدون، قانون الأسرة الجديد، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وقوانين دول المغرب العربي، مرجع سابق، ص 129.

⁴ - العربي المتقي، زواج القاصرين بين القاعدة والاستثناء، مرجع سابق، ص 8.

نائبه الشرعي أو من طرف النيابة العامة¹. انطلاقا من الدور الأصلي المخول لها من خلال المادة 3 من مدونة الأسرة².

فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة إلى أنه: "... وحيث أن المعطيات المذكورة أعلاه تسمح بزواج القاصر... فإن المقرر المستأنف والقاضي برفض الطلب رغم توفر النازلة على جميع المعطيات المادية والمقتضيات القانونية المبررة للطلب يكون قد خرق المادة 20 من مدونة الأسرة ... مما وجب إلغاءه..."³.

إلا أن الاتجاه الذي يذهب إلى إمكانية الطعن في مقرر الرفض بزواج القاصر، يبقى محل نظر من الوجهة القانونية، لكون أن المشرع المغربي أعطى الاختصاص في زواج القاصر لمؤسسة قاضي الأسرة المكلف بالزواج، ولم يسند لها للمحكمة وذلك من أجل ضمان حماية القاصر عبر الإذن بالزواج.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة الموافقة على الطلب يكون المقرر غير قابل للطعن، وبالتالي لا فائدة من التعليل لكون أن الطعون من النظام العام⁴.

وأعتقد من خلال ذلك أن مقرر الرفض يجب أن لا يكون قابلا لأي طعن، لكون أن قاضي الأسرة المكلف بالزواج، حينما يرفض الطلب المتعلق بزواج القاصر، فإنه يقرر ذلك بناء على القناعة التي تشكل لديه في عدم جدوى زواج القاصر سواء من الناحية المادية أو الجسدية وذلك من خلال إتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 20 من مدونة الأسرة. وبالتالي فإن الطعن في مقرر الرفض لا يكون من مصلحة القاصر المصر على الزواج.

وجدير بالإشارة أن زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي طبقا للفقرة الأولى للمادة 21 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: "زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي".

فالمشرع حسم الأمر في زواج القاصر بموافقة وليه وللتأكد من هذه الموافقة تطلب المشرع ضرورة توقيع النائب الشرعي مع القاصر في طلب الإذن بالزواج، وكذا حضوره إبرام

¹ - يوسف وهابي، اختصاص النيابة العامة في مدونة الأسرة الجديدة، مرجع سابق، ص 82.

² - تنص المادة 3 من مدونة الأسرة على أنه: "تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة".

³ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة رقم 375 في الملف عدد 07/124، صادر بتاريخ 2008/11/13 (غير منشور).

⁴ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور تحت رقم 466 في الملف عدد 08/187 صادر بتاريخ 2008/5/9 (غير منشور).

⁴ - يوسف وهابي، مرجع سابق، ص: 84.

العقد، طبقا للفقرة الثانية من المادة 21، كما أن العمل القضائي حريص على هذا المقتضى حيث جاء في مقرر صادر عن قاضي الأسرة المكلف بالزواج ما يلي: "...بناء على الطلب المقدم من طرف القاصرة... والموقع من طرف نائبيها الشرعي السيد..."¹.

غير أنه على الرغم من موافقة الولي أحيانا فإن طلبه قد يتم رفضه من طرف القاضي حيث جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة "...وحيث أنه وفق وثائق الملف وخاصة تاريخ ازدياد البنت أنها ما زالت صغيرة -14 سنة- غير قادرة على تحمل أعباء الزواج ومسؤوليته الجسام وأن آراء الأطباء هو رأي استشاري لا غير مما يكون معه الحكم المستأنف قد صادف الصواب وتعين معه تأييده في جميع ما قضى به..."²، وقد أحسنت المحكمة في رفضها لطلب الولي نظرا لأن سن المولى عليها لا تزال صغيرة 14 سنة وهي غير قادر على القيام بشؤونها فبالأخرى شؤون زوجها والبيت.

وفي حالة امتناع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة على الزواج، يبت قاضي الأسرة في النازلة مرجحا رأي النائب الشرعي إذا كانت هناك مبررات معقولة على الامتناع، أو رأي القاصر الراغب في الزواج إذا رأى مصلحته في ذلك.

وبخصوص تعامل القضاء المغربي مع هذه المسألة فإنه يذهب إلى رفض الطعن في مقرر الاستجابة ويسمح به في حالة الرفض³، غير أن هذا التوجه منتقد من طرف أحد الفقهاء⁴ الذي يذهب إلى اعتبار مقرر قاضي الأسرة المكلف بالزواج الصادر وفقا للمادة 21 حكما باتا غير قابل لأي طعن، أي كان منطوقه بحيث لا يمكن للقاصر الطعن فيه إن جاء مخالفا لطلبه، كما أنه ليس من حق النائب الشرعي الطعن فيه إن استجاب لطلب القاصر إنهاء للخلاف بينهما، وحتى لا يتحول هذا الخلاف إلى خصومة قضائية عادية.

¹ - إذن بزواج قاصر رقم 512 في الملف رقم 479 صادر عن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بمراكش بتاريخ 07/08/07، أورد: عبد الصمد عبو، حدود الرقابة القضائية على اختصاصات النائب الشرعي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، الموسم الجامعي 2008/2009، ص 38.

² - قرار رقم 445 في الملف عدد 07/781 بتاريخ 4 مايو 2008، أوردته عبد الصمد عبو، مرجع سابق، ص 38.
³ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم 260، بتاريخ 2009/03/17، في ملف رقم 09/227 (غير منشور).
⁴ - عبد العزيز حضري، قضاء الأسرة التجديد وحدوده مدونة الأسرة عام من التطبيق الحصيلة والآفاق، أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة يومي 17 و 18 فبراير 2005، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة، سلسلة الندوات- العدد الأول مطبعة التيسير طبعة 2006، ص 283.

وينبغي التذكير كذلك إلى نقطة مهمة فيما يخص الإذن بزواج القاصر، ويتعلق الأمر باستقراء المادة 16 من مدونة الأسرة¹ والتي تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج واستثناء يجوز للمحكمة لأسباب قاهرة حالت دون توثيق العقد سماع دعوى الزوجية. إذن فإثبات عقد الزواج بغير توثيق هو استثناء من الأصل²، إلا أن ما يقع من الناحية العملية هو أن الراغبين في الزواج دون سن الأهلية، والذي تم رفض القاضي الإذن لهم بالزواج، يحاولون الاستعاضة عن العقد، وذلك باللجوء إلى الزواج الفعلي، ثم يحاولون بعد ذلك اللجوء إلى إثبات زواجهم، حيث أصبحت المادتان 19 و20 قنطرة للوصول إلى المادة 16 من مدونة الأسرة، وأصبح بذلك الأصل هو الاستثناء³. وقد ذهب قرار قضائي لمحكمة الاستئناف إلى اعتبار قبول دعوى الزوجية يعد في حد ذاته إذنا للقاصر بالزواج⁴.

وأعتقد أن هذا القرار غير صائب لكونه يفتح المجال للتحايل على القانون، من أجل سلوك مسطرة الإذن بزواج القاصر، ولحل هذا الإشكال، يجب على القضاء اللجوء إلى أعمال المادة 16 من مدونة الأسرة، في الحالة التي يكون فيها القاضي المكلف بالزواج قد رفض سابقا للإذن بزواج القاصروفي حدود ضيقة وهي تلك المتمثلة في وجود أطفال، إذ ذاك يمكن التغاضي عن الإذن من أجل حماية مصلحة الأطفال، وحماية الأسرة ككل وعدم تشتيتها وحفظ ضياع الأنساب.

¹ - تنص المادة 16 من مدونة الأسرة على ما يلي: "تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج إذا حالت أسباب الزواج قاصرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى "عشر سنوات" ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ".

- تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد عمل على التوقف بمضمون المادة 16 من مدونة الأسرة، وذلك لاستنفاد مدة عشر سنوات المقررة من أجل العمل بهذه المادة

² - وهو ما تم تأكيده من طرف المجلس الأعلى عندما أقر على: "أن الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية اشترط لصحة عقد الزوجية حضور شاهدين عدلين، إنما أجاز سماع دعوى الزوجية... استثناءا".
- قرار للمجلس الأعلى عدد 29 صادر بتاريخ 1971/02/01، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 24، ص 54.

- قرار للمجلس الأعلى عدد 87 في الملف الشرعي عدد 378، الصادر بتاريخ 1971/5/15، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 25، ص 125.

³ - رشيد مشقاقة، مجرد رأي، دار القلم للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2005، ص 57.

⁴ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة تحت رقم 624 في الملف الشرعي عدد 08/47، والصادر بتاريخ 2008/09/24 (غير منشور).

كما أن محكمة النقض أكدت في قراراتها أن صغر سن الزوجة يعتبر سببا قاهرا لعدم توثيق عقد الزواج حيث جاء في أحد القرارات على أنه: "لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه قدرت مختلف الوثائق المعروضة عليها... مستخلصة الأسباب القاهرة التي حالت دون توثيق العقد في وقته كون المطلوبة في النقض تزوجت وهي قاصرة سنة 1994 دون سن الزواج وازداد لهما ولدان".¹

وهو ما يؤكده قرار آخر جاء فيه: "لكن حيث إنه بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 16 من مدونة الأسرة فإن المحكمة تعتمد في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات.... وأن سبب عدم إبرام العقد في إبانته مرده أن المطلوبة كانت صغيرة دون سن الزواج.... وبهذا تكون المحكمة قد طبقت المقتضيات القانونية تطبيقا سليما..."².

وبالرجوع إلى دراسة إحصائيات³ زواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية يلاحظ ما يلي:

وضعية زواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية (2013-2004)										
2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	السنوات
35152	34166	39031	34777	33253	30685	29847	26520	21660	18341	عدد رسوم زواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية
2,85%	-12,46%	12%	5%	8%	3%	13%	22%	18%	-	نسبة التغير

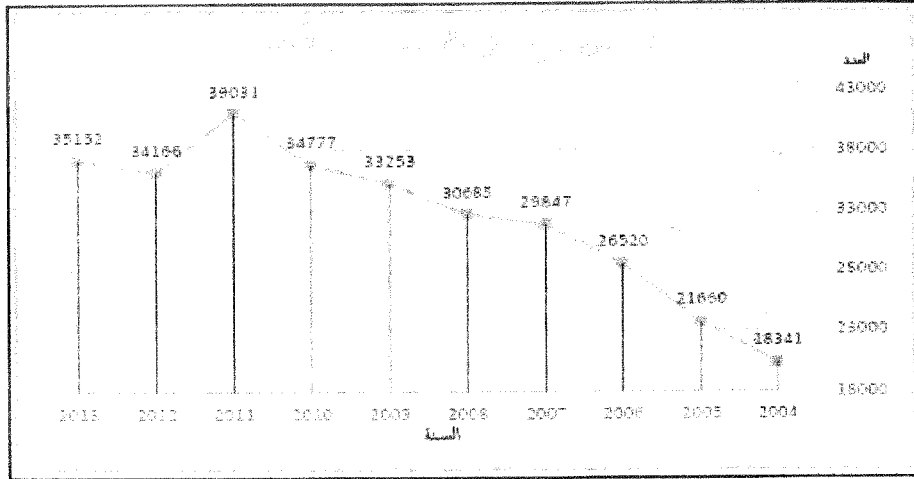
وبذلك فقد عرف هذا النوع من الزواج ارتفاعا مضطربا من سنة إلى أخرى، حيث انتقل من 18341 زواجا خلال سنة 2004 إلى 35125 زواجا خلال سنة 2013، ما يعني أن عدد هذه الزيجات تضاعف خلال عشر سنوات، والملاحظ أن أكبر معدل تغيير تم تسجيله سنة 2006 حيث ارتفع هذا الزواج مقارنة مع سنة 2005 بنسبة 22%، في حين أن أدنى معدل تغيير عرفته سنة 2012 حيث تم تسجيل نسبة انخفاض في

¹ - قرار صادر عن محكمة النقض في الملف عدد 2007/1/07/336 بتاريخ 2007/11/21، أورده إدريس الفاخوري، المنازعات الأسرية أمام قضاء الموضوع ومحكمة النقض، مرجع سابق، ص 15.

² - قرار صادر عن محكمة النقض في الملف عدد 2007/12/454 بتاريخ 2008/03/12، أورده إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص 10.

³ - راجع هذه الإحصائيات مؤلف تحت عنوان: القضاء الأسري: الواقع والأفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية: 2014-2004، وزارة العدل والحريات ماي 2014، ص 38.

هذه الزيجات مقارنة مع سنة 2011 بحوالي % 12,46 -، أما خلال سنة 2013 فقد ارتفع مجددا بنسبة تغيير عن السنة التي قبلها بلغت 2,85%، ويمكن توضيح المنحى الذي اتخذه زواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية خلال عشر سنوات في المبيان التالي¹:



وطليات الإناث بالنسبة للزواج تشكل النسبة الأكبر من طلبات الزواج دون سن الأهلية، ويلاحظ ذلك من خلال الجدول الآتي²:

توزيع طلبات الإذن بالزواج دون سن الأهلية حسب جنس الطالب			
السنوات	الإناث	الذكور	المجموع
2007	38331	379	38710
2008	39296	308	39604
2009	46915	174	47089
2010	44134	438	44572
2011	46601	326	46927
2012	42677	106	42783
2013	43416	92	43508

وما يلاحظ أيضا من خلال الجدول أعلاه، أن طلبات الإناث عرفت ارتفاعا ملحوظا من سنة 2007 إلى غاية سنة 2009 التي عرفت تسجيل أكبر عدد من الطلبات خلال الخمس

¹ - راجع هذه الإحصائيات مؤلف تحت عنوان: القضاء الأسري: الواقع والأفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية، مرجع سابق، ص 38.

² - القضاء الأسري الواقع والأفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 40.

سنوات الأخيرة بلغ 46915 طلبا، وشهدت سنة 2012 تراجعاً واضحاً في حجم الطلبات حيث بلغت 42677، تم عاود هذا النوع من الطلبات ارتفاعه سنة 2013 بعدد بلغ 43416 طلباً.

أما على المستوى العمري، فلقد بلغ عدد القاصرات اللواتي تم تزويجهن في عمر 17 سنة خلال سبع سنوات ما مجموعه 202452، فيما تم تزويج 79935 قاصرة عن عمر لا يتجاوز 16 سنة و 15601 قاصرة عن عمر 15 سنة، في حين حصلت 69 فتاة على الإذن بالزواج من أصل 339 تقدمن بالطلب وهن دون 14 سنة، ويلاحظ ذلك من خلال الجدول الآتي¹:

السنوات	14 سنة	15 سنة	16 سنة	17 سنة	المجموع
2007	348	2730	9865	25767	38710
2008	348	2609	12550	24097	39604
2009	359	3111	12407	31211	47088
2010	69	555	8374	32100	41098
2011	309	2676	12771	31171	46927
2012	200	2405	10958	29220	42783
2013	97	1515	13010	28886	43508
المجموع	1730	15601	79935	202452	299718
النسبة	0.58%	5.21%	26.67%	67.55%	100%

ويؤخذ على المشرع المغربي أنه لم يحدد السن الأدنى لإمكانية منح الإذن بالزواج، بل ترك للقاضي سلطة تقديرية لمنح الإذن، مع مراعاة توافر المراد الإذن له على النضج والأهلية الجسمية لتحمل تبعات الزواج وعلى التمييز الكافي لصدور الرضى بالعقد، وهو ما ساعد على رفع نسبة زواج القاصرات بالمغرب.

الأمر الذي دفع إلى عرض مقترح قانوني يقضي بتغيير وتتميم المادة 20 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، ويعد مقترح هذا القانون ثمرة دمج وتوفيق بين مضمون مقترحي قانونين تقدمتا بهما بعض الأعضاء بعد نقاش مستفيض طرحت فيه مختلف الآراء

¹ - القضاء الأسري الواقع والأفاق: مرجع سابق، ص: 45

المعززة بالحجج والأدلة، وقد أحيل المقترح الأول إلى اللجنة بتاريخ 26 نونبر 2010، وأحيل المقترح الثاني بتاريخ 23 مارس 2012.

وعليه اقتصررت التعديلات المدخلة على المادة 20 من مدونة الأسرة، بشأن الحد الأدنى لسن الزواج، ووجوب الخضوع للبحث الاجتماعي والخبرة الطبية، فضلا عن مراعاة تقارب السن بين الزوجين كما يلي:

المادة الأولى: "تغير وتتمم المادة 20 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة كما يلي:

المادة 20: لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه على أن لا يقل سن المأذون له عن ست عشرة (16) سنة، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، والاستعانة وجوبا بخبرة طبية وبحث اجتماعي.

وفي جميع الأحوال ينبغي على القاضي أن يراعي تقارب السن بين الطرفين المعنيين بالزواج.

مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن.

المادة الثانية: تدخل مقتضيات هذا القانون حيز التنفيذ بعد ستة (6) أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية¹.

الفرع الثالث: زواج المصاب بإعاقة ذهنية

تناول الفقه الإسلامي زواج المصاب بخلل عقلي من جنون وعته وسفه، حيث يتولى تزويج المجنون والسفيه عند الشافعية كل من الأب والجد وإن علا، ثم الحاكم، ولا يزوجه الوصي ولا العصبية، أما بالنسبة للمالكية فقد اختلفوا مع الشافعية في السفيه حيث يمكنه أن يعقد زواجه بنفسه بعد إذن وليه، وكذا بغير إذن، وللولي في هذه الحالة أن يفسخ الزواج بطلقة بائنة².

¹ - تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مقترح قانون يرمي إلى تغيير وتتميم القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة.

² - أبي العباس أحمد بن عمر الديري، أحكام الزواج على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1986، ص 18.

والمجنون الذي يزوج عند فريق من الشافعية هو "المجنون البالغ، مطبق الجنون، محتاج للوطء بأن تظهر رغبته في النساء....، أو يرجى شفاؤه بالوطء....، وبعد البلوغ لا يدري كيف يكون الأمر، ولا مجال لحاجة تعهده وخدمته، فإن للأجنبيات أن يقمن بها".¹

وبزواج القاضي المجنونة البالغة المحتاجة للمعاشرة أو للصداق أو للنفقة إذا لم يكن لها من يتحمل نفقتها، وليس لها مال يغنيها عن الزواج أو تحتاج لخدمته دون غيره، وذلك إذا كان جنونها مطبقا ولم يكن لها ولي من أب وجد، أما إذا كان جنونها متقطعا فلا تزوج إلا إذا فيقت لتأذن في زواجها.²

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة يشترط في الراغب في الزواج أن يكون عاقلا وأن لا يكون مصابا بأية إعاقة في قواه العقلية، وذلك لاعتبار العقل هو مناط التصرفات القانونية في إبرام عقد الزواج بصفة خاصة، لكونه يقوم على التراضي بين الطرفين والرضا يتوقف على الأهلية الكاملة لدى الزوجين حتى يكون كل منهما فاهما لمقاصد الزواج ومرامييه، وعارفا لأحكامه وأثاره وملما بحقوقه وواجباته، وقادرا على الاختيار الحر، وهذا يقتضي أن يتوفر لهما العقل والإدراك اللازمين.

ومن ثم فإنه يشترط فيمن يرغب في الزواج أن يكون عاقلا وأن لا يكون مصابا بأية إعاقة في قواه العقلية، فالتمتع بالعقل شرط حتمي تستلزمه طبيعة عقد الزواج.

إلا أن المشرع المغربي حدد استثناء لهذا المبدأ، وسمح لهذا المصاب بأن

يتزوج طبقا لشروط ورد النص عليها ضمن المادة 23 من مدونة الأسرة والتي صيغت على الشكل التالي: "يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكر كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر".³

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

¹ - نفس المرجع، ص 140

² - نفس المرجع، ص 140.

³ - العربي المتقي، زواج القاصرين بين القاعدة والاستثناء، ندوة حلقات دراسية حول مدونة الأسرة ودور الوساطة، برنامج الحلقة الدراسية المنظمة لفائدة قضاء الأسرة، والمنعقدة بتطوان أيام من 7 إلى 10 فبراير 2006، أنظر أيضا أطروحة أولفات بلبكاي، أهلية القاصرين في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 105 وما بعدها.

يستشف من هذه المادة أن المشرع المغربي أجاز لمن له مصلحة في زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية أن يتقدم بطلب إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج من أجل الحصول على إذن بذلك، حتى ولو كان الفتى أو الفتاة المصابة بالإعاقة الذهنية قد تجاوزا سن ثمان عشرة سنة ما دامت أهليته ناقصة وفق أحكام المادة 19.

وبعد ذلك يقوم القاضي المكلف بالأسرة بإصدار أمر بإجراء خبرة طبية على المصاب من طرف خبير واحد أو أكثر، قصد تحديد نوعية الإعاقة ودرجة خطورتها مع بيان إمكانية زواجه من عدمه.

وحسنا فعل المشرع المغربي حينما ألزم قاضي الأسرة بإجراء هذه الخبرة الطبية، ولم يترك له سلطة تقديرية في هذا المجال.

وبعد إجراء هذه الخبرة، يجب على القاضي عرض هذا التقرير على الطرف الآخر الذي يجب بالضرورة أن يكون راشداً وكامل الأهلية قصد الاطلاع عليه، حتى تكون له القدرة على إدراك ما هو مقدم عليه.

والمشرع باشتراطه هذا الشرط يكون قد منع إبرام الزواج بين شخصين مصابين معا بإعاقة ذهنية أو زواج المعاق ذهنيا من القاصر، ويجب صدور موافقة الطرف الآخر الغير المصاب بالإعاقة بشكل صريح وفي وثيقة رسمية دالة على الموافقة والرضا بالزواج بالطرف المصاب بالإعاقة، مع تضمين ذلك في محضر رسمي يتم التوقيع عليه، وذلك تباديا لأي منازعة أو ادعاء بعدم العلم بالحالة المرضية.

فالقاضي في زواج المعاق ذهنيا كما في حالة زواج القاصر لا يبت في الموضوع ولا يمنح الإذن في إطار قواعد المحاكمة المتعلقة بالقضاء الفردي، وإنما على طريقة ومسطرة خاصة غير معقدة، وهي مخالفة لتلك الدعاوى العادية التي يفترض فيها تحديد طرفي الدعوى واستدعائهم للحضور وما يترتب عن ذلك من حقوق أخرى كتبليغ الأحكام والطعن فيها وغيرها¹.

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم الإعاقة الذهنية الواردة في المادة 23 من مدونة الأسرة مرادفة للعتة، ولا تشمل أنواع الخلل العقلي الأخرى من جنون وغيره، وهو ما عبرت عنه المادة 216 من المدونة كما يلي: "المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها

¹ - محمد الشتوي، مرجع سابق، ص: 162.

التحكم في تفكيره وتصرفاته"، في حين أن المجنون هو فاقد العقل سواء كان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا، بحيث تعثره فترات يؤوب إليه عقله فيها¹.

وبذلك فقد ميزت مقتضيات مدونة الأسرة بين أسباب نقص الأهلية وحددتها في الصغير الذي يبلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد والسفيه والمعتوه²، وبين أسباب انعدام الأهلية وحددتها في الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز والمجنون وفاقد العقل³، وعليه يكون المشرع قد سوى بين تصرفات المعتوه والصغير المميز وأعطى للقاضي إمكانية الإذن بزواجهما، وبين المجنون فاقد العقل والصغير غير المميز، والذي يظهر من مفهوم المخالفة أنه لا يجوز زواجهما سواء بإذن أو بدونه، وذلك خلافا لما كانت تنص عليه مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والتي كانت تعطي للقاضي الحق في الإذن بزواج المجنون أو المعتوه إذا ثبت أن الزواج يفيد في علاجه بناء على تقرير طبي طبقا لما ورد في الفصل السابع منها.

وبعد استيفاء كل الشروط الواردة في المادة 23 من مدونة الأسرة والمتعلقة بزواج المصاب بإعاقة ذهنية آنذاك يصدر قاضي الأسرة المكلف بالزواج إذنا بإبرام هذا الزوج.

ويتضح من خلال مقتضيات المادة 23 من مدونة الأسرة أن المشرع المغربي لم يشترط موافقة النائب الشرعي بالنسبة لذوي الإعاقة الذهنية، وكذلك لم تتم الإشارة إلى حق المعاق ذهنيا في التقاضي في حدود عقد الزواج كما فعل مع القاصر.

كما أن المادة 23 من مدونة الأسرة لم تشر إلى مسألة الطعن في مقرر الاستجابة أو عدم الاستجابة لطلب الإذن بزواج المعاق ذهنيا. وما دام المشرع المغربي لم يتطرق إلى ذلك، أعتقد بأن هذا المقرر يكون غير قابل للطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن.

أما بخصوص بعض القوانين المقارنة، فنجد أن المشرع العماني وعلى خلاف المشرع المغربي قد نص على زواج المجنون إلى جانب زواج المعتوه من خلال المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية والتي جاء فيها: "أ- لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه بعد صدور إذن من القاضي بذلك.

ب- لا يأذن القاضي بزواج المجنون أو المعتوه إلا بعد توفر الشروط التالية:

1- قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد اطلاعه على حالته

¹ - نفس المرجع، ص 157.

² - المادة 213 من مدونة الأسرة.

³ - المادة 217 من مدونة الأسرة.

2- كون مرضه لا ينتقل معه إلى نسله

3- كون زواجه فيه مصلحة له

ويتم التثبت من الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص".

وقد قنن المشرع اليمني نفس القاعدة أعلاه من خلال المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية. أما المشرع الليبي فقد أعطى بدوره إمكانية الزوج للولي وبرقابة مقيدة من المحكمة أيضا بنصه من خلال المادة 10 على أنه: "أ- لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه، وبعد صدور إذن من المحكمة، ولا تأذن المحكمة بالزواج إلا بعد توفر الشروط التالية:

1- قبول الطرف الآخر الزوج منه بعد اطلاعه على حاله

2- كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله ويتم التثبت من الشرطين

ت- لا يعقد زواج المحجور عليه لسفه إلا من وليه وبعد صدور إذن من المحكمة المختصة".

الفرع الرابع: الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي¹

من أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة أيضا ما ورد عليه النص في المادة 22، حيث أعطت الحق للفتى والفتاة المأذون لهما بالزواج دون سن الثامنة عشر في اكتساب الأهلية لممارسة الحقوق والالتزامات الناجمة عن عقد الزواج بمجرد إبرام العقد، بحيث إن هذه الأهلية تخول لهما رفع دعاوى قضائية بالنسبة لكل القضايا المتعلقة بالآثار الناجمة عن عقد الزواج من حقوق والتزامات.

¹ - راجع أطروحة الباحثة: هجيرة بن عزي، الخصوصيات المسطرية في القضايا الأسرية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، مركز دراسات الدكتوراه في القانون والاقتصاد والتدبير، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، الموسم الجامعي 2013-2014، وأنظر أيضا أطروحة عبد القادر قرموش، الدور القضائي الجديد لقانون الأسرة المغربي أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس السنة الجامعية: 2009-2010، وأنظر أيضا: رسالة الباحثة لبنى عابد، الخصوصيات المسطرية للنزاعات الأسرية رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة الموسم الجامعي: 2008-2009، عبد المجيد بناء، الإشكالات المسطرية والموضوعية لمدونة الأسرة، مجلة محكمة العدد 4 نونبر 2004.

ويمكن للمحكمة بطلب من أحد الزوجين أو نائبه الشرعي أن تحدد التكاليف المالية للزوج المعني وطريقة أدائها، فالخلاف قد يحدث بين المتزوج القاصرو وبين نائبه الشرعي حول تقدير أو كيفية أداء ما يحتاج إليه القاصر من التكاليف المالية لحياته الزوجية كتقدير النفقة الشهرية أو السنوية ... فالمحكمة ثبت في مثل هذه النزاعات وتسمع الدعوى المقدمة من المأذون لهم بالزواج دون السن القانونية بمجرد إبرام العقد.

وبالتالي فالقاصر الذي لم يتم ثمان عشرة سنة المأذون له بالزواج، يكتسب أهلية التقاضي في كل ما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات باستثناء ما يتعلق بالتصرفات المالية للقاصر. فلا بد لصحتها من دخول الحاجر في الدعوى، كدعوى الطلاق الخلي، فالزوجة التي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي¹.

وبذلك فالأمور التي لها علاقة بالحالة الشخصية يمكن توجيه دعوى بشأنها من طرف القاصر أو ضده، أما إذا تعلق الأمر بمسائل مالية تحتتم دخول الحاجر في الدعوى، وهذا ما هو إلا تأكيد على الخصوصية التي تنفرد بها القضايا الأسرية، والتي حاول المشرع المغربي من خلالها توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للقاصرين.

وشرط الأهلية يعتبر من النظام العام، يمكن الإدلاء بعدم توافر هذا الشرط من قبل الخصوم في أي مرحلة من مراحل الدعوى وحتى أمام محكمة النقض لأول مرة، كما يجب على القاضي إثارته من نفسه والحكم برد الدعوى، إذا تبين له أن المدعي لا يتمتع بأهلية الادعاء أو كان تقدم بالدعوى دون الحصول على الإذن المتطلب قانونا لجواز الادعاء²، فأهلية التقاضي مفروض توافرها في المدعي أو المدعى عليه، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة. ماعدا في الحالات الاستثنائية والتي تمت فيها مراعاة البعد الاجتماعي والإنساني الذي تتميز به قضايا الأحوال الشخصية³.

1- تنص المادة 116 من مدونة الأسرة على أنه: "تخالف الراشدة عن نفسها، والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي".

2- مأمون الكزبري، إدريس العلوي العبدلاوي، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي، الجزء الثاني، دار القلم، بيروت، 1973، ص 48.

3- هجيرة بن عزي، الخصوصيات المسطرية في القضايا الأسرية، مرجع سابق، ص 58.

وقد صار المشرع الجزائري في نفس الاتجاه حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 7 من قانون الأسرة على أنه: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

المطلب الثاني: يجب أن لا يتم الاتفاق على إسقاط الصداق (الصداق في عقد الزواج)

خصص المشرع الباب الثاني من الكتاب الأول الخاص بالزواج للأحكام المتعلقة بالصداق، انطلاقا من المادة 26 من مدونة الأسرة إلى المادة 34، كما أن المادة 13 اعتبرت من بين شروط عقد الزواج عدم الاتفاق على إسقاط الصداق كأن يشترط الزوج عدم أداء الصداق بصفة نهائية، لأن الصداق كما يرى البعض¹ من النظام العام الذي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته².

وانطلاقا مما سبق سنعالج موضوع الصداق في ستة فروع على الشكل التالي:

- الفرع الأول : تعريف الصداق.
- الفرع الثاني : أنواع الصداق.
- الفرع الثالث : أحوال الصداق.
- الفرع الرابع : تعجيل الصداق وتأجيله.
- الفرع الخامس : ملكية الزوجة للصداق
- الفرع السادس : اختلاف الزوجين حول الصداق.
- الفرع السابع : الاختلاف حول الجهاز وتأثير بيت الزوجية.

¹ - راجع أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 128.

² - إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 127.

الفرع الأول: تعريف الصداق

يعتبر الصداق من أهم الحقوق المالية التي أوجبها الشارع للمرأة على الرجل وهو تأكيد لما لميثاق الزوجية من أهمية وشرف، وتكريما وتعظيما لجانب المرأة فيه، لذلك فإن تناول هذا الفرع الخاص بتعريف الصداق يستلزم أن نقوم ببيان حقيقته مع بيان الدليل على وجوبه، ونعالج حكم الصداق، ونتكلم عن مقداره، ونختم ببيان ما يصلح أن يكون صداقا، وذلك في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: ماهية الصداق

نتعرض بداية لتعريف الصداق أولا، مع بيان الدليل على وجوبه ثانيا،

أولا- تعريف الصداق:

الصداق بفتح الصاد وكسرهما: مهر المرأة، وكذا الصَّدَقَةُ بضم الدال، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْا نِسَاءَهُنَّ صَدَقَتَهُنَّ يَحُلَّةً¹، وأصدق المرأة سمي لها صداقا²، والصداق مأخوذ من الصَّدَق - بفتح الصاد - اسم للشديد الصلب، فكأنه أشد الأعواض لزوماً من جهة عدم سقوطه بالتراضي، وقيل: بكسرهما مأخوذ من الصَّدَق، لإشعاره بصدق رغبة الزوج في زوجه³، وجمعه أصدقة⁴، وصدُق.

قيل سمي الصداق بذلك، لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر.⁵

في الاصطلاح الشرعي عرف الصداق بعدة تعريفات منها:

عند الحنفية: المال الواجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو العقد.⁶

¹ - سورة النساء، الآية 4.

² - محمد الرازي، مختار الصحاح، الجزء الأول، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى، 1999م، ص 151.

³ - ابن منظور، لسان العرب، الجزء العاشر، الطبعة الثانية، 1982، ص 197.

⁴ - محمد قلعي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، الطبعة الثانية، 1988، ص 272.

⁵ - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء الرابع، دار المعرفة، الطبعة الأولى، 1997، ص 366.

⁶ - محمد أمين عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية 1386هـ، ص 230.

وعند المالكية: ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها.¹

وعند الشافعية: أنه ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً كرضاع، ورجوع شهود.²

وعند الحنابلة: أنه العوض في النكاح سواء سعي في العقد أو فرض بعده، بتراضيهما أو الحاكم، ونحوه: كوطء الشبهة، والزنا بأمة، أو مكروهة.³

كما عرف أيضا على أنه: "المال الواجب على الرجل للمرأة بعقد النكاح أو الوطء"⁴، ويطلق على الصداق أسماء أخرى مثل: المهر، والصَّدَقة، واليَحْلَة، والأَجْر، والفريضة، والغلائق، والعقر، والجَبَاء.⁵

وقد نظم بعض الفقهاء أسماء المهر في بيتين هما:

أسماء مهر مع ثلاثة عشر *** مهر صداق طول خرس أجر

عطية حباء علائق نحلّة *** فريضة نكاح صدقة عقر⁶

كما عرفت المادة 26 من مدونة الأسرة الصداق بأنه: "ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا

بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين،

وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية".

وقد حالف المشرع المغربي التوفيق في المادة السابقة لأن الصداق هو العطاء، والبذل

الذي يتكرم به الزوج على زوجته تحقيقا لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً...﴾⁷،

فالصداق ليس ثمنا لحل الاستمتاع ولا عوضا كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء، لأنه يرقى عن

معاني المعاوضة والبيع والشراء... فالغاية منه لا تنسجم مع هذه الألفاظ، فهو هدية لازمة

وعطاء من جانب الرجل للمرأة المشعر إياها بالرغبة الأكيدة في الارتباط بها وتعبير عن استعداده

للتضحية والبذل.

¹ - محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ الطبع، ص 293.

² - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 366.

³ - منصور الهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الخامس، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1982، ص 128.

⁴ - محمد أمين عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 100-101.

⁵ - عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الجزء الثاني، ص 136.

⁶ - أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قليوبي وعميرة، الجزء الثالث، دار الفكر، بدون طبعة، 1995، ص 1126.

⁷ - سورة النساء، الآية 4.

فالصداق واجب على الزوج، ولا يجب بأي حال من الأحوال على المرأة، ووجوب المهر على الرجل دون المرأة في الإسلام يعد تكريماً للمرأة وإعلاء لشأنها لتصل إلى بيت زوجها عزيزة الجانب عالية المكانة. ولما فيه من دلالة على طلب الزوج لها وصدق رغبته وبذل ما له في سبيل ذلك، فيحرص على صيانتها والمحافظة عليها، لأنه لم يستطيع أن يحظى بها إلا بعد أن بذل ما له في سبيل ذلك، فلا تتعرض الحياة الزوجية للتزايدات ويسر وسهولة.¹

كما عرف المشرع الجزائري الصداق بأنه الحق المالي الذي أوجبه الشارع على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها لإنشاء الأسرة، وذلك من خلال المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري والذي جاء فيها: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، في حين عرف المشرع الليبي الصداق في المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية وحدده في كل ما يبذله الزوج لزوجته من مال أو منفعة مشعر بالرغبة في الزواج، كما عرفه المشرع التونسي في الفصل 12 من قانون الأحوال الشخصية على أن كل ما كان مباحاً ومقوماً بمال تصلح تسميته مهراً وهو ملك للمرأة، وبذلك فالمشرع التونسي لم يركز على القيمة المالية للمهر بل ترك حرية الاتفاق بين الزوجين في خصوص طبيعة المهر وقيمته، على عكس المشرع العماني الذي نص عليه في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية على أن: "الصداق هو ما يبذله الزوج من مال بقصد الزواج".

ثانياً : الدليل على وجوب الصداق

استدل الفقهاء على وجوب المهر بالكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فمن قوله تعالى : ﴿وَأَنْتُمْ أَوْلَىٰ النَّسَاءِ صَدَقْتِهِنَّ نِحْلَةً﴾، وقوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ، أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْلِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ جُورَهُنَّ قَرِيبَةً﴾²، وقوله تعالى : ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا بَرَّضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾³ فقد أوجب الله سبحانه وتعالى بمقتضى هذه الآيات المهر على الزوج، فالآية الأولى تأمر الأزواج بمنح النساء

¹ - رمضان علي السيد الشرنياصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 349.

² - سورة النساء، الآية 24.

³ - سورة الأحزاب، الآية 50.

صُداقَتَهن نَحْلَة، أي عطية من الله للنساء بدون مقابل، كما وصف الله تعالى الصداق في الآيتين الأخيرتين بأنه فريضة وهذا دليل على وجوب الصداق.

وأما من السنة فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج وزوج بناته على الصداق ولم يتركه في النكاح مع أن الله تعالى أباح له الزواج بدون مهر، وقد قال للرجل الذي أراد الزواج وليس معه مال «التمس ولو خاتما من حديد»، ولو كان الصداق غير واجب لزوجته بدون مهر، وخلت بعض عقودها منه، ولكن ذلك لم يحصل فدل على وجوب الصداق.

كما روى البخاري عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن عبد الرحمن بن عوف جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، قال صلى الله عليه وسلم «كم سقت إليها» قال: زنة نواة من ذهب، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أولم ولو بشاة»¹، ومن السنة أيضا ما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من كشف خمارة امرأته، ونظر إليها وجب عليه الصداق، دخل بها أو لم يدخل»².

أما عن الإجماع فقد انعقد بين المسلمين من عصر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على أن المهر واجب للزوجة على زوجها ومسند هذا الإجماع ما سبق ذكره من الأدلة.

الفقرة الثانية : حكم الصداق

تقدم معنا بأن المهر واجب بمقتضى نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع المسلمين.

ويذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أن المهر وإن كان واجبا في الزواج، فإنه ليس بركن من أركان انعقاده، ولا حتى شرطا من شروط صحته، وإنما هو حكم من أحكام الزواج المترتبة عليه بعد تمامه وأثر من آثاره التي تثبت بعده³، وأن العقد ينعقد صحيحا ولو بدون ذكر المهر وتسميته في العقد. ولو كان المهر ركنا أو شرطا في الزواج لما صح العقد بدون مهر، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ

¹ - رواه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب الوليمة ولو بشاة، رقم الحديث 4872.

² - السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الوصايا، جماع أبواب إتيان المرأة، رقم الحديث 13413.

³ - بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 221.

قَرِيضَةً¹، فقد أباحت الآية الطلاق قبل الدخول وقبل المهر، ومعلوم أن الطلاق لا يكون إلا في الزواج الصحيح، ومن ثم فإنه إذا جاز الطلاق قبل الدخول وقبل تسمية المهر كان هذا دليلاً على صحة عقد الزواج بدون تسمية الصداق، وأن المهر ليس ركناً أو شرطاً في عقد الزواج².

ونتيجة لما سبق يذهب الجمهور إلى القول بأن الزواج بامرأة دون تسمية الصداق لها في العقد يعتبر زواجا صحيحا، ويعتبر صحيحا أيضا إذا سمي لها مالا يصلح أن يكون مهرا، أو حصل اتفاق بين الزوجين على أن يتزوجا بغير صداق، أو اشتراط الزوجان عدم المهر فإن العقد في هذه الصور يعتبر صحيحا والشرط باطلا، ويجب للزوجة في كل هذه الصور مهر المثل.

وذهب المالكية إلى القول بأن الصداق شرط صحة في الزواج، وعده بعض المالكية من الأركان، وهم لا يقصدون بذلك ضرورة ذكره في العقد، لأنهم يشاطرون رأي الجمهور في صحة زواج التفويض، وإنما قصدهم من ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط الصداق أو اشتراط عدمه من أحد الزوجين أو تسمية ما لا يصلح صداقا كالخنزير والميتة والخمر... فإذا حصل شيء من ذلك كان العقد فاسدا يتعين فسخه قبل الدخول ولا شيء فيه، وإذا حصل الدخول لم يفسخ ووجب فيه مهر المثل.

وهكذا نصت مدونة الأسرة في المادة 27 على أنه: "يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض.

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

وطبقا للمادة 60 فإنه يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوافر في الصداق شروطه الشرعية طبقا لما حددته المادة 28، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين.

وهكذا يكون الزواج فاسدا لصداقه يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل، وهو رأي المالكية كما أوضحنا ذلك سابقا.

¹ - سورة البقرة، الآية 236.

² - راجع: سعيد محمد الجليدي، المرجع السابق، ص 249.

ومتى كان الصداق حقاً للمرأة فإنه يجوز لها أن تبرئ الزوج منه وأن تتنازل عنه متى كانت بالغة رشيدة، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾¹.

الفقرة الثالثة : مقدار الصداق

نتعرض لأكثر المهر أولاً ، ولأقله ثانياً .

أولاً - أكثر المهر :

اتفق الفقهاء على أن الصداق ليس له حد أعلى يقف الناس عنده ولا يجوز تجاوزه، لأنه لم يرد عن الشارع ما يدل على تحديده بحد أعلى يقف عنده ولا يتعداه² . واستدلوا³ لما ذهبوا إليه من إطلاق الحد الأعلى للمهر بالقرآن والأثر، وذلك على النحو الآتي:

· قال تعالى: ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ إِسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَيْهِنَّ فِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَنًا وَإِثْمًا مُبِينًا ﴾⁴.

قال ابن كثير: "في هذه الآية دلالة على جواز الإصداق بالمال الجزيل"⁵، وقال القرطبي: "في الآية دليل على جواز المغالاة، لأن الله تعالى لا يمثل إلا بمباح"⁶، ثم ذكر إجماع العلماء على ألا تحديد في أكثر الصداق⁷، وقال الشوكاني - بعد ذكر الآية -: "وقع الإجماع على أن المهر لا حد لأكثره بحيث تصير الزيادة على ذلك الحد باطلة؛ للآية"⁸.

¹ - سورة النساء، الآية 4.

² - راجع: محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص 237.

³ - انظر: ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، دون ذكر تاريخ الطبعة، ص 470-473.

⁴ - سورة النساء الآية 20.

⁵ - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، الجزء الأول، دار طيبة، الطبعة الأولى، 2002م، ص 442.

⁶ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1993م، ص 66.

⁷ - نفس المرجع، ص 67.

⁸ - محمد الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء السادس، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 1993م، ص 191.

علماً أنه قد ورد في معنى القنطار أقوال متعددة¹، مدارها والحاصل فيها على أنه مال كثير.

ولقد روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أراد منع الناس من المغالاة في المهور فأراد أن يضع حداً أعلى لا يتجاوزه أحد فخطب في الناس قائلاً: "ألا لا تغالوا في صدقات النساء فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اصدق قط امرأة من نساءه ولا بناته فوق اثنتي عشر أوقية - من الفضة - فمن زاد على أربعمئة درهم شيئاً جعلت الزيادة في بيت المال"²، فقالت له امرأة من قريش: ليس ذلك إليك يا عمر، فقال: ولم؟ قالت لأن الله تعالى يقول: ﴿وَإِنْ آرَدْتُمْ إِسْتِبْدَالَ رَوْحٍ مَّكَانَ رَوْحٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدِيَهُنَّ فَنَطَاراً قَلِيلاً تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾³، فقال عمر: «اللهم عفوا كل الناس أفقه منك يا عمر»⁴.

وفي رواية أخرى قال عمر: «أخطأ عمر وأصاب امرأة».

فهذه الرواية المشهورة في الإسلام تدل على أن المهر ليس له حد أعلى يقف عنده وأن تحديده متروك لأصحاب الشأن، فالرجل حر في دفع ما شاء من الصداق، ولكن رغم ذلك نجد بأن السنة النبوية أرشدت الناس إلى عدم المغالاة في المهور حتى أنه قال: «إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤونة».

وعن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «خير الصداق أيسره»⁵.

¹ - انظر في ذلك: أبو بكر البهقي، السنن الكبرى، الجزء السابع، كتاب الصداق، باب لا وقت في الصداق كثر أو قل، الأحاديث: (14337-14340)، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2003م، ص 380-381. محمد الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، الجزء الثاني، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، 2006م، ص 219. الطبري، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، الجزء الثالث، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، دون ذكر تاريخ الطبعة، ص 199-201، الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، الجزء الأول، دار الأرقم، بيروت، الطبعة الأولى، دون ذكر تاريخ الطبعة، ص 328-329.

² - أنظر الخبر في كتب الحديث، ومنها سبل السلام، ج 3، ص 147.

³ - سورة النساء، الآية 20.

⁴ - محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، مرجع سابق، ص 167.

⁵ - أخرجه أبو داود عن عقبة بن عامر، وصححه الحاكم، وفيه دلالة على استحباب تخفيف الصداق وإن غير الأيسر على خلاف ذلك وإن كان جائزاً، راجع سبل السلام، ج 6 ص 313.

ثانيا - أقل المهر :

ولكن هل للصدّاق حد أدنى ؟ بعد اتفاق الفقهاء على أن الصّدّاق ليس له حد أعلى، اختلف الفقهاء حول الحد الأدنى للصدّاق، ويمكن إجمال آراء الفقهاء في هذا الموضوع في ثلاثة آراء :

الرأي الأول للحنفية، ويذهبون إلى القول أن أقل الصّدّاق عشرة دراهم أو ما يساويها، واحتج الأحناف بما روي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « لا مهر أقل من عشرة دراهم ».

كما استدلووا بدليل عقلي وهو أن المهر وجب إظهارا لمكانتها، فيلزم ألا يقل عن عشرة دراهم التي هي نصاب الحد في السرقة.

والرأي الثاني لفقهاء المالكية، ويقولون بأن أقل الصّدّاق ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الفضة، واحتج مالك بما ورد أن عبد الرحمن بن عوف تزوج على وزن نواة من الذهب وهو يساوي ربع دينار، ولما أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك قال له : «بارك الله لك أولم ولو بشاة»¹.

الرأي الثالث للشافعية والحنابلة، ويرون بأن أقل المهر لا حد له، فيصح بكل ما له قيمة مهما قلت هذه القيمة، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ﴾²، فالأموال في الآية وردت مطلقة غير مقيدة بمقدار معين، ومقتضى هذا الإطلاق أن يكون المهر في الزواج ما يطلق عليه اسم المال قليلا كان أو كثيرا³.

وروي عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : «لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يديه طعاما كانت له حلالا»⁴.

وقد نصت المدونة في المادة 26 على أن الأساس الشرعي للصدّاق هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية، كما أن المادة 28 نصت على أن المطلوب شرعا هو تخفيف الصّدّاق.

¹ - محمد الشوكاني، مرجع سابق، ص 209.

² - سورة النساء، الآية 24.

³ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 186.

⁴ - محمد الشوكاني، مرجع سابق، ص 309.

وبهذا تكون المدونة قد سايرت رأي الجمهور في عدم تحديد حد أعلى للمهر، وخالفت رأي الإمام مالك بالنسبة للحد الأدنى للصدّاق، وأخذت برأي الشافعية والحنابلة.

ولئن كان هذا هو الرأي الراجح من الناحية الفقهية إلا أنه من الناحية الواقعية طغى جانب المغالاة أكثر مما قاله الفقهاء جميعاً، ونسى الناس أن الإسلام ينهى عن المغالاة في المهور، لأن فيه إحراج للناس وتضييق عليهم، ويؤدي بالشباب إلى العزوف عن الزواج، وبالتالي تكثير الفاحشة في المجتمع، والأفضل ألا يزيد المهر على ما أصدق به رسول الله صلى الله عليه وسلم بناته ونسائه، ويبقى للعرف الدور الكبير في تحديد قدره.

الفقرة الرابعة : ما يصلح أن يكون صدّاقاً

نصت المادة 28 من مدونة الأسرة على أنه: "كل ما صح التزامه شرعاً، صلح أن يكون صدّاقاً"، ويتضح لنا من النص السابق أن الصدّاق إما أن يكون مالا، أو ما هو في حكم المال من المنافع والخدمات المتقومة، والشرط في اعتبار الأموال والمنافع صدّاقاً هو أن يكون مما يصح التزامه شرعاً كما ورد النص عليه في القانون المغربي، وعليه لا يصح أن يكون مهراً كل ما ليس بمال ولا يتقوم بمال في ذاته كالميتة والدم... الخ، أو كان مالا ولكنه غير متقوم في حق المسلم كالخمر والخنزير حتى ولو كانت الزوجة كتابية، ولا يصح المهر أيضاً إذا كان غير مقدور على تسليمه كالضائع، وما ليس في الحيازة كالطير في الهواء والسماك في البحر.

وبصفة عامة فإن الأشياء التي تصلح بأن تكون مهراً في عقد الزواج هي:

أ - الأموال : يقصد بالأموال هنا الأشياء المادية التي لها قيمة اقتصادية¹، كالنقود والذهب - وهو الغالب عندنا في مجتمعنا المغربي - أو الأحجار الكريمة... أو كان عقاراً كقطعة أرض أو منزل، أو كان منقولاً كسيارة أو ثوب فاخر أو حيوان كدابة للركوب أو قطيع من الغنم... الخ.

كما يقصد بالأموال الخدمات والحقوق المعنوية المقومة بالمال، من أمثلة الخدمات نذكر استعمال سيارة الزوج، أو استغلال أرض أو منزل بالإيجار، أو إنجاز لمصلحتها تصميم بناء أو يتولى الدفاع عنها في قضية أمام القضاء... أو أن يقوم بإدارة أموالها لمدة معينة، أو أن يصدقها الأصل التجاري أو براءة الاختراع أو حق ملكية أدبية أو فنية....

¹ - راجع : أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 130.

ب - المنافع التي لا تقدر بمال : وذلك كأن يجعل الزوج مهر زوجته بأن لا يتزوج عليها أو بأن تبقى مع أهلها ولا ينقلها إلى بلد آخر وما أشبه ذلك، فهذه المنافع لا تصلح بأن تكون مهرا عند جمهور الفقهاء، لأنها لا تقدر بمال وإن كانت تشكل منفعة للزوجة، لكن نص المادة 28 من مدونة الأسرة تفيد بأن مثل هذه المنافع يصح أن تكون مهرا وإن كانت لا تقوم بمال مادام يصح الالتزام بها شرعا .

الفرع الثاني : أنواع الصداق

يختلف الصداق الواجب في الزواج تبعا لاتفاق الطرفين المتعاقدين، فقد يتفقان على تسمية صداق معين ويسمى بالصداق المسمى، وقد لا يسمى للزوجة صداقا بل يفوض تحديده فيما بعد لأحد الزوجين أو لغيرهما أو كون العقد فاسدا لصداقة حيث يحدد في الحالتين صداق المثل وهذا ما نتعرض له في الفقرتين التاليتين :

الفقرة الأولى : الصداق المسمى

وهو الذي اتفق عليه الطرفان في العقد نقودا أو ذهباً أو منفعة شيء، أو ما إلى ذلك من الأشياء التي تصلح أن تكون صداقا¹.

ويعتبر من جملة المهر في العقد ما جرى عليه عرف الناس بتقديمه للزوجة قبل الزفاف، وقد جرى العرف على تقديم شيء من اللباس أو الطعام أو الحلية، ومادام قد اشترى بين الناس لزم أدائه لأنه بمنزلة الصداق المسمى، فالمعروف عرفا كالمشروط شرطا، ولكن يسقط هذا الحق بالتنازل عنه من قبل الزوجة إن كانت رشيدة .

هذا، وقد يعلن المتعاقدان أمام الشاهدين العدلين مبلغا مرتفعا للمهر بقصد المباهاة والتفاخر أمام الناس ، بينما يتفقان سرا على مبلغ أقل، وفي هذه الحالة يعتبر الصداق المستحق للزوجة هو المتفق عليه سرا دون المعلن عنه في العقد، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء وهو ما تؤكد أيضا القواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود المغربي وخصوصا الفصل 22 منه، ولكن يشترط لتطبيق هذا الاتفاق إخبار الزوجة بذلك، وإذا لم يتم إخبارها فالاتفاق السري لا يحتج به عليها.

¹ - يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 224.

الفقرة الثانية : صداق المثل

أما صداق المثل فيقصد به الصداق الذي يدفع للمرأة التي تماثل الزوجة من أسرة أبيها، أو ما يدفع عادة صداقا لنظائرها من نساء أهلها .

وتكون المماثلة فيما يعتد به من صفات الزوجة التي يرغب فيها من أجلها بحيث يختلف المهر باختلافها كالسن، والجمال، والتدين، والأدب، والعقل، والتعليم، والبكارة، والثبوبة، وكونها ولودا، أو عقيما، والبلد الذي تعيش فيه وغير ذلك من الصفات المرغوبة، فإن لم توجد من تماثلها من أسرة أبيها في الأوصاف المذكورة اعتبر مهر المثل امرأة من أسرة تماثل أسرة أبيها من أهل بلدها .

كما أنه يراعى حال الزوج أيضا وماله من أوصاف تدفعه إلى بذل مهر مرتفع أو منخفض، لأن ذو الفضل المشتهر بالصفات الحميدة يرغب فيه أكثر من غيره.

كما يراعى أيضا المستوى العام للمهور حسب العادات والتقاليد لبلد الزوجة.

ويجب مهر المثل للزوجة في الأحوال الآتية :

1 - إذا سمي للزوجة صداق مما لا يصح الالتزام به شرعا كالخمر أو كان مما لا يصح الانتفاع به شرعا، فإذا حصل الدخول بالزوجة فإنها تستحق صداق المثل، وقبل الدخول يفسخ العقد ولا تستحق الزوجة شيئا من الصداق طبقا للمادة 60 من مدونة الأسرة.

2 - في حالة نكاح التفويض، ويكون التفويض عندما يدخل الطرفان المتعاقدان مسألة تحديد المهر لأحدهما أو للغير، فإذا فوضت الزوجة أو الولي للزوج بتقدير الصداق وتعسف في التقدير وأعطى لها صداقا يقل عن صداق أمثالها، فإن الزوجة تستحق حتما صداق المثل، وتراعي المحكمة عند تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين، وقد تعرض المشرع المغربي لزواج التفويض في المادة 27 من مدونة الأسرة عندما نصت على أنه: "يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض.

إذا لم يترضى الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض، فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين"، كما تعرضت لهذا المقتضى أيضا المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري من خلال النص على استحقاق الزوجة صداق المثل في حالة عدم تحديد قيمة الصداق.

هذا وقد نص المشرع الليبي في المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية في حالة عدم تسمية الصداق للزوجة على أنها تستحق متعة لا تزيد عن نصف مهر مثلها.

3 - حالة السكوت عن الصداق أثناء إبرام العقد وعدم التعرض له نهائيا، حيث تستحق الزوجة صداق المثل، فالذي يفسد الزواج هو الاتفاق على إسقاط الصداق، أما السكوت فلا يضر وهو أمر جائز في الشريعة الإسلامية .

وجدير بالإشارة إلى أن الواقع العملي يؤكد بأن مسألة صداق المثل لا تتأثر في القانون المغربي لأن المدونة أوجبت تسمية المهر رسميا في عقد الزواج من طرف الشاهدين العدلين المكلفين بتوثيق عقد الزواج وذكر شروط صحته.

الفرع الثالث: أحوال الصداق

نصت المادة 32 من مدونة الأسرة على أنه: " تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله.

لا تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء.

تستحق الزوجة الصداق قبل البناء:

1- إذا وقع فسخ عقد الزواج؛

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

في الزوج؛

3- إذا حدث الطلاق في زواج التفويض".

وانطلاقا من المادة السابقة فإن للصداق ثلاثة أحوال، فالزوجة قد تستحق الصداق

كاملا، وقد تستحق نصف الصداق فقط، وقد لا تستحق شيئا من الصداق، وعلى ضوء ما

سبق نقسم الدراسة لأحوال الصداق إلى ثلاث فقرات كالتالي:

الفقرة الأولى: استحقاق الزوجة الصداق كله

تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء (أولا) أو الموت قبله (ثانيا)

أولا - استحقاق الزوجة للصداق كاملا بالبناء :

والبناء قد يكون بناء حقيقيا وقد يكون حكما

1 - البناء الحقيقي :

ويقصد بالدخول أو البناء الحقيقي اتصال الزوج بزوجه اتصالاً جنسياً، فبمجرد أن يجامع الزوج زوجته بعد العقد ولو قبل إقامة حفل الزفاف يجب عليه الصداق كاملاً¹، وذلك تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿بِمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَكَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً...﴾²

وقد يكون الصداق الكامل الذي تستحقه الزوجة بالبناء هو مهر المثل، وذلك في حالة ما إذا كان العقد فاسداً لصداقه، أو لم يتعرض فيه المتعاقدان إلى تحديد الصداق.

2 - الدخول الحكمي : ويرى الإمام مالك بأن الخلوة الصحيحة لا يتأكد بها وجوب المهر كله للزوجة، فإذا اختلى الزوج خلوة صحيحة وهو ما يعبر عنه بالدخول الحكمي في مكان يأمنان فيه عدم اطلاع الغير عليهما وليس بأحدهما مانع حسي أو طبيعي أو شرعي يمنع من المعاشرة الزوجية ثم طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المهر تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ...﴾³

فالمس كناية عن الاتصال الجنسي، لذلك فالخلوة وحدها بدون اتصال جنسي لا يؤكد المهر كله للزوجة... ولكن الخلوة الصحيحة توجب العدة على المرأة إذا حصل الطلاق بعدها، ولو تصادقا على عدم الاتصال الجنسي لأن العدة حق الله تعالى، فلا يسقط باتفاق الزوجين على نفي الاتصال الجنسي مع اعترافهما بالخلوة.

ولكن إذا وقع الاختلاء واختلف الزوجان في حدوث الاتصال الجنسي بينهما فهنا يتعين التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى : إذا اعترف الزوج بالاتصال الجنسي بزوجه فهنا يتعين عليه أن يدفع الصداق كاملاً للزوجة ولو كذبت في اعترافه .

الحالة الثانية : إذا أنكر الزوج الاتصال الجنسي وادعت هي هذا الاتصال الجنسي تصدق الزوجة بيمينها، وإذا امتنعت عن الحلف حلف الزوج لرد دعواها ولزمه نصف الصداق عند

¹ - راجع: ابن معجوز، المرجع السابق، ص 129.

² - سورة النساء، الآية 24.

³ - سورة البقرة، الآية 237.

الإمام مالك، وإن امتنع هو عن اليمين لزمه الصداق لأن الخلوة بمنزلة شاهد ونكوله عن حلف اليمين بمنزلة شاهد آخر.¹

وهكذا استقر القضاء المغربي على أحكام المذهب المالكي في هذا المجال إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى ما يأتي: "مرافقة الزوجة في السفر والتنقل بها يعتبر شاهدا عرفيا يؤيد التلقية المدلى بها لإثبات الخلوة، والقول قولها في ادعاء المسيس بعد يمينها ..."².

كما أيد المجلس الأعلى حكما استئنافيا قضى للمطلقة قبل الدخول بكل الصداق معلا قضاءه بما يأتي: "حيث إن تقدير الحجج خاضع لسلطة المحكمة، وأنه يتبين من دراسة الملف أن المستأنف عليها قد أصبحت ثيبا حسب الحجة (شهادة طبية) وحيث ثبت تبادل الزيارة بين المستأنف والمستأنف عليها حسب الحجة (لفيف) وحيث إن العادة الجارية الآن هو اتصال العاقدین للزواج في يوم العقد، وقليل من لم يتصل أو نادر، والنادر لا حكم له وحيث إن العادة محكمة، وأن الدخول ثبت منذ زيارتها له في داره إذ أنه مظنة الدخول هو الاختلاء وليس مقصورا على وليمة الزفاف فحسب"³.

ثانيا - موت أحد الزوجين:

موت أحد الزوجين سبب لاستحقاق المهر كله، سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا وسواء تم البناء أو لم يتم، فإذا مات الزوج أخذت الزوجة الصداق كله ويبدأ بتسديد الصداق عند توزيع التركة لأنه يعتبر من الديون، وإذا ماتت الزوجة قبل زوجها أخذ ورثتها ذلك المهر، ويأخذ الزوج نصيبه منه لأنه وارث فيأخذ حصته من هذا الميراث.

كما تبني المشرع الليبي بدوره تأكيد المهر بالموت في المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية، وأيضا المشرع الجزائري في المادة 16 من قانون الأسرة، ونصت المادة 52 من القانون الإماراتي على ما يلي: "يجب المهر بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول أو الخلوة الصحيحة أو الوفاة، ويحل المؤجل منه بالوفاة أو البينونة".

¹ - راجع المغني، ج 6، ص 251.

² - قرار صادر عن المجلس الأعلى، بتاريخ 26 ماي 1977، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 139.

³ - قرار المجلس الأعلى، عدد 226 ملف رقم 47508 بتاريخ 1975/12/8 أشار إليه ذ. أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 139، هامش 162 ب.

الفقرة الثانية: استحقاق الزوجة لنصف الصداق

تستحق الزوجة نصف الصداق في حالة واحدة وهي طلاق الزوج لزوجته قبل الدخول اختياراً، أي قبل الوطء، وكان الزوج قد فرض لها صداقاً مسمى معلوماً، وكان عقد الزواج صحيحاً، فإن الزوجة في هذه الصورة تستحق نصف الصداق مصداقاً لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾¹، حيث أوجب الله تعالى للزوجة التي طلقها زوجها قبل المسيس - أي الدخول الحقيقي - نصف المهر المفروض، أي المقدر تقديراً صحيحاً.

ويشترط أن يكون الطلاق باختيار من الزوج، وإذا لم يكن باختياره لم يجب للزوجة شيء، كما إذا ردها لعيب فيها، أو ردها في لعيب فيه، أو تم التطليق بطلب من الزوجة، أو كان الطلاق ملكاً للزوجة، ففي مثل هذه الصور لا تستحق الزوجة شيئاً من الصداق²، وقد أخذت المدونة برأي الإمام مالك عندما نصت في المادة 32 على أنه: "... تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء ...".

وخلاصة القول إن تصنيف الصداق وفقاً لنصوص مدونة الأسرة والراجع أو المشهور من مذهب الإمام مالك يتوقف على توافر الشروط الآتية:

- 1 - يجب أن يكون عقد الزواج صحيحاً، فإذا كان فاسداً لا تستحق الزوجة شيئاً من الصداق؛
- 2 - أن يتم الطلاق قبل البناء والدخول؛
- 3 - أن يكون الطلاق باختيار من الزوج؛
- 4 - أن يكون الصداق مسمى ومحدداً بين الطرفين سواء كان محدداً في العقد أو في اتفاق لاحق عليه.

وجدير بالإشارة أن الزوجة إذا كانت قد حازت الصداق من الزوج كله ثم طلقت قبل الدخول فإنها ترد له النصف، وإذا لم تقبض الصداق بعد فلها أن تطالبه بالنصف، وإذا هلك بغير خطأ ممن هو تحت يده تحملاً معاً للخسارة.

¹ - سورة البقرة، الآية 237.

² - سعيد محمد الجليدي، المرجع السابق، ص 288.

وإذا تصرفت الزوجة في الصداق كله كما إذا اشترت فراشا أو أثاثا ثم طلقت قبل الدخول، وطالبها الزوج بنصف الصداق، فلها أن تدفعه له من ذلك الأثاث أو الفراش... ولكن القرآن الكريم يدعو الزوجين إلى المسامحة... فللزوجة أن تغفو أو وليها أن يعفو- إذا كانت دون سن الرشد القانوني -، أو يعفو الزوج عن النصف الباقي من الصداق كتعويض عن ألم الفراق في بداية الحياة الزوجية وفي ذلك يقول تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَغْفِرَ أَوْ يَغْفِرَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَغْفِرَ أَفْرَبَ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾¹.

الفقرة الثالثة: عدم استحقاق الزوجة للصداق

لا تستحق الزوجة أي صداق في الحالات الثلاث الآتية :

- 1 - إذا طلقها الزوج قبل الدخول وقبل أن يسمي لها صداقا.
 - 2 - إذا طلقها قبل الدخول وكان الطلاق بغير اختيار الزوج، كما إذا اتضح له بأن الزوجة فيها عيب يعطيه الحق في الرد وأورده هي لعيب فيه قبل الدخول.
 - 3 - إذا فسخ النكاح قبل الدخول، ويقصد بالفسخ كل فرقة يراد بها نقض العقد أما بسبب خلل قديم، أو خلل طارئ يمنع بقاءه... كما إذا تزوج الشخص بأخته من الرضاع
- وقد أشارت المدونة إلى هذه الحالات في المادة 32 السابق الإشارة إليها.

الفرع الرابع: تعجيل الصداق وتأجيله

الصداق المعجل هو الذي يتفق الطرفان على أدائه عند العقد أو عند الدخول²، ويسمى بمقدم الصداق، كما يطلق عليه الفقهاء "النقد".
أما الصداق المؤجل فهو الذي اتفق الطرفان على أدائه بعد الدخول، ويسمى أيضا بمؤخر الصداق أو الكال.

¹ - سورة البقرة، الآية 237.

² - راجع: محمد بن معجوز، المرجع السابق، ص 126.

وقد تحدثت المدونة عن حكم هذين النوعين من الصداق وذلك في المادة 30 الذي تنص على أنه : "يجوز الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلا أو بعضاً".

فالصداق يجوز أن يكون كله مؤجلاً، كما يجوز تأجيل بعضه فقط وتعجيل البعض الآخر، أو تقسيطه إلى أقساط محددة.

هذا وقد اشترط فقهاء المالكية في تأجيل المهر بأن يكون الأجل معلوماً، كأن يتفق على أن يؤدي الزوج الصداق أو الكأى منه بعد سنتين أو ثلاث سنوات مثلاً، فتأجيل دفع الصداق بوقت بعيد جداً كخمسين سنة فأكثر يتضمن التحايل لإسقاط المهر.

ويكره عند المالكية بأن يكون الصداق كله مؤجلاً ويستحسن عندهم تقديم شيء من الصداق قبل الدخول، ويحق لها أن ترفض الدخول بها حتى يمنحها عاجل صداقها، ولا تعد بذلك مخلة بحق الزوج، كما يحق لها أن تقبل الدخول بتمكين نفسها للزوج قبل القبض على أن يبقى الصداق المؤجل ديناً في ذمة الزوج يؤديه لها فيما بعد.

وقد تأثرت مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 برأي الإمام مالك حيث كانت تنص في الفصل 21 على ما يلي: "ليس للزوج أن يجبر زوجته على البناء حتى يمكنها من حال صداقها، فإذا سلمت نفسها له ليس لها بعد ذلك إلا المطالبة بالصداق كدين في الذمة ولا يترتب الطلاق عن تعذر الوفاء به".

وكان هذا النص محل انتقاد¹ لأنه كان يمكن للزوج إجبار زوجته على الدخول بها والاتصال بها جنسياً متى مكنتها من حال صداقها بالقوة والجبر، وهذا أمر يتنافى مع مقاصد وأهداف عقد هو ميثاق ترابط وتماسك شرعي قوامه المحبة والود والسكينة وليس الجبر في مسألة ذات حساسية خاصة بالنسبة للمرأة والرجل على حد سواء، وهي مسألة المساكنة الشرعية والاتصال الجنسي بينهما والتي لا تكون إلا بالمشاركة الوجدانية وليس بتحقيق رغبة لطرف دون آخر تحقيقاً لقول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾².

وحسناً فعلت مدونة الأسرة بإلغائها لمقتضيات الفصل 21 من مدونة الأحوال الشخصية، ونصت في المادة 31 على أنه: "يؤدي الصداق عند حلول الأجل المتفق عليه.

¹ - إدريس الفاخوري، الإجبار الممارس على المرأة المغربية في الزواج وقضايا الطلاق، مداخلة منشورة في كتاب النساء ودولة الحق والقانون، من إعداد كرسي اليونسكو: "المرأة وحقوقها"، سلسلة الندوات رقم 1، دار القلم بالرباط 2004، ص 75.

² - سورة النساء، الآية 19.

للزوجة المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية.

إذا وقعت المعاشرة الزوجية قبل الأداء، أصبح الصداق ديناً في ذمة الزوج¹.

ويستفاد من هذا كله أن تعجيل الصداق قبل الدخول هو حق للزوجة، ولهذا يجوز لها إسقاط هذا الحق بالتنازل عنه، وهذا ما يستفاد فعلاً من المادة 29 من المدونة التي تنص على أن الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حق للزوج في مطالبتها... وإن كان المالكية يرون كما سلف الذكر أنه يكره لها بأن تمكن زوجها من الدخول بها قبل أن يسلمها ربع دينار الذي هو أقل الصداق عندهم.

ونظراً لما لكالي الصداق من أهمية، فقد وفر له المشرع حماية خاصة، إذ لا يخضع لأي تقادم حسب مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 33 من مدونة الأسرة.

إضافة إلى أنه من الديون الممتازة حسب مقتضيات الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود، وهذا ما أكدته ابتدائية الجديدة² في حكم صادر لها جاء فيه ما يلي: "...وحيث إن الصداق حق للزوجة تتصرف فيه كما شاءت ويبقى المؤجل منه ديناً ممتازاً في ذمة الزوج لا يسقط إلا بالوفاء".

وغالباً ما يتم التنصيص في عقد الزواج على ما إذا قد بقي متخلفاً بذمة الزوج جزء من كالي الصداق، أم أن الزوجة قد تسلمته بمجموعه، كما يبين ذلك عقد الزواج³ التالي: "...على صداق مبارك قدره ثلاثة وثلاثون ألف (33000) درهم مقدمة، قبضته الزوجة المذكورة من الزوج المذكور قبضاً تاماً، اعترافاً والمؤجل مليون (1.000.000) درهم يؤديه لها بحكم الحلول وسبيله..."، وكذلك عقد الزواج³ الذي ورد فيه: "...الحل للزواج الخالية من موانعه على صداق مبارك قدره، أربعة آلاف وخمسمائة (4500) درهم كله مؤجل ما زال بذمة الزوج لها حلولاً بإقراره..."

الفرع الخامس: ملكية الزوجة للصداق

اختلف الفقهاء حول ملكية الزوجة للصداق، هل تتصرف فيه كيف شاءت، أم من حق الزوج أن يطالبها بالجهاز في حدود ما تقبضه من المهر، ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الصداق

¹ - حكم صادر عن ابتدائية الجديدة رقم 226، ملف رقم 06/829/2 بتاريخ 2007/03/19 (غير منشور).

² - عقد زواج ضمن بسجل الزواج رقم 128 عدد 205 صفحة 164 بتاريخ 2009/03/24 توثيق وجدة.

³ - عقد زواج ضمن بسجل عقود الزواج رقم 128، عدد 180 صفحة 144 بتاريخ 2009/03/18 توثيق وجدة.

ملك خاص للمرأة وحق من حقوقها تفعل به ما شاءت، وتتصرف فيه كيفما أرادت، من هبة للزوج أو غيره، أو تأثيث المنزل، أو تحتفظ به لنفسها، وعليه فإعداد جهاز البيت ليس واجبا عليها، وليس من حق الزوج أن يلزمها به، وإذا جاءت به إلى بيت الزوجية فإن ذلك يعتبر تبرعا وتكرما منها،¹ وحجتهم في هذا الرأي من الكتاب والسنة والقياس.

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَسَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾² فالخطاب في هذه الآية للأزواج، قال ابن عباس وقتادة وابن زيد وابن جريج، أمرهم الله تعالى بأن يتبرعوا بإعطاء المهور نحلة منهم لأزواجهم، وقيل الخطاب للأولياء قال أبو صالح، وكان الولي يأخذ مهر المرأة ولا يعطيها شيئا، فنهوا عن ذلك، وأمرُوا أن يدفعوا ذلك إليهن، قال في رواية الكلبي: إن أهل الجاهلية كان الولي إذا زوجها، فإن كانت معه في العشيرة لم يعطيها من مهرها كثيرا ولا قليلا، وإن كانت غريبة على بعير إلى زوجها، ولم يعطيها شيئا غير ذلك البعير فترلت الآية³.

فهذه الآية حسب القرطبي تدل على وجوب الصداق للمرأة وهو مجمع عليه، ولا خلاف فيه إلا ما روي عن بعض أهل العلم من أهل العراق، أن السيد إذا زوج عبده من أمته لا يجب فيه صداق.⁴

ومن السنة ما رواه البخاري ومسلم عن سهل بن سعد في حديث الواهبة نفسها للنبي صلى الله عليه وسلم وفيه «أن رجلا من أصحابه قال: يا رسول الله، إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنها، فقال صلى الله عليه وسلم: هل عندك من شيء؟ فقال: لا والله يا رسول الله، ولكن هذا إزارك (قال سهل: ما له رداء) فلها نصفه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما تصنع بإزارك، إن لبسته لم يكن عليها منه شيء، وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء...»، ثم زوجها له صلى الله عليه وسلم بما معه من القرآن، فهذا يدل على أن الصداق كله للمرأة، ولا يبقى للرجل فيه شيء.

ومن القياس، فلأنه عقد تملك به المرأة العوض وهو المهر، فاستحقته كاملا قياسا على

¹ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، دون ذكر الطبعة ولا سنة الطبع، ص 289.

² - سورة النساء، الآية 4.

³ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، والمبين لما تضمنه من السنة وآي الفرقان، الجزء السادس، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 2006، ص 45.

⁴ - القرطبي، مرجع سابق، ص 46.

عقد البيع، فيكون التصرف فيه لها، لأنه ملكها كسائر أملاكها، فنماؤه وفائدته لها، وزكاته ونقصه وضمانه عليها، لأن ذلك كله من توابع الملك، وعليه فلا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى القول بأن الصداق ليس ملكا خاصا للزوجة، بل هو مبلغ يدفعه الزوج لزوجته لتستعين به على تجهيز بيت الزوجية، في حدود ما تقبضه من الصداق قبل الدخول، ولا يحق لها أن تصرفه في غير ذلك مثل قضاء الدين أو غيره، لأن العرف جرى على أن ما يدفعه الزوج لزوجته، لا يعتبر كله صداقا في مقابلة الزواج، وإنما هو عبارة عن مبلغ تستعين به المرأة على شراء ثيابها، وتشوير بيت الزوجية، من متاع وفراش وأثاث وغير ذلك.¹

قال ابن عاصم :

وبسوى الصداق ليس يلزم *** تجهز الثيب من يحكم

وأشهر القولين أن تجهز *** له بكالئ لها قد حوزا²

وإذا لم تقبض شيئا من الصداق قبل الزفاف فلا يحق للزوج مطالبتها بأي شيء إلا في حالتين :

أ- إذا اشترط عليها زوجها ذلك في عقد النكاح، لأن العقد شرعية المتعاقدين، ولما روى البخاري معلقا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «المسلمون عند شروطهم».

ب- إلا إذا كان العرف يقضي بتجهيز المرأة بيت الزوجية لأن العادة شرعية محكمة والمعروف عرفا كالمشروط شرطا.³

المشرع المغربي أخذ بمذهب الحنفية والحنابلة سواء في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أو في مدونة الأسرة، الذي يعتبر أن الصداق ملك خاص للمرأة، تتصرف فيه كيف شاءت، وبالطريقة التي ترضيها، ولا يحق للزوج مطلقا أن يطالبها بأثاث أو مفروش أو لباس عوضا عن الصداق، ويكون المشرع بذلك خالف المذهب المالكي،⁴ ولعل الهدف الذي توخاه المشرع من عدم مطالبة المرأة بشيء من الجهاز مقابل الصداق، هو تغيير الأعراف السائدة في بعض المناطق

¹ - عبد الله بن الطاهر السوسي، مرجع سابق، ص 130.

² - أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 444.

³ - عبد الله بن الطاهر السوسي، مرجع سابق، ص 128 وما بعدها.

⁴ - عبد العزيز الفيلالي أمين، الزواج في التشريع المغربي طبقا لمدونة الأحوال الشخصية، دار الطباعة الحديثة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 1967، ص : 42.

حول تجهيز البيت، ومن يقوم به، وما ينشأ عن ذلك من خلافات، وكذا محاولة منه التخفيف من المغالات في الصداق وما يقع بمناسبة الزواج من منافسات بين الأسر في التجهيز¹.

وهكذا نصت مدونة الأسرة في المادة 29 على أنه: "الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه".

فالصداق إذن ملك للزوجة، تتصرف فيه بكامل إرادتها وكيف شاءت، ولا دخل للزوج أو الولي أو غيرهما فيه، كيفما كانت قيمته فهي المالكة لذلك، ولها الحق في هبته والتنازل عنه لزوجها أو لغيره، دون أي قيد إذا كانت لها أهلية التبرع طبقا للفصول من 340 إلى 346 من قانون الالتزامات والعقود والمادة 210 من مدونة الأسرة.

وتجدر الإشارة إلى أن المرأة تملك الصداق بمجرد العقد، ويدخل في ضمانها -إذا كان معيناً وكان العقد صحيحاً- بمجرد إبرام الزواج، بحيث إذا هلك أو ضاع، فإن الزوجة هي التي تتحمل نتيجة ضياعه أو هلاكه، ولا يضمنه الزوج لها، ولو كان ما يزال لم يدفعه لها، أما إذا كان الصداق غير معين، كقدر من النقود، أو كان الزواج فاسداً، فإن الصداق لا يدخل في ضمان الزوجة إلا من تاريخ توصلها به، بحيث إذا هلك قبل أن يمكن الزوجة منه، فإنه هو الذي يتحمل نتيجة ذلك، ويجب عليه أن يؤديه للزوجة².

المشرع الجزائري بدوره اعتبر الصداق ملكاً للزوجة وهذا ما تضمنته المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

وأيضاً نص عليه الفصل 12 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقوله: "كل ما كان مباحاً ومقوماً بالمال تصلح تسميته مهراً، وهو ملك للمرأة".

كما أن قانون الأحوال الشخصية اليمني نص على ذلك في المادة 33 التي جاء فيها: "المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، فهو خالص لها يمكنها أن تتبرع أو تتنازل عنه بكامله أو بعضه سواء لزوجها أو لغيره شريطة أن تكون كاملة الأهلية"³.

¹ - محمد بن معجوز، مرجع سابق، ص 107.

² - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وأثاره، الولادة ونتائجها، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، طبعة 2006، ص 90.

³ - قانون رقم 20 لسنة 1992 بشأن الأحوال الشخصية اليمنية وتعديلاتها، وزارة شؤون الخارجية، سبتمبر 2003.

الفرع السادس : اختلاف الزوجين حول الصداق

منازعات الزوجين حول الصداق لا تقتصر فقط حول مقداره، بل قد تمتد إلى وقت أدائه إذا كان بعضه معجلاً، والبعض الآخر مؤجلاً، وقد يكون النزاع حول قبضه كلاً أو بعضاً... الخ.

والواقع أن مثل هذه الاختلافات كانت متصورة قبل صدور مدونة الأحوال الشخصية، أما بعد صدور المدونة فإنها تستلزم كتابة عقد الزواج من طرف شاهدين عدلين مع تضمين رسم الزواج وجوباً مبلغ المهر، وما إذا كان معجلاً أو مؤجلاً، لذلك فلا مجال للخلاف حول هذه الأمور، وهذا ما يؤكد أحد الأحكام القضائية الذي جاء فيه: "ما دام أن ما ضمن بعقد الزواج هو حجة قاطعة على قبض الزوجة لصداقها نظراً للقيمة الثبوتية التي منحها المشرع للعقود الرسمية ومنها عقد الزواج دون الاستجابة لطلبها توجيه اليمين الحاسمة للزوج لعل أنه بالرجوع إلى رسم الزواج يتبين أن الزوجية قد قبضت كامل الصداق..."¹.

إلا أن الخلاف الذي قد يثور بين الزوجة أو وليها من جهة والزوج أو من يهيمه أمر الصداق كالورثة مثلاً من جهة أخرى يتعلق بمسألة قبض المهر، خصوصاً وأن الصداق قد لا يدفع أمام الشاهدين العدلين لا سيما المؤجل منه.

فإذا ادعى الزوج بأنه قد أعطى لزوجته كل المهر أو جزء منه، وأنكرت الزوجة ذلك، فإن الجمهور يرى بأن القول قولها يمينها ما لم يثبت الزوج أنه أوفاهما كل المهر أو المعجل منه ببينة، لأن الزوج بمجرد العقد الصحيح صار مديناً للزوجة بالمهر فلا تبرأ ذمته إلا بالبينة حتى يقوم الدليل على خلافه ... وإذا امتنعت الزوجة عن اليمين قضى عليها بنكولها وحكم للزوج بما يدعيه .

أما الإمام مالك فإنه يرى بأن القول قول الزوجة قبل الدخول بيمين، أما بعد الدخول فإن القول قول الزوج² مع يمينه، لأن الغالب أن الزوجة لا ترضى بالدخول إلا بعد قبض المهر،

¹ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالحسيمة عدد 580 في الملف رقم 12/07/25 بتاريخ 2012/10/23 أورده إدريس الفاخوري، المنازعات الأسرية أمام قضاء الموضوع ومحكمة النقض، مرجع سابق، ص 234.

² - وفي بداية المجتهد لابن رشد، "قال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول، وقال بعض أصحابه إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها أبداً، والقول بأن القول قولها أبداً أحسن لأنها مدعى عليها. ولكن مالك رأى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج" الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 27.

ولهذا ما لم يثبت خلاف ذلك كما إذا كان العرف يقضي في البلد بتأخير المهر عن الدخول أو وجد مع الزوجة مستند...الخ.

وقد أخذت مدونة الأسرة برأي الإمام مالك حين نصت في المادة 33 على أنه: "إذا اختلف في قبض حال الصداق قبل البناء، فالقول قول الزوجة، أما بعده فالقول قول الزوج.

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

وهو ما جاء أيضا في المادة 17 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة، وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين"، ونص قانون الأحوال الشخصية المصري في المادة 19 على أنه: "إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينه على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهرا مثلها عرفا فيحكم مهر المثل.

وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما".

أما المشرع العماني فقد نص في المادة 27 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "إذا اختلف الزوجان في قبض حال الصداق، فالقول للزوجة قبل الدخول، وللزوج بعده ما لم يكن ثمة دليل أو عرف مخالف".

وقد ميزت مدونة الأسرة بين الصداق المعجل والمعبر عنه بالحال والصداق المؤجل والمسعى بالكالي.

فبالنسبة للمعجل فالقول قول الزوجة قبل البناء، والقول قول الزوج بعد البناء، وأساس هذا الحكم في الحالتين هو أن الغالب أداء الصداق عند البناء، وهذا الغالب هو الذي يؤيد ادعاء الزوجة في الحالة الأولى، وادعاء الزوج في الحالة الثانية، ويمكن للمحكمة اعتماد قرائن أخرى قد تراها مفيدة سواء كانت لصالح الزوج أو الزوجة¹.

أما الاختلاف في قبض الصداق المؤجل فإن عبء الإثبات يقع على الزوج بحيث تستحق الزوجة الصداق المؤجل بمجرد عجز الزوج عن إثبات أدائه.

¹ - راجع الدليل العملي: المرجع السابق، ص 35.

وكما سبق القول فالصداق في جميع الأحوال لا يسقط بالتقادم كما تقضي بذلك الفقرة الأخيرة من المادة 33 من مدونة الأسرة، وبعد الوفاة يؤخذ من تركة الزوج باعتباره من الديون الممتازة التي يجب استخلاصها قبل قسمة التركة طبقا للفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

الفرع السابع: الاختلاف حول الجهاز وتأثيث بيت الزوجية

النزاع بين الزوجين قد يثور أيضا حول تأثيث بيت الزوجية من جهة، وحول الأثاث والجهاز الموجود في البيت من جهة ثانية، ونشير باختصار إلى ذلك في الفقرتين التاليتين

الفقرة الأولى : مدى اعتبار التأثيث من مشتملات الصداق

التأثيث أو الجهاز هو ما يحتاج إليه عند زفاف الزوجة إلى زوجها من الأدوات اللازمة لإعداد بيت الزوجية.

ولقد اختلف الفقهاء حول تجهيز الزوجة وهل يدخل ضمنه الصداق أم لا يعتبر كذلك. فذهب الحنفية إلى أن المهر ملك خاص للزوجة وحق من حقوقها تفعل به ما شاءت، وتتصرف فيه كيفما أرادت من هبة وشراء لأثاث المنزل أو تحتفظ به لنفسها، وإعداد جهاز البيت ليس واجبا على الزوجة ولا على أبيها ولو كانت تحت ولايته، وليس من حق الزوج أن يلزم الزوجة بالجهاز، وإذا جاءت به إلى بيت الزوجية فإن ذلك يعتبر تبرعا منها.

ويرى المالكية أن الجهاز حق عليها في حدود ما تقبضه من المهر، وإذا لم تقبض شيئا من المهر قبل الزفاف فلا يحق للزوج مطالبتها بأي شيء إلا في حالتين :

1 - إذا اشترط عليها زوجها ذلك في عقد النكاح، ذلك لأن العقد شرعية المتعاقدين، والمؤمنون عند وعدهم .

2 - إذا كان العرف يقضي بأن تؤثث البيت العائلي .

وحجة المالكية في ذلك هو أن العرف جرى في جميع الأمصار والعصور على أن الزوجة هي التي تعد بيت الزوجية، وتقوم بتجهيزه وذلك بما تحتاج إليه من أثاث، والزوج يدفع المهر لهذا الغرض¹.

وقد خالفت المدونة رأي المالكية في هذا الموضوع وتبنت صراحة رأي الأحناف، إذ لم تلزم المرأة بتأثيث بيت الزوجية، إذ نصت المادة 29 من مدونة الأسرة على أن: "الصدّاق ملك للمرأة... لاحق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره، مقابل الصدّاق الذي أصدقها إياه".

الفقرة الثانية: الاختلاف في المتاع بين الزوجين

إذا اختلف الزوجان حال قيام الزوجية، أو بعد الفرقة بينهما في أثاث المنزل، الذي يسكنان فيه، فادعى كل منهما أن الأثاث ملكه، اعتبر كل منهما مدعياً، فأيهما أقام بيّنة على دعواه حكم بمقتضاها، لأنه أثبت دعواه بدون معارضة بيّنة أخرى، وإن أقام كل منهما بيّنة رجحت بيّنة من يثبت خلاف الظاهر، والظاهر هنا عبارة عن صلاحية الأثاث المتنازع فيه لأيهما². وفي هذا الصدد قال أبو يوسف ما للنساء يحكم به للمرأة، وما للرجال يحكم به للرجل، وما كان مشتركاً بين الرجال والنساء فللرجل إن كان حياً، أو لورثته إن كان ميتاً³.

وقد جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك، أنه سئل حول اختلاف الزوجين في متاع البيت فكان جوابه ما يلي: "قلت، رأيت إذا تنازع في متاع البيت الرجل والمرأة جميعاً، وقد طلقها أم لم يطلقها أو مات عنها أو ماتت عنه، قال مالك ما كان يعرف أنه من متاع الرجل فهو للرجل، وما كان يعرف أنه من متاع النساء فهو للنساء، وما كان يعرف أنه من متاع الرجال والنساء فهو للرجل، لأن البيت بيته، وما كان من متاع النساء والذي اشتراه الرجل وله في ذلك بيّنة فهو له، ويحلف بالله لا إله إلا هو ما اشتراه لها. قلت رأيت ما كان في البيت من متاع الرجل فأقامت المرأة البيّنة أنها اشتريته، قال مالك هو لها، قلت وورثتها في البيّنة في منزلتها، قال نعم إلا أنهم يحلفون على علمهم أنهم لا يعلمون أن الزوج اشترى هذه المتع الذي يدعي من متاع النساء.... قلت وورثة الرجل بهذه المنزلة، قال نعم، قلت وهذا قول مالك، قال نعم، قلت صف لي متاع

¹ - راجع في هذا الموضوع بالخصوص، بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 226. يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 226. سعيد محمد الجليدي، المرجع السابق، ص 212. أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 151 وما بعدها. ابن معجوز المزغراني، المرجع السابق، ص 121 وما بعدها.

² - بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 230.

³ - محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية"، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2002، ص 211.

الرجل من متاع النساء في قول مالك، قال، سألت مالكا عن شيء يدلّك على ما بعده. قلت، الطمّث والنور والمرافق فإنه متاع المرأة عند مالك، قلت رأيت الحلي هل تعلم للرجل فيه شيئا، قال لا إلا السيف والخاتم. رأيت الخدم والغلمان، قال في رأيي أن لا شيء للمرأة في الرقيق ذكورا أو إناثا¹.

وقد قال الإمام الكاساني حول اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بيئة لأحدهما، قال إن هذا الاختلاف إما أن يكون بين الزوجين في حياتهما، وإما أن يكون بين ورثتهما، وإما أن يكون في حال حياة أحدهما ووفاة الآخر، فإن كان في حال حياتهما فإما أن يكون في حال قيام النكاح أو بعد زواله بالطلاق، ففي الحالة الأولى فما كان يصلح للرجال كالعمامة والسلاح وغيرها فالقول فيها للزوج، وما يصلح للنساء مثل الخمار والمتغزل... ونحوها فالقول فيه قول الزوجة².

وقال سحنون، إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، يكون لمن عرف أنه من متاعه دون يمين، وما كان مما يشبه أن يكون لهما فهو للرجل مع يمينه، قال مالك في سماع يحيى، وكذلك في المدونة، وقال ابن وهب وغيره: يقسم بينهما بعد أيمانهما، وقاله المغيرة، وقد روي عن ابن القاسم مثله، وقال ابن زرب في مسائله: بيت للزوجين أصله للزوج، وما كان فيه من شيء كأن يكون القول فيه قول الزوج، لولا أن المتعارف أن الزوجة يكون لها فيه أشياء، فما ادعت من شيء يشبه أن يكون لها وادعته لنفسها صدقت فيه مع يمينها. وإن ادعت أن ذلك الشيء لغيرها ولغير زوجها لم تصدق، وكان القول قول الزوج، واحتج عليه ابن دحون، وقال له: رأيت رجلا له فدان، فيه زرع قال هذا الزرع لفلان، لا شيء له فيه، وقال أخريدي أن الزرع له، أليس يكون الزرع للذي أقرله به صاحب الفدان، فقال القاضي: بلى.

وبين هذه المسألة ومسألة الزوجة التي تقر بمتاع في البيت لغيرها فرق: وهو أن البيت أصله للزوج، كما أن الفدان أصله لمقرله، وما في الفدان على القياس، فإذا نفاه عن ملكه وأقربه لرجل، فكأنه شيء بيده وأقربه لربه وأعطاه إياه. فعلى غيره مما ادعاه البيئة على دعواه³.

¹ - المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، المجلد الثاني، الجزء الثالث والرابع والخامس، طبعة جديدة بالأوفست، دار صادر بيروت، دون ذكر تاريخ الطبعة، ص 254.

² - الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 308.

³ - القاضي أبي الأصبغ عيسى بن سهل الأسدي الجبائي، كتاب النوازل والأعلام المسعى ديوان الأحكام الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1426هـ-2005م، ص 192 وما بعدها.

أما الشافعية، فيرون أنه إذا اختلف الرجل والمرأة في متاع البيت الذي هما فيه ساكنان وقد افترقا أو لم يفترقا أو ماتا أو مات أحدهما فاختلف ورثتهما أو ورثة أحدهما بعد موته فذلك كله سواء والمتاع إذا كانا ساكني البيت في أيديهما معا فالظاهر أنه في أيديهما كما تكون الدار في أيديهما أو في يد رجلين فيحلف كل واحد منهما لصاحبه على دعواه فإن حلفا جميعا فالمتاع بينهما نصفان لأن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغير ذلك والمرأة قد تملك متاع الرجال بالشراء والميراث وغير ذلك فلما كان هذا ممكنا وكان المتاع في أيديهما لم يجز أن يحكم فيه إلا بهذا لكينونة الشيء في أيديهما وقد استحل علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه فاطمة ببدن من حديد. وهذا من متاع الرجال وقد كانت فاطمة في تلك الحال مالكة للبدن دون علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه وقد رأيت امرأة ببني وبينها ضبة سيف استفادته من ميراث أبيها بمال عظيم ودرع ومصحف فكان لها دون إخوتها ورأيت من ورث أمه وأخته فاستحيا من بيع متاعهما فصار مالكا لمتاع النساء فإذا كان هذا موجودا فلا يجوز فيه غير ما وصفت ولو أنا كنا إنما نقضي بالظنون بقدر ما يرى الرجل والمرأة مالكين فوجدنا متاعا في يدي رجلين يتداعيانه فكان في المتاع ياقوت ولؤلؤ وعليه من عليه المتاع وأحد الرجلين ممن يملك مثل ذلك المتاع والآخر ليس الأغلب من مثله أنه يملك مثل ذلك المتاع جعلنا عليه المتاع للموسر الذي هو أولاهما في الظاهر بملك مثله وجعلنا سفلة المتاع إن كان في يدي موسر ومعسر للمعسر دون الموسر فخالفنا ما اجتمع عليه الناس في غير هذا من أن الدار إذا كانت في يدي رجلين فتداعياها جعلت بينهما نصفين ولم ينظر إلى أشبههما أن يكون له ملك تلك الدار فنعطيه إياها وهذا العدل إن شاء الله تعالى والإجماع وهكذا ينبغي أن يكون متاع البيت وغيره مما يكون في يدي اثنين لا يختلف الحكم فيه أنه لا يجوز أن يخالف بالقياس الأصل إلا أن يفرق بين ذلك سنة أو إجماع ويقال لمن يقول اجعل متاع النساء للنساء ومتاع الرجال للرجال رأيت دباغا وعطارا كانا في حانوت فيه عطر ودباغ كل واحد منهما يدعي العطر والدباغ أيلزمك أن تعطي العطار العطر والدباغ الدباغ؟ فإن قلت إني أقسمه بينهما قيل لك فلم لا تقسم المتاع الذي يشبه النساء بين الرجل والمرأة والمتاع الذي يشبه الرجال بين الرجل والمرأة مثل الدباغ والعطار؟¹

والأدلة الشرعية تشهد لرأي الشافعية وتؤيده، ذلك أن كلا من الزوج والزوجة متاع، فيترتب على ذلك البينة، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه». فمن أقام البينة حكم له مطلقا سواء كان المتاع للرجال أو للنساء أو لهما

¹ - الشافعي، الأم، الجزء السادس، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، الطبعة الأولى، 2001، ص 248 - 249.

معاً، وسواء كان النزاع في حال قيام الزوجية أو انقطاعها. فالأصل البينة، لأن البينة ما شرعت إلا لإثبات خلاف الظاهر، ففيما يصلح للنساء عادة إذا ادعاه الرجل، أو فيما يصلح للرجال إذا ادعته المرأة، فإن كل واحد منهما إذا أقام بينة، حكم له، وإن كان الظاهر يشهد لخصمه، لأن البينة أثبتت خلاف ذلك الظاهر.¹

أما بالنسبة لمدونة الأسرة فنصت المادة 34 على أن: "كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكاً لها.

إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات.

غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معاً فيحلف كل منهما ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له".

وعلى ضوء النص السابق فإن الاختلاف حول متاع بيت الزوجية يخضع للقواعد التالية:

1- كل الأشياء التي تأتي بها الزوجة إلى بيت الزوجية تعتبر ملكاً لها لا حق للزوج فيها مطلقاً، وقد جرت العادة بأن تصاحب الزوجة بعض الأثاث والمفروشات والأجهزة.

2- عند حصول الاختلاف حول متاع بيت الزوجية فإنه كقاعدة عامة يتعين على قاضي الأسرة تطبيق القواعد العامة للإثبات، وفي سياق اعتماد وسائل الإثبات المقررة قانوناً غالباً ما تدلي الزوجة لإثبات ملكيتها لمتاع البيت برسم الشوار الذي يشكل حجة كتابية، وهو ما جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور²: "حيث أن المدعية أثبتت وجود الشوار بمقتضى الرسم المرفق، وأن المدعى عليه، أدعى أن مطلقة أخذت شوارها معها عند خروجها من بيت الزوجية، إلا أنه لم يكلف نفسه عبء الإثبات الشيء الذي يجعل الطلب وجيه ويتعين الاستجابة له"، كما يمكن الاعتماد على شهادة الشهود لإثبات بقاء الأمتعة الخاصة بالزوجة بحوزة الزوج، وهو ما اعتمدته المحكمة الابتدائية بالناظور³ لإلزام الزوج بإرجاع المتاع للزوجة وجاء في تعليقات الحكم: "حيث تبين للمحكمة من خلال الاستماع للشاهد أن المدعية لم تتسلم حوائجها المذكورة بمقالها وأن شهادة الشاهد ملزمة للمدعى عليه"، وبالإضافة إلى الحجة

¹ - محمد سمارة، مرجع سابق، ص 212.

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالناظور عدد 06/1086، ملف رقم 05/624 بتاريخ 2006/06/19 (غير منشور).

³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالناظور عدد 2000/86، ملف رقم 99/147 بتاريخ 2000/11/21 (غير منشور).

الكتابية والشهادة، تعتمد باقي وسائل الإثبات وخاصة الإقرار بشقيه الصريح والضمني، كما جاء في الحكم الصادر عن ابتدائية الناظور¹ والذي جاء فيه: "حيث أن تقاعس الزوج عن الجواب عن طلب استحقاق الزوجة لحوائجها يعتبر بمثابة إقرار منه ويتعين بالتالي الاستجابة لطلبها".

كما يمكن للمحكمة أن توجه اليمين مع تطبيق قاعدة النكول كما هو الشأن في الحكم الآتي نصه: "وحيث إن المدعى عليه أنكر في جلسة البحث... أن تكون عنده الحوائج المذكورة في مقال المدعية والمقرر فقها أن الزوج الذي لم يضمن شوار زوجته ويدفع بأنها قد أخذته يلزم إلا بأداء اليمين في حالة إنكاره كما نص على ذلك شراح تحفة ابن عاصم ومنهم الشيخ التسولي في الجزء الأول من كتابه البهجة في شرح التحفة، ص 298 و 299، مما يتعين توجيه اليمين إلى المدعى عليه على عدم وجود باقي الحوائج التي أنكر وجودها مع تطبيق قاعدة النكول"².

3 - في حالة عدم توفر الزوجين معا على بيينة الإثبات لهذه الأمتعة فلا يخلو الأمر من ثلاث فرضيات:

أ- كون الأمتعة من المعتاد للرجال فيستحقها الزوج بعد أداء اليمين.

ب- كون الأمتعة من المعتاد للنساء فتستحقها الزوجة بيمينها.

ج- كون الأمتعة مشتركة الاستعمال معتادة للرجال والنساء معا، فيحلفان معا ويقتسمانها بالتساوي، وهذا ما قرره المجلس الأعلى في ظل مدونة الأحوال الشخصية حيث جاء في أحد قراراته في نزاع حول جهاز تلفزة وآلة تبريد بين الزوجين ما يلي: "وحيث يستخلص مما تقدم أن الجهازين المذكورين لا يختص أحد الزوجين عادة بملكيتهما التي لم تثبت لأحدهما مما يستدعي تلقائيا تطبيق الفصل 39 من مدونة الأحوال الشخصية، الذي ينص على أن المتاع المعتاد للرجال والنساء معا يحلف كل منهما ويقتسمانه..."³.

وما يمكن ملاحظته على هذا القرار، باعتبار الشيء من المعتاد للرجال أو من المعتاد للنساء أو مما يشترك في تملكه الرجال والنساء معا عادة مسألة موضوع، يختلف باختلاف

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالناظور عدد 1424 ملف رقم 06/1079 بتاريخ 2006/11/8 (غير منشور).

² - حكم المحكمة الابتدائية بسيدي قاسم، مركز القاضي المقيم بأحد كورت، رقم 106 في الملف شرعي عدد 01/139 بتاريخ 2012/04/24، أورده إدريس الفاخوري، المنازعات الأسرية أمام قضاء الموضوع ومحكمة النقض، مرجع سابق، ص 230.

³ - قرار رقم 128 صادر في 8 فبراير 1982 في الملف الشرعي تحت عدد 90754 (قرار غير منشور).

ظروف المكان والزمان، وما قرره المجلس الأعلى يدخل ضمن وقائع النزاع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع.

كما جاء في حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية ببوعرفة¹ ما يلي: "وحيث أنه بالنسبة لباقي الأثاث المنزلية... فإنه أمام عجز كل طرف من طرفي الدعوى على إثبات تملكه لها وأمام أداء كل واحد منهما اليمين على أنه ملك خاص له فإن المحكمة ليس لها إلا أن تصرح باقتسامها بينهما بالتساوي ما دامت تدخل في زمرة المعتاد للرجال والنساء معا وذلك تماشيا مع مقتضيات المادة 34 من مدونة الأسرة".

وتطبق هذه الأحكام ما لم توجد في الدعوى قرائن قوية تؤيد ادعاء أحد الزوجين تقتنع المحكمة ببناء الحكم عليها².

المطلب الثالث: موافقة الولي على زواج القاصر "الولاية والوكالة في عقد الزواج"

استبعدت مدونة الأسرة الولاية بالنسبة للمرأة، وجعلت هذه الولاية حقا للرشيدة تمارسها بكل حرية حسب ما تقتضيه مصلحتها فلها أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها طبقا للمادتين 24 و25، غير أن زواج القاصر فتى أو فتاة يبقى متوقفا على موافقة النائب الشرعي، ويمكن للزوج والزوجة البالغين سن الرشد القانوني التوكيل على إبرام عقد الزواج بشروط حددتها المادة 17 من المدونة وبكيفية استثنائية.

والحديث عن الولاية في الزواج يقتضي منا التعرض للعناصر التالية:
1. التعرف بالولاية (الفرع الأول).

2. موقف الفقه الإسلامي من الولاية على المرأة (الفرع الثاني).

3. تطور ولاية الزواج في التشريع المغربي (الفرع الثالث).

4. الولاية في مدونة الأسرة (الفرع الرابع).

5. الوكالة في الزواج (الفرع الخامس).

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة ببوعرفة عدد 22 ملف رقم 2004/202 بتاريخ 2005/01/12 (غير منشور).

² - الدليل العملي، المرجع السابق، ص 36.

الفرع الأول: التعريف بالولاية¹

الولاية في اللغة هي النصرة وقيام الشخص بأمر غيره، يقول تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ﴾².

وتطلق الولاية في الاصطلاح الفقهي على السلطة الشرعية التي تجعل لصاحبها القدرة على مباشرة وإنشاء العقود والتصرفات ونفاذها، سواء في حق نفسه أو في حق غيره³. فإذا كانت هذه الولاية خاصة بشؤون الشخص وحده، كانت ولاية قاصرة عليه وحده، وإذا كانت متعلقة بشؤون غيره كالأب الذي يتصرف في أموال أبنائه القاصرين، أو من يقوم بحضانتهم أو تزويجهم، كانت ولاية متعددة.

والولاية المتعددة بدورها على قسمين: ولاية على المال وولاية على النفس. ويراد بالأولى السلطة التي تثبت للشخص على أموال شخص آخر هو المولى عليه، حيث يحق له بمقتضاها إبرام العقود والتصرفات القانونية كالبيع والشراء، ومثالها ولاية المقدم على أموال المجنون المحجور عليه⁴.

أما الولاية على النفس فإنها تثبت للولي وتعطي له سلطة التصرف في الشؤون غير المالية للمولى عليه والمتعلقة بشخصه، كولاية حضنته وتربيته وتعليمه وتزويجه، ويمكن أن تكون الولاية على النفس والمال معا كولاية الأب على أولاده القاصرين.

وموضوع دراستنا هو الولاية على النفس لأنها هي التي تتصل بالزواج، وهذه الولاية على نوعين: ولاية الإجبار وهي التي تخول الولي الحق في أن يزوج المولى عليه دون أخذ رضاه وموافقته، بل حتى ولو أبى وعارض ذلك الزواج، وولاية اختيار أو استجابة وهي التي لا جبر فيها ولا استبداد.

¹ - حول موضوع الولاية في الزواج: شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني مطبعة دار الفكر، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ على العدوي المجلد الثالث والرابع مطبعة دار صادر ببيروت، المنتقى في شرح موطأ الإمام مالك، الجزء الثالث الطبعة الأولى 1328، مطبعة السعادة بمصر، مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل، الجزء الثالث، مطبعة السعادة بمصر، طبعة 1328.

² - سورة البقرة، الآية 107.

³ - محمد نبيل سعد الشاذلي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، طبعة 1989، ص 135.

⁴ - صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 87.

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الولاية على المرأة

يجدر بنا القول في البداية أنه لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الولاية القاصرة على النفس للرجل البالغ العاقل، فله أن يزوج نفسه بمن يشاء وليس لأحد أن يعترض عليه¹، أما البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية ويمكن رد هذا الاختلاف إلى عدم وجود نص صريح في الكتاب والسنة يخول للمرأة أن تزوج نفسها بنفسها².

ونحصر هذا الاختلاف الفقهي حول هذه المسألة في رأيين أساسيين:

الرأي الأول للجمهور: ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة، ويذهب إلى القول بأن المرأة لا يجوز لها أن تبرم عقد الزواج لنفسها ولا لغيرها مطلقا، بكرا كانت أو ثيبا، وعبارة النساء ملغاة في عقود الزواج، وإذا أبرمت العقد فهو فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده، ولو طال الزمن وولدت الأولاد، فهذا الرأي يرى أن النفي يتوجه إلى الصحة أو الوجود، أي لا نكاح موجود أو صحيح إلا بولي، ومعنى هذا أن النكاح لا يعتبر نكاحا شرعيا إلا بولي، وإذا لم يعقد الولي فإن العقد غير موجود³، وفي رواية عن مالك أنه قال: "لا يكون النكاح إلا بولي فالولاية شرط في الصحة"⁴ فالمالكية يجمعون على اعتبار الولي ركن في صحة الزواج ومن ذلك قول ابن عاصم في تحفته⁵.

"المهر والصيغة والزوجان ثم الولي جملة الأركان".

¹ - محمد عبد السلام أبو النيل، العلاقات الأسرية في الإسلام، الطبعة الثانية، 1987، دار الفكر الإسلامي الحديثة، ص 101.

² - للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع: الأكل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 1982.

أحمد باكو، الولاية في الزواج، حكمها، وحكمتها وضرورتها، المكتبة الجامعية بالدار البيضاء، طبعة 1995.
- إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية مرجع سابق ص 98. أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية مرجع السابق، ص 203 وما بعدها، محمد علي محجوب، الأسرة وأحكامها، مرجع سابق، ص: 211 وما بعدها، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 120 وما بعدها.

- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة: مرجع سابق، ص 114 وما بعدها، عبد الخالق أحمدون، الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 192 وما بعدها، عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 69 وما بعدها.

³ - محمد بن معجوز المزغراني، مرجع سابق، ص 88.

⁴ - عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة الجزء الرابع طبعة 1990، دار الكتب العلمية بيروت (دون ذكر الطبعة) ص 50

⁵ - محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي، الطبعة الأولى 2003 المكتبة العصرية، ص 60.

ومنها أيضا قول الشيخ خليل: "وركنه ولي وصداق وصيغة"¹.

واستدل الجمهور بالكتاب، والسنة، والمعقول.

أ. ودليلهم من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾². وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾³.

ووجه الاستدلال في الآيتين أن الخطاب موجه إلى الرجال وهم الأولياء، فيكون الخطاب مقتصرًا عليهم دون سواهم، ولو كان للنساء ولاية على أنفسهن في النكاح لخطبهن الله بما ذكر كما هو الشأن في سائر تصرفاتهن....⁴

ب. أما من السنة فهناك أحاديث كثيرة وردت في هذا الموضوع أذكر منها فقط: ما رواه ابن ماجة والدارقطني عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها»⁵. وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بولي وأيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له»⁶.

ج. أما دليلهم من المعقول فيذهبون إلى القول بأن عقد الزواج له غايات ومقاصد عديدة، تتمثل أساسا في تحقيق السكن النفسي والاستقرار وإنجاب الأطفال وتربيتهم التربية السليمة إلى غير ذلك من الأهداف والمقاصد النبيلة وعقد هذا شأنه، يتطلب دراسة واسعة وخبرة كبيرة بأحوال الرجال ومعرفة وتقدير من يصلح أن يكون زوجا ومن لا يصلح بأن يكون كذلك، والمرأة بما فطرت عليه من العاطفة وما جرى عليه العرف من قلة اختلاطها بالرجال

¹ - وللإمام مالك قول آخر رواه عنه ابن القاسم يعتبر فيه اشتراط الولاية سنة لا فرضا، أي أنها من شروط التمام لا من شروط الصحة وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها، فإذا تزوجت المرأة الدينية دون ولي جاز ولم يجز إن كانت شريفة، وتمييز الإمام مالك في ولاية الزواج بين الشريفة والدينية يرد عليه ابن حزم الظاهري بالقول "هذا قول ظاهر الفساد لأنه ليس في الإسلام فرق بين الدينية وغير الدينية وما علمنا الدناءة إلا في معاصي الله".
- أنظر: أبو عبد الله محمد بن حزم، المحلى، الجزء التاسع، دار الجليل (دون ذكر الطبعة ومكان وتاريخ الطبع) ص 456.

- أنظر: ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 9.

² - سورة النور، الآية 32.

³ - سورة البقرة، الآية 221.

⁴ - محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص 212.

⁵ - نيل الأوطار، ج 7، ص 118.

⁶ - نيل الأوطار، ج 7، ص 118.

وبالتالي فهي لا تحسن الاختيار، وسرعان ما تنخدع جريا وراء العاطفة والمشاعر المرفهة بخلاف الرجال، لهذا كله قيل بمنعها من إبرام العقد بنفسها وإن كان لابد من حصول رضاها.

فالحجة مما سبق إنما تأكيد القول باشتراط الولي لصحة عقد النكاح، أنه لو كان للمرأة أن تزوج نفسها دون ولي، لفعلت مع شدة رغبتها في زوجها، وأن النهي موجه للأولياء عن منعهم من نكاح من يخترن، والمنع لا يتحقق إلا ممن في يده الممنوع فدل ذلك على أن عقد النكاح في يد الولي، لا في يد المرأة¹، فالجمهور يعتبرون هذا أصح دليل على اعتبار الولي شرطا للنكاح، وإلا لما كان لعضله معنى ولأنها لو كان لها أن تزوج نفسها لم تحتج إلى أخيها، ومن كان أمره إليه لا يكون لغيره منعه منه².

الرأي الثاني للأحناف: ذهب أبو حنيفة إلى أن المرأة البالغة العاقلة يحق لها أن تباشر عقد الزواج لنفسها، كما أن لها أن تتولى عقد زواج غيرها سواء كانت بكرا أو ثيبا، واستدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة والمعقول.

أ. ودليلهم من الكتاب قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾³ وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾⁴، ووجه الاستدلال من هذه الآيات هو أن الله سبحانه وتعالى أسند النكاح إلى المرأة والأصل في الفعل أن يكون للفاعل الحقيقي دون توقف على إذن الولي ولا مباشرته للعقد.

ب. وأما دليلهم من السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»⁵.

والأيّم هي المرأة التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا، ويستفاد من الحديث بأن هناك حقين: حق الولي وهو مباشرة العقد برضا المرأة، وحق المرأة وقد جعلها "أحق" منه فيه، ولن تكون كذلك إلا إذا زوجت نفسها دون توقف على إذنه.

¹ - البغوي، مرجع سابق ص 245.

² - مجد الدين أبو البركات، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتاب العربي بيروت، (دون ذكر تاريخ الطبع ولا الطبعة) ص 187.

³ - سورة البقرة، الآية 230.

⁴ - سورة البقرة، الآية 232.

⁵ - نيل الأوطار، ج 6، ص 252.

ج. وأما دليلهم من المعقول، فقد قالوا بأن المرأة البالغة العاقلة لها أن تتصرف في مالها فيكون لها كذلك أن تتصرف في نفسها بالزواج، وخوف الولي من الأضرار التي قد تحصل نتيجة زواجها بنفسها قد تم تداركه وذلك باشتراط الكفاءة فيمن تختاره زوجها لها محافظة على كيان الأسرة وسمعتها.

هذه هي آراء الفقهاء وأدلتهم في مسألة الولاية، والواقع أن مناقشة الأدلة التي اعتمد عليها كل فريق لا تفيد قطعاً وجود حكم ثابت للولاية في الزواج لذلك تشعبت الآراء الفقهية في الولاية في الزواج بسبب عدم وجود نص صريح في القرآن أو حديث ثابت عن الرسول صلى الله عليه وسلم يقرر حكم الولاية بعبارة واضحة لا تقبل التأويل¹.

يقول ابن رشد في بداية المجتهد: "وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلاً عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها كلها محتملة وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضاً محتملة..."².

وأهم دليل على احترام اختيار المرأة لمن ترضاه زوجها هو ما روي عن الخنساء بنت خادم الأنصارية والتي زوجها أبوها من ابن أخيه فلم ترض به، وأخبرت الرسول عليه السلام بذلك فقال لها أجيزي ما فعل أبوك، فلم تقبل، فقال لها: «...أذهبي فلا جناح عليك وانكحي من شئت. فقالت أجزت ما فعل أبي ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من أمورهن شيء...».

الفرع الثالث: تطور ولاية الزواج في التشريع المغربي

قبل صدور مدونة الأحوال الشخصية ما بين سنتي 1957 و1958 كان الفقهاء المالكيون يعتبرون الولاية في الزواج ركناً من أركانه ومنهم من اعتبرها شرطاً من شروطه ومنهم من لم يعتبرها كذلك³ وكانت العادة جارية بأن العدول لا يوثقون عقد الزواج إلا بحضور الولي.

وبعد صدور مدونة الأحوال الشخصية في سنتي 1957 و1958 تعرضت لشرط الولاية في الزواج كما أن التعديلات الجزئية لسنة 1993 شملت موضوع الولاية إلى أن جاءت مدونة الأسرة لسنة 2004 فاتخذت موقفاً بإلغاء الولاية على الرشيدة في الزواج.

¹ - أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 206.

² - ابن رشد، بداية المجتهد، الجزء الثاني، ص 9.

³ - محمد الأجرائي، الولاية الشرعية وموقف مدونة الأسرة من ولاية الزواج، مقالة منشورة في مجلة جامعة مولاي إسماعيل بمكناس، عدد خاص حول مدونة الأسرة المستجدات والأبعاد، العدد الخامس 2004، ص 71.

ونتعرض لولاية الزواج في ظل نصوص مدونة الأحوال الشخصية في الفقرة الأولى،
ونتناول الولاية في الزواج بعد تعديلات 1993 في الفقرة الثانية ونشير بعد ذلك لموقف في مدونة
الأسرة من الولاية في الزواج في الفقرة الثالثة.

الفقرة الأولى: ولاية الزواج في ظل نصوص مدونة الأحوال الشخصية

مدونة الأحوال الشخصية تأثرت إلى حد بعيد بمذهب الإمام مالك بالنسبة لموضوع
الولاية في الزواج، بحيث لا تباشر المرأة العقد ولكن تفوض لوليها بأن يعقد الزواج أمام
الشاهدين العدلين، كما أن الفصل الخامس الذي يتحدث عن موافقة المرأة على العقد
بواسطة وليها لم يكن يشمل أي مقتضيات تضمن صدور تلك الموافقة¹.

ولم يخولها هذا الفصل صراحة إمكانية الاطلاع على بنود العقد ومناقشتها، وهكذا كان
الفصل 12 من المدونة يشترط الولاية على المرأة في الزواج سواء كانت بكرا أو ثيبا، رشيدة أو
غير رشيدة لها أب أم لا أب لها... الخ.

كما أن ظاهر النص كان يوحي بأن المشرع قد ألغى ولاية الإجماع وأخذ بولاية الاختيار²،
إلا أنه أخذ بالإجماع في الحالة التي يخاف على المرأة من الفساد إذ أجاز المشرع للولي استصدار
أمر من القاضي بتزويجها رغما عنها، عندما يتأكد هذا الأخير من ادعاءات الولي ومن كفاءة
الزوج.

وقد كانت هذه المقتضيات محل نقد شديد من طرف بعض الفقهاء³، ومن العديد من
التنظيمات النسائية المغربية ومن طرف الكثير من المهتمين بشؤون الأسرة المغربية بوجه عام.

¹ - أحمد الخمليشي، وجهة نظر، المرجع السابق، ص 22.

² - للمزيد من التفاصيل يراجع: إدريس الفاخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة
بين دول المغرب العربي، مرجع سابق، ص 207 وما بعدها.

³ - أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 201 وما بعدها، وانظر أيضا
صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 96 وما بعدها.

الفقرة الثانية : الولاية في الزواج بعد تعديلات 1993.

كان من بين النصوص التي شملها التعديل في سنة 1993 الفصل الخامس والفصل الثاني عشر من المدونة، ونظرا لأهمية هذا التعديل فإننا نورد الفصلين ثم نعقب عليهما بمجموعة من الملاحظات.

ينص الفصل الخامس على أنه:

"1- لا يتم الزواج إلا برضى الزوجة وموافقتها وتوقيعها على ملخص عقد الزواج لدى العدلين ولا يملك الولي الإجباري في جميع الحالات مع مراعاة باقي مقتضيات الفصلين 12 و13 بعده.

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

3 - لا بد ...

4 - لا يجوز ...

وينص الفصل 12 على أن :

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

2 - تفوض المرأة لولمها أن يعقد عليها.

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

4 - للرشيعة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء". ومن خلال هذا التعديل ندرج الملاحظات التالية :

أ- ألغى المشرع في هذا التعديل صراحة ولاية الإجبار، إذ لا يملك الولي الإجباري في جميع الحالات، وهكذا ألغى المشرع الاستثناء الذي كان بمقتضاه يجوز للولي تزويج المرأة المولى عليها إذا خيف عليها من الفساد .

ب - إن المدونة وفقا لتعديل 1993 حاولت أن تجعل من الولاية في الزواج مسألة شكلية ليس إلا، بحيث يعتبر حضور الولي مجلس العقد مجرد شخص يمثل المرأة وينقل إرادتها، إذ لم يعد للولي سوى الموافقة على الزواج أو رفضه بسبب انعدام الكفاءة أو صداق

المثل إذا كانت المتزوجة دون سن الرشد، إذ لا يكتب الشاهدان العدلان وثيقة الزواج إلا بعد التأكد من حصول رضاها وموافقتها، كما أنها توقع على ملخص عقد الزواج حيث تتطلع على بنوده. وبالتالي يمكن لها أن ترفض التوقيع عليه إذا تضمن شرطا أو بندا لم تقبله، أو اشترطت أمرا لم يضمن في صلب العقد، فصحة العقد بل وبقاؤه ماديا متوقف على إجازتها بالتوقيع عليه خصوصا وأن الأمر هنا يتعلق بالإرادة وبالتالي بركن جوهري من أركان عقد الزواج، ويتم التوقيع في مذكرة الحفظ المنصوص عليها في الفصل 14 من مرسوم 1983/4/18 الصادر بتطبيق القانون رقم 81 - 11 المنظم لحظّة العدالة، ويمنع على العدلين تحرير وثيقة الزواج إذا امتنعت الخطيبة عن الإمضاء في المذكرة.

ج- استثناء أجازت المدونة وفقا لتعديل 1993 للمرأة الرشيدة، أي تلك التي بلغت سن العشرين سنة شمسية كاملة ولا أب لها أن تبرم عقد زواجها بنفسها دون حاجة إلى ولي أو أن توكل من تشاء من الأولياء، وهكذا يتضمن هذا التعديل ولأول مرة إقرارا صريحا بأن مسألة الولاية في عقد الزواج ليست من المسائل القطعية، بل أنها مسألة خلافية اجتهدية لعدم وجود نص صريح في اشتراط الولاية واختلاف العلماء في تفسير الآيات القرآنية.

وكانت رغبة العديد من الهيئات والجمعيات النسوية بالمغرب والمهتمين بشؤون الأسرة بصفة عامة هي إلغاء شرط الولاية في الزواج بالنسبة للمرأة الرشيدة، ومن ثم رفع الحيف عن المرأة المغربية باعتبارها أكثر الأطراف تضررا من وضعها القانوني في المدونة، خاصة وأنها أصبحت تلعب دورا هاما داخل الأسرة والمجتمع بفضل ما أحرزته من علم وما اكتسبته من خبرة وتجربة في مختلف المجالات الاجتماعية¹... وأن الوضع الراهن بعد التعديل لا يكرس هذه الطموحات، كما أن قصر هذا الحق على الرشيدة التي لا أب لها دون غيرها قد تترتب عنه بعض الأوضاع القانونية غير السليمة، فالرشيدة التي لا أب لها يكون زواجها صحيحا بدون حضور الولي مجلس العقد ومنتجا لجميع آثاره القانونية، بينما الرشيدة - سواء كانت بكرا أو ثيبا، مطلقة أو أرملة - لاحق لها في العقد على نفسها مع وجود الأب، وإذا فعلت ذلك كان زواجها فاسدا يتعين فسخه ما دامت الولاية شرط صحة في عقد الزواج، وإذا كنا نتفهم دور الأب ومكانته داخل الأسرة، فإنه مع ذلك كان أملنا كبيرا في إعطاء هذا الحق للرشيدة مطلقا دون تمييز، وهذا ما تحقق بصدور مدونة الأسرة لسنة 2004.

¹ - راجع: فطوم قدامة حول مشروع التعديلات المقترح إدخالها على مدونة الأحوال الشخصية من طرف لجنة العلماء، منشور بجريدة الاتحاد الاشتراكي ليوم 1993/6/5 - وانظر أيضا مقال نادية فتحي، حول مدونة الأحوال الشخصية، جريدة الاتحاد الاشتراكي بتاريخ 1993/07/24.

الفقرة الثالثة: الولاية في مدونة الأسرة¹

نصت المادة 24 من مدونة الأسرة على أن "الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها".

وأضافت المادة 25 على أنه: "للاشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبها أو لأحد أقاربها".

ولعل من أهم التعديلات الجوهرية التي عرفتها مدونة الأسرة، هو أن الولاية أصبحت حقا للمرأة بقوة القانون وذلك بمجرد بلوغها سن الرشد، وأصبحت كالرجل تمارس هذه الولاية حسب اختيارها ومصلحتها ودون الخضوع لأي مراقبة أو موافقة²، فلها أن تعقد على نفسها أو تفوض ذلك لأبها أو أحد أقاربها دون تحديد لدرجته، فقد يكون تفويضها للأب لكي يتولى عقد زواجها بحضورها معه مجلس العقد عن طوعية واختيار أكثر دلالة على التقدير والاحترام لمكانة الأب داخل الأسرة³.

ما يستفاد منه أن المشرع المغربي قد تخطى نهائيا عن رأي الجمهور بما في ذلك رأي المالكية بالخصوص، واعتمد رأي الأحناف الذي لا يفرض الولاية ابتداء على المرأة الراشدة، أي تلك التي أكملت سن الرشد القانوني كما حددته المادة 209⁴ منها، وهكذا أصبحت الولاية في الزواج حقا خالصا للمرأة حسب مقتضيات مدونة الأسرة المغربية⁵.

¹ - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 77 وما بعدها، محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها، وأنظر أيضا الرسائل الجامعية التالية: رسالة سميرة أبا عيسى، وضعية المرأة في مدونة الأسرة من خلال مؤسسة الزواج، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، الموسم الجامعي: 2009-2010، ص 52 وما بعدها، رسالة الباحث: طارق الطاهري، مظاهر حماية المرأة في مدونة الأسرة - الزواج وانحلاله - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، بطنجة، الموسم الجامعي 2005-2006، ص: 9 وما بعدها.

² - الدليل العملي لمدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 31.

³ - محمد الأجرأوي، المرجع السابق، ص 72.

⁴ - التي تنص على ما يلي "سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة"

⁵ - طارق الطاهري، مرجع سابق، ص 19.

فالمدونة جعلت المرأة هي الطرف الأساسي المباشر في عقد الزواج وليس وليها، حيث أنها جعلتها حرة ومستقلة في إبرامه دون تدخل من الولي، إلا إذا ارتأت تفويض أمر زواجها لأبها أو أحد من أقاربها¹، أما إذا كانت غير راشدة فهي في ذلك كالرجل تحتاج إلى نائب شرعي².

والحاصل أن موقف المشرع في مدونة الأسرة من الولاية، يعتبر بمثابة حل توفيق، وازن فيه بين المركز القانوني للمرأة باعتبارها إنسانة كاملة الأهلية، وليست قاصرا محجورا عليه، وبين مراعاة الجانب الاجتماعي للأسرة ومكانة الأب، فالجانب الإيجابي داخل مدونة الأسرة في الولاية، أنها وبحق سايرت الواقع والتطورات التي يعرفها المجتمع المغربي، وأنها قامت بحماية حق المرأة في اختيار الزوج الذي ترغب في تكوين أسرة معه³.

ويؤكد الواقع المعيش بأن رأي الأبوين بصفة خاصة وأفراد الأسرة بصفة عامة مسألة أكيدة وواقعية في جل حالات الزواج بالنسبة للرجل والمرأة على حد سواء، وأن المرأة المغربية قلما تنفرد باتخاذ قرار الزواج من شخص دون استشارة أفراد أسرتها وبصفة خاصة والدها الذي يعتبر أقرب الناس إليها إلى جانب والدتها، والخروج من هذه القاعدة أمر نادر، والنادر لا حكم له، ومن ثم فمن الإنصاف أن تكون الرشيدة ذات الأب مثل الرشيدة اليتيمة بإنهاء الولاية عليهما معا، خاصة وأن جميع المبررات التاريخية والاجتماعية والعائلية والتي كانت تبرر فرض ولاية الزواج على المرأة لم يعد لها وجود الآن، كما أن القول باعتبار ولاية الزواج اختيارية وليست إلزامية أمر وارد في الفقه الإسلامي ومن القائلين به الأئمة أبو حنيفة والأوزاعي وزفر وللإمام مالك آراء خاصة في الموضوع، وإن جميع الأدلة المستشهد بها في اعتبار الولاية من عدمها لا تفيد قطعا وجود حكم ثابت للولاية في الزواج.

وتجدر الإشارة بأن الولاية تبقى مفروضة في حالة زواج القاصر، إذ تشترط المادة 21 من مدونة الأسرة موافقة النائب الشرعي المحدد في المادة 230، وفي حالة امتناع النائب الشرعي عن تزويج القاصر الذي هو تحت ولايته فإن لهذا الأخير رفع طلب الإذن له بالزواج مباشرة إلى

¹ - سناء زعيبي، الوضع القانوني للمرأة المغربية بين الكونية والخصوصية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله ظهر المهرافاس السنة الجامعية 2006/2005 ص 49

² - حيث تنص المادة 231 من م أ على ما يلي: "صاحب النيابة الشرعية: الأب الراشد، الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته، وصي الأب، وصي الأم، القاضي، مقدم القاضي".

³ - آمال ناجي، المركز القانوني للزوجين من خلال مدونة الأسرة والاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مخبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2015/2014، ص 55.

قاضي الأسرة المكلف بالزواج والذي عليه أن يبت فيه وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 20، كما أن زواج الفتى والفتاة دون السن القانونية للزواج يقتضي الاستماع لأبوي القاصر أو النائب الشرعي من طرف قاضي الأسرة، طبقا للمادة 20 من مدونة الأسرة¹.

والواقع حسب هذه المادة فإن الأمر لا يتوقف على موافقة الولي أو النائب الشرعي بالنسبة لمن لم يبلغ سن الزواج، بل فقط مجرد استماع القاضي للأب والأم معا أو للنائب الشرعي، ويتربط على ذلك أن مسألة الاستماع ليست مسألة الموافقة أو الرفض ومن ثم يمكن للقاضي أن يستأنس فقط بأقوال الوالدين وأن لا يأخذ برأيهما إذا رجع مصلحة القاصر في الزواج.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد نص قبل التعديل الجديد في المادة 12 على أن يتولى زواج المرأة ولها، ولم يسمح لها بأن تنفرد بإبرام العقد، وقد ألغيت هذه المادة بمقتضى التعديل الجديد من خلال المادة 11 التي نصت على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور ولها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره".

ما يعاب على المشرع الجزائري في هذه المادة هو ذلك التخيير الذي وضعه بشأن صفة الولي في الزواج، فاستعماله لعبارة "وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، يحيد بالولادة عن معناها، فهل يعقل أن توكل المرأة أمر تزويجها لشخص لا تربطها به أية قرابة، رغم وجود أبها أو أخيها، فقط لأن النص القانوني يمنح هذا الحق، لذلك يتعين على المشرع الجزائري الإسراع بتعديل المادة والاحتفاظ بالأولياء على سبيل الترتيب لا التخيير، وهناك العديد من التشريعات² ما تزال تنهج نفس النهج في اشتراط الولي³.

¹ - راجع: الأجرأوي محمد، الولاية الشرعية وموقف مدونة الأسرة من ولاية الزواج، مقال منشور ضمن مؤلف جماعي حول: مدونة الأسرة المستجدات والأبعاد، منشورات جامعة مولاي إسماعيل بمكناس، سلسلة منبر الجامعة العدد الخامس، 2004، ص 67، التمساني عبد المنعم، الولاية في الزواج بين المذاهب الفقهية ومدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة الفرقان، العدد 50 لسنة 2004، ص 22، دحماني يمينة، قراءة في مدونة الأسرة: المستجدات وعوائق التطبيق، الولاية نموذجا، مجلة المناظرة العدد التاسع 2004، ص 101، المهدي محمد، مؤسسة الولي في الزواج، ضرورة أم اختيار، دراسة فقهية قانونية، مقال منشور بمجلة الملف، العدد 10 سنة 2007، ص 101.

² - حيث أن المادة 9 من قانون الأحوال الشخصية الليبي تنص: "يشترط لصحة الزواج اجتماع رأي الولي والمولى عليه، فإذا منع الولي صاحب الحق المولى عليه من الزواج بمن يرضاه لنفسه زوجا، كان للمولى عليه أن يرفع الأمر للمحكمة لتأذن بالزواج إذا تبين لها مناسبة ذلك".

³ - صارة بنشويخ، نظام توثيق الزواج بين الثبات والتطور، دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي، المغرب-الجزائر-تونس نموذجا، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مخبر البحث في قانون الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية، 2013/2014، ص 97-98.

والواضح من خلال هذا النص أن القانون الجزائري قد كرس حق المرأة في مباشرة عقد الزواج بنفسها واشترط فقط حضور الولي في هذا العقد، سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره.

أما القانون الكويتي فنص على موضوع الولاية في الزواج في المادتين 29 و30 حيث تقضي المادة 29 منه على ما يلي: "الولي في الزواج البكر التي بين البلوغ وتامم الخامسة والعشرين هو العصابة بالنفس حسب ترتيب الإرث وإن لم توجد العصابة فالولاية للقاضي.

ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى

يشترط اجتماع رأي الولي والمولى عليهما"، وخصت المادة 30 على أن: "الطيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأي لها في زواجها ولكن لا تباشر العقد بنفسها بل ذلك لولها".

الفرع الرابع: الوكالة في الزواج¹

الأصل أن العقود تباشر من قبل أصحابها، غير أن كلا من الفقه والقانون متفق جواز التوكيل في إبرام العقود، وعقد الزواج التي تقبل الإنابة، فإذا كان الشخص يملك حق مباشرة هذا العقد بنفسه لكونه مستكملا للشروط الواجب توافرها في العاقد، فإن له أن يوكل غيره لتولي إنشائه بدلا عنه، أما إذا كان الشخص لا يملك التصرف بنفسه لافتقاره إلى أهلية

¹ - راجع: إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول أحكام الزواج، مطبعة الجسور بوجدة، طبعة 2014-2015، ص: 106. أمال الناجي، حدود التوكيل في المادة الأسرية، بين التشريع والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية: 2008-2009، فؤاد اليميني، الأذن في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 18 وما بعدها، جميلة المهوطي، المؤسسات القضائية المرصدة لحماية الأسرة في المدونة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية الحقوق جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، الموسم الجامعي 2005-2006، ص 22 وما بعدها، عبد الله روحات، الوكالة في الفقه الإسلامي والتعيين المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في التشريعية الإسلامية، تخصص الأحوال الشخصية والتبرعات الجزء الأول، كلية الشريعة، جامعة القرويين بفاس، السنة الجامعية 1997-1998. رسالة خالد الوجدي، الوكالة في الزواج والطلاق دراسة فقهية قانونية مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، الموسم الجامعي 2008-2009.

التصرف، أو لانعدام موجب الولاية، فليس له أن يوكل غيره فيه لان فاقد الشيء لا يعطيه، وتعتبر الوكالة من العقود الجائزة لحاجة الناس إليها في كثير من تعاملاتهم.

وإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 قد أجازت الوكالة في الزواج بالنسبة للولي والزوج (الفصل 10)، وأن الزوجة إذا كانت لا تملك صلاحية إبرام عقد زواجها فهي من باب أولى لا تملك التوكيل فيه، ونصت المادة 13 على أن المرأة الوصية على الزوجة ملزمة بتوكيل رجل ليباشر عقد المرأة الموصى عليها.

وبعد تعديلات 1993 أصبح بإمكان المرأة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء طبقا للفقرة الرابعة من الفصل 12.

غير أن هذه المدونة لم تخصص أحكاما خاصة للوكالة في الزواج، وهو ما ظل معه التوكيل في هذا العقد خاضعا لأحكام الوكالة الواردة في قانون الالتزامات والعقود، ويلاحظ بأن المشرع المغربي قبل دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ لم ينظم الوكالة في الزواج، ولم يبين أحكامها وشروطها سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون.

والحديث عن الوكالة في عقد الزواج، يقتضي منا الإشارة في الفقرة الأولى إلى الأحكام العامة للوكالة، ثم التعرض بعد ذلك لموقف مدونة الأسرة من الوكالة في عقد الزواج في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الأحكام العامة للوكالة

مما لا شك فيه أن العلاقات الأسرية هي من أسعى وأقدس العلاقات، لهذا أولتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية اهتماما كبيرا، إذ قررت لها العديد من المبادئ والقواعد التي تؤسس عليها.

والقاعدة في الفقه الإسلامي كما هو الحال بالنسبة للقانون الوضعي، أن كل من جازله إبرام التصرف بنفسه، جازله أن يوكل الغير لينوب عنه، في إبرامه فما المقصود بالوكالة (أولا) وما أنواع الوكالة (ثانيا).

أولاً: ماهية الوكالة وسندها الشرعي

الوكالة بفتح الواو وكسرهما لها عدة معانٍ من بينها الحفظ والرعاية والتفويض حيث يقال فلان وكل فلان، إذا استكفاه أمره واستحفظه ثقته، والوكالة أيضاً من مصدر وكل يوكل توكيلاً وكل يكل وكلواكل، فرض إليه الأمر وسلمه إياه¹.

وللوكالة عدة مفاهيم حيث يعتبر ابن منظور أنها تشمل معاني كثيرة منها: الكفالة: حيث قال "الوكيل هو الكفيل بأرزاق العباد وحقيقته أنه يستقل بأمر الموكل إليه"، وتأتي أيضاً في معنى إقامة الغير في التصرف، أي القيام بأمر الغير، وقال أيضاً "ووكيل الرجل الذي يقوم بأمره سعي وكيلاً لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره فهو موكل إليه"²، والوكيل هو الذي تكفل بما وكل فيه فكفي موكله القيام بما أسند إليه³.

وقد عرف الفقه الإسلامي الوكالة تعريفاً واحداً مع اختلاف الصياغة حيث عرفها الحنفية⁴ بأنها تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل، أما الشافعية⁵ فاعتبروها تفويض شخص ما لفعل يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته، أما المالكية⁶ فذهبوا إلى اعتبارها نيابة في حق غير مشروطة بموت ولا إمارة، والحنابلة⁷ قالوا بأنها استنابة جائزة التصرف فيما يمكن النيابة عليه.

وعليه فالوكالة هي أن ينوب الشخص غيره في القيام بتصرف ممكن مشروع⁸، فأصل الوكالة إقامة الغير مقام نفسه طالما أن التصرف مشروع يجوز للإنسان مباشرته بنفسه⁹.

¹ - المعجم العربي، الميسر، طبعة 1991، مطبعة بيطاتونس ص551، وأنظر أيضاً رسالة الباحث: شريف الغيام، دور الإرادة في إجراء عقد الزواج رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2009-2010، ص 41، وما بعدها.

² - أبو الفضل جبار الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المجلد السادس الطبعة الأولى 1997 دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ص: 484.

³ - أحمد الزمخشري، أساس البلاغة الجزء الثاني الطبعة الأولى 1419-1998 دار الكتب العلمية بيروت- لبنان ص: 352.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ص 426.

⁵ - شمس الدين بن أبي العباس الشهير بالشافعي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، (دون ذكر الطبعة) ص: 17.

⁶ - مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، الجزء الثاني، مطبعة السعادة بمصر، (دون ذكر الطبعة)، ص: 138.

⁷ - عبد الرحمن بن أبي عمر بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، الجزء الثامن، الطبعة الأولى 1984، دار الفكر بيروت، لبنان، ص 124.

⁸ - يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 184.

⁹ - أبو العيينة بدران، المرجع السابق، ص 155.

وهي نوع من أنواع الولاية، لأن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كما ينفذ تصرف الولي على المولى عليه، وعليه فالوكالة في الزواج هي إنابة من صاحب الشأن في الزواج بغيره ليتولاه بدلا عنه، كأن يقول شخص لآخر وكنك في إبرام عقد الزواج.

ودليل مشروعية الوكالة ورد في العديد من الآيات القرآنية، ومن بينها قوله عز وجل: ﴿وَابْتَغُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾¹، وورد في تفسير ابن كثير² في شرحه لهذه الآية أنه إذا بلغ الغلام مصلحا لدينه وماله انفك الحجر عليه فيسلم إليه ماله الذي تحت يد وليه، وهذا إنما يدل على كون الولي يكون وكيلا على أموال يتيمة، ووجه الدلالة أيضا أنه لما جاز نظر الأولياء جعل نظرهم إنما يكون بوصية أب أو بتولية حاكم وهما لا يملكان فجاز توكيل المالك³، وقوله جل جلاله: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ﴾⁴، وجاء في تفسير هذه الآية أنها تدل على صحة عقد الوكالة، وهو عقد نيابة أذن الله به وذلك للحاجة ولقيام المصلحة به، إذ قد يعجز كل واحد عن إتيان أموره إلا بمعونة من غيره⁵.

وما يلاحظ من خلال ذلك أن النصوص القرآنية التي تطرقت للوكالة هي نصوص عامة وليست خاصة أي لا يوجد نص خاص يعالج الزواج بالوكالة، إلا أن توكيل الغير في القيام بأمور دينوية لا تتنافى مع مقاصد الشرع أمر جائز، وعقد الزواج من العقود التي تقبل الإنابة لعدم تنافيا مع هذه المقاصد.

والسنة النبوية الشريفة جاءت بدلائل كثيرة تشهد على جواز التوكيل في الزواج، وذلك لقيام الرسول صلى الله عليه وسلم بدور الوكيل في عقد الزواج لبعض أصحابه، ومن بينها ما جاء عن عقبة بن عامر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل: «أترضى أن

¹ - سورة النساء الآية 6.

² - إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، مختصر تفسير ابن كثير، الجزء الأول، دار الفكر بيروت، (دون ذكر الطبعة)، ص 454.

³ - أبي زكرياء محيي الدين بن شرف النووي، كتاب المجموع، شرح المذهب للشيرازي، الجزء الرابع عشر، الطبعة الأولى 2001، دار إحياء التراث العربي بيروت، ص 107.

⁴ - سورة الكهف، الآية 19.

⁵ - أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي، مرجع سابق، ص: 337.

أزوجك فلانة؟ قال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجك فلان؟ قالت: نعم، فزوجهما رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم يفرض صداقا فدخل بها فلم يعطها شيئا فلما حضرته الوفاة، قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجني فلانة ولم أعطها شيئا وقد أعطيتها سهي من خير فأخذته وباعته فبلغ مائة ألف»¹.

واتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه، جاز له أن يوكل فيه غيره، وعقد الزواج من العقود التي يملك الإنسان أن يعقده بنفسه أو أن يوكل غيره فيه.

وحكمة مشروعية الوكالة في الزواج تتمثل في كونها تجسيد واضح لصور التعاون والتضامن والتكافل، فلها دور كبير في رفع الحرج عن الناس في إنشاء عقود زواجهم، عند وجود أذكار تعترض المقدم على الزواج، فالشخص قد يعجز عن قيامه بمصالحة كلها لوجود عوارض تعيقه وتمنعه من حضور المجلس، مما يؤدي به إلى توكيل غيره في إبرام العقد نيابة عنه.

ثانياً: أنواع الوكالة

تنوع الوكالة وتتعدد صيغها عند الفقهاء إلى عدة أقسام، وذلك باختلاف الزاوية التي ينظر إليها، وهي كثيرة بحسب الطبيعة وبحسب الصيغة التي تحرر بها، وهذه الوكالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة.

1 - الوكالة المطلقة: هي التي تصدر من الموكل بدون قيود يقيد بها الوكيل دون أن يذكر امرأة بعينها ولا أوصافاً خاصة ولا أسرة معينة ولا مهراً ولا شيئاً آخر على الإطلاق، كأن يقول من يريد الزواج لصديقه وكلتكَ في تزويجي، والموكل قد يكون هو الزوج أو الزوجة وأحياناً الولي. فإذا صدر التوكيل من الزوج يذهب فريق من الفقهاء إلى أن الوكالة وإن كانت مطلقة إلا أن هذا الإطلاق مقيد ضمناً بما يجري عليه العرف، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً²، والمعروف أن كل رجل يرغب في الزواج بامرأة صالحة للقيام بشؤون الزوجية وأهدافها، فالعرف يوجب على الوكيل أن يختار الزوجة المناسبة للموكل من جميع الوجوه، وإذا كانت المرأة غير سليمة من العيوب أو غير متكافئة مع الزوج، أو كان مهرها أكثر من مهر المثل كان العقد موقوفاً على إجازة الموكل، فإن أجازته نفذ وإن رده بطل.

¹ - أبو داود، "سنن أبي داود"، كتاب النكاح باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات، رقم الحديث، 2114، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 1989، مكتبة التربية العربي لدول الخليج، ص: 225.

² - محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص 227.

ويذهب فريق آخر "أبو حنيفة" إلى أن الوكالة طالما أنها مطلقة فإن الوكيل لا يتقيد بشيء، وبالتالي فإن عقد الزواج ينفذ حتى ولو كانت المرأة غير مناسبة سواء من حيث الكفاءة أو المهر أو السلامة من العيوب.

وقد يكون الموكل هو الزوجة - على الرأي القائل بصحة توليها العقد - كما إذا قالت له وكلتك في تزويجي، دون أن تذكر له اسم الزوج الذي تريده أو أسرته، أو مركزه، ودون أن تحدد مهرا معيناً ... وزوجها من رجل غير كفء لها فإن هذا العقد يتوقف على إجازتها.

ونؤيد في هذا الصدد ما ذهب إليه الأستاذ يوسف قاسم¹ بأنه: "المفروض فيمن يوكل شخصاً ليزوجه أن يضع فيه كل ثقته، ومن المعقول أن تكون الثقة في محلها، فيجب على الوكيل أن يعمل بمقتضى هذه الثقة فيختار للموكل الزوج المناسب في جميع الأحوال، وهذا مقتضى عقد الوكالة القائم على الثقة بين الطرفين، فإذا خالف الوكيل مقتضى العقد متعمداً فقد خان الثقة التي وضعها الموكل فيه، وكان عمله جديراً بالإلغاء، وإذا كان مخطئاً غير متعمد فإن هذا الخطأ لا ينبغي أن يعود على الوكيل بخطر جسيم دائم يتمثل في اختيار زوج غير مناسب، قد يكون سبباً في شقاء مستمر وهم كبير ... وعلى ذلك فلا أقل من أن نعتبر العقد في الحالتين متوقفاً على إجازة الموكل، فإن أجازته نفذ وتحمل مسؤولية نفسه، وإن لم يجزه بطل وصار عديم الأثر".

2 - الوكالة المقيدة: هي التي يقيد فيها الموكل الوكيل بامرأة معينة وبمهر معلوم، أو بأحدهما، وقد تكون من المرأة كما قد تكون من الرجل.²

فالرجل الذي يوكل غيره في أن يزوجه بفاطمة بنت (فلان) بمهر قدره خمسة آلاف درهم، فإنه يتعين على الوكيل أن يلتزم في إبرام عقد الزواج بما ذكره الموكل، فإذا التزم الوكيل حدود وكالته بحيث زوجه طبقاً للأوصاف والشروط التي حددها الموكل كان العقد نافذاً، وإذا خالف ذلك كان فضولياً، ويكون العقد موقوفاً على إجازة الموكل وإلا عد باطلاً، وإذا كانت المخالفة فيها مصلحة وخير للموكل، كما إذا وكله في أن يزوجه بمهر قدره خمسة آلاف درهم فأبرم العقد بمهر قدره ثلاثة آلاف درهم ... فالوكيل هنا لم يتجاوز حدود الوكالة³، وتطبق نفس الأحكام السابقة إذا وكلت المرأة غيرها في زواجها.

¹ - يوسف قاسم، مرجع سابق، ص 185.

² - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 158.

³ - راجع في نفس المعنى، يوسف قاسم، المرجع السابق ص 186.

الفقرة الثانية: الوكالة في مدونة الأسرة¹

تناولت المادة 17 من مدونة الأسرة أحكام الوكالة في الزواج بشكل أكثر تنظيماً مما كان عليه الحال في المدونة الملغاة، ونصت في البداية على أن الأصل انعقاد الزواج بحضور طرفيه أي الزوج والزوجة ولكن استثناء يمكن التوكيل عليه إذا توافرت الشروط التالية:

1- وجود ظروف خاصة لا يتأتى معها للموكل مباشرة إبرام عقد الزواج بنفسه، تجعله عاجزاً عن مباشرة العقد، كأن يكون في بلد بعيد كما هو الشأن بالنسبة للجالية المغربية المقيمة بالخارج، والواقع أن مثل هذه الظروف المبررة للتوكيل على عقد هو أخطر وأهم عقد قد يبرمه الإنسان في حياته يجب أن يقدرها قاضي الأسرة ويقتنع بها حسب كل حالة، وإذا لم تتولد لدى القاضي مثل هذه القناعة فإنه يتعين عدم السماح بالوكالة.

ويبدو أن اشتراط مدونة الأسرة لطرف موضوعي حال دون حضور الزوج من مباشرة العقد، من شأنه أن يحمي عقد الزواج من جانبين، فقد يقطع الطريق أمام كل من يلجأ إلى هذا النوع من التعاقد قصد إخفاء عيبه عن الطرف الآخر، كما يفرض الحضور الشخصي للمتعاقدين من أجل إبرام عقد زواجهم وعدم اشتراك الغير فيه، نظراً لكون عقد الزواج يركز في جزء واسع منه على مرتكزات روحية ومعنوية تفتقد إليها باقي العقود الأخرى.

وإذا كان المشرع المغربي قد سلك مذهبا وسطا، حيث لم يترك الوكالة دون تنظيم، ولم يقدم على إلغائها بل اشترط ضرورة وجود ظرف موضوعي يحول دون الحضور الشخصي للموكل، فإنه في مقابل ذلك نجد بعض التشريعات، كالتشريع الجزائري الذي تشدد إلى درجة كبيرة في هذه المسألة وأقدم على إلغاء الوكالة في الزواج بصفة نهائية إثر التعديل الأخير.

وفي مقابل هذا الموقف المتشدد من قبل المشرع الجزائري، نجد موقفاً آخر، تمادى في المرونة إذ لم يقدم على تنظيم الوكالة في الزواج بل اكتفى بالنص عليها فقط، وهذا ما صار عليه المشرع اليمني في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية والذي نصت على أنه: "تصح الوكالة في الزواج ولو كان الولي الموكل غائبا غيبة منقطعة ويجوز للوكيل أن يزوج نفسه بمن وكل بتزويجها إلا إذا شرط غير ذلك، كما يصح للولي أن يزوج نفسه بمن له الولاية عليها وكل

¹ - راجع: أمال الناجي، مرجع سابق، ص 33 وما بعدها، شريف الغيام، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها، عبد الله بن الطاهر التتاني، مرجع سابق، ص 73 وما بعدها، الطاهر كركري، الوكالة في الزواج في مدونة الأسرة، مجلة القصر، العدد 14 ماي 2006.

ذلك فيما لا يتعارض مع أحكام المادة 23 من هذا القانون"، في حين نص الفصل 9 من قانون الأحوال الشخصية التونسي على أنه: "للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما، وأن يوكلتا من شاءا وللولي حق التوكيل أيضا".

2. تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية¹ أو عرفية²، مصادق على توقيع الموكل فيها.

وقد عرف الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الورقة الرسمية بأنها هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد وذلك وفق الشكل الذي يحدده القانون، ويقوم حاليا بتحرير الأوق الرسمية: الموثقون العصريون والعدول، وتكون أوراقا رسمية أيضا:

1. الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم؛

2. الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية.

أما الورقة العرفية فرغم أن المشرع المغربي لم يعرفها إلا أن الفقه حاول إعطاء بعض التعريفات منها:

* المحرر العرفي هو: "الورقة الصادرة من ذوي الشأن بوصفهم أشخاصا عاديين لتكون دليلا كاملا لإثبات تصرف قانوني معين عقدا كان أو غير عقد"³، ويعرفها البعض الآخر بأنها "هي التي تصدر من ذوي الشأن بوصفهم أشخاصا عاديين ويوقع عليها أحدهم لأن تكون دليلا كتابيا"⁴.

ولذلك فالورقة العرفية يحررها الأفراد فيما بينهم أو أي شخص آخر، والمشرع المغربي لم يشترط في الورقة العرفية سوى الكتابة والتوقيع طبقا للفصل 426 من ظهير الالتزامات والعقود، سواء قام بتحريرها الأطراف فيما بينهم أو تم تحريرها من قبل شخص آخر، وتعتبر

¹ - راجع محمد بن مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى 2000، مطبعة النجاح الجديدة بالبيضاء، ص 300. وانظر أيضا: محمد الربيعي، المعاملات العقارية بين ظاهرة انتشار المحررات العرفية وضمانات المحررات الرسمية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الحسن الثاني بالبيضاء، السنة الجامعية 1999 - 2000، ص 120 وما بعدها.

² - محمد كيوري، توثيق المعاملات الواردة على العقار المحفظ في المحررات العرفية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي 2003/2004، ص 8 وما بعدها.

³ - محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، جامعة الملك سعود، ص 227.

⁴ - إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المغربي، مطبعة فضالة 1977، ص 84.

المحركات العرفية أكثر انتشارا في مجال توثيق المعاملات بين الأفراد، وعلى ضوء ما سبق فإن الوكالة في الزواج لابد من إفراغها إما في ورقة رسمية أو عرفية مع ضرورة المصادقة على توقيع الموكل على عقد الوكالة.

وتجدر الإشارة إلى أن مجلة الأحوال الشخصية التونسية لم تكتفي بالورقة العرفية فقط، بل اشترطت على الموكل إيراد وكالته في ورقة رسمية، فقد نصت المادة العاشرة منها على أنه: "لا يشترط في وكيل الزواج المشار إليه في الفصل السابق شرط خاص، ولكن ليس له أن يوكل غيره بدون إذن موكله أو موكلته، ويجب أن يحرر التوكيل في حجة رسمية، ويتضمن صراحة تعيين الزوجين، وإلا عد باطلا".

3. يجب أن يكون الوكيل راشدا أي بالغا سن الرشد القانوني الذي هو 18 سنة شمسية كاملة ومتمتعاً بكامل أهليته المدنية، وفي حالة توكيله من الولي يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية.

4. يجب أن يعين الموكل في عقد الوكالة اسم الزوج الآخر، ومواصفاته وجميع المعلومات الأخرى المتعلقة بهويته وكذا جميع البيانات والمعلومات الأخرى ذات الفائدة والتي من شأنها نفي أي جهالة بالنسبة للزوج الآخر تفاديا لأي نزاع محتمل.

فالمشرع ومن خلال هذا الشرط إنما يريد أن يؤكد على أن الوكالة التي ينعقد بها الزواج هي وكالة مقيدة، والمعلومات الواردة فيها تعتبر قيودا تلزم الوكيل ويتوجب عليه احترامها، لأن مهمته وعمله يقتصر في القيام بإجراء الزواج نيابة عن موكله، ولهذا فالوكيل هو معبر عن إرادة موكله، مما يحتم عليه ضرورة التصرف في حدود ذلك التحديد.

وما تجدر الإشارة إليه أن اشتراط تعيين اسم الزوج ومواصفاته، وكل المعلومات المتعلقة بهويته، إنما جاء لمصلحة الوكيل وجعله محمولا على التصرف وفق ما ورد النص عليه في عقد الوكالة، باعتبار مهامه تقتصر في النيابة دون تقرير أي أمر، وحماية الموكل من إمكانية تزويجه بمن لا تكافئه وبالتالي إيقاعه في الخطأ، وفي نفس الوقت حماية عقد الزواج من أي تصرف يمكن أن يخرج عن هدفه المتمثل في الترابط والتماسك المبني على المودة والاستقرار، فهذا الشرط إنما هو تضيق إيجابي، لأن المفروض في الموكل أن يكون عالما بالطرف الآخر الذي سيرتبط معه برباط أبدي.

5 . يجب أن تتضمن الوكالة مبلغ الصداق، وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل، و عليه فليس للوكيل دور في تقدير الصداق سواء بالزيادة أو النقصان، بل هو من اختصاص الموكل الراغب في الزواج، فدور الوكيل لا يتجاوز كونه دورا تمثيليا للموكل فقط.

6 . يجب على الموكل أن يحدد الشروط التي يود إدراجها في صلب عقد الزواج، وهذه الشروط هي ما تعرف بالشروط الإرادية أو الاتفاقية في عقد الزواج، ولا يكون للوكيل أي حق في وضع شرط أو قبول أي شرط، باعتبارها تخص المتعاقدين أي طرفي عقد الزواج لا غير، وعليه فإذا كان الموكل هو الزوج يتعين عليه إن أراد إرفاق شروط اتفاقية في عقد الزواج وأن يذكر للوكيل هذه الشروط، ونفس الشيء بالنسبة للزوجة إذ يتعين عليها تحديد الشروط التي تود إيرادها في عقد الزواج بتحديدتها في عقد الوكالة.

7 . يجب أن يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج على الوكالة، بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة والمذكورة سابقا.

المطلب الرابع: سماع العدلين الإيجاب والقبول (الإشهاد على عقد الزواج)

نصت مدونة الأسرة في المادة 13 على ضرورة سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه، فهل يعتبر هذا السماع بمثابة إشهاد على عقد الزواج كما يشترط ذلك الفقه الإسلامي؟ سنشير في البداية إلى موقف الفقه الإسلامي من الإشهاد على عقد الزواج (الفرع الأول) ثم نتناول موقف مدونة الأسرة من إشهاد العدلين على الإيجاب والقبول في عقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الإشهاد على عقد الزواج

نشير أولا إلى حكم الإشهاد على الزواج في الفقه الإسلامي في الفقرة الأولى، ثم نستعرض شروط الشهادة الواجب توافرها في شاهدي عقد الزواج في الفقه الإسلامي في الفقرة الثانية .

الفقرة الأولى: حكم الإشهاد

اختلف الفقهاء حول ما إذا كان الإشهاد شرط صحة في الزواج أم لا.

أ - رأي الجمهور ومنهم الشافعية والحنفية والحنابلة: الإشهاد عندهم شرط صحة في عقد الزواج، وحجة هذا الرأي، قوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بشهود» وكذلك قوله «لا نكاح إلا ببينة»، وأن الإشهاد يجب أن يتوافر أثناء إبرام عقد الزواج وفي مجلسه.

ب - رأي الإمام مالك: يذهب البعض إلى أن الإمام مالك يكتفي بالإعلان وأنه لا يرى الإشهاد شرطاً من شروط الصحة، لكن الراجح عند الإمام مالك أن الإشهاد شرط في الزواج انتهاء لا ابتداء، أي أن الإمام يتبنى رأي الجمهور في اشتراط الشهادة، إلا أنه إذا لم يقع الإشهاد عند العقد فيجب أن يقع عند الدخول، ودليله حديث الرسول عليه الصلاة والسلام: «أعلنوا النكاح ولو بالدف»، وإذا تم الدخول بلا إشهاد وجب فسخ العقد لعدم توفر الإشهاد.

ومما يجب التنبيه إليه هو أنه إذا حضر الشاهدان وطلب منهما كتمان الشهادة فهل نكون أمام نكاح السرو هو غير جائز لأنه مجرد زنا؟، أم أمام نكاح صحيح تتوفر فيه شرط الإشهاد فيكون العقد صحيحاً؟.

ذهب بعض الفقهاء منهم أبو حنيفة والشافعي وابن حزم وغيرهم إلى أن الشهادة وحدها كافية للإعلان ولو تواسيا بالكتمان، والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «لا نكاح إلا بشهود»، وقوله: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، فقد اشترط الرسول صلى الله عليه وسلم الشهادة فكانت هي المطلوبة، وأنه لم يرد من الشارع أي نهي عن نكاح السر إذا شهد عليه عدلان، وأن هذا النكاح ليس سرا لأن عدد من علمه يصل إلى خمسة أشخاص وهم: الزوجان والولي والشاهدان.

ولم تتناول المدونة الموضوع، ونرى مع بعض الفقه المغربي¹ ضرورة الأخذ برأي الحنفية والشافعية لأنه لا يمكن للشاهدين العدلين أن يكتما الزواج الذي أبرم بحضورهما في مجلس واحد وهما اللذان يختصان وحدهما بتوثيقه.

الفقرة الثانية: شروط الشهادة الواجب توافرها في شاهدي عقد الزواج

نظرا لكون عقد الزواج ذو أهمية كبيرة وأنه يرتب آثارا قانونية جد خطيرة لذلك يحتاط فيه أكثر من أي عقد آخر فيما يتعلق بإثباته، وهذه الشروط يمكن تقسيمها إلى نوعين:

¹ - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 58.

النوع الأول : شروط شكلية وهي الحرية، والبلوغ، والإسلام، وأن يسمع الشهود الإيجاب والقبول في مجلس العقد، ونرى بأن هذه الشروط بديهية ولم تتركب كثيرا من الاختلافات الفقهية.

النوع الثاني : شروط موضوعية وهي العدالة والذكورة، وفي الواقع هذان الشرطان جوهران لصحة عقد الزواج ونلقي نظرة عن شرط العدالة وشرط الذكورة.

أولا: العدالة¹: انقسم الفقهاء في اشتراط عدالة الشاهد في عقد الزواج إلى رأيين:

الرأي الأول: وهو للجمهور عدا الحنفية، قالوا لا بد لصحة عقد الزواج من عدالة الشاهدين، إذ لا تصح عندهم شهادة الفاسق، وأنه يكفي العدالة ظاهرا إذ لا يكلف الزوجان بالبحث عن حقيقة أمره لأن في ذلك مشقة وحرجا، واستدل الجمهور على اشتراط العدالة بثلاثة أدلة :

أ . قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل » فهذا الحديث يدل على أن العدالة شرط لصحة الزواج، فإذا عقد بشهادة الفاسق كان باطلا .

ب . إن إظهار أهمية الزواج والإعلاء من شأنه، من أجله شرعت الشهادة، وهذا لا يتحقق بحضور الفاسق لأنه ليس أهلا للكرامة في نفسه حتى يكرم العقد بحضوره².

ج . إن أهمية الشهادة ليس في الإعلان والشهر أمام الناس فحسب، بل تعتبر وسيلة إثبات قوية عند الإنكار، لذلك لا بد أن يكون الشهود من الصالحين لأداء الشهادة .

الرأي الثاني : وهورأي الأحناف، والعدالة عندهم لا تعتبر شرطا في صحة عقد الزواج، ولكنها شرط في إثباته عند الإنكار، إذ الرأي عندهم أن كل من صلح أن يكون زوجا صلح أن يكون شاهدا، ولو كان فاسقا.

ثانيا : الذكورة: اختلف قبول شهادة المرأة في الأحكام المختلفة على أقوال كثيرة من لدن الفقهاء، ويمكن حصر ما نقل عنهم في ذلك إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم قبول شهادة النساء مطلقا، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة، قال مالك: "لا يقبل النساء مع رجل ولا بدونه في قصاص، ولا حد، ولا نكاح، ولا طلاق، ولا رجعة، ولا عتق، ولا نسب، ولا ولاء، ولا إحصان، وتجوز شهادتهن مع رجل في الديون والأموال،

¹ - العدالة شرعا، هي الاستقامة على اجتناب الكبائر، وما يخل بالمرءة وعدم الإصرار على الصغائر.

² - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 95.

والوكالة، والوصية التي لا عتق فيها، ويقبلن منفردات في عيوب النساء، والولادة والرضاع، والاستهلال، وحيث يقبل شاهد ويمين الطالب، فإنه يقضى فيه بشهادة امرأتين مع رجل في الأموال كلها، وفي العتق، لأنه مال، وفي قتل الخطأ، وفي الوصية لإنسان بمال، ولا يقبلن في أصل الوصية، لا مع رجل ولا بدونه¹، ومن أدلتهم على ذلك:

قوله تعالى ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ﴾²، والأمر يقتضي الوجوب.

أنه قول كثير من السلف رضي الله عنهم، قال سعيد بن المسيب وعبد الله بن عتبة: لا تقبل شهادة النساء إلا فيما لا يطلع عليه غيرهن، وقال عمرو وعلي رضي الله عنهما: لا تجوز شهادة النساء في الطلاق ولا النكاح ولا الدماء ولا الحدود، وقال الزهري: مضت السنة من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والخليفين بعده ألا تجوز شهادة النساء في الحدود والنكاح والطلاق³.

من القياس، أن هذا معنى يثبت حكماً في البدن، فإذا لم يثبت بشهادة النساء بانفرادهن لم يثبت بشهادتهن مع الرجال كالحدود والقصاص، وأن هذا جنس لا يثبت النكاح باثنين منه فلم يكن له مدخل في الشهادة به كالعبيد والفساق⁴.

القول الثاني: صحة شهادتهن مع اشتراط وجود رجل معهن، وهو مذهب الحنفية⁵ في هذه المسألة وفي أكثر مسائل الشهادات من القصاص والحدود والطلاق والرجعة مع الرجل، ولا يقبلن عندهم منفردات لا في الرضاع ولا في انقضاء العدة بالولادة ولا في الاستهلال، بل يشترطون صحبة رجل معهن، ولا يقبلن منفردات إلا في الولادة المطلقة وعيوب النساء، ومن أدلتهم على ذلك:

¹ - المدونة الكبرى، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص 504.

² - سورة الطلاق الآية 2.

³ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مجمع الفقه الإسلامي بجددة، الطبعة الأولى، 1428هـ، ص 130.

⁴ - عبد السلام بن تيمية، المنتقى في الأحكام الشرعية من كلام خير البرية، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 1429هـ، ص 313.

⁵ - وهو كذلك مذهب الإباضية، فقد أجاز الإباضية أمينان أو أمين وأمينتان أو ثلاثة من أهل الجملة أو واحد وأربع نسوة أو رجلان وامرأتان منهم أو أمين وأربع منهم أو رجلان وأمينتان، أنظر: محمد بن يوسف أطفيش، الجزء السادس، دار الفتح، بيروت، الطبعة الثانية، 1973، ص 87.

⁶ - أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، 2003، ص 660.

قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى¹﴾.

أن للنساء مع الرجال شهادة أصلية، وبما أن فيها ضرب شبهة من حيث إنه يغلب الضلال والنسيان عليهن كما أشار الله تعالى في قوله: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى²﴾ وبانضمام إحدى المراتين إلى الأخرى تقل تهمة النسيان، ولا تنعدم لبقاء سببها وهي الأنوثة، فلا تجعل حجة فيما يندري بالشبهات كالحدود والقصاص، فأما النكاح والطلاق فيثبت مع الشبهات، فهي شهادة فيها نظير شهادة الرجال، ولا إشكال أن تهمة الضلال والنسيان في شهادة الحضور لا تتحقق، فكان ينبغي أن ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأة، ولكنه قد ثبت بالنص أن المراتين شاهد واحد فكانت المرأة الواحدة نصف الشاهد وينصف الشاهد لا يثبت شيء، فاحتاجت إلى تكميلها بامرأة أخرى.³

واستدل أيضا بما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قوله: "لا تجوز شهادة النساء بحتا، حتى يكون معهن رجل" وصح ذلك عن عطاء، وعمر بن عبد العزيز وصح عن جابر بن زيد قبول الرجل والمرأتين في الطلاق والنكاح، وقال طاووس: تجوز شهادة النساء في كل شيء مع الرجال، إلا الزنا، من أجل أنه لا ينبغي أن ينظرن إلى ذلك، وعن عطاء بن أبي رباح، قال: تجوز شهادة النساء مع الرجال في كل شيء، ويجوز على الزنا امرأتان وثلاثة رجال وقال سفيان الثوري: تقبل المراتان مع الرجل في القصاص، وفي الطلاق، والنكاح، وفي كل شيء، حاشا الحدود، ويقبلن منفردات فيما لا يطلع عليه إلا النساء.⁴

القول الثالث⁵: قبول شهادة النساء مطلقا، وهو مذهب الظاهرية، ومما استدلل به ابن حزم عل ذلك:

روايته عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: «شهادة المرأة بنصف شهادة الرجل»⁶، وبما أن الشهود اثنان فاشتراط إشهاد أربع من النسوة.

¹ - سورة البقرة، الآية 282.

² - سورة البقرة الآية 282.

³ - السرخسي شمس الدين، المبسوط، الجزء الخامس، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 1989، ص 32.

⁴ - ابن قيم الجوزية، مرجع سابق، ص 130.

⁵ - علي بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، الجزء التاسع، المطبعة المنيرية، 1352 هـ، ص 49.

⁶ - قال في مجمع الزوائد، رواه البزار ورجاله ثقات، مجمع الزوائد: 119/3.

كما أنه قد نقل الاكتفاء بشهادة النسوة عن بعض السلف، فصح عن إياس بن معاوية قبول امرأتين في الطلاق، وصح عن شريح أنه أجاز شهادة أربع نسوة على رجل في صداق امرأة، وعن أبي لبيد أن سكرانا طلق امرأته ثلاثاً، فشهد عليه أربع نسوة فرفع إلى عمر ابن الخطاب، فأجاز شهادة النسوة، وفرق بينهما، وعن محمد بن سيرين أن رجلاً ادعى متاع البيت، فجاء أربع نسوة فشهدن، فقلن: دفعته إليه الصداق، فجهرها به، فقضى شريح عليه بالمتاع.

وحسناً فعل القضاء المغربي عندما لم يشترط الذكورة في الإشهاد على عقد الزواج المبرم بالخارج، ونؤيد ما ذهب إليه المحكمة الابتدائية بالناظور قسم قضاء الأسرة من قبول منح الصيغة التنفيذية لعقد زواج أبرم أمام ضابط الحالة المدنية ببلدية بيزي الفرنسية ومن أهم الحثثيات التي استندت عليها المحكمة أذكر: "وحيث يتعين التأكيد انطلاقاً من مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وحظر التمييز بسبب الجنس - ديباجة الدستور والفصل 19 منه - على أن شهادة المرأة المسلمة مساوية في القيمة القانونية لشهادة الرجل ولا يجوز إهدار الشهادة أو التنقيص من قيمتها الإثباتية بسبب جنس الشاهد، وهذا الحكم يسري على جميع القضايا بما فيها قضايا الأسرة، وبصرف النظر عن أي خلاف فقهي في الموضوع فإنه لا عمل بأي رأي فقهي يناقض صريح الدستور علماً بأن إحالة مدونة الأسرة على أحكام الفقه - المادة 400- مقيدة بوجوب مراعاة مبدأ المساواة، وعلى هذا الأساس وجب اعتبار شهادة امرأة ورجل في عقد زواج مبرم خارج المغرب محققة للشرط الشكلي المقرر في المادة 14 من مدونة الأسرة..."¹

وفي قرار آخر لمغربي مقيم بالخارج طلب من المحكمة الابتدائية التذليل بالصيغة التنفيذية لعقد زواج له أبرمه أمام ضابط الحالة المدنية بمدينة ستراسبورغ بفرنسا، كان أحد شاهديه امرأة، فاستجابت المحكمة لهذا الطلب، لكن النيابة العامة طعنت في هذا الحكم بالاستئناف بناء على أن العقد بهذه الصورة "مخالف لما جاء به الشرع الحنيف و مدونة الأسرة"، إلا أن محكمة الاستئناف قضت بتأييد الحكم الابتدائي المطعون فيه². أن هذا العقد لا يعيبه في شيء حضور شاهدة مسلمة لإبرامه، ولا يوجب حضورها لمجلس انعقاده بطلانه، لأن التكليف شرطه الإمكان، وللضرورة أجاز الفقهاء المسلمون شهادة النساء وشهادة غير العدول و ترجمة الكافرو شهادة الطبيب النصراني لثلا تضييع الحقوق و العبرة في الإسلام هي لعدالة الشاهد وليس لجنسه لقوله تعالى: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾. وليست الشهادة في

¹ - حكم المحكمة الابتدائية، قسم قضاء الأسرة بالناظور، ملف الأحوال الشخصية رقم 1560 - 11 - 2014

بتاريخ 2014/7/21 غير منشور.

² - القرار رقم 1041 بتاريخ 2007/04/18 في الملف عدد 2007/494.

الإسلام حكرا على الرجال دون النساء، بل إن من الأمور في الفقه الإسلامي ما لا ينظر فيه كشاهد إلا النساء كما في العيوب الخاصة بالنساء وفيما يقع في المأتم والأعراس والحمام والرضاع، وقد خص الفقيه محمد ابن فرحون المالكي في كتابه تبصرة الحكام الباب السابع عشر للقضاء بشهادة امرأة بانفرادها، والباب الثامن عشر للقضاء بشهادة وامرأة ويمين المدعي في معرض ذكره لأنواع البنيات، وخص بابا في كتابه للقضاء بشهادة غير العدول للضرورة. كما أن النكاح في الفقه الإسلامي يتم انعقاده بشهادة غير العدول للضرورة، كما يتم بشهادة الأعمى والفاسق والابن والأب لاختلاف شروط الانعقاد فيه عن شروط إثباته عند الإنكار. وهذه المبادئ ترمي لتحقيق العدالة التي أضحت الآن مفهوما أمميا قوامه المساواة والحرية ونبذ التمييز على أساس الجنس والعرق أو اللون، تلك المقومات الإنسانية التي كرستها الشريعة.

كما أن مدونة الأسرة جاءت بمنظور جديد لرفع الحرج و المعاناة عن المغاربة المغتربين كأساس من أساسياتها عند إبرامهم لعقود زواجهم بمحل إقامتهم بالخارج. وترتبا عليه، فإنه لا معرة في حضور امرأة لمجلس عقد النكاح مبرم بالخارج بين مغاربة مسلمين مقيمين بالخارج كما أن حضور الشاهدين لمجلس نكاح مبرم بالخارج وفق إجراءات بلد الإقامة لا يعتبر شرطا جوهريا من شأنه أن يؤدي لبطالان هذا العقد أو فسادة أو فسخه، لأن مقتضيات المواد 56-57-61 من المدونة حددت حالات بطلان عقد الزواج وحالات فسادة وكذا حالات فسخه على وجه الحصر وليس من بينها انتفاء حضور الشاهدين لعقد نكاح أبرم صحيحا وفق قانون بلد الإقامة. ولذا فإن حضور المرأة كشاهد لعقد النكاح لا مخالفة فيه للنظام العام للمغرب المستمد من مبادئ الشريعة الإسلامية و من القيم الداخلية للمجتمع المغربي و من المبادئ الأُممية لحقوق الإنسان، والأحكام يجب أن تنزل منازلها من حيث الضرورة والمصلحة العامة التي حكمها الشرع في كثير من الحالات ومنها حالة المغاربة المقيمين بالخارج¹.

¹ - قرار رقم 1413 بتاريخ 2007/05/23 في الملف عدد 2007/71 أورده، جمال الطاهري، تأنيث الإشهاد على عقد الزواج تعليق على قرارين صادرين عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، منشورين بمجلة الحقوق المغربية العدد السابع، مطبعة الأمنية، أبريل 2009، ص 153-154.

الفرع الثاني: موقف مدونة الأسرة من إشهاد (سماع) العدلين على الإيجاب والقبول في عقد الزواج¹

تشرط المادة 13 من مدونة الأسرة من بين شروط عقد الزواج في البند الرابع "سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه"، والعدلين الذين تتحدث عنهما مدونة الأسرة هما موثقين اثنين من العدول الذين تعينهم وزارة العدل وتسندهم مهمة توثيق العقود والحقوق² وفقا للقانون المنظم لخطة العدالة³.

ومن ثم يتعين إبرام عقد الزواج بإيجاب وقبول شفويين في مجلس واحد أمام عدلين من العدول المعينين لتوثيق العقود.

والشاهدين العدلين لن يستمعا إلى الإيجاب والقبول، إلا بعد الحصول على إذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بحيث يأذن للعدلين بتوثيق العقد، بعدما أن يكون الراغب في الزواج قد تقدم بطلب إلى قاضي الأسرة لفتح ملف لدى كتابة الضبط يضم الوثائق المشار إليها في المادة 65.

ونعتقد بأن الذي يعد شرطاً جوهرياً هو سماع الإيجاب والقبول من قبل الشاهدين العدلين وليس من طرف قاضي الأسرة بدليل البند الرابع من المادة 13، وأن مهمة قاضي الأسرة المكلف بالزواج هو فتح ملف خاص بالزواج وحفظه بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة، والتأكد من صحة الوثائق المقدمة والمنصوص عليها في القسم السادس من الكتاب الأول من مدونة الأسرة، والمتعلقة بالإجراءات الإدارية والشكلية لإبرام عقد الزواج طبقاً للمادة 65. أما القول بتدخل القضاء في حالة عدم حصول القبول ورفض منح الإذن بالزواج نتيجة لذلك حماية للمرأة⁴، فنعتقد بأنه قول مردود لأن الإيجاب والقبول باعتبارهما ركنين من أركان عقد الزواج يتم التصريح بهما أمام العدلين المكلفين من قبل وزارة العدل بتوثيق العقود وليس أمام القاضي.

¹ - مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 اشترطت لصحة عقد الزواج في الفقرة الثانية من المادة الخامسة،

حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزوج أو نائبه ومن الولي...

² - أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 64.

³ - القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، صدر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.06.56 بتاريخ 14 فبراير 2006، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ 02 مارس 2006، ص 655.

⁴ - جواب السيد وزير العدل حول التساؤلات المثارة حول الإجراءات المقررة في المادة 65 من مدونة الأسرة أمام البرلمان، أنظر ذلك في مقتضيات الجديدة للمدونة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، مرجع سابق، ص 114.

المطلب الخامس: انتفاء الموانع الشرعية

من شروط عقد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل الذي يريد الزواج بها تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً.

وقد بينت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة المحرمات فهن معينات ومحددات وما وراء ذلك فهن محلات.

وموانع الزواج على نوعين :

1 - موانع مؤبدة بحيث لا يجوز الزواج بهذه المحرمات من النساء أصلاً وهذه الحرمة لا ترفع مستقبلاً كالأمومة والبنوة والأخوة... فسبب التحريم لا ينفك أبداً.

2 - موانع مؤقتة، وهنا يكون سبب التحريم عارضاً، إذ لا تحل المرأة على من حرمت عليه مادامت على الحالة التي وجدت فيها بسبب التحريم المؤقت... فمضى زال سبب التحريم، زال التحريم مثل زوجة الغير أو المعتدة من الغير... الخ.

وقد جمعت مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 في الفصل 25 هذه الموانع فنصت على أن: "موانع الزواج قسمان : مؤبدة ومؤقتة، فالمؤبدة : القرابة والمصاهرة والرضاع ووطء العاقد في العدة ولو بعدها، واللعان، والمؤقتة: تعلق حق الغير بزواج أو عدة".

وخصصت مدونة الأسرة الجديدة القسم الثالث من الكتاب الأول لموانع الزواج من المادة 35 لغاية المادة 46.

وعلى ضوء ما سبق نقسم الكلام في موانع الزواج الشرعية إلى فرعين : نتحدث في الفرع الأول عن الموانع المؤبدة ونخصص الفرع الثاني لموانع الزواج المؤقتة .

الفرع الأول: موانع الزواج المؤبدة

جمع القرآن الكريم هذه الموانع في قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ أَلْفِ أَرْضَعَتِكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضْعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَّاتُكُمْ أَلْفِ فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا

دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَاحُ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَخَلِيلُ أَبْنَائِكُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا
بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً ﴿١﴾

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ
إِنَّهُ كَانَ بَلَحِشَةً وَمَفْتًأً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾².

هذين هما النصين الرئيسيين الواردين في هذا الموضوع وهناك نصوص أخرى وردت في
بعض المحرمات بياناً لنصوص القرآن الكريم نشر إلى بعضها عند دراستنا لكل نوع من أنواع
المحرمات.

وقد نصت المادة 25 من مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 على أن موانع الزواج
المؤبدة خمسة وهي القربة، المصاهرة، الرضاع، وطء العاقد في العدة ولو بعدها، واللعان.

أما مدونة الأسرة الجديدة فقد حصرتها في ثلاثة أنواع من المحرمات وهي:

1. المحرمات بالقربة.

2. المحرمات بالمصاهرة.

3. المحرمات بالرضاع.

ويلاحظ بأن مدونة الأسرة لم تذكر من بين الموانع المؤبدة وطء العاقد في العدة وكذا
اللعان كسببين للتحريم الأبدي كما كانت تقضي بذلك نصوص مدونة الأحوال الشخصية
الملغاة.³

وعلى ضوء ما سبق سنتناول الموانع الثلاثة في الفقرات التالية :

¹ - سورة النساء، الآية 23.

² - سورة النساء، الآية 22.

³ - وحول سبب عدم ذكر زواج المعتدة واللعان من بين موانع الزواج يوضح وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية
ذلك عند مناقشة هذه المقترضات بالبرلمان بقوله: "بالنسبة لعدم ذكر المانع المتعلق بوطء العاقد في العدة
من بين الموانع المؤبدة المنصوص عليها في المواد 36 وما بعدها، يبدو أنه يرجع إلى كون هذا المانع هو محل
أراء فقهية متعددة، وليس موضوع إجماع، وقد يكون هذا هو السبب في استبعاده من طرف اللجنة.
كما أن عدم ذكر قضية اللعان المرتكزة على اتهام خاص في حالة العمل الذي أجاز الآن في المدونة الجديدة
اللجوء إلى الخبرة بشأنه من بين موانع الزواج فإنه لا ينبغي أن يفهم من عدم ذكره الميل إلى التحلل من
أمر شرعية، إلا أن ما كان ينفي اللعان بخصوص العمل فقد أصبحت الخبرة الطبية تثبتته في المدونة.
ولذلك لم يعد لذكره هنا أهمية، ولأن اعتباره من موانع الزواج ليس موضوع إجماع فقهي".
المقترضات الجديدة، مرجع سابق، ص 81.

الفقرة الأولى: المحرمات بالقربة

الحديث عن المحرمات بالقربة يستتبع بيان الحكمة من التحريم والأصناف المحرمة.

أولاً. الحكمة من التحريم

بالرغم من أن النصوص الشرعية لا تشير إلى الحكمة من التحريم، إلا أن منع الزواج بالأقارب ينطوي على حكم جليلة منها:

أ - الشريعة الإسلامية تأمر بصلة الرحم وهي حريصة على بقاء الروابط العائلية قوية بين أفراد الأسرة الواحدة. فالإنسان جزء من أمه وأبيه، تربى في أحشائها وتغذى بغدائها¹، وبنت الشخص قطعة منه، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «فاطمة بضعة مني»... والأخ وأخته فرعان أصلهما واحد، وبنات الأخ وبنات الأخت... والعمة والخالة... تجمعهم جميعاً أو أصر المحبة والعطف والمودة والاحترام... وأساس العلاقة الزوجية المتعة واللذة التي يرتفع معها الوقار والاحتشام... فعواطف الأبوة والأمومة والأخوة يكتسبها الإنسان خلال سنوات طويلة من الصعب جدا المحيد عنها واستبدالها بأحاسيس الارتباط الزوجي²، كما أن تبادل الحقوق والواجبات بين الزوجين قد يؤدي في بعض الأحيان إلى الخلاف والمخاصمة بينهما، وقد قال الكاساني في البدائع: إن زواج هؤلاء يفضي إلى قطع الرحم لأن النكاح لا يخلو من المباسطات التي تجري بين الزوجين عادة وبسببها تجري الخشونة بينهما أحيانا وذلك يفضي إلى قطع الرحم، فكان الزواج منهن سببا لقطع الرحم مفضيا إليه والمفضي إلى الحرام حرام³.

ب - يقال أيضا بأن الزواج بالقربيات ينتج نسلا ضعيفا جسمانيا خاملا عقليا⁴، وأن التزاوج بين الأبعاد يأتي بنسل قوي وصحيح، وهذا ما أكد عليه الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: «اغتربوا لا تضرروا» أي لا تتزوجوا المرأة القريبة حتى لا تأتي بالولد الضعيف الهزيل، وهذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول لبني السائب وقد رأهم يتزوجون من بعضهم: «قد ضويتم فانكحوا في الغرائب»، بمعنى قد ضعفتم وهزلتم بنكاح القربيات فانكحوا الغربيات حتى يتحسن نسلكم وتقوى ذريتكم⁵.

¹ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 84.

² - أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 87.

³ - بدائع الصانع للكاساني، ج 2، ص 257.

⁴ - محمد رشدي محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 81.

⁵ - سعيد محمد الجليدي، المرجع السابق، ص 156.

كما أن الزواج بين المتباعدين يترتب عنه إنشاء علاقات جديدة بين العائلات عن طريق المصاهرة فينجم عن ذلك التعارف والتعاون بين الأفراد والأسر، وينعكس ذلك كله إيجاباً على المجتمع .

ثانياً - الأصناف المحرمة :

تنص المادة 36 من مدونة الأسرة على أن: " المحرمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا" فالمحرمات بسبب قرابة الدم وصلة النسب أربعة أصناف من النساء .

أ - الأصول : أصول الرجل من النساء وإن علون وهن الأم والجدة من جهة الأب والجدة من جهة الأم، ودليل التحريم قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾.

ب - الفروع : وعبرت عنه المدونة بالفصول، وفروع الرجل أو فصوله من النساء هن بناته وبنات أبنائه وبنات بناته مهما نزلت درجتهم، والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ وكلمة البنات تشمل البنات من الصلب وبنات الأولاد وإن نزلن .

ج - فروع الأصول : والمقصود بذلك فروع الأبوين من النساء، أي الأخوات سواء كن شقيقات أو لأب أو لأم، وبنات الأخوة والأخوات وفروعهن مهما نزلن.

د - أول فصل من كل أصل: أي الفروع المباشرة للأجداد والجدة وإن علوا بشرط انفصالهن بدرجة واحدة، وهن : العمات والخالات سواء كن عمات للشخص نفسه أو خالات له أو عمات لأبيه أو أمه أو أحد أجداده وجداته.

أما الفروع غير المباشرة للأجداد والجدة كبنات الأعمام وبنات العمات وبنات الأخوال وبنات الخالات فلم يذكرن في المحرمات، فلا يحرم على الشخص، ويدخل ذلك ضمن قوله تعالى: ﴿ وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾.

الفقرة الثانية : المحرمات بالمصاهرة

تنص المادة 37 من مدونة الأسرة على أن : "المحرمات بالمصاهرة، أصول الزوجات بمجرد العقد، وفصولهن بشرط البناء الدخول بالأم، وزوجات الآباء وإن علوا، وزوجات الأولاد وإن سفلوا بمجرد العقد".

والمصاهرة هي القرابة التي تنشأ بسبب الزواج وتنحصر المحرمات بسبب المصاهرة في أصناف أربعة:

أولا : أصول الزوجة :

ويتعلق الأمر بأصول الزوجة وجداتها من أي جهة كن، سواء من جهة الأب أو من جهة الأم، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ وهو معطوف على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾. والتحريم يشمل أم الزوجة وأم أمها وأم أبيها وسائر جداتها مما علت درجاتهن، وتكون أصول الزوجة محرمة على زوجها بمجرد العقد عليها ولو لم يدخل بها، ولذلك قال الفقهاء: "العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات".

ثانيا - فروع الزوجة :

ويقصد بهذا الصنف بنات الزوجة، وبنات بناتها وبنات أبنائها مهما نزلن، ولكن لا يتحقق التحريم إلا بشرط أساسي هو أن يدخل الزوج بزوجه، فإذا لم يدخل بها فلا تحرم عليه بمجرد العقد، كما إذا طلقها قبل الدخول أو ماتت فيجوز له أن يتزوج ببناتها، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِمَّنْ نِسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾. وهذا النص الكريم معطوف على قوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾.

والربيعة الواردة في النص القرآني هي بنت الزوجة من رجل آخر، وسميت كذلك لأنها تربي عادة في بيت الزوج، فالربيعة محرمة على من دخل بأمها بنص الآية السابقة، والمقصود بقوله ﴿فِي حُجُورِكُمْ﴾ أي في تربيتكم، والتعبير عن الربايب بكونهن في الحجور من أجل

إشعار الزوج بالمعنى الذي من أجله كان التحريم، وهو كون بنت الزوجة كبنته تماما، لذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن بنت الزوجة المدخول بها تحرم سواء كانت في حجر الزوج أي في بيته، أو كانت في بيت آخر لأن الوصف المذكور في القرآن ليس شرطا بل جاء على مقتضى الغالب والأحوال¹، وذهب الظاهرية إلى القول بأن تحريم الربيبة مقيد بأن تكون في الحجر، ولكن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور.

والمقصود بالبناء المنصوص عليه في المادة 37 من المدونة هو الدخول الحقيقي بالأم، أي الاتصال الجنسي بها، وكذلك مداعبتها بعد العقد بلمس أو نظربشهوة، وهذا وفقا لمذهب الإمام مالك.

ثالثا : زوجات الأصول :

والمقصود بهؤلاء المحرمات، زوجة الأب وزوجة الجد وإن علا سواء كان الجد من جهة الأب أو كان من جهة الأم، وسواء دخل الأب أو الجد بالزوجة أم لم يدخل بها والدليل على هذا التحريم قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ۚ ﴾².

وقد كان العرب في الجاهلية، منهم من يتزوج زوجة أبيه فهمهم الله عن ذلك وعفا عما قد حصل قبل نزول هذه الآية.

رابعا : زوجات الفروع :

أي زوجة الابن، وزوجة ابن الابن، وزوجة ابن البنت وإن نزلوا، سواء دخل بها أو لم يدخل، ذلك لأن زوجة الابن تنزل منزلة البنت فلا تحل للأب الذي هو والد الزوج، والدليل على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾³.

والحلائل جمع حليلة وهي الزوجة، واسم الأبناء ينصرف إلى الفروع الذكور مباشرة أو بالواسطة فيشمل كما قلنا الأبناء وأبناء الأبناء ولا فرق أن يكون الابن من النسب أو الرضاع عند جمهور الفقهاء.

¹ - يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 135.

² - سورة النساء، الآية 22.

³ - سورة النساء، الآية 23.

أما تقييد كون الابن من الأصلاب في الآية الكريمة فليس المقصود منه إخراج الأبناء من الرضاع، وإنما المقصود من قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾^(١) إخراج زوجة الابن بالتبني لإبطال ما كان عليه أهل الجاهلية من تحريم زوجة الابن المتبني واعتبارها كزوجة الابن من النسب.

الفقرة الثالثة : المحرمات بسبب الرضاع

وحديثنا عن المحرمات بسبب الرضاع يتناول الموضوعات الآتية :

- أولا - تعريف الرضاع.
- ثانيا - الحكمة من التحريم .
- ثالثا - أنواع المحرمات بسبب الرضاع .
- رابعا - شروط الرضاع المحرم .
- خامسا . إثبات الرضاع.

أولا - تعريف الرضاع :

الرضاع في اللغة هو تناول اللبن من الثدي، وفي الاصطلاح هو تناول شخص مخصص¹ من ثدي مخصص² في وقت مخصص³.

والدليل على ثبوت التحريم بالرضاع قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ﴾^(٢)، عطفًا على ما سبق ذكره من المحرمات، أما الدليل من السنة فقد وردت أحاديث كثيرة منها : ما روي عن الإمام علي رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إن الله حرم من الرضاع ما حرم من النسب »، ومن ذلك أيضا عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عندما عرض عليه أن يتزوج ببنت

¹ - الشخص المخصص: هو الطفل الرضيع.

² - الثدي المخصص: هو ثدي المرأة الأدمية.

³ - الوقت المخصص: مدة الرضاع، راجع في هذا التعريف، محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص 159.

⁴ - سورة النساء، الآية 23.

عمه حمزة : «أنها لا تحل لي، إنها ابنة أخي من الرضاعة ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب»¹.

وقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه يحرم بالرضاع أيضا ما يحرم بالمصاهرة.

وقد خالف الجمهور بعض فقهاء المذهب الحنبلي حيث يقصرون التحريم بالرضاع على ما يحرم بالنسب فقط، ودليلهم في ذلك أن الآية الواردة في التحريم بسبب الرضاع والأحاديث المبينة لذلك لم تذكر المصاهرة، ولا يجوز قياس التحريم في المصاهرة بالرضاع على المصاهرة في النسب إذ هناك فوارق عظيمة بينهما.

وقد أخذ بهذا الرأي قانون الأسرة الجزائري في المادة 27 التي تنص على أنه: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب".

أما مدونة الأسرة، فقد أخذت بالرأي الأول وهو الرأي الذي تبناه أيضا الإمام مالك رحمه الله حيث نصت في الفقرة الأولى من المادة 38 على أنه : "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة" وهو نفس الاتجاه الذي تبنته مجلة الأحوال الشخصية التونسية في المادة 17 وأخذ به أيضا قانون الأسرة الليبي.

ثانيا - العلة من التحريم :

من المسائل الهامة التي انفردت بها الشريعة الإسلامية - ويعطى لها مكانة خاصة بين الشرائع الأخرى - جعل الرضاع سببا من أسباب التحريم لحكم إلهية سامية منها :

أ - أن المرأة التي ترضع طفلا تعتبر أمه لأنها غذته بلبنها وساهمت في تكوين جسمه ونمو مداركه، ولا فرق بينها وبين الأم التي حملته في بطنها... فالقرآن الكريم سماها "أما" فهي التي منحت لهذا الرضيع الغذاء، والحب والحنان في وقت التكوين والنشأة فصار جزءا منها .

ب - اندماج وانصهار الرضيع مع أفراد الأسرة، حيث يعتبر واحدا منهم فإخوته من الرضاع كإخوته من النسب .

ج - أكدت التجارب الطبية الحديثة أن اللبن الذي يرضعه الطفل من ثدي أم غير أمه يحتوي على بروتينات تحمل الصفات الوراثية من الأم المرضعة إلى الطفل حيث يحمل الطفل هذه الصفات الصحية والمرضية .

¹ - نيل الأوطار، الجزء 6، ص 217.

ثالثا - أنواع المحرمات بسبب الرضاع

رأينا بأنه يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب والمصاهرة، فتكون المحرمات بهذا السبب من الأصناف الأربعة المحرمة بسبب القرابة أو النسب وكذلك المحرمات الأربعة بسبب المصاهرة فتكون المحرمات بالرضاع ثمانية أصناف على الشكل التالي:

1 - أصول الشخص من الرضاع : تحرم على الشخص أمه رضاعا وجدته رضاعا مهما علت سواء كانت من جهة الأب أو من جهة الأم .

2 - فروع الشخص من الرضاع : وهن بنته رضاعا وابنتها وإن نزلت وبنت ابنته رضاعا وابنتها وإن نزلت .

3 - فروع أول الأصول من الرضاع : هذا الصنف نص عليه الله سبحانه وتعالى بقوله: ﴿ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرُّضْعَةِ ﴾ ويعبر عنه العلماء : بـ "فروع أبيه من الرضاعة" وإن نزلت هذه الفروع، فيحرم على الرجل بأن يتزوج أخته من الرضاعة وبنات الأخ وبنات الأخت من الرضاع مهما نزلن سواء كانت صلتهن من جهة الأب أو من جهة الأم .

4 - أول فرع من كل أصل من الرضاع: وهذا يطلق عليه فروع الجد والجدة من الرضاع بشرط انفصالهن بدرجة واحدة، سواء كن من جهة الأب أو الأم وهن العمات والخالات رضاعا .

5 - أصول الزوجة من الرضاع: أي أم الزوجة رضاعا وكذلك جدتها وإن علت فإذا كانت زوجة الرجل قد رضعت في صغرها من امرأة، تكون هذه المرأة أما لهذه الزوجة من الرضاع، وأما جدة من الرضاع فيحرم على الزوج أن يتزوج بأم زوجته رضاعا، وأم أمها رضاعا وإن علت، سواء دخل بها أي بزوجه أو لم يدخل بها كما أشرنا إلى ذلك في التحريم بالمصاهرة .

6 - فروع الزوجة من الرضاع: والمراد بذلك بنت الزوجة من الرضاع وبنات بناتها وبنات أبنائها رضاعا مهما نزلن، إذا دخل بهذه الزوجة لأن الدخول بالأمهات يحرم البنات في النسب فكذلك في الرضاع .

7 - زوجة الأصل من الرضاع: والمقصود بذلك زوجة الأب والجد من الرضاع وإن علا سواء دخل الأب أو الجد بها أو لم يدخل .

8 - زوجة الفرع من الرضاع : تحرم على الرجل زوجة الابن وابن الابن وابن البنت من الرضاع وإن نزلوا .

أوضحنا فيما سبق الحالات التي يحرم فيها الزواج بسبب الرضاع، وقد استثنى جمهور الفقهاء من التحريم بالرضاع بعض الصور من المحرمات بالنسب، إذ هناك حالات لا تترتب الحرمة عليها من جهة الرضاع وتترتب عليها من جهة النسب، لذلك نجد الفقرة الثانية من المادة 38 من المدونة تنص على أنه: "يعد الطفل الرضيع خاصة، دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها"، وتطبيقا لما سبق فإن أم الأخ أو الأخت من الرضاع يحل الزواج بهما ولا يجوز من جهة النسب لأن أم أخيه من النسب هي أمه أو زوجة أبيه.

وأیضا يحل للرجل أن يتزوج أخت ولده من الرضاع ولا يجوز له ذلك في النسب لأنها بنته أو ربيبته

رابعاً - شروط الرضاع المحرم :

يشترط في الرضاع الذي يحصل به التحريم الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يتحقق من وصول اللبن إلى جوف الرضيع

اشترط الفقهاء في لبن الرضاعة الذي يترتب عليه تحريم الزواج أن يصل هذا اللبن بالفعل إلى معدة الرضيع¹ بطريق الفم أو الأنف لأنهما ينفذان إلى المريء الذي يوصل الطعام إلى المعدة، وسواء تم إيصال اللبن إلى المعدة عن طريق امتصاص الثدي أو بشره من إناء أو أنبوبة فإنه يترتب على ذلك التحريم، أما إذا لم يتحقق من وصوله إلى المعدة أو التقمم الطفل ثدي المرأة لينام دون الامتصاص فإن التحريم لا يتحقق، ويطبق نفس الحكم إذا وصل اللبن إلى الجسم عن طريق "نقطيرة" في العين أو الأذن أو عن طريق الحقنة، لأن اللبن لا يصل إلى المعدة وبالتالي لا يتغذى به الجسم والتغذي مناط التحريم².

واختلف الفقهاء حول مقدار الرضاعة التي يثبت بها التحريم، ويمكن إجمال آراء الفقهاء في هذه المسألة وردها إلى ثلاثة مذاهب أساسية وهي :

1 : مذهب الصحابة والتابعين، وهو مذهب المالكية والحنفية ورواية عن أحمد وبصفة عامة فهو رأي الجمهور، ويذهب إلى القول بأنه لا يشترط لترتيب التحريم بالرضاع كمية معينة من اللبن فقليله وكثيره سواء في إفادة التحريم متى تحقق حصول الرضاع في مدته، ودليلهم :

¹ - راجع: يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 127.
² - سعيد محمد الجليدي، المرجع السابق، ص 172.

أ - قوله تعالى: ﴿وَأَمَّا نَسَبَكُمْ أَلَيْحَ أَرْضَعْنَكُمْ﴾، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»، فهذه النصوص جاءت عامة حيث تصدق على القليل والكثير من الرضاعة فيكون قليل الرضاع وكثيره محرماً على حد سواء .

ب - إن السبب في التحريم بالرضاع أنه يجعل الرضيع كجزء من المرضعة تساهم في تكوين لحم الرضيع ونشوز عظمه وهذا الأمر يحصل بالكثير ويحصل بالقليل بقدره، فكان القليل محرماً أيضاً .

2 : مذهب الشافعية والحنابلة في أرجح أقوالهم، وهو أن التحريم لا يثبت بالرضاع إلا إذا كان خمس رضعات مشبعت¹، ودليلهم في ذلك ما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرم ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن»².

واستدلوا أيضاً بكون الحكمة من التحريم بسبب الرضاع هي إنبات اللحم وتنمية العظم وهذا لا يتحقق إلا برضاع يوم كامل على الأقل وهو خمس رضعات مشبعت .

3 : مذهب الشيعة الإمامية، والرضاع عندهم لا يحرم إلا إذا كان يوماً وليلة، أو خمس عشرة رضعة³ لأنها هي التي تنبت اللحم وتنشز العظم.

وإذا تأملنا هذه المذاهب الثلاثة يبدو لنا رجحان المذهب الأول نظراً لقوة أدلته وسلامتها، أما أدلة المذهب الثاني والثالث فلا يمكن التسليم بها، إذ أن ما استدلل به أصحاب المذهب الثاني من خبر عائشة، فقد روي بروايات متعددة فيها اضطراب أثر في معناه، وهو أضعف الأدلة كما نقل عن ابن العربي، وقال فيه الطحاوي أنه حديث منكر⁴، ذلك أن الرواية تنص على أن الخمس رضعات وردت في القرآن الكريم، وأن الرسول صلى الله عليه وسلم توفي وهن فيما يقرأ من القرآن، وهذا ادعاء غير سليم، لأن المسلمين اجمعوا على أن القرآن هو ما تواتر نقله عن الرسول صلى الله عليه وسلم عن رب العزة، فكيف يمكن الحكم بأن هذا قرآناً وهو لم يرو سوى عن عائشة رضي الله عنها؟.

¹ - الرضعة المشبعة عندهم هي: أن يأخذ الطفل الثدي، ويمتص منه ثم يتركه باختياره من غير عارض كتنفس أو شيء آخر يلهيه عن الرضاع، راجع، ذ. بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 10 هامش (1).

² - صحيح مسلم، ج 3، ص 231.

³ - راجع: يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 129.

⁴ - نيل الأوطار، للشوكاني ج 7، ص 1.

وهذا يؤدي إلى القول أيضا بأن هناك نصوصا قد حذفت من كتاب الله تعالى بعد وفاة الرسول وهو قول بطبيعة الحال خطير جدا لأنه لا نسخ بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم.

القول بأن علة التحريم تكمن في إنبات اللحم وتنمية العظم وهو لا يتحقق إلا برضاع يوم كامل على الأقل وهو خمس رضعات مشبعات، فإنه أمكن الرد على ذلك بكون الجزئية الناشئة عن الرضاع أمر خفي لا يعلم تحققه، والأحكام لا تتعلق بالخفي بل بالظاهر وهو فعل الرضاع، والرضاع وإن قل يحصل به نشوء بقدره وفيه شبهة جزئية، فكان التحريم بأقل الرضاع ثابتا دون القيد بعدد معين من الرضعات¹.

أما القول بأن ما يحتاج إليه الطفل لترتيب التحريم خمس عشرة رضعة أو إطعام بيوم وليلة فهو في الحقيقة من قبيل التحكم الذي لا تنبني عليه أحكام شرعية².

ومدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 لم تأخذ بمذهب الجمهور بما فهمه الإمام مالك بل أخذت بالمذهب الثاني وهو مذهب الإمام الشافعي والحنابلة في أرجح الأقوال عنهم رغم قوة أدلة المذهب الأول، وضعف أدلة المذهب الثاني.

وهكذا كان ينص الفصل 28 في فقرته الأخيرة على أنه: "لا يمنع الرضاع من الزواج إلا إذا حصل في الحولين الأولين خمس مرات يقينا والرضعة لا تحسب إلا إذا عدت في العرف رضعة كاملة".

أما مدونة الأسرة الجديدة فلم تحدد كمية اللبن الذي يرتب التحريم بل جاء النص عاما في المادة 38، مسaire بذلك رأي جمهور الفقهاء، ومتخلية عن الخمس رضعات المشبعات.

الشرط الثاني: يجب أن يكون الرضاع في مدة الإرضاع

اختلف الفقهاء أيضا في تقدير مدة الرضاع المحرم وانقسموا إلى مذهبين³:

المذهب الأول: وهو مذهب جمهور الفقهاء ويقولون بأن مدة الرضاع سنتان استدلالا

بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْتِمْ الرِّضْعَةَ﴾¹.

¹ - سعيد الجليدي، المرجع السابق، ص 180.

² - راجع ذلك أيضا يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 13.

³ - يراجع في عرض آراء العلماء في هذه المسألة، نيل الأوطار للشوكاني، ج 2، ص 120 وما بعدها.

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله تعالى جعل مدة الحولين هي أقصى مدة الرضاع لمن أراد أن يتم الرضاعة، والزيادة على ذلك لا تعتبر من مدة الرضاعة.

واستدلوا بقوله سبحانه وتعالى أيضا: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كَرْهًا وَوَضَعَتْهُ كَرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾¹، فالفصال المذكور في الآية معناه الفطام وقد نص الفقهاء على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر فيكون الفطام في المدة الباقية وهي سنتين .

ويقول تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ تَشْكُرَ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾².

وروي عن الإمام مالك تقدير مدة الرضاع المحرم بالحولين وما قاربهما .

وخلاصة هذا المذهب أن الرضاع الذي يترتب عليه التحريم هو ذلك الذي يكون في الحولين الأولين من حياة الطفل، لأنها الفترة التي حددتها النصوص الشرعية، وقال بها أيضا جمهور الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين .

المذهب الثاني: وهو مذهب أبي حنيفة، ويرى أن مدة الرضاع ثلاثون شهرا، واستدل بقوله تعالى: ﴿وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾³، فالله سبحانه وتعالى ذكر شيئين: الحمل، والفصال، وضرب لهما مدة وهي ثلاثون شهرا فكانت لكل واحد منهما بكامله، وبناء على ذلك تكون مدة الرضاع المحرم ثلاثون شهرا.

أما التحديد بالحولين الوارد في قوله تعالى: ﴿يُرْضِعُنَّ أُوتُدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾⁴، إنما هو بيان المدة التي يجوز للأُم المطلقة أن تأخذ فيها أجرا على الرضاع....

ويظهر جليا أن الرأي الراجح هو رأي الجمهور لقوة الأدلة التي استدلوا بها من جهة، ومسيرة للعقل والمنطق من جهة أخرى، وهو الرأي الذي تبنته المدونة في المادة 38 حيث اعتبرت الرضاع سببا للتحريم إذا كان داخل السنتين الأولتين من حياة الطفل، وهو نفس

¹ - سورة البقرة، الآية 233.

² - سورة الأحقاف، الآية 15.

³ - سورة لقمان، الآية 14.

المسلك الذي نهجه أيضا قانون الأسرة الجزائري في المادة 29 منه والمشرع التونسي في الفصل 17 من قانون الأحوال الشخصية والمادة 33 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان.

في حين نص المشرع الموريتاني في المادة 35 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "يشترط في التحريم بالرضاع أن يقع في ستة وعشرين شهرا من تاريخ الولادة..."

الشرط الثالث: يجب أن يبقى اللبن على صفاته

وصفات اللبن هي لونه وطعمه، وريحه فإذا خلط اللبن بغيره وأعطى للطفل، فإنه يتعين النظر إلى كمية اللبن المخلوط فإذا كان اللبن هو الغالب أو مساو للسائل أو المخلوط به يثبت به التحريم لبقاء صفة اللبن، وإذا كان اللبن غير غالب أو مساو فلا تثبت الحرمة لزوال صفته .

خامسا- إثبات الرضاع :

يثبت الرضاع بالشهادة أولا، أو بالإقرار ثانيا.

1- الشهادة: اختلف الفقهاء حول إثبات الرضاع بالشهادة، فالشافعية والحنابلة الرضاع عندهم يثبت بشهادة أربع نسوة على أساس أن الرضاع من الأمور التي لا يطلع عليها عادة إلا النساء.

أما الأحناف فإنهم يرون بأن الرضاع يثبت بشهادة رجل وامرأتين معروفتين بالعدالة إن لم تكن شهادة رجلين، والقول بأن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال مردود لأن المحارم منهم يطلعون عليه.

والمذهب المالكي يقبل في إثبات الرضاع شهادة امرأتين من التقيات شريطة أن يذيع أمر الرضاع بين الناس.

2- الإقرار: يثبت الرضاع أيضا بالإقرار، ويكون باعتراف الزوجين معا أو أحدهما بوجود الرضاع بينهما حيث يحرم الزواج بينهما، وإذا وقع الإقرار بعد الزواج فرق بينهما القاضي إذا لم تتم الفرقة اختيارا، وإذا أقر الزوج وحده بالرضاع وكذبت الزوجة وجب الاعتماد على ذلك الإقرار للحكم بالحرمة، وللزوج أن يعدل عن إقراره ويعتبر رجوعه صحيحا من الناحية الشرعية على أساس أن واقعة الرضاع المحرم لم تصل إلى علمه إلا عن طريق السماع من الغير، فيحق له متى اتضح له كذب ما سمع أن يرجع عن إقراره.

وإذا أقرت المرأة بالرضاع وكذبها الزوج لا يلتفت إلى هذا الإقرار لأنها متهمة فيه لاحتمال أن تكون قد فعلت ذلك للتخلص من الزوجية بدعوى الرضاع.

الفرع الثاني: موانع الزواج المؤقتة

المحرمات بصورة مؤقتة هن اللواتي يكون سبب التحريم بالنسبة إليهن مؤقتا، فإذا زال ذلك السبب زالت الحرمة، وبعبارة أخرى فالتحريم ليس راجعا إلى وجود وصف أبدي دائم، وإنما يرجع إلى وجود وصف مؤقت قد يزول يوما ما، وبزواله يزول التحريم.

وقد تعرضت مدونة الأسرة في الباب الثاني من القسم الثالث من الكتاب الأول لموانع الزواج المؤقتة، فنصت في المادة 39 على أنه: "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 عدة أو استبراء"، وتتناول هذه الحالات في الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها

يحرم على الرجل أن يجمع في عصمته بين أختين نسبا أو رضاعا، وسواء كانت الأخت شقيقة لها أو كانت أختا من جهة الأب أو الأم، ولا فرق في ذلك بين الأخوات من النسب

والأخوات من الرضاع، والدليل على ذلك قوله تعالى: في بيان المحرمات من النساء: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾¹.

وكما يحرم الجمع بين الأختين يحرم الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها، بدليل قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم»².

وعلة التحريم في الجمع بين المحارم في عصمة رجل واحد هو أن ذلك يؤدي إلى قطع صلة الرحم ويفسد الروابط الأسرية نظرا لما يكون بين الضرائر من الغيرة المؤدية إلى البغض والكراهية والحقد، فما يؤدي إلى ذلك كله يكون حراما، وقد استنبط الفقهاء قاعدة عامة لضبط من يحرم الجمع بينهن من المحارم، وهي أنه: "يحرم الجمع بين امرأتين لو فرضت إحداهما ذكرا لم يحل له أن يتزوج الأخرى".

وتطبيقا للقاعدة السابقة فالأختان لا يجوز الجمع بينهما لأننا لو فرضنا أن الأخت رجلا فلا يمكن له التزوج بأخته، وكذلك المرأة وعمتها لا يجوز الجمع بينهما لأن العمة لو فرضت رجلا حرمت عليه الأخرى لكونها بنت أخيه، ولو فرضنا بنت الأخ رجلا حرمت عليه الأخرى لكونها عمته، ولو فرضنا الخالة رجلا حرمت الأخرى عليه لأنها بنت أخته، ولو فرضنا بنت الأخت رجلا حرمت عليه الأخرى لكونها خالته.

وفيما يخص موقف التشريعات المقارنة من تحريم الجمع بين الأختين أو بين المرأة أو عمتها أو خالتها فكلها متفقة على هذا التحريم بالإجماع، كالمشروع الجزائري (المادة 30)، والمشروع الموريتاني (المادة 44)، والمشروع اليمني (المادة 27)، والمشروع العماني (المادة 35).

¹ - سورة النساء، الآية 23.

² - انظر نيل الأوطار، ج 6، ص 285، وراجع سنن أبي داود، ج 2، ص 222.

الفقرة الثانية : تحريم الجمع بين أكثر من أربع زوجات¹

لا يجوز للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات في وقت واحد، فليس له أن يتزوج بخامسة حتى يفترق عن إحداهن بالطلاق أو الوفاة، فإذا تم ذلك حلت له المرأة المراد الزواج بها لزوال مانع الزواج الذي هو مانع مؤقت، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة 39 من مدونة الأسرة: يمنع الزيادة في الزوجات على القدر المسموح به شرعا.

وقد تشعبت الآراء حول مسألة تعدد الزوجات بين مؤيد ومعارض، وانعكس ذلك على موقف التشريعات العربية والإسلامية إذ وجدناها متباينة ومختلفة حول الموضوع، ويمكن إجمالاً حصرها في ثلاثة مواقف أساسية: موقف يأخذ بنظام تعدد الزوجات مطلقاً دون قيد أو شرط، وموقف يأخذ بنظام التعدد ولكن مع تقييده ببعض القيود والشروط، وموقف آخر يحرم نهائياً ممارسة تعدد الزوجات ويعتبر ذلك جريمة معاقباً عليها.

ونتناول مسألة تعدد الزوجات وفق العناصر التالية:

أولاً: موقف الشريعة الإسلامية من نظام تعدد الزوجات.

ثانياً: التعدد في قانون الأسرة المغربي من خلال التطور التشريعي للتعدد وبيان موقف مدونة الأسرة منه.

ثالثاً - واقع التعدد.

أولاً : موقف الشريعة الإسلامية من نظام تعدد الزوجات بصفة عامة:

نظام تعدد الزوجات ليس مسألة جديدة جاءت بها الشريعة الإسلامية، بل من الثابت تاريخياً أن كثيراً من الأديان السابقة للإسلام قد أقرته، فقد جمع نبي الله سليمان في عصمته

¹ - محمد الصمدي، الأبعاد الاجتماعية والقانونية لنظام تعدد الزوجات رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية الحقوق جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، الموسم الجامعي 2006/2005.
حسن عجمي، التعدد والشقاق على ضوء أحكام المادة 45 من مدونة الأسرة، مقال منشور في مجلة قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى الندوة الجهوية الثانية المنظمة بالقصر البلدي بمكناس يومي 8 و9 ماي 2007.
رياض فخري، تعدد الزوجات بين الدين والقانون مقال منشور ضمن أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف شعبة القانون الخاص ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق وهيئة المحامين بمراكش يومي 27 و28 يناير 2006.

أكثر من تسعمائة امرأة¹، وكانت المجتمعات القبلية في الجزيرة العربية قبل الإسلام تعرف نظام تعدد الزوجات كغيرها من المجتمعات الأخرى .

فالإسلام لم ينشئ نظام تعدد الزوجات، ولم يدع إليه، وإنما وجده فأبقاه وزاد فنظمه²، وحدد عدد الزوجات المسموح بهن شرعا، وجعل للتعدد حدا أعلى لا يمكن تجاوزه وهو أربع زوجات .

والدليل على حل الجمع بين الأربع زوجات في الشريعة الإسلامية، وتحريم ما زاد على ذلك قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِطُوا فِي آلَيْتِمَىٰ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةٌ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَنُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ۗ ﴾³، فقد أفادت الآية الكريمة إباحة الزوج بأربع زوجات، وتحريم ما زاد على ذلك كما يشير إلى ذلك سبب نزول هذه الآية، حيث نزلت في شأن الأولياء الذين وقعوا في حرج شديد في الولاية على اليتامى مخافة الوقوع في ظلمهم وأكل أموالهم بالباطل مع أنهم كانوا لا يتخرجون من ترك العدل بين الزوجات، إذ كان الواحد منهم يجمع في عصمته ما شاء من النساء ولا يعدل بينهن لذلك خاطبهم الله سبحانه وتعالى بقوله : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُفْسِطُوا فِي آلَيْتِمَىٰ ۗ ﴾ أي إذا خفتهم من ظلم اليتامى فخافوا أيضا من الوقوع في ظلم النساء وقللوا عدد الزوجات إلى حد أربع منهن فقط وإذا خفتم الظلم والجور في الزيادة فاقتصروا على واحدة⁴.

وهناك أحاديث نبوية كثيرة تشهد كلها بأن عدد النساء اللاتي يمكن للزوج أن يجمعهن في عصمته أربع نساء، منها ما روي عن قيس بن الحارث الأسدي قال : "أسلمت وعندي ثمان نسوة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : «اختر منهن أربعاً»⁵. وروى الترمذي عن بن عمر أن غيلان ابن سلمة الثقفي أسلم وله عشرين نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعاً ويفارق الباقي⁶.

¹ - محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص 193.

² - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية 1989، دار البعث قسنطينة، ص 142.

³ - سورة النساء، الآية 3.

⁴ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 126.

⁵ - راجع سنن أبي داود، الجزء الثاني، ص 272.

⁶ - راجع سنن الترمذي، الجزء الثاني، ص 298.

وهكذا فإن موقف الشريعة الإسلامية من تعدد الزوجات موقف وسط بالنظر إلى بعض الشرائع الأخرى، إذ منها من أباح التعدد على مصراعيه من غير قيد أو شرط، ومنها من منع التعدد مطلقاً، وكانت الشريعة الإسلامية بين ذلك قواماً¹.

وقد قيد الله سبحانه وتعالى إباحة تعدد الزوجات بقيدتين أساسيتين وهما : العدل بين الزوجات، والقدرة على الإنفاق .

أ - العدل بين الزوجات : أفاد ذلك قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾² ، فالله سبحانه وتعالى أمر بالاعتصاف على زوجة واحدة إذا علم الإنسان من نفسه عدم العدل أو خاف الوقوع في الظلم .

والمقصود بالعدل الذي جعله الشارع الحكيم شرطاً في إباحة التعدد هو العدل الذي يستطيعه الإنسان ويقدر عليه . كالعدل في الإنفاق والمبيت وحسن المعاشرة... الخ، فهذه أمور تدخل في قدرة الإنسان.

أما العدل الذي لا يستطيعه الإنسان ولا يقدر عليه وهو الميل القلبي فإنه لا يدخل في نطاق العدل المطلوب شرعاً³، لأن مثل هذه الأمور وجدانية عاطفية تخرج عن نطاق الضبط والتحكم فيه لذلك فالله سبحانه وتعالى يقول: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾⁴، وهذا ما أشار إليه القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرَوْهَا كَالْمُعَلَّفَةِ ﴾⁵، كما روى البخاري ومسلم عن عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : «يقسم فيعدل ويقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك».

ب - القدرة على الإنفاق : أما القدرة على الإنفاق فهو شرط في الزواج بصفة عامة فمن كانت عنده زوجة واحدة ولا قدرة له بالإنفاق على زوجة أخرى حرم عليه التزوج بالثانية وهو

¹ - الشيخ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مطبعة دار الفكر العربي، ص 35.

² - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 127.

³ - سورة البقرة، الآية 286.

⁴ - سورة النساء، الآية 129.

شرط استنبطه الفقهاء من قوله تعالى: ﴿وَلَيْسَتَغْنِيَهُمُ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾^(١).

وقد فهم هذا الشرط من قوله تعالى: ﴿أَلَّا تَعُولُوا﴾^(٢) فقد فسر الإمام الشافعي رحمه الله كلمة ﴿أَلَّا تَعُولُوا﴾^(٣) بألا تكثر عيالكُم، وتطبيقا لذلك فإن إباحة التعدد مقيدة بألا يكون في التعدد مظنة الإكثار من العيال^١، من غير أن يكون عنده من أسباب الرزق ما يستطيع معه الإنفاق عليهم وسد حاجاتهم والقيام بواجبهم^٢.
وأیضا فإن القدرة على الإنفاق نصت عليه السنة صراحة وذلك في قوله صلى الله عليه وسلم: «يا معشر الشباب من استطاع الباءة منكم فليتزوج»، والمقصود بالباءة القدرة على القيام بأعباء الزواج.

ثانيا : التعدد في قانون الأسرة المغربي من خلال التطور التشريعي للتعدد وبيان موقف مدونة الأسرة منه.

نشير بداية إلى موقف مدونة الأحوال الشخصية من مسألة تعدد الزوجات، ومستعرضين التعديلات التي عرفها موضوع التعدد في سنة 1993 لتتوقف بعد ذلك على أهم المستجدات الواردة في مدونة الأسرة.

1. تعدد الزوجات في مدونة الأحوال الشخصية:

كان الفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957 يقيد التعدد بشرط العدل بين الزوجات، إذ لا يجوز للراغب في التعدد التزوج بامرأة أخرى إذا كان هناك خوف من عدم تحقيق العدل، كما لا يجوز له العقد على الثانية إلا بعد إحاطتها علما بأنه متزوج بأخرى وأنها لازالت في عصمته، وللزوجة الحق في أن تشترط في عقد الزواج بأن لا يتزوج عليها زوجها وأنه إذا لم يف بهذا الالتزام يبقى لها الحق في طلب فسخ العقد^٣.

^١ - بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 127.

^٢ - سعيد محمد الجليدي، المرجع السابق، ص 205.

^٣ - سعد الله، تعدد الزوجات بين قانون الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، مقال منشور ضمن مؤلف جماعي حول مدونة الأسرة بين النص والممارسة، منشورات كلية الحقوق بمراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 25، سنة 2006، ص 39.

ولم يرتب المشرع أي جزاء أو أي أثر نتيجة مخالفة هذه المقتضيات، وكان ذلك محل انتقاد شديد من قبل بعض الفقه المغربي¹ والعديد من المهتمين بقضايا الأسرة بالمغرب.

وتدخل المشرع المغربي بموجب ظهير 10 شتنبر 1993 لوضع بعض القيود على التعدد حيث نص الفصل 30 المعدل على أنه: "يجب إشعار الزوجة الأولى برغبة الزوج في التزوج عليها والثانية بأنه متزوج بغيرها".²

للزوجة أن تشتط على زوجها ألا يتزوج عليها وإذا تزوج فأمرها بيدها.

للمتزوج عليها إذا لم تكن اشترطت الخيار أن ترفع أمرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل لها.

في جميع الحالات إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لا يأذن القاضي بالتعدد.

ونلاحظ بأن الفصل 30 المعدل هو في الحقيقة دمج لمقتضيات الفصل 30 و 31 من مدونة 1957 مع إحداث بعض التغيير في ترتيب الفقرات والصياغة، أما الجديد في الموضوع فيبدو من خلال الشروط المطلوبة للتعدد وهي :

1 - يجب على الزوج الذي يرغب في التعدد أن يخبر الزوجة الأولى برغبته في الزواج بثانية.

2 - يتعين عليه أيضا أن يخبر تلك التي يريد الارتباط بها بمقتضى عقد الزواج بأنه متزوج بامرأة أخرى.

ومن البديهي أن يكون هذا الإخبار سواء بالنسبة للزوجة الأولى أو الثانية قبل الإقدام على إبرام العقد.

3 - ضرورة الحصول على إذن القاضي بالتعدد، ولم يكن النص السابق قبل التعديل يشترط الحصول على إذن القاضي إذ كانت الفقرة الأولى من ذات الفصل تنص على أنه إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لم يجز التعدد... واعتبر بعض الفقه المغربي هذه الفقرة مجردة من عنصر الإلزام القانوني مادام الشخص الراغب في اتخاذ زوجة أخرى هو الذي سوف يقرر لنفسه ما إذا كان قادرا على تحقيق العدل بين زوجاته أم لا، ومن ثم طالب بإخضاع

¹ . أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 112 وما بعدها، محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 111 وما بعدها، إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص 83 وما بعدها.

² - الطيب بن لمقدم، تعدد الزوجات وأثاره في القانون المغربي والمقارن، مجلة المحاكم المغربية، العدد 101، سنة 2006، ص 13.

التعدد لمراقبة القضاء¹، بل هناك من طالب بمنع تعدد الزوجات مطلقاً²، لانتفاء شرط العدل واستحالة تحقيقه مصداقاً للآية الكريمة ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾³، خاصة وأن في تطبيق تعدد الزوجات إهداراً لكرامة المرأة وعبثاً بحقوق الأسرة، وما يترتب عن ذلك من مشاكل اجتماعية تكون المرأة والأطفال أول ضحاياها، مما يتوجب معه منع التعدد سدا للذريعة ودرءاً للمفسدة المقدم على جلب المصلحة.

وهكذا أصبح التعدد في ظل النصوص المعدلة في سنة 1993 مرتبطاً بنسخة من إذن القاضي، وهو ما تشير إليه أيضاً الفقرة الخامسة من الفصل 41 المعدل الذي يتحدث عن المستندات اللازمة والتي يتعين الإدلاء بها أمام الشاهدين العدلين³.

ويبدو بأن إضافة إذن القاضي بالتعدد ومنحه للزوج على أساس قدرته على إقامة العدل وحرمان آخر منه على أساس عدم قدرته على ذلك مسألة في غاية الصعوبة، فأى معيار سيعتمد عليه القاضي لهذا المنح أو الرفض، وكيف يستطيع القاضي الجزم بأن هذا قادر وذاك غير قادر؟؟

هذا وتنص الفقرة الثانية من الفصل 30 المعدل على أن: "للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها وإذا تزوج فأمرها بيدها"، فمن أجل تفادي التعدد في المستقبل منح المشرع المغربي في النص القديم والجديد بمقتضى تعديل 1993 الحق للزوجة في أن تشترط في عقد الزواج بأن لا يتزوج عليها زوجها وإذا لم يف هذا الأخير بما التزم به أعطى المشرع للزوجة حق الخيار بين البقاء معه رغم مخالفة الشرط أو التحلل من الرابطة الزوجية فالأمر يصبح بيدها علماً بأن النص القديم كان يمنح لها حق طلب فسخ النكاح⁴، أما إذا لم تكن قد اشترطت الخيار فيمكنها أن ترفع أمرها إلى القاضي لينظر في الضرر الحاصل لها بسبب الزواج بثنائية، وهذا ما تشير إليه الفقرة الثالثة من الفصل 30 من المدونة القديمة، والواقع أن طلب التطليق للضرر حق تتمتع به الزوجة في جميع الأحوال طبقاً للفصل 56 من المدونة الملغاة.

¹ - أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 117.

² - المقترحات التي وضعتها الكتابة الوطنية للنساء الاتحاديات، على هامش التعديلات التي اقترحتها لجنة العلماء المكلفة بتعديل بعض نصوص المدونة، والمنشورة في جريدة الاتحاد الاشتراكي، عدد: 3636، بتاريخ 1993/07/24، ص 5.

³ - أوديجا بنسالم، دور قاضي التوثيق في التعدد في ضوء أحكام مدونة الأسرة، مجلة القضاء والقانون - وزارة العدل - العدد 154، ص: 24.

⁴ - راجع: أحمد الخمليشي، وجهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1988، ص 73.

2. موقف مدونة الأسرة من التعدد

أولت مدونة الأسرة لموضوع تعدد الزوجات أهمية خاصة من خلال تخصيص خمس مواد منظمة لأحكامه، ويرجع السبب في نظرنا لأهمية الموضوع وما أثاره من خلافات ومناقشات مختلفة.

ونعرض لموقف مدونة الأسرة من تعدد الزوجات بالإشارة أولا لحالات منع التعدد وحالات الإذن به، مع الإشارة إلى حقوق الزوجة المراد التزوج عليها والمسطرة الواجب إتباعها لمناقشة طلب الإذن بالتعدد.

أ. حالات عدم إذن المحكمة بالتعدد:

بمقتضى المادتين 40 و41 من مدونة الأسرة فإن المحكمة لا تعطي الإذن بالتعدد في الحالات التالية:

1. إذا اشترطت الزوجة على زوجها في عقد الزواج أو في اتفاق لاحق عدم التزوج عليها، وذلك عملا بالقاعدة الفقهية التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين، وأخذا بالمذهب الحنبلي الذي يعتبر أن هذا الشرط صحيح وملزم ويجب على الزوج أن يلتزم به، وبذلك يتبين أن المدونة قد استبعدت المذهب المالكي الذي يقول بأن هذا الشرط غير ملزم ومكروه ولا يجب الوفاء به.

فالمادة 40 من مدونة الأسرة تنص على أنه: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها".

وهذا يعني أن التعدد يمنع بكيفية مطلقة متى اشترطت الزوجة ذلك على زوجها، خلافا للفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الذي كان يقتصر على إعطائها حق الخيار¹.

غير أن الجديد الذي جاء به المشرع المغربي في مدونة الأسرة هو الاعتراف بالقوة الإلزامية للشروط، حيث جاء في المادة 47 منها ما يلي: "الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا".

¹ - إدريس الفاخوري، دور الإرادة في إبرام عقود الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة الجديدة، مجلة القصر، العدد 9، 2004، ص 16.

ويمكن تلخيص هذه الشروط في ثلاث أنواع، فهي إما شروط يجب الوفاء بها لأنها من مقتضيات العقد، وإما شروط لا يجب الوفاء بها وهي التي تكون منافية للعقد، وإما شروط فيها نفع للمرأة ولكن لا يقتضيها العقد ولا تنافيه، كاشتراط الزوجة عدم التزوج عليها¹.

وعليه فبمجرد اشتراط الزوجة على زوجها عدم التزوج عليها، فإن إمكانية التعدد تكون محسومة سلفاً، وهذا الشرط هو حق خالص للزوجة ليس للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، وإنما يرجع أمر التمسك به أو التنازل عنه للإرادة الحرة للزوجة.

وقد نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في الفقرة الثانية من المادة 19 على إمكانية اشتراط الزوجة على زوجها عدم التزوج عليها واعتبره شرطاً صحيحاً وملزماً، فإن لم يفي به الزوج فسخ العقد بطلب من الزوجة وكان لها الحق في مطالبته بسائر حقوقها الزوجية.

إلى جانب اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها، قد يشترط الزوج هو الآخر على زوجته أن يعدد وقد جاء في أحد عقود الزواج ما يلي: "وأشهد الزوج المذكور أنه اشترط على زوجته المذكورة أن يعدد عليها بامرأة أخرى فقبلت الزوجة هذا الشرط قبولا تاماً"².

إن اشتراط التعدد من طرف الزوج ليس فيه ما ينافي أحكام عقد الزواج ومقاصده، إلا أن تنفيذه والوفاء به يثير بعض الصعوبات، فمن الناحية الإجرائية هل يغني اقتران مثل هذا الشرط عن استدعاء الزوجة، والإكتفاء بما جاء في العقد من التزام بالشرط للحكم بالتعدد مع افتراض توافر باقي الشروط المطلوبة للإذن بالتعدد.

بالرجوع إلى المادة 43 من مدونة الأسرة يتبين أنه يتعين على المحكمة من أجل البت في طلب الإذن بالتعدد استدعاء الزوجة المراد التزوج عليها، وعليه يعد استدعاء الزوجة من القواعد الإجرائية المنظمة لمسطرة الإذن بالتعدد وبالتالي يكون اشتراط الزوج مصادماً لهذه القواعد الإجرائية ومن ناحية أخرى تتجلى صعوبة تنفيذ هذا الشرط في احتمال عدم موافقة الزوجة المراد التزوج عليها.

أما المشرع الجزائري فلم يصرح بالزامية الشروط واكتفى بالنص في المادة 19 على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لا حق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات....."، وكذلك قانون الأحوال الشخصية الكويتي الذي ينص في

¹ - عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 138.

² - سجل تضمين عقود الزواج رقم 124 بقسم قضاء الأسرة بوجدة، عقد زواج عدد 491، بتاريخ 2008/12/30، ص 391.

الفقرة ج من المادة 40 على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ".

2. إذا توفرت قرائن يخاف معها عدم العدل بين الزوجات، وهذا الخوف تستخلصه المحكمة من القرائن الموجودة أمامها، و بالرجوع إلى العمل القضائي الأسري نجد القضاء يستعمل سلطته التقديرية بخصوص توافر شرط العدل بين الزوجات، فلقد جاء في أحد الأحكام الصادرة عن قسم قضاء الأسرة بمكناس¹ ما يلي: "وحيث تبين للمحكمة وبعد دراستها للقضية واطلاعها على وثائق ومستندات الملف وما راج أمامها في جلسات البحث والصلح أن الزوج لم يثبت الأسباب والمبررات الموضوعية التي دفعته إلى طلب الإذن بالتعدد مما خيف معه عدم العدل بين الزوجتين في حالة التعدد"، وأيضا الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور² والذي جاء فيه: "وحيث إنه واستنادا إلى مقتضيات المادة 40 من المدونة، فإن المحكمة لا تأذن بالتعدد إذا توافرت قرائن يخاف معها عدم العدل بين الزوجات، وحيث ثبت للمحكمة من خلال مستندات الملف ووثائقه، وكذا من إقرار المدعي في مقاله أن للزوجين موضوع ملف النازلة نزاعات وخصومات معروضة على القضاء الألماني، كما أنهما ومنذ ثلاث سنوات وهما يعيشان منفصلان، وأن عيشهما على هذه الحالة يشكل قرائن يخاف معها عدم العدل بين الزوجات في حالة الاستجابة لطلب الإذن بالتعدد مما يستوجب التصريح برفض الطلب..."³.

فالملاحظ إذن أن المحكمة قرنت عدم العدل بين الزوجات بوجود مشاكل بين طالب الإذن بالتعدد وزوجته، مما جعلها تطبيقا لسلطتها التقديرية تعتبر ذلك بمثابة قرينة على عدم مقدرة هذا الزوج على تحقيق العدل، غير أن ما يلاحظ من الناحية العملية، أن قدرة الزوج على تحقيق العدل يتم ربطها غالبا بقدرته على الإنفاق على أساس أنه سيعدل بين الزوجتين في جميع الأمور المادية، ما دام أن العدل في الأمور المعنوية أمر يعود لضمير الزوج ولا يمكن للقاضي أن يتحقق منه.

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بمكناس رقم 62 عدد 07/1030 بتاريخ 2008/01/16 (غير منشور).

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالناظور رقم 98 عدد 08/517 بتاريخ 2008/10/29 (غير منشور).

³ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور، رقم 98 بتاريخ 2008-10-29 في ملف رقم 08-517 (غير منشور).

وفي السياق ذاته صار قانون الأسرة الجزائري في المادة 8 والتي تقول بضرورة توفر طالب التعدد على شروط ونية العدل. ونص قانون الأحوال الشخصية الموريتاني على نفس العبارة وهي (نية العدل) في المادة 45 منه، أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد قيد التعدد بتوفر الطالب على المسوغ الشرعي والقدرة على الإنفاق، ولم يصرح بوجود العدل بين الزوجات مما يعني أن المشرع السوري قد اعتبره موجودا ضمنا في شرط القدرة على الإنفاق خاصة وأنه في المادة 68 ينص على ما يلي: "عند تعدد الزوجات يجب على الزوج التسوية بينهما في السكن".

3. إذا لم يثبت الزوج الأسباب والمبررات الموضوعية والاستثنائية التي اضطرته إلى طلب الإذن بالتعدد، وبالرجوع إلى مدونة الأسرة نجد أن المشرع المغربي لم يحدد بكيفية واضحة المقصود بالمبرر الموضوعي الاستثنائي، لذلك تخضع هذه الأسباب إلى السلطة التقديرية للقاضي بحيث إذا لم يقتنع بها لن يمنح الإذن بالتعدد.

وقد ذهب أحد الفقه إلى أن المقصود بالمبرر الموضوعي ما لا تستقر بغيره جوانب مادية أو معنوية من حياة الإنسان، ومن ذلك أن تكون المرأة عاقراً أو تنفر كثيراً من الاتصال الجنسي، أو أن لا تكون لها الرغبة فيه مطلقاً، أو أن تكون مصابة بمرض عضال يقعدها عن الفراش، ويرى أن التكييف الراجع أمره بهذا الشأن للمحكمة يتعين التضييق فيه لأن الأمر يتعلق برخصة تحمل طابع الاستثناء¹.

كما يرى أحد الباحثين أن المقصود بتحقيق المبرر الموضوعي الاستثنائي أن يكون الطلب الرامي للتعدد مستنداً على سبب مشروع، ويكون كذلك إذا توفرت فيه صفتي الموضوعية والاستثنائية المتلازمان بحيث لا يمكن فصل إحداها عن الأخرى لورودهما في النص متتاليتين غير معطوفتين، مما يفيد أن تحقق صفة الموضوعية دون صفة الاستثنائية يجعل الطلب غير مبرر والعكس صحيح كذلك²، في حين ذهب آخر إلى القول أنه يكفي أن يكون مبرراً مشروعاً يساير مقاصد الشريعة³.

ومن الناحية العملية نجد أن هذه المبررات تختلف باختلاف الحالات والظروف والتي تتماشى مع فلسفة المشرع الهادفة إلى تقييد التعدد والتقليص من حالاته.

¹ - محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، ص 213.

² - حسن عجيبي، التعدد والشقاق على ضوء أحكام المادة 45 من مدونة الأسرة، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، ص 200.

³ - محمد الأزهري، شرح مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 78.

والجدير بالذكر أن الراغب في التعدد هو الملزم بإثبات المبرر، حيث يكون عليه إقامة الدليل أمام المحكمة ليبين الأسباب المبررة لطلبه، وإلا كان طلبه معرضاً للرفض، وقد جاء في أحد الأحكام الصادرة عن قسم قضاء الأسرة بوجدة¹ ما يلي: "وحيث إن الطلب مجرد ادعاء يعوزه الدليل والإثبات وجاء مخالفاً لمقتضيات المادة 41 مما يكون معه حرياً التصريح برفضه، وأيضاً الحكم الصادر عن نفس المحكمة والذي جاء فيه: "وحيث: إن طالب التعدد لم يثبت المرض الذي تعاني منه زوجته وبذلك فإن المحكمة لم تثبت لها المبرر الموضوعي والاستثنائي لطائب التعدد، وبالتالي فإن طلبه يبقى غير مستوفٍ لشروطه ويتعين التصريح بعدم قبوله"²، وفي نفس الاتجاه ذهب الحكم الصادر عن القاضي المقيم بأحفير³ إلى اعتبار ادعاء الزوج بأن زوجته تقضي معظم وقتها في مشاهدة التلفاز لا يشكل سبباً موضوعياً استثنائياً الشيء الذي يكون معه طلب المدعي غير ذي أساس ويتعين رفضه.

كما ذهبت أحد الأحكام أن اختلاف الطباع بين الزوجين وتقصير أحدهما اتجاه الآخر لا يعتبر مبرراً للتعدد حيث جاء في هذا الحكم: "وحيث إن المشاكل التي قد تعتري الحياة الزوجية بصفة دائمة أو مؤقتة بسبب اختلاف طباع الزوجين أو تقصير أحدهما في واجباته والتزاماته اتجاه الآخر لا يمكن أن تشكل في أي حال من الأحوال مبرراً موضوعياً استثنائياً يبرر طلب التعدد وإن كان يمكن الاستناد عليها لرفع دعوى الطلاق أو التطليق، وبناءً عليه يكون الطلب الأصلي غير مؤسس قانوناً ويتعين رفضه"⁴.

وفي حكم آخر رفض الإذن بالتعدد لعدم إثبات المبرر الموضوعي حيث اعتبر أن قول الزوج على أن الزوجة لا تقوى على المعاشرة هو مجرد إدعاء لا يرقى إلى درجة الإثبات حيث جاء في هذه الحكم: "وحيث يتضح أول الأمر أن هناك تناقض بين الدفاع و الطالب في الأسباب المتعمدة في طلب التعدد وحتى على فرض صحة ما ادعاه الزوج من كون زوجته لا تقوى على معاشرته فإن هذا الادعاء يبقى من الأمور التي يستطيع الحديث معالجتها وهو ما لن يسعى إليه

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بوجدة رقم 387، ملف عدد 09/32 بتاريخ 2009/07/31 أورده أمين عبد الله، حدود سلطة القضاء في المادة الأسرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2008/2009، ص 82.

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بوجدة رقم 11/3599، بتاريخ 2012/02/27، إدريس الفاخوري، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، رصد لأهم التوجهات الصادرة عن محاكم الموضوع ومحكمة النقض، منشورات مجلة الحقوق دلائل الأعمال القضائية، مطبعة الأمنية 2013، ص 28.

³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بركان مركز القاضي المقيم بأحفير عدد 83، ملف رقم 13/43، بتاريخ 2013/05/29 (غير منشور).

⁴ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور في الملف رقم 14/11/603 بتاريخ 2014/12/10 (غير منشور).

الزوج أصلاً، أضف إلى ذلك أن هذا المبرر يبقى مجرد ادعاء لم يرق إلى درجة الإثبات رغم إمهال الزوج للإدلاء بما يفيد الحالة الصحية للزوجة.

وحيث إن كان طالب التعدد صرح بأن له الموارد الكافية لإعالة أسرتين فإن ذلك يبقى أيضاً بدون إثبات وأن ما أدلى به من تصريح بالشرف غير كافٍ لإثبات الدخل والقدرة على إعالة أسرتين لأنه حجة من صنع نفسه لا تقوم في جميع الأحوال مقام الحجة المعتبرة قانوناً لإثبات الكفاءة".¹

كما أن عدم إثبات المرض الجنسي الذي تعاني منه الزوجة يحول دون الحصول على الإذن بالتعدد وهذا ما تضمنه أحد الأحكام جاء فيه: "وحيث إن طالب التعدد أسس دعواه على كون زوجته لا تستطيع معاشرته جنسياً لكونها تعاني من المرض حسب ما صرح به في جلسة البحث، وهو الأمر الذي نفته المدعى عليها مؤكدة أنها لا تعاني أي مرض وأدلت بشواهد طبية تفيد خلوها من أي مرض جنسي.

وحيث إنه طالما أن طالب التعدد لم يثبت المرض الذي تعاني منه زوجته وبذلك فإن المحكمة لم يثبت لها المبرر الموضوعي والاستثنائي لطالب التعدد، وبالتالي فإن طلبه يبقى غير مستوفٍ لشروطه ويتعين التصريح بعدم قبوله".²

وفي حكم آخر رفض الإذن بالتعدد جاء فيه: "...وأنه بالرجوع إلى نازلة الحال فإن المستأنف لم يثبت المبرر الموضوعي الاستثنائي الذي يوجب التعدد إذ نعى تمكنه بالتعدد لعدة كثرة الأشغال بالبادية وعدم قدرة الزوجة الأولى على القيام بها دون الإدلاء بالحجة المؤيدة.... وأن الحكم المستأنف لما قضى برفض الطلب كان مصادفاً للصواب وتوجب تأييده".³

ونجد أن المشرع الجزائري بدوره قيد التعدد بهذا الشرط، والذي عبر عنه في المادة 8 بالمسوغ الشرعي دون أن يحدد نوع هذا المبرر أو شكله تاركاً الأمر لسلطة القضاء، ونفس المصطلح استعمله المشرع السوري في المادة 17 التي ورد فيها: "للقاضي أن لا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادراً على نفقتهم".

¹ - قرار صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة مركز القاضي المقيم بكتامة في الملف عدد 56/2013 (غير منشور).

² - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بوجدة في الملف عدد 11/3599 بتاريخ 2012/02/27، أورده إدريس الفاخوري، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، مرجع سابق، ص 28.

³ - قرار محكمة الاستئناف بوجدة رقم 806 في الملف الشرعي عدد 07/258 بتاريخ 2007/12/26، أورده إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، الجزء الأول، الزواج، مرجع سابق، ص 47.

4. إذا لم يثبت الراغب في التعدد توفره على الموارد المالية الكافية للوفاء بالتكاليف المالية العادية لإعالة أسرتين في النفقة والسكن والقدرة على المساواة بينهما في جميع أوجه الحياة.

فمقتضى هذا الشرط، أن من كان عنده زوجة واحدة، ولا قدرة له على الإنفاق على زوجة أخرى معها، حرم عليه التزوج بثانية¹، ويعبر هذا المقتضى عن شرط العدل المادي، وإثبات هذا الشرط يتم عن طريق شهادة تثبت دخل الفرد، أو رقم معاملاته العقارية، وقد قررت المادة 42 من مدونة الأسرة، أن يكون طلب الإذن بالتعدد مرفقا بإقرار عن الوضعية المادية لمن يريد التعدد².

وفي هذا الإطار فقد ذهب القضاء في أحكام صادرة عنه إلى رفض منح الإذن بزواج التعدد بناء على عدم إثبات طالب التعدد توفره على الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بوجدة³ في أحد أحكامها جاء فيه: "...وأوضح الطالب أنه يعمل في البناء وأن دخله اليومي يتراوح بين 100 و130 درهم، وأن زوجته تسكن رفقة عائلته وأن مراد المتزوج بها تملك منزلا خاصا... وحيث ثبت للمحكمة أن المدعي لا يتوفر على الموارد المالية الكافية لإعالة أسرتين، وبذلك فإن طلبه يكون غير مستوف لشروطه ويتعين رفضه"، وأيضا الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالعيون⁴ والذي جاء فيه ما يلي: "وحيث إن الطرف المدعي لم يعزز طلبه بالوثائق المبررة خاصة المتعلقة بوضعيته المادية، وحيث إن موارده المالية لا تكفي لإعالة أسرتين مما يتعين رفض طلب التعدد".

وفي هذا الإطار رفض قسم قضاء الأسرة بسلا في أحد أحكامه منح الإذن بالتعدد معللا حكمه بكون طالب التعدد أب لأسرة مكونة من 4 أبناء كلهم يتابعون دراستهم، وأن أجرته لا تتعدى 4200 درهم شهريا لا تمكن من إعالة أسرتين بل إنها تبقى كافية لإعالة أسرة واحدة مثل أسرة طالب التعدد وفي حدود المتوسط⁵، كما ذهب قسم قضاء الأسرة بالرباط إلى رفض طلب

¹ - سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق و آثارهما، دراسة فقهية مقارنة، دار الجماهيرية للنشر والإعلان، الطبعة الأولى 1986، ص 208.

² - محمد الكشور، مرجع سابق، ص 214.

³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بوجدة، ملف عدد 11/4305، بتاريخ 2012/05/17، إدريس الفاخوري، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، مرجع سابق، ص 31.

⁴ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالعيون، ملف عدد 2012/111، بتاريخ 2013/06/06 (غير منشور).

⁵ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بسلا، رقم 18 بتاريخ 2008/04/09 في ملف عدد 4/8/07 (غير منشور).
- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بوجدة، رقم 2585 بتاريخ 2005/6/2 في ملف عدد 05/754 (غير منشور).

الإذن بالتعدد، حيث جاء فيه "وحيث إن الطرف المدعي لم يعزز طلبه بالوثائق المبررة لطلبه خاصة المتعلقة بوضعيته المادية، وحيث إن التصريح بالدخل المستدل به من صنعه ومن ثم فلا يشفع له بقبول طلب التعدد".¹

وفي هذا المنحى أيضا، فإن المحكمة الابتدائية بالخميسات رفضت طلب الإذن بالتعدد، لعدم كفاية ما يصرف لطلبه من معاش لإعالة أسرتين، وقالت في ذلك: "إنه بالاطلاع على وثائق الملف ثبت أن طالب الإذن له مورد مالي وحيد، هو معاشه الذي لا يتجاوز مبلغ 1544 درهم شهريا، وهو غير كاف لإعالة أسرتين".²

كما جاء في قرار آخر على أنه: "وحيث إن المحكمة برجوعها إلى أوراق الملف ومستنداته تبين لها أن المستأنف لم يثبت المبرر الموضوعي الاستثنائي وحيث إنه علاوة على ذلك فإن المستأنف لا يتوفر على الموارد الكافية لإعالة أسرتين وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة.

وحيث يتعين تبعا لذلك واستنادا على العلل المذكورة أعلاه وعلى مقتضيات المادة 41 من مدونة الأسرة، لا يسع المحكمة إلا التصريح برفض الدعوى مما ارتأت معه تأييد ما ذهب إليه الحكم الابتدائي".³

وبالإضافة إلى إثبات دخل طالب التعدد يجب كذلك أن يتم إثبات التوفر على سكن لائق لكل أسرة، كشرط من شروط قبول طلب التعدد، إلا أن هناك اختلاف على مستوى العمل القضائي فيما يخص ذلك، إذ تذهب بعض المحاكم إلى ضرورة توفر الراغب في التعدد على سكنين، وفي هذا الصدد رفضت ابتدائية الناظور⁴ قسم قضاء الأسرة منح الإذن بالتعدد لطلبه بحجة عدم توفره على سكنين وجاء فيه: "وحيث أن المدعي لم يثبت توفره على سكنين

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالرباط، رقم 1227 بتاريخ 2008/11/03 في ملف عدد 08/1474/10 (غير منشور).

² - المحكمة الابتدائية بالخميسات، قسم قضاء الأسرة، حكم عدد 17 بتاريخ 2005/06/28، في الملف عدد 2005/10 (غير منشور).

³ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور، رقم 455 في الملف عدد 05/09/327 بتاريخ 2005/10/18، أورده إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، مرجع سابق، ص 53.

حكم قضاء الأسرة بوجدة في الملف عدد 11/4305 بتاريخ 2012/05/17، أورده إدريس الفاخوري، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، مرجع، ص 30.

حكم قضاء الأسرة بوجدة رقم 3104 في الملف عدد 06/15357 بتاريخ 2006/07/17، أورده إدريس الفاخوري، نفس المرجع، ص 41.

⁴ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالناظور رقم 1809، عدد 05/420، بتاريخ 2006/11/9 (غير منشور).

يكون الطلب غير مستوف لكافة الشروط المبررة للتعدد مما يستوجب على المحكمة رفض هذا الطلب"، في حين لا تشترط بعض هذه المحاكم ضرورة توفر سكين وتكتفي بمراقبة المداخل المادية لطالب التعدد.

ونستنتج مما سبق بأن المشرع منع التعدد في عدة حالات انتصارا للرأي الذي يرى بأن الأصل هو الاقتصار على زوجة واحدة، تحقيقا لقول الله تعالى: «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً» ، وقوله عز وجل: «وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ الْيَسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ» ، وأن التعدد لا يسمح به القاضي إلا إذا كانت هناك دواعي حقيقية موضوعية واستثنائية كما إذا أصيبت الزوجة بالعقم والزوج راغب في النسل، أو لا يتأتى أداء الوظيفة الجنسية على الوجه الأكمل لمرض أو غيره، فإذا عجز الراغب في التعدد عن إثبات مثل هذه المبررات لا تمنح المحكمة الإذن بالتعدد بالإضافة إلى عدم منح الإذن في حالة عدم توفر الكفاية المالية للإنفاق على أكثر من أسرة واحدة، وإذا كانت هناك قرائن دالة على أن الراغب لن يقيم العدل بين زوجاته تطبيقا لقول الله تعالى: «وَلَيْسَتَّعْجِيفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ» ، كما أن الشرط الصريح المضمن في عقد الزواج أو في أي اتفاق آخر يجعل القاضي أمام عقد يتعين احترامه وعدم مخالفته بنوده وفقا للقواعد العامة، والشروط في مدونة الأسرة كلها ملزمة طبقا للمادة 47.

ب - حالات إذن المحكمة بالتعدد

نصت المادة 42 من مدونة الأسرة على أنه: "في حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد، يقدم الراغب طلب الإذن بذلك إلى المحكمة.

يجب أن يتضمن الطلب بيان الأسباب الموضوعية الاستثنائية المبررة له، وأن يكون مرفقا بإقرار عن وضعيته المادية".

ويمكن القول بناء على النص السابق بأن الراغب في التعدد يشترط سماع طلبه ودراسته ، وبعد ذلك تقرير المحكمة منح الإذن أو عدم منحه بالتعدد بعد التأكد من عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد ما يأتي:

1 — يجب على الراغب في التعدد أن يقدم طلبا إلى المحكمة يعرب فيه عن رغبته في التزوج بثنائية، في شكل مقال مكتوب و موقع عليه من طرف طالبه، ويجب أن يتضمن كل

البيانات المتعلقة بهوية الأطراف وموطن أو محل إقامتهم والوقائع، كالإشارة إلى مراجع عقد الزواج المراد الزوج عليها، بالإضافة إلى كل المستندات التي تعزز طلب الإذن بزواج التعدد.

2 - يجب أن يوضح في الطلب جميع الأسباب الموضوعية وليست الشخصية وكذا جميع المبررات الأخرى التي يرى فائدة في إيرادها لتدعيم طلبه لإقناع المحكمة.

كأن يستند في طلبه على مرض الزوجة للحصول على إذن بالتعدد كما هو الحال في العديد من الأحكام القضائية التي اعتبرت أن مرض الزوجة مبررا موضوعيا استثنائيا من أجل التعدد، غير أن نوع هذا المرض يختلف من حكم لآخر، فقد ذهب اتجاه قضائي إلى اعتبار عدم قدرة الزوجة على الحركة وفقدان بصرها يشكل سببا موضوعيا لمنح الإذن بالتعدد¹، كما جاء في حكم آخر صادر عن ابتدائية وجدة² على أن مرض الزوجة بمرض الصرع والذي يجعلها غير قادرة على رعاية شؤون المنزل مبررا موضوعيا يوجب الاستجابة لطلب منح الإذن بالتعدد.

كما جاء في حكم آخر: "وحيث استند المدعي في طلبه على كون زوجته مصابة بمرض السكري ويتعذر عليها القيام بواجباتها الزوجية وهو ما أكدته المدعى عليها بجلسة البحث.

وحيث إن إصابة الزوجة بالمرض المذكور تجده المحكمة مبررا موضوعيا استثنائيا يعطي للزوج الحق في التعدد"³.

ونرى بأن إصابة الزوجة بمرض السكري لا يعتبر سببا موضوعيا واستثنائيا يبرر التعدد، لأن مرض السكري من الأمراض الأكثر انتشارا في المجتمع المغربي، ولا يشكل خطورة تدعو إلى تبرير التعدد، ومن ثم نرى بأن المحكمة جانبت الصواب فيما ذهبت إليه.

وقد يؤسس الطالب دعواه على أساس إخلال الزوجة بواجب المساكنة الشرعية، كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر عن ابتدائية بالعيون⁴ والذي جاء فيه ما يلي: "وحيث ثبت للمحكمة بعد المناقشة موافقة الزوجة للطالب على التعدد، ولم تعارض في طلبه ولم تقيده

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالناظور رقم 524 ملف عدد 7/2563 بتاريخ 2007/3/20 (غير منشور).

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالناظور رقم 4602 ملف رقم 2198 صادر بتاريخ 2006/06/26 أورده فؤاد اليماني، مرجع سابق، ص 100.

³ - حكم المحكمة الابتدائية بالناظور قسم قضاء الأسرة في الملف رقم 11/11/1234، أورده إدريس الفاخوري، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي، مرجع سابق، ص 18.

⁴ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالعيون، ملف رقم 2013/49، بتاريخ 2013/05/09، (غير منشور).

بشروط، خاصة وأنها تعاني مرضا يمنعها من معايشة زوجها وتقوم بتصفية الكلي، وحيث أنه تبعا لذلك ثبت لهيئة المحكمة توفر المبرر الموضوعي الاستثنائي للتعدد "...

كما اعتبر حكم آخر عدم قدرة الزوجة على القيام بوظيفتها الجنسية مبررا يمنح للزوج الحق في التعدد ومما جاء فيه "وحيث أفاد طالب التعدد أنه أضحي محروما من المعايشة الزوجية نفسيا وعضويا منذ سنة 2004، وأنه أضحي يخشى على نفسه الفتنة، وحيث أكدت الزوجة هذا التصريح وأفادت أن المعايشة الزوجية بينها وبين زوجها قد انعدمت منذ 2004، وبأنها تقبل بالتعدد حماية لحقوقه الشرعية، وحيث إن تأكيد الزوجة لأقوال زوجها يرقى إلى درجة المبرر الموضوعي الاستثنائي للتعدد، باعتبار أن أهم أثر يترتب على عقد الزواج الصحيح هو المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معايشة زوجية وإحصان كل واحد من الزوجين للأخر بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل".¹

كما جاء في حكم آخر: "وحيث صرح الطالب بجلسة البحث المنعقدة بتاريخ 2011/07/26 بأن سبب طلب التعدد يرجع إلى كون زوجته مصابة بأمراض مزمنة تمنعها من القيام بواجباتها الزوجية وهو ما أقرت به هذه الأخيرة، وبذلك يكون قد ثبت للمحكمة المبرر الموضوعي الاستثنائي لطلب التعدد".²

وهذا ما أكدته حكم آخر جاء فيه: "وحيث إنه طالما أن الزوجة وافقت للطالب على التعدد ولم تعارض في طلبه ولم تقيده بشروط لفائدتها، خاصة وانها أكدت فعلا أنها تعاني مرضا يمنعها من معايشة زوجها وهو الأمر الثابت أيضا من خلال الشهادة الطبية المرفقة بالملف، كما أن توفر مريد التعدد على الموارد الكافية لإعالة الأسرتين يجعل الطلب قد استجمع الشروط القانونية التي تستلزمها المادة 41 من مدونة الأسرة، وبالتالي يبقى وجها وجديرا بالاستجابة له".³

كما قد يشكل عقم الزوجة سببا في منح الإذن بالتعدد حيث جاء في أحد الأحكام على أنه: "وحيث تبين للمحكمة أن سبب طلب التعدد هو كون الزوجة عاقر حسب الثابت من

¹ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بسلا، رقم 07 بتاريخ 2008/02/20 في ملف رقم 4/8/03 (غير منشور).
- وهو نفس التعليل الذي جاء في أحكام أخرى:

- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بسلا رقم: 25 بتاريخ 2008/05/07 في ملف رقم: 4/8/02 (غير منشور)

- حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بسلا، رقم 10 بتاريخ 2008/03/12 في ملف رقم 4/8/06 (غير منشور)

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالناظور في الملف عدد 10/11/1774 بتاريخ 2012/01/18 (غير منشور).

³ - حكم المحكمة الابتدائية بوجدة قسم قضاء الأسرة في الملف رقم 12/964 بتاريخ 2012/06/07، أورده إدرس الفاخوري، مرجع سابق، ص 33.

تصريحات الطرفين كما تبين أن الزوجة توافق لزوجها على التعدد بمحض إرادتها واختيارها....وحيث تبعاً لما ذكره يكون الطلب مؤسس واقعاً وقانوناً ويتعين الاستجابة له¹.

وفي نفس التوجه صار حكم صادر عن قضاء الأسرة بوجدة جاء فيه: "وحيث ثبت للمحكمة خلال جلسة البحث ما أسس عليه المدعي طلبه من كون زوجته لم تنجب خلال فترة زواجهما التي دامت قرابة خمس سنوات، وذلك بعد أن أكدت المدعى عليها أن لا أولاد لهما وأنها تخضع للعلاج....وبذلك يكون الطلب قد استجمع الشروط القانونية التي تستلزمها المادة 41 من مدونة الأسرة ويبقى وجهها وجديراً بالاستجابة له"².

كما جاء في حكم آخر على أنه: "وحيث أدلى الطالب بترجمة للغة العربية لإحدى الشواهد الطبية المدلى بها والتي مفادها أن زوجته الأولى سيتم استئصال رحمها، مما يتأكد معه أن يتعذر عليها الإنجاب....

وحيث تبعاً لذلك فإنه يتبين للمحكمة أن الطالب قد استوفى شروط التعدد المنصوص عليها قانوناً مما ارتأت معه الاستجابة لطلبه سيما وأن زوجته الأولى لا تمنع في زواجه"³.

كما قد يشكل كبر سن الزوجة مبرراً موضوعياً واستثنائياً لمنح الإذن بالتعدد حيث جاء في أحد الأحكام على أنه: "وحيث برر مرید التعدد الأسباب التي ألجأته لتقديم طلبه بكون زوجته المراد التزوج عليها كبيرة في السن ولم تعد قادرة على القيام بشؤون الحياة الزوجية.

وحيث إن المرأة المراد التزوج عليها عند الاستماع إليها من طرف المحكمة بجلسة 2005/05/13 أبدت موافقتها لزوجها بالتعدد بسبب ظروفها الصحية وكبر سنها.

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بالناظور مركز القاضي المقيم بزاوية رقم 615 في الملف عدد 2010/462 بتاريخ 2010/12/27، أورده إدريس الفاخوري، نفس المرجع، ص 20.
حكم المحكمة الابتدائية بالناظور مركز القاضي المقيم بمضار في الملف عدد 05/128 بتاريخ 2005/12/21، أورده إدريس الفاخوري، نفس المرجع، ص 44.
² - حكم المحكمة الابتدائية بوجدة قسم قضاء الأسرة في الملف عدد 11/3151 بتاريخ 2012/05/21 أورده إدريس الفاخوري، نفس المرجع، ص 24.
حكم المحكمة الابتدائية بوجدة قسم قضاء الأسرة رقم 07/142 في الملف عدد 06/1776 بتاريخ 2007/01/18، أورده إدريس الفاخوري، نفس المرجع، ص 35.
³ - حكم المحكمة الابتدائية بوجدة قسم قضاء الأسرة رقم 06/5649 في الملف عدد 06/1564 بتاريخ 2006/12/25، أورده إدريس الفاخوري، نفس المرجع، ص 38.

وحيث إنه بناء على ما ذكر فإن المبرر الموضوعي الاستثنائي الذي يبيح للطالب التعدد يكون متوفرا في نازلة الحال¹.

كما قد يشكل سفر الزوجة مبررا موضوعيا تؤسس عليه المحكمة حكمها، أو رغبة الزوج في إرجاع مطلقاته والتي أنجب منها أبناء²، أو عقم الزوجة³ والذي كلما ثبت للمحكمة إلا واعتبرته مبررا موضوعيا استثنائيا يتوجب على المحكمة الأخذ به.

وفي هذا الصدد ذهب قسم قضاء الأسرة بالرباط إلى اعتبار كون المدعى عليها (الزوجة) تسافر باستمرار خارج أرض الوطن وتمكث مدة طويلة مع أبنائها القاطنين هناك، مبرر يشفع للزوج في الإذن له بالتعدد حيث جاء في تعليقات هذا الحكم: "وحيث إن المدعي أرفق طلبه بالوثائق التي تثبت وضعيته المادية لتحقيق العدل المطلوب وأن السبب الذي استند عليه لتبرير طلبه وجيه، مما قررت معه المحكمة الاستجابة لطلبه"⁴.

كما أن إرجاع الزوجة من زواج سابق يعتبر مبررا موضوعيا للإذن بالتعدد حيث جاء في أحد الأحكام على أنه: "وحيث إن هذه المحكمة بعد إطلاعها على وثائق الملف والحكم المطعون فيه ودراستها لأسباب الطعن ثبت لها صحة ما نعاه المستأنف عن الحكم المستأنف ذلك أن طالب التعدد أسس طلبه الرامي إلى التعدد على كونه يرغب في إرجاع مطلقاته من زواج سابق لجمع شمل أسرته لكونه له معها ولد واحد"⁵.

كما قد يؤسس طالب التعدد طلبه على الخوف من الوقوع في الرذيلة والزنا وهذا ما ذهب إليه أحد القرارات جاء فيه: "وحيث إن خوف الطاعن من الوقوع في الزنا يشكل مبررا موضوعيا وسببا مشروعاً للتعدد طالما أن الزوجة الأولى قد أبدت قضاء موافقتها وليس بالملف ما يفيد إخلال الطاعن بحقوقها وواجباتها.

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بالناظور قسم قضاء الأسرة رقم 2005/957 في الملف عدد 05/291 بتاريخ 2005/06/12، أورده إدريس الفاخوري، نفس المرجع، ص 48.

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالرشيدية ملف رقم 12/545، بتاريخ 2012/05/12 (غير منشور).

³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية ببركان مركز القاضي المقيم بأحفير عدد 101، ملف رقم 13/103، بتاريخ 2013/06/28 (غير منشور).

⁴ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالرباط، رقم 1495 بتاريخ 2008/12/15 في ملف رقم 2008/1517/10 (غير منشور).

⁵ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة رقم 258 في الملف عدد 14/1618/519 بتاريخ 2015/03/18 (غير منشور).

وحيث بذلك يكون ما ذهب إليه الحكم الابتدائي قد شابه التعسف وجانب الصواب مما يتعين معه إلغاءه والتصدي له بالحكم وفق الطلب¹.

والملاحظ على هذا القرار أنه ألغى الحكم الابتدائي الذي اعتبر تأسيس طلب الإذن بالتعدد بدعوى الخوف من الزنا ليس مبررا موضوعيا واستثنائيا. قد جانب الصواب، حيث يجب عدم اعتبار الخوف من الزنا سببا مبررا للتعدد، لأن ذلك قد يؤدي إلى فتح المجال لكل راغب في التعدد لا يسعفه إثبات المبرر الموضوعي والاستثنائي بتأسيس طلبه على هذا الأمر.

3- يجب أن يقدم كل ما يثبت وضعيته المالية لترى المحكمة بعد ذلك ما إذا كانت هذه الوضعية تسمح للراغب في التعدد بفتح بيت أخرى وقدرته على المصاريف والنفقات الناجمة عن ذلك.

وهذا المؤشر لوحده لا يكفي ليبرر التعدد بل لابد من وجود المؤشر الثاني والأساسي لمنح الإذن بالتعدد وهو الأسباب الموضوعية الاستثنائية.

وهكذا جاء في أحد الأحكام القضائية على أنه: "وحيث إنه وبعد الاطلاع على دخل الزوج المقدّر في (72000) درهما سنويا كل ذلك دفع المحكمة إلى أن تستجيب للطلب²".

كما جاء في حكم قضائي: "... وحيث ثبت للمحكمة ... توفره على دخل كاف لإعالة الأسرتين بناء على إدلاءه بمقتطف من حسابه البنكي يفيد ذلك، وطبقا للعلل أعلاه يكون الطلب قد استوفى شروطه المبررة للتعدد مما يتعين الاستجابة له..."³، وجاء في حكم آخر: "... وحيث أنه... أدلى المدعي بمجموعة وثائق لإثبات عمله لاسيما لصورة شمسية المصادق عليها من قرار استغلال رخصة مقهى وشهادة التزام بالدخل، وشهادة إدارية أخرى... تفيد كونه يملك 12

¹ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور رقم 160 في الملف عدد 12/238 بتاريخ 2013/03/27 (غير منشور)

² - حكم المحكمة الابتدائية بالعرائش قسم قضاء الأسرة، ملف عدد 23/06/04 بتاريخ 2007/01/18، منشور بمجلة المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة- الجزء الأول، "منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 10 فبراير 2009، ص 46-47.

³ - إذن صادر عن ابتدائية الناظور، قسم قضاء الأسرة رقم 1100 في الملف عدد 06/266 الصادر بتاريخ 8 نونبر 2006 (غير منشور).

هكتار من بلاد بور و4 هكتارات من بلاد سقوية و8000 شجرة زيتون و6 رؤوس من البقر و50 رأس من الغنم ... فقررت الاستجابة له...¹

وفي حالة الإذن بالتعدد فإنه لا يتم العقد على المراد الزوج بها إلا بعد إشعارها من طرف القاضي بأن مرید الزواج بها متزوج غيرها ورضاها بذلك، ويضمن هذا الإشعار والتعبير عن الرضى في محضر رسمي (المادة 46).

ج . حقوق الزوجة المراد الزوج عليها (الزوجة الأولى):

صونا لكرامة الزوجة المراد الزوج عليها ضمنمت مواد مدونة الأسرة حقوق هذه الزوجة من خلال المقتضيات التالية:

1 . استدعاء المحكمة للزوجة المراد الزوج عليها للحضور من أجل معرفة رغبة زوجها في الزوج عليها طبقا للمادة 43، وفي حالة عدم الحضور أو امتناعها عن الحضور رغم الدعوة الموجهة إليها من طرف محكمة الأسرة أو امتنعت من تسلم الاستدعاء فإن المحكمة توجه إليها عن طريق عون كتابة الضبط إنذارا تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار فسيبت في طلب الزوج في غيابها، وطبقا لذلك فقد ذهبت المحكمة الابتدائية بالرباط² إلى أنه "بناء على تخلف المدعى عليها رغم سابق توصلها وحيث تخلفت المدعى عليها عن الحضور ورغم استدعائها... حيث أثبت المدعي المبرر الموضوعي الاستثنائي للتعدد يبقى طلبه للتعدد مؤسسا ويتعين الاستجابة له".

كما يمكن البت في الطلب في غيبة الزوجة المراد الزوج عليها إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه.

أما في حالة حضور الزوجة فإن المحكمة تقوم بالاستماع إلى تصريحاتها وملاحظاتهما بخصوص طلب زوجها، ولا يخفى أن الاستماع إلى تصريحات الطرفين يعد مسألة جد هامة تساعد في تكوين قناعة المحكمة، فبناء على ما تم التصريح به خلال جلسة البحث تستنتج

¹ - حكم صادر عن ابتدائية فاس، قسم قضاء الأسرة، رقم 3992 في الملف رقم 04/51 بتاريخ 2006/10/30 (غير منشور).

الحكم الصادر عن ابتدائية فاس قسم قضاء الأسرة، رقم 33354 في الملف عدد 07/3/154 الصادر بتاريخ 2007/11/26 (غير منشور).

- حكم صادر عن ابتدائية وجدة، قسم قضاء الأسرة، رقم 4568 في الملف عدد 1643 الصادر بتاريخ 2006/10/30 (غير منشور).

- قرار صادر عن استئنافية وجدة، رقم 93 في الملف رقم 05/645 الصادر بتاريخ 2006/02/01 (غير منشور).

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالرباط رقم 3146 ملف عدد 3/58، بتاريخ 2008/07/17 (غير منشور).

المحكمة موقف الزوجة من حيث موافقتها أو ممانعتها في الإذن لزوجها بالتعدد، كما يمكن لها أن تناقش المبرر الموضوعي الاستثنائي مع هذه الزوجة لتعطي وجهة نظرها.

فالحضور الشخصي للزوجة ولطالب التعدد يساعد المحكمة على إجراء محاولة الصلح للتوفيق بين الزوجين والإصلاح بينهما، والذي تعتمد فيه على جميع الوسائل التي تراها ملائمة، فيمكن أن تنتدب حكّامين من أجل الإصلاح بين الطرفين، كما قد تكتفي بمحاولة الصلح التي تقوم بها بجلسة البحث، فإما أن يعدل الزوج عن طلبه بالتعدد أو أن تسمح له الزوجة بذلك، أو يبقى الخلاف بينهما قائماً.

2- مدونة الأسرة توفر الحماية للزوجة المراد التزوج عليها في حالة إقدام الزوج على تضليل العدالة عند تقديمه بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة، حيث تطبق على الزوج عقوبة جنائية ويخضع لمقتضيات الفصل 361¹ من القانون الجنائي بناء على طلب من الزوجة المتضررة (المادة 43 الفقرة الثالثة).

3- إذا أصرت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق وثبت للمحكمة من خلال المناقشات تعذرات استمرار العلاقة الزوجية فإن المحكمة تضمن للزوجة ولأولادها جميع حقوقها المالية، بحيث تلزم المحكمة الزوج بإيداع المبلغ المحدد داخل أجل سبعة أيام، وعدم إيداع هذا المبلغ داخل هذا الأجل يعتبر تراجعاً عن طلب الإذن بالتعدد.

4- تستجيب المحكمة لطلب الزوجة المراد التزوج عليها بمجرد إيداع المبلغ المالي بالتطليق، ويعتبر هذا الحكم نهائياً غير قابل لأي طعن في جزئه المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية.

5 - إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائياً مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده (الفقرة الأخيرة من المادة 45)..
هذا المقتضى دفع محكمة النقض إلى اقتراح تعديل له يعطي الحق للزوجة حرية الاختيار في اللجوء للشقاق وألا تجبرها المحكمة على اللجوء إليه وبذلك يصبح حق للزوجة المراد

¹ - ينص الفصل 361 من القانون الجنائي على مايلي: "من توصل، بغير حق، إلى تسليم إحدى الوثائق المشار إليها في الفصل السابق، أو حاول ذلك، إما عن طريق الإدلاء ببيانات غير صحيحة، وإما عن طريق انتحال اسم كاذب أو صفة كاذبة وإما بتقديم معلومات أو شهادات أو إقرارات غير صحيحة، يعاقب بالحبس من ثلاث أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ثلاثمائة درهم.."

التزوج عليها بأن تلتجئ إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة، إذا اختلفت مع زوجها في التعدد بحيث لم تقبل به بينما أصر هو على طلبه.¹

ثالثا: الطبيعة القانونية لطلب الإذن بالتعدد والجهة المختصة للنظر فيه.

لقد أشارت مدونة الأسرة من خلال المادة 42 منها على أن طلب الإذن بالتعدد يقدم إلى المحكمة في هيئتها الجماعية، لكن ما ينبغي الإشارة له في هذا الصدد وهو أن المشرع المغربي لم يوضح الإجراءات المسطرية التي تحكم تقديم طلب الحصول على الإذن بالتعدد، بالإضافة إلى عدم تحديده للمحكمة المختصة للنظر فيه.

كل ذلك يحتم علينا الرجوع إلى القواعد العامة في قانون المسطرة المدنية، وما تضمنته مدونة الأسرة من أجل تحديد الطبيعة القانونية لطلب الإذن بالتعدد (1) والجهة المختصة بالنظر في منح الإذن بالتعدد (2).

1- الطبيعة القانونية لطلب الإذن بالتعدد

من خلال استقراء المواد المؤطرة لمنح الإذن بالتعدد في مدونة الأسرة، نستشف على أنه لم تتم فيها الإشارة إلى الطبيعة القانونية لطلب الإذن بزواج التعدد، بالإضافة إلى أنها لم توضح بالدقة المطلوبة الإجراءات المنظمة لرفع هذا الطلب، إلا ما تم التنصيص عليه في المادة 42 من مدونة الأسرة، إلا أنه مع ذلك فهذه المادة لا تسعف في معرفة الطبيعة القانونية لهذا الطلب.

وهناك من يرى² بأنه يجب اعتبار طلب الإذن بزواج التعدد بمثابة دعوى قضائية حقيقية ترفع من طرف الراغب في الحصول على الإذن بالتعدد في مواجهة زوجته الحالية، كما أنه قد ينشأ عنها دعاوى أخرى سواء بطلب من الزوجة والمتمثل في طلب التطليق، أو تطبيق مسطرة الشقاق تلقائيا من طرف المحكمة، وهذه الحالة الأخيرة تتحقق في الحالة التي يتم فيها إصرار الزوج على منحه الإذن بالتعدد، وعدم الاستجابة له من طرف زوجته المراد التزوج عليها.

وأعتقد أن هذا التوجه صائب، خصوصا إذا علمنا بأن المادة 41 من مدونة الأسرة أوجبت على الزوج بأن يثبت المبرر الموضوعي والاستثنائي، بالإضافة إلى الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، زيادة على إرفاق طلبه بمستندات من أجل إثبات ادعائه.

¹ - التقرير السنوي لمحكمة النقض، مرجع سابق، ص 87.

² - عبد العزيز حصري، قضاء الأسرة، التجديد وحدوده، مرجع سابق، ص 284.

وبما أن الإذن بزواج التعدد عنصر أساسي من عناصر ملف عقد الزواج حسب المادة 65 من مدونة الأسرة، تمليه ضرورة التأكد من وضعية الزوج بخصوص ذلك، فإن محكمة الموضوع تبت في هذا الطلب في غرفة المشورة التي يجري فيها التداول بكيفية غير علنية وهيئة جماعية¹، بحيث تكون للمحكمة السلطة التقديرية الواسعة في قبول الطلب أو رفضه حسب مدى توفر شروط التعدد من عدمها، واقتناع محكمة الموضوع بها، إلا إذا كان هناك شرط من الزوجة بعدم الزواج عليها حسب المادة 40 من مدونة الأسرة، لأنه في هذه الحالة يتم تقييد المحكمة نهائيا في منحها للإذن بالتعدد.

وهذا الشرط يصبح ملزما لمن التزم به حسب الفقرة الأولى من المادة 48 من مدونة الأسرة بالرغم من الاستثناء الذي وضعه المشرع المغربي بإسقاط الشرط إذا كان مرهقا إذ في هذه الحالة يمكن للراغب في الزواج بالتعدد أن يتقدم بطلب للإذن بذلك من طرف المحكمة المختصة².

لكن يبقى أهم إجراء جاءت به مدونة الأسرة وهو أنه بمجرد إيداع طلب الإذن بالتعدد لدى المحكمة، فإن أول إجراء تقوم به هذه الأخيرة هو استدعاء الزوجة المراد الزواج عليها للحضور، ليتم مناقشة الطلب المقدم من طرف الزوج المرید التعدد للحضور في غرفة المشورة من أجل أن يتم مناقشة ذلك الطلب³.

وتعتبر هذه الإجراءات من بين الإجراءات التي تحكم الدعاوى في المسطرة المدنية، طبقا للقواعد العامة، مما يمكننا القول على أن تقديم طلب الإذن بالتعدد تحكمه الإجراءات العادية التي تحكم الطلبات القضائية كما ينظمها هذا القانون والمتمثل في المسطرة المدنية⁴. وبناء على ذلك تجدر الإشارة إلى أن الإذن بالتعدد يصدر عن المحكمة في إطار سلطتها القضائية وليست في إطار سلطتها الولائية، كما هو الحال بالنسبة للإذن الصادر عن قاضي الأسرة المكلف بالزواج⁵.

وطبقا لما سبق ذكره فإن طلب الإذن بزواج التعدد يخضع للضوابط التي تحكم رفع الدعوى في قانون المسطرة المدنية سواء من خلال ضرورة التوفر على شروط رفع الدعوى

¹ - محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 49.

² - بشرى العاصي، قراءة في قانون الأسرة، جرد وتحليل مدونة الأسرة، تقييم و معالجة مقال منشور بمجلة المنتدى، العدد الخامس، يونيو 2005، ص 43.

³ - محمد الشتوي، الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق عقد الزواج، مرجع سابق، ص 201.

⁴ - طبقا للفصول 31 و 32 من قانون المسطرة المدنية.

⁵ - حساين عبود، قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب الأول المتعلق بالزواج، مجلة القضاء والقانون، العدد 150، سنة 2005، ص 104.

والمتمثلة في الصفة والمصلحة والأهلية¹ أو من خلال احترام الشكل والبيانات التي يجب أن تتوفر في الطلب الذي يقدم إلى المحكمة.

وزيادة على ذلك يجب احترام المقتضيات المنصوص عليها في مدونة الأسرة والمتمثلة في الأسباب الموضوعية الإستثنائية المبررة لرفع هذا الطلب بالإضافة إلى الوضعية المادية، والتي أشار لها المشرع المغربي في المادة 42 من مدونة الأسرة.

2- الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلب الإذن بالتعدد

بما أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم تقيد زواج التعدد بأي شرط من الشروط، بحيث كان يكفي اللجوء إلى العدول مباشرة من أجل إبرام زواج التعدد، إلى أن جاءت تعديلات 10 شتبر 1993² بخصوص زواج التعدد، بحيث أصبح آنذاك من يريد الإذن له بالتعدد أن يقدم طلبا بذلك إلى قاضي التوثيق بالمحكمة الابتدائية التي يوجد فيها بيت الزوجية الخاص بالزوجة الأولى أو بالدائرة القضائية التي تقطن بها المراد التزوج بها.³

لكن في إطار مدونة الأسرة يستشف من خلال المادة 42 منها على أن طلب الإذن بالتعدد يقدم من الراغب فيه إلى المحكمة⁴، وهي المحكمة الابتدائية، باعتبارها صاحبة الولاية

¹ - ينص الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية على أنه: "لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه".

تثير المحكمة تلقائيا انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أو الإذن بالتقاضي إن كان ضروريا وتندرج الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل تحدده.

إذا تم تصحيح المسطرة اعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة، وإلا صرحت المحكمة بعدم قبول الدعوى."

² - كان ينص الفصل 31 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه: "يجب إشعار الزوجة الأولى برغبة زوجها في التزوج عليها والثانية بأنه متزوج بغيرها.

للزوجة أن تشترط على زوجها عدم التزوج عليها، وإذا تزوج فأمرها بيدها.

للمتزوج عليها إذا لم تكن اشترطت الخيار أن ترفع أمرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل لها وفي جميع الحالات إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لا يأذن القاضي بالتعدد."

³ - محمد الشنوي، مرجع سابق، ص: 196.

⁴ - إن تحديد المحكمة المختصة يستدعي دائما تحديد الاختصاص المكاني والنوعي لها، والاختصاص المكاني طبقا للقواعد العامة يتحدد انطلاقا من موقع المدعي الذي يتبع المدعى عليه في الدعوى، بحيث ينعقد الاختصاص المكاني للموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه.

- عبد العزيز حضري، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ص: 72.

وتبقى المحكمة من منح الاختصاص لمحكمة موطن أو محل المدعى عليه، لأن هذا الأخير هو المهاجم في الدعوى، وبالتالي فإن تحقيق العدالة يقتضي تخفيف العبء على المدعى عليه، وجلب التيسير على المتقاضين بصفة عامة باستثناء ما تم التنصيص عليه في الفصول 28 إلى 30 و الفصل 212 من قانون المسطرة المدنية.

- نجيب شوقي الاختصاص المحلي لأقسام قضاء الأسرة، مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيلة والمعوقات، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة يومي 15/16 مارس 2007، كلية الحقوق وجدة سلسلة الندوات 2، ص: 128.

العامّة، ويقدم هذا الطلب بالضبط إلى أقسام قضاء الأسرة، وذلك طبقاً للفصل الثاني من قانون التنظيم القضائي،¹ وطبقاً لذلك تنظر أقسام الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية، وشؤون القاصرين وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة، وفي إطار ذلك يمكن لكل غرفة أن تبحث وتحكم في كل القضايا المعروضة على المحكمة كيفما كان نوعها باستثناء ما يتعلق بأقسام قضاء الأسرة.

ومن خلال ما سبق يمكن أن نقول أن اختصاص أقسام قضاء الأسرة محصور بالنظر في قضايا الأسرة، بحيث لا يمكن لباقي غرف المحكمة الابتدائية أن تنظر في هذه القضايا، وبالتالي فلا ترفع الدعاوى المتعلقة بقضايا الأسرة إلا أمام أقسام قضاء الأسرة لكون أن اعتبار الاختصاص النوعي لأقسام قضاء الأسرة من النظام العام الذي لا يجب الاتفاق على مخالفته.

وطبقاً لذلك يجب أن يقدم طلب الإذن بزواج التعدد إلى قسم قضاء الأسرة التابع له بيت الزوجية أو موطن إقامة الزوجة، وذلك امتثالاً لقواعد الاختصاص المحلي المنصوص عليها في المادة 27 من قانون المسطرة المدنية والتي تنص على أن من يدعي حقاً قبل الغير أن يسعى إلى أقرب محكمة لموطن المدعى عليه²، خصوصاً إذا علمنا بأن مدونة الأسرة لم تقم بتنظيم الاختصاص المحلي لأقسام قضاء الأسرة.

وبالرغم ممن ينتقد³ التحول المتعلق باختصاص النظر في دعوى التعدد، من قاضي التوثيق إلى المحكمة، حيث ذهب إلى اعتبار أن هذا الاختصاص قد سلب من قاضي التوثيق لا شيء إلا حبا في الاستغناء عن هذه المؤسسة العريقة النابعة من الحضارة الإسلامية، واعتبر أن قاضي التوثيق هو المؤهل للنظر في منح الإذن بالتعدد نظراً لخبرته في ذلك، ألا أن الواقع والتجربة قد أثبتت عكس ذلك لكون أن خبرة قاضي التوثيق تتميز في توثيق المعاملات والحقوق، وليس له دراية كافية في مجال النظر في طلبات زواج التعدد أو للنزعات التي قد تنشأ عن ذلك، خصوصاً إذا علمنا كثرة المهام التي كانت منوطة له فيما قبل.

¹ - الظهير الشريف رقم 1-74-338 الصادر في 24 جمادى الثانية 1394 (15 يوليوز 1974) المعتبر بمثابة القانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة، وقد وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 73-03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 04-04-24 المؤرخ في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004) ص 454.

² - عبد الحميد اخريف، مرجع سابق، ص 133.

³ - العلوي الحراق، مدونة الأسرة والتوثيق العدلي، دراسات وتعليق، مكتبة دار السلام، الرباط الطبعة الأولى 2005، ص: 94.

ولتأكيد ذلك يرى الأستاذ عبد العزيز حضري¹ أن نقل الاختصاص من قاضي التوثيق إلى محكمة الموضوع يعتبر من أهم التجديدات المسطرية التي جاء بها المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة، خصوصا إذا علمنا بأن التجربة القديمة أوضحت بجلاء ضعف أداء قاضي التوثيق، حيث أنه كان يتولى اختصاصا قضائيا صرفا غير خاضع لأية مسطرة قانونية محددة، ولا تدخل أصلا في اختصاصه كقاضي التوثيق، بالإضافة إلى أن كثرة مهامه التوثيقية والتي كانت تشكل عائقا من دون أن ينتبه المشرع لذلك فيما قبل.

وانطلاقا من هذا التغيير في الاختصاص الذي قام به المشرع المغربي، نجد فيه إشارة على اختصاص نوعي استثنائي خاص بأقسام قضاء الأسرة، والذي يعتبر من صميم النظام العام، وطبقا لذلك فإنه يمكن التمسك به في أية مرحلة من مراحل التقاضي، كما يمكن للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، وهو ما يجعلنا أمام وضع يهدف إلى خلق قضاء متخصص في القضايا الأسرية يساعد بالتأكيد على تفعيل كل من قواعدها الإجرائية والموضوعية على حد سواء.

فبمقتضى هذه القواعد ومن أجل الحصول على الإذن بالتعدد، يجب تقديم الطلب بذلك إلى قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية المختصة مكانيا للتأكد من الشروط المفروضة قانونيا، ومن أجل تقرير منح الإذن بزواج التعدد من عدمه وذلك وفقا للمسطرة التالية:

- يتعين إجراء المناقشة في غرفة المشورة بحضور الزوج والزوجة المراد التزوج عليهما (الفقرة الأولى من المادة 44)، فعقد الجلسة بغرفة المشورة عند إجراء المناقشة بين الطرفين والاستماع إلى الشهود ومحاولة التوفيق والإصلاح، هي أمور تنسم بالسرية التي تتطلبها مسألة الصلح وذلك حفاظا على أسرار الأسرة، وحتى إذا فشل الصلح يتم اللجوء إلى العلنية².

- إن الإذن بالتعدد يكون بمقرر معلل يشارفيه إلى الأسباب الداعية إليه ومراعى جميع الإجراءات والشروط المطلوبة قانونا، وهذا المقرر المقدم من طرف المحكمة غير قابل لأي طعن (الفقرة الثانية من المادة 44).

- يتعين على المحكمة استدعاء الزوجة والاستماع إليها، ويتعين احترام المسطرة المنصوص عليها في المادة 43 من المدونة.

¹ - عبد العزيز حضري، مرجع سابق، ص 283.

² - جواب السيد وزير العدل عند مناقشة مشروع مدونة الأسرة أمام البرلمان، أنظر ذلك في المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 92.

. ضمان المحكمة لحقوق الزوجة وحقوق الأطفال ذات الطابع المال.

رابعاً : التحايل من أجل التعدد

يعتبر التعدد استثناء من الأصل، كما انتقل من حق الزوج إلى حق المحكمة ومن الإباحة إلى التقييد،¹ وهو الأمر الذي جعل بعض المتقاضين يفكرون في حيل قانونية تعفيهم من المساطر الصعبة التي قد تحول دون حصولهم على الإذن بالتعدد.

فقد يكون الرجل متزوجاً بامرأة ما ويريد الزواج من ثانية، ولكي يتهرب من مختلف الإجراءات القضائية التي وضعها المشرع المغربي بشأن الحصول على الإذن بالتعدد، يخفي زواجه الأول ويطلب إثبات زواجه الثاني² عن طريق أعمال مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 16 من مدونة الأسرة.

هذه الإمكانية التي تعطيها الفقرة الثانية من المادة 16 من المدونة بنصها على أنه: "إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة".

وهذه الصورة كانت في إطار المدونة الملغاة، وكان القضاء يعتمد جل المبررات لإثبات الزوجية ولإنقاذ بعض الوضعيات العائلية، حتى أفرغ مبدأ شرط الإشهاد من محتواه³، وكانت المبررات غير جدية من قبيل الخوف من الزوجة الأولى حيث إن علمها بزواجه من الثانية قد يثير مشاكل عائلية⁴.

وعلى اعتبار أن التعديل الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة 16 تتعلق بهتذيب في الصياغة لا بتغيير في الجوهر⁵، فإن القضاء سيستمر في اعتماد المفهوم الواسع للأسباب القاهرة- حالة الاستثناء سابقاً- بكيفية تستغرق جميع حالات عدم توثيق الزواج⁶. وبذلك يحقق أصحاب الحيل مبتغاهم، وخاصة عند وجود أبناء، لأن هذه الحالة تبرر التحايل وتجعله شرعياً كما هو مفهوم من منطوق الحكم الذي جاء فيه: "وحيث إنه في النازلة فإن الطرفين لم ينجبا

¹ - عبد الكبير طبيع، مدونة الأسرة ومحددات الفكر الحدائي المجتمعي، مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة، عدد 22 نونبر 2004، 23-24.

² - محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 294.

³ - عبد المجيد غميحة، مرجع سابق، ص 71.

⁴ - قرار المجلس الأعلى عدد 600 بتاريخ 1985/04/30، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 137، ص 173.

⁵ - محمد الكشور، مرجع سابق، ص 286.

⁶ - نفسه ص 278.

أبناء وليست طالبة صحة الزوجية حاملا حتى يشفع لها ذلك في تبرير تحايلها على النص القانوني".¹

لكن في مدونة الأسرة لا بد من استحضار أن المشرع قد سن مجموعة من الأذون في الزواج وألج على وجوب مراعاتها واحترامها، ومساءلة من يتملص أو يدلس من أجل الحصول عليها لذا فلا يمكن التغاضي عنها عند ثبوت الزوجية إلا بالنسبة للتي فات أوانها.²

ويجب أن تفهم الأسباب القاهرة بأنها الأسباب المادية دون غيرها من الأسباب التي تعتبر منعا قانونيا كحالة اشتراط المشرع للإذن بالتعدد، إذ لا يعقل أن يفتح المشرع باب للتحايل على القواعد التي فرضها.³

وقد نتج عن هذا التحايل مجموعة من الإشكالات على الصعيد العملي، ولذلك نجد العديد من الأحكام القضائية تتشدد في وضع حد لهذا التحايل وتعاقب الشخص الذي يخرق القواعد القانونية الخاصة بالتعدد من خلال استغلال مسطرة إثبات الزوجية بنقيض قصده، وهذا ما يؤكده أحد الأحكام التي جاء فيه: "أن طالب صحة الزوجية متزوج بامرأة أخرى، وكل ما منعه من توثيق عقد الزواج هو رغبته في عدم اللجوء لمسطرة التعدد، ومن ثم يعامل بنقيض القصد، ويكون كل ذلك مبررا للتصريح برفض الطلب".⁴

كما جاء في حكم آخر على أنه: "حيث يهدف الطالبان من طلبهما إثبات العلاقة الزوجية بينهما منذ سنة 2002.

وحيث أرجع الطالبان سبب عدم توثيق العقد في تاريخه إلى رفض المحكمة طلب التعدد المقدم من طرف الطالب باعتبار أن له زوجة أخرى في عصمته.

وحيث أن رفض المحكمة لطلب التعدد لا يبرر إبرام عقد زواج آخر للطالب ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يشكل ظرف قاهر يمتنع الطالب من إبرام عقد الزواج باعتبار أنه كان ملزما باحترام قرار المحكمة المذكور.

¹ - حكم ابتدائي بمراكش عدد 841 بتاريخ 24 مارس 2005 في الملف عدد 2005/8/421 أورده محمد الكشور

ويونس الزهري وحسن فتوح، مرجع سابق، ص 91.

² - عمرلين، مرجع سابق، ص 7.

³ - محمد الكشور، يونس الزهري، حسن فتوح، التطلاق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 91.

⁴ - حكم ابتدائي بمراكش عدد 841 بتاريخ 24 مارس 2005 في الملف عدد 2005/8/421 أورده محمد الكشور ويونس الزهري وحسن فتوح، مرجع سابق، ص 91.

وبالتالي لا تعتبر مخالفة قاعدة قانونية أمرة إذن المحكمة بالتعدد قبل إبرام عقد زواج جديد مبررا للاستفادة من قاعدة استثنائية وضعها القانون لمعالجة حالات لا تنطبق بأي حال من الأحوال على حالة الطالبين.

وحيث إنه وتبعاً لذلك يتعين رفض الطلب وإبقاء الصائر على مقدمه¹.

وفي حكم آخر جاء فيه: "حيث يهدف المدعيان في طلبهما إلى الحكم لهما بثبوت الزوجية وموضحاً أنهما لو يوثقا عقد زواجهما في إبانها لظروف حالت بينهما وبين ذلك وتمثل في كون وضعية الزوج القانونية بإسبانيا كانت غير شرعية.

وحيث عند استماع المحكمة لشاهدي المدعي... أكد أن الزوجين متزوجان منذ 2005 وبالضبط في بدايتها، وأكد الشاهد الثاني بأن الزوج كان متزوجاً قبل زواجه بالمدعية بزوجة أخرى، فصرح المدعي بأنه طلقها ولم يرزق منها بأبناء فكلف بالإدلاء برسم طلاقه.

وحيث إن المحكمة بتصفحتها لرسم الطلاق المذكور المضمن... تبين لها أن المدعي لم يطلق زوجته إلا بتاريخ 2006/09/07 بينما تزوج بالمدعية في غضون سنة 2005، وبالتالي فإن زواجه بالمدعية يكون تعدد على زوجة أولى، إلا أنه لم يحترم المسطرة الخاصة بالتعدد المنصوص عليها في المادتين 41 و 42 من مدونة الأسرة، يضاف إلى ما سبق أن المدعي برر عدم توثيقه لعقد زواجه بكونه كان وقتها لا يتوفر على الوثائق الشرعية للإقامة بإسبانيا، إلا أنه تناقض بتصريحه بكونه أقام حفل زفاف بالمغرب، وبالتالي وأمام عدم ثبوت الظرف القاهر وعدم سلوك مسطرة التعدد فإن المحكمة لا يسعها إلا التصريح برفض الطلب².

فالملاحظ من خلال هذين الحكمين أن المحكمة رفضت قبول ثبوت الزوجية على اعتبار ذلك يشكل تحايلاً من أجل التعدد فقط، وخرقاً لقاعدة قانونية أمرة يجب احترامها.

وفي مقابل هذا التوجه القضائي الرافض لقبول ثبوت الزوجية كمدخل تحايلي للتعدد، فإن هناك اتجاه قضائي آخر متساهل ومؤيد لإثبات الزوجية، وهذا ما يتضح من بعض الأحكام القضائية.

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش قسم قضاء الأسرة، في الملف رقم 5/06/417 بتاريخ 2006/10/20 (غير منشور).

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير قسم قضاء الأسرة، في الملف رقم 07/05 بتاريخ 2007/02/05 (غير منشور).

ففي حكم جاء فيه: "حيث إن دعوة الطالب أساسا وحسب طلبه إنما تهدف إلى أن الإذن له بالتعدد بالمسماة... في إطار الفصل 42 وما يليه من مدونة الأسرة.

لكن حيث إن وقائع القضية تكيف على أساس أن المعني بالأمر إنما أراد إثبات الزوجية بينه وبين المسماة... التي أثمرت علاقته بها بازدياد البنت... بتاريخ 2006/07/18، مما يعني أن معاشرته لهذه الزوجة كانت سابقة وبالتالي تكيف النازلة على أنها دعوى سماع الزوجية أخذا بعين الاعتبار وجود الطفلة بنت الطالب والزوجة الثانية ومصحتها وكون الطلب قدم في حياة الزوجين معا، الشيء الذي قررت معه المحكمة استنادا إلى العلل أعلاه إلغاء الحكم المستأنف لعدم قيامه على أساس وتصديا الحكم بسماع دعوى الزوجية وثبوتها بين الطرفين"¹.

فمن خلال هذا القرار يتبين أن محكمة الاستئناف عملت على إلغاء الحكم الابتدائي والقاضي برفض طلب الإذن بالتعدد وعللت قرارها بكون الدعوى التي رفعها الطالب يجب أن تكيف على أنها دعوى ثبوت الزوجية وليس بطلب إذن بالتعدد، لأن وقائع الدعوى تبين أن طالب التعدد كان قد دخل بالمرأة التي يريد التعدد معها، وأنجب معها بنتا، مما كان يتعين على المحكمة أن تأخذ ذلك بعين الاعتبار وإعمال مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة.

وفي قرار أخرجاء فيه: "وحيث إنه وفق الإشهاد (عدد 237 ص 185) فإن الزوجة الأم هي المذكورة أعلاه، توافق على زواج المستأنف بالزوجة الثانية المذكورة أيضا، والمحكمة لذلك واعتبار لعدم الإنجاب من الأولى فإنها توافق على الزواج بالثانية، وتعتبر هذا الحكم بمثابة ثبوت الزوجية بين الطرفين لوجود طفل بينهما، ولكون هذه المسألة مثارة لتقائما متناسبا ومصحة الطفل ولكون كل مقتضيات مدونة الأسرة تعد من النظام العام يصح إثارتها لتقائما من طرف المحكمة"².

ومن الطرق أيضا التي يلجأ إليها طالب التعدد للتحايل هو أنه قد يعتمد على إثبات أنه مطلق باستخراج نسخة من وثيقة الطلاق عند النسخ قد يكون ذلك الطلاق فيه رجعة أو مراجعة، فهذه الوثيقة المستخرجة تثبت الطلاق فقط ولا مانع قانوني يمنعه من الزواج. ومعلوم أن هذا النوع من الطلاق يخول للزوج إمكانية إرجاع زوجته إلى عصمته بدون اللجوء إلى إبرام عقد جديد ما دامت فترة العدة لم تنقضي بعد، مما قد يعتمد الزوج على إرجاع

¹ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة رقم 289 في الملف الشرعي عدد 05/933 بتاريخ 2006/10/11، أورده إدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 49.

² - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة رقم 475 في الملف الشرعي عدد 05/852 بتاريخ 2006/06/07، أورده إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص 54.

زوجته الأولى المطلقة رجعيًا بعدما قام بزواج من ثانية فيكون بذلك متحايلاً على مسطرة التعدد.

وتعتبر هذه الطريقة من التحايل في إطار التعدد من أكثر الطرق التي يتم استعمالها من طرف الزوج الراغب في التعدد، لذلك يتعين على القضاء اتخاذ حذره ويتأكد من انتهاء العلاقة الزوجية بين الزوج الطالب إثبات زواجه وبين زوجته الأولى، وبالتالي يفرض عليه وجوب الحصول على إذن التعدد قبل دعوى ثبوت الزوجية.

وهكذا قضت محكمة الاستئناف بالجديدة أن: "المراجعة بعد زواج آخر لا تصح إلا بمقتضى زواج جديد تحترم فيه شكليات الزواج المنصوص عليها في المادة 65 من نفس القانون (مدونة الأسرة) والإذن بالتعدد عملاً بالمادة 40 وما يليها من المدونة وفي غياب ذلك يكون رسم الرجعة -المراجعة- عدد 322 باطل...¹ لأن الأمر يتعلق بزواج ثانٍ بمثابة تعدد من غير احترام مسطرته.

كما أقرت نفس المحكمة في حكم آخر أنه: "يحق للزوجة الأولى المطالبة بإبطال رسم مراجعة أضر بمصالحها لم تحضره ولم توافق عليه"²، والزوجة الأولى هنا هي التي تزوجها بعد طلاق الزوجة التي أراد مراجعتها، وإذا كان هذا الأمر واضح وقانوني، يسهل على القضاء التثبت منه في حالة الطلاق البائن، فإن الأمر يدق في حالة الطلاق الرجعي.

ذلك أن الزوج يكون في الطلاق الرجعي في حكم المتزوج، لأنه يملك إرجاعها، وقد يتزوج بأخرى³، وذلك بهدف التحايل على مسطرة التعدد، وهو الأمر الذي لم تعمله محكمة الرباط أي اهتمام لما قضت للزوج بإرجاع طليقته لتكون زوجة ثانية⁴.

وارتباطاً مع ما سبق كان حرياً بالمشروع أن يراعي مجموعة من القيود بالنسبة للطلاق كي لا يسهل أمر الرجعة أو المراجعة في وقت تزوج فيه خلال فترة الطلاق بامرأة أخرى.⁵

¹ - قرار رقم 6 / 132 صدر بتاريخ 2006/02/21، ملف جنحي رقم: 2005/833/36، منشور بمجلة الملف، العدد 11، أكتوبر 2007، ص 265.

² - قرار رقم 06 / 499 صدر بتاريخ 2006/09/19، منشور بمجلة الملف، مرجع سابق، ص 269.

³ - عبد السلام زوير، مدونة الأسرة بعد سنتين من التطبيق، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 154، ص 159.

⁴ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط قسم قضاء الأسرة رقم 484 ملف رقم 06/17/10 بتاريخ 2007/03/19 (حكم غير منشور).

⁵ - بنسالم أوديغا، دور قاضي التوثيق في التعدد في ضوء أحكام مدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 154 ص 47.

كما يتعين دائما احترام فترة العدة، حتى من طرف المطلق في الطلاق الرجعي بحيث إن الزوجة في حكم المتزوجة خلال العدة، وكذلك الزوج، وبالتالي يتعين عدم الإذن بتوثيق زواج المطلق خلال فترة العدة إلا بعد انقضاء العدة، أو بعد إدلائه بإذن المحكمة بالتعدد لأنه قد يتزوج بامرأة أخرى ويقوم بإرجاع المطلقة خلال العدة، ويكون بالتالي متزوج بامرأتين دون الحصول على إذن بالتعدد، وذلك رغم عدم وجود نص صريح.¹

خامسا : واقع التعدد

من خلال استعراضنا لمختلف الاتجاهات الفقهية والتشريعية، اتضح لنا اختلاف المواقف بين من يبيح التعدد مطلقا، وبين من يقيد به بقيود معينة وشروط محددة، وبين من يحرمه صراحة ويعتبر تعدد الزوجات جريمة معاقبا عليها.

والذي نميل إليه بعد هذه الآراء هو أن إباحة التعدد مطلقا يتنافى مع روح الشريعة الإسلامية، كما أن واقع مجتمعنا المعاصر يرفضه استنادا إلى اعتبارات عديدة أذكر منها :

- الظروف الاقتصادية والاجتماعية تحتم على الزوج الاكتفاء بزوجة واحدة.

- ظهور أفكار وتيارات اجتماعية في موضوع تنظيم الأسر وذلك نتيجة ارتفاع مستوى التعليم وزيادة الوعي الثقافي بين الرجل والمرأة معا وترتب على ذلك فهم جديد لقيمة الحياة الزوجية وإدراك أكثر عمقا بمسؤوليات الحياة الزوجية، الأمر الذي يحتم الاقتصار على النمط المثالي في الزواج وهو عدم التعدد إلا عند الضرورة القصوى وفي أحوال جد نادرة.²

أما الاتجاه الذي يرى منع التعدد مطلقا وتحريم الفعل، فإننا نعتقد بأن هذا الاتجاه مبالغ فيه، ولا يتفق مع مقتضيات النصوص الشرعية، ولم يراع أيضا خصوصيات المجتمع الإسلامي، ذلك أن الشريعة الإسلامية بمذاهبها الفقهية المختلفة فيها من المرونة ما يضمن إيجاد الحلول الشافية لكل المشاكل وفي كل زمان ومكان، فالمباح يمكن تقييده، لذلك فتعدد الزوجات يمكن تقييده، أما منعه مطلقا دون مراعاة لأي مبرر أو ظرف فلا نعتقد بأنه اتجاه سليم.

ونميل إلى اعتبار الأصل هو عدم التعدد، لأن الواقع يؤكد بأن حالات التعدد مبنية على الجور والحق الظلم والضرر بالزوجة وذلك تحقيقا لقوله تعالى: ﴿بِإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا

¹ - عبد السلام زوبر، مرجع سابق، ص 159-160.

² - سعيد محمد الجليدي، المرجع السابق، ص 211.

قَوَّاجِدَةً ﴿١﴾، والله سبحانه وتعالى يأمر الرجال بمعاشرة الزوجات بالمعروف أو التسريح بالإحسان، وما ينص عليه الحديث الشريف من أنه «لا ضرر ولا ضرار»، وقوله صلى الله عليه وسلم: «خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي»، وليس من العدل والمروءة أن يتزوج الرجل على أهله (زوجته) دون مبرر شرعي، ومن ثم يسمح بالتعدد استثناء من القاعدة السابقة إذا دعت الضرورة إلى ذلك ووجد المبرر الشرعي بعد الحصول على إذن القضاء بذلك، فقد يسمح بالتزوج بثانية كما إذا كانت الزوجة عقيم أو فيها مرض يمنعها من أداء وظيفتها الزوجية... الخ. وأخيرا نرى بأن مشكل تعدد الزوجات في مجتمعنا المغربي في تقلص مستمر إذ لا يشكل سوى نسبة ضئيلة جدا بحيث تقل عن 1%¹، وهو لا يمثل في الجزائر سوى 3%² وفي ليبيا 2%³، وربما لا يزيد عن هذا القدر في أكثر البلاد العربية.

ولتوضيح واقع التعدد في المغرب ندرج الجدول الآتي⁴:

وضعية زواج التعدد (2004-2013)											السنوات
2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004		
787	806	1104	991	986	836	875	811	841	904		رسوم زواج التعدد
0,26%	0,26%	0,34%	0,32%	0,31%	0,27%	0,29%	0,30%	0,34%	-		نسبته من مجموع رسوم الزواج

الفقرة الثالثة: المطلق ثلاثا قبل أن تتزوج غيره

أباححت الشريعة الإسلامية للرجل بأن يطلق زوجته مرتين ويجوز للزوج أن يراجعها أثناء العدة إذا كان الطلاق رجعيا وله أن يعقد عليها عقدا جديدا إذا انتهت عدتها من الطلاق الرجعي أو كان الطلاق بانئا بينونة صغرى والأصل في ذلك قوله تعالى: «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا»⁵، ويمكن أن يتكرر هذا الوضع مرتين تطبيقا للآية

¹ - جواب وزير العدل في المناقشات البرلمانية، المرجع السابق، ص 85.

² - عبد العزيز سعد، مرجع السابق، ص 148.

³ - سعيد محمد الجليدي، المرجع السابق.

⁴ - القضاء الأسري الواقع والأفاق عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 49.

⁵ - سورة البقرة، الآية 228.

الكرمة: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾¹، ولكن إذا طلق الزوج زوجته بعد المرتين فهذا دليل على أن العشرة الزوجية بينهما لا يمكن أن تستقر²، لذلك اقتضت حكمة التشريع الإسلامي في مثل هذه الحالة بأن لا تحل له زوجته بعد أن طلقها للمرة الثالثة، وتكون الحرمة مؤقتة إذ تزول الحرمة بانتهاء عدتها منه وتزوجها بزواج آخر ودخوله بها دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضي عدتها من هذا الأخير، وأصل هذا الحكم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾³.

وقد نصت المدونة على هذا المانع المؤقت في المادة 39 عندما اعتبرت من المحرمات حرمة مؤقتة أن يتزوج امرأة طلقها ثلاث مرات متتابة إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر دخل بها دخولا يعتد به شرعا.

وهذا التحريم المؤقت تظهر حكمته قبل إيقاع الطلاق المكمل للثلاث وبعده، فقبل إيقاع الطلاق للمرة الثالثة تنبيه للزوجين معا للعمل على بذل الجهد للمحافظة على الرابطة الزوجية قدر المستطاع وبالتالي حفظ كيان الأسرة من التمزق، لأن مثل هذه الفرقة تكاد تكون أبدية، فعلى الزوج أن يترتب مليا قبل الإقدام على إيقاع الطلاق للمرة الثالثة إذا لم يجد مندوحة عنه، وكذلك فإن الزوجة عليها أن تحرص أشد الحرص على بقاء الزوجية من الاندثار بعد الطلاقين.

أما بعد الطلاق فلأن هذا التحريم بمثابة العقوبة الشديدة لمن تسرع في إيقاعه للمرة الثالثة لأنه بعد حصوله يمنع على الزوج إرجاع زوجته حتى تتزوج غيره، ويدخل بها ذلك الغير دخولا صحيحا ثم يطلقها أو يموت عنها، وأمر الطلاق أو الموت يخرج عن إرادة الإنسان فهو بيد القدر وحده لذلك إذا قدر للزوجين السابقين استئناف الحياة الزوجية من جديد بعد تحقق ما سبق فإنهما سيكونان حريصين على بعضهما البعض، فالزوج لا بد وأن يتأثر بما حصل لزوجته من حرمتها عليه وتمكن الغير منها، والزوجة ستعرف قيمة الحياة الزوجية وستحسن معاملة زوجها إذا كانت الإساءة من جانبها، وتبدأ حياة جديدة بعد هذه النتيجة المؤلمة.

ويفسخ عقد الزواج إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا وهذا الفسخ يكون قبل البناء وبعده طبقا للمادة 61 من مدونة الأسرة.

¹ - سورة البقرة، الآية 229.

² - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، مرجع سابق، ص 130.

³ - سورة البقرة، الآية 230.

الفقرة الرابعة: زواج المسلمة بغير المسلم والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن

كتابية

ونشير إلى زواج المسلمة بغير المسلم أولا ، ثم نتعرض لزواج المسلم بغير ذات الدين ثانيا
ونتناول زواج المسلم بالكتابيات ثالثا

أولا - زواج المسلمة بغير المسلم :

أجمع المسلمون على أنه يحرم على المرأة المسلمة بأن تتزوج رجلا غير مسلم سواء كان مشركا أو كتابيا، والدليل على ذلك قوله - تعالى: ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مَهْجِرَاتٍ قَامَتْحَنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمَ بِإِيمَنِنِهِنَّ إِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾¹، فالله سبحانه وتعالى بين بأنه لا يحل للمؤمنات نكاحهن للكفار كما لا يحل لهم نكاحهن، ولفظ الكفار عام يشمل الكل ما عدا المسلمين، فيشمل أهل الكتاب وغيرهم وكذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾²، ففي الآية الكريمة نهي عن نكاح المؤمنات للمشركين، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ويكون تزويج المؤمنة للكافر مطلقا فاسدا ومنهيا عنه شرعا³.

أما الدليل على هذا التحريم من السنة ما روى الدارقطني والبيهقي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»⁴.

كما أخرج النسائي وابن حبان عن ثابت عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: "خطب أبو طلحة أم سليم فقالت: والله ما مثلك يا أبا طلحة يرد، ولكنك رجل كافر وأنا امرأة مسلمة ولا يحل لي أن أتزوجك، فإن أسلمت فذاك مهري، وما أسألك غيره، فأسلم فكان ذلك مهرها، قال ثابت: فما سمعت بامرأة قط كانت أكرم مهرا من أم سليم"⁵.

¹ - سورة الممتحنة، الآية 10.

² - سورة البقرة، الآية 221.

³ - سعيد محمد الجليدي، المرجع السابق، ص 215.

⁴ - رواه البيهقي وحسنه الألباني في صحيح الجامع الصغير، رقم الحديث 2778.

⁵ - سنن النسائي، الجزء الثالث، ص: 312 رقم الحديث 5504.

يقول الإمام الشافعي في هذا الموضوع: "فإذا أسلمت المرأة أو ولدت على الإسلام أو أسلم أحد أبويها وهي صبية لم تبلغ حرم على كل مشرك كتابي وقرشي نكاحها بكل حال"¹، كما أن ابن حزم يقول بشأن زواج المسلمة بغير المسلم: "ولا يحل لمسلمة نكاح غير مسلم أصلاً".

وقد ثبت أن السلف الصالح كانوا يفرقون بين النصراني وزوجته إذا أسلمت، من ذلك أن رجلاً من بني تغلب أسلمت زوجته وأبى هو الدخول في الإسلام ففرق عمر رضي الله عنه بينهما، وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "إذا أسلمت النصرانية قبل زوجها فهي ملك لنفسها"²، وقد انعقد الإجماع على ذلك.

والحكمة من هذا التحريم هو المحافظة على مصلحة الأسرة بصفة عامة ومصلحة الزوجة بصفة خاصة، فعقد الزواج يستتبع بأن يكون للرجل حق الطاعة والقوامة على زوجته، والشرعية الإسلامية تأبى أن يكون المسلم تحت سلطان الكافر تطبيقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾³، ويخشى أيضاً من زواج غير المسلم بأن يؤدي المسلمة في دينها بالسب والتحقير وقد يتعصب لدينه فيدفعها ذلك مرضاة لزوجها إلى ترك دينها، وإلى هذه المعاني أشار القرآن الكريم عند قوله تعالى: ﴿وَأُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى الْبَارِ وَاللَّهُ يَدْعُوا إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ﴾⁴.

وهذه الأمور تتنافى مع طبيعة الحياة الزوجية السعيدة التي ينشدها الإسلام بالإضافة إلى أن الأولاد يتبعون أباهم في الدين والنسب، وفي مثل هذا الزواج تعريض أبناء المسلمة للكفر بالله تعالى، وهذه أمور لا يرضاها الإسلام للزوجة المسلمة لذلك كانت القاعدة الإسلامية تقتضي بأنه لا ولاية للكافر على المسلم، وشهادة الكافر مردودة غير مقبولة⁵.

وقد اعتبرت مدونة الأسرة في البند الرابع من المادة 39 هذا المانع مؤقتاً لأنه قابل للزوال، وذلك بإعلان الرجل غير المسلم لإسلامه، فإذا تم ذلك زال المانع وحق له التزوج بالمسلمة.

¹ - الإمام الشافعي، كتاب الأم، المرجع السابق، ص: 7.

² - بدران أبو العيين بدران، المرجع السابق، ص 115.

³ - سورة النساء، الآية 141.

⁴ - سورة البقرة، الآية 221.

⁵ - الشيخ حسن خالد وعدنان نجا، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بيروت، ص 58.

ومسايرة من الفقه المغربي للنص التشريعي الذي يمنع زواج المسلمة بغير المسلم، فإن غالبية متفق على أن هذا الزواج لا يمكن إبرامه ولا القبول به، نظرا لمخالفته للنظام العام المغربي، ويبقى للقضاء واجب حماية كل ما من شأنه خرق مبدأ منع زواج المسلمة بغير المسلم. وهذا ما أكدته المحكمة القضائي الصادر عن قسم قضاء الأسرة بتمارة¹ والذي جاء فيه: "... وأن هذا الأخير لم يدخل الإسلام إلا بتاريخ 2002/03/12، وأن العلاقة الزوجية تعود إلى 1999، أي أن قيامها كان بين مغربية مسلمة وفرنسي غير مسلم... وحيث إن كون المدعى عليه غير مسلم خلال قيام العلاقة الزوجية المزعومة يجعلها غير قائمة لوجود مانع شرعي استنادا إلى المادة 39 في فقرتها الرابعة".

أما بخصوص المجلس الأعلى²، - محكمة النقض حاليا - فقد جاء في قراره نقض من خلاله قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، والذي جاء فيه: "... العقد المراد تذييله بالصيغة التنفيذية يتضح منه أن أحد الزوجين هو الزوج أجنبي وليس بالملف ما يفيد أنه أعلن إسلامه... إن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه عللت قرارها بخصوص ذلك أن إدلاء الطرف الأجنبي بما يفيد إعلانه إسلامه، ليس من الوثائق الجوهرية في الزواج المنعقد بالخارج... في حين أنه يجب أن يتوفر في عقد زواج المغربية المسلمة ما يؤكد إسلام الزوج الأجنبي غير المسلم...".

والمرجع الأردني بدوره كان واضحا شأنه شأن التشريع المغربي، في حماية زواج الأردنية المسلمة بالأجنبي غير المسلم، بحيث نص في المادة 33 من مدونة الأحوال الشخصية على أن الزواج يكون باطلا في حالة "...تزوج المسلمة بغير المسلم...", و أيضا القانون الجزائري الذي ينص في المادة 30 من قانون الأسرة على أنه: "يحرم مؤقتا... زواج المسلمة بغير المسلم...".

في حين أن جانبا من الفقه التونسي يسير في اتجاه منع زواج المسلمة بغير المسلم، من خلال تفسيره للفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه يتضمن مانع الدين في الزواج، والذي نص على أنه: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بتمارة رقم 326، في الملف عدد 30/7/130، بتاريخ 2008/3/4 (غير منشور).

² - القرار عدد 450 في الملف الشرعي عدد 706/1/2/2007 المؤرخ في 2008/10/18 أورده نبيل وحياني، اختلاف الدين بين الزوجين- دراسة فقهية وقانونية-، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2008/2009، ص 49.

الشرعية". علما أن المادة 14 منها لم تنص على هذا المانع المتعلق بزواج المسلمة بغير المسلم، وهو نفس الموقف المسجل على الفقه المصري أيضا¹.

ثانيا - زواج المسلم بغير ذات الدين :

لقد حرمت الشريعة الإسلامية على الرجل المسلم الزواج بامرأة لا تدين بدين سماوي كالمشركة وهي التي تشرك في عبادتها مع الله غيره كالكوكب والنار والشمس وكالمرأة الملحدة وهي التي تنكر الأديان كلها ولا تعترف بوجود الله تعالى فكل امرأة على هذا الشكل لا يجوز للمسلم أن يتزوجها وذلك تحقيقا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ يُوْمِنَ وَلَّامَةً مُّؤْمِنَةً حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُوْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ وَلَئِيكَ يَدْعُونَ إِلَى الْبَارِ وَاللَّهُ يَدْعُوا إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغِيرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ۝٢﴾، فالآية الكريمة تنهى عن الزواج بالمشركات والنهي يقتضي التحريم ، فكل من يعبد غير الله تعالى يطلق عليه اسم المشرك في لغة القرآن وعرف الشارع، ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم في شأن المجوس: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نساءهم، ولا أكلي ذبائحهم».

والحكمة من هذا التحريم تكمن في التنافر الكبير بين الرجل المؤمن والمرأة المشركة، لأن الزواج غايته الإحصان والعفاف والمودة المتبادلة بين الزوجين، إذ يجد كل واحد في الآخر من الأنس وارتياح النفس ما يجعل الارتباط وثيقا بينهما، وهذه المقاصد لا تتحقق مع تباين الزوجين في العقيدة تباينا كبيرا³، نظرا لتباينها بين المسلم والمشركة، مما يؤدي إلى فساد الدين والتهاون بأحكام الله، ولعل ما يركي القول بأن هذه الحرمة كان هدفها الأساسي هو حماية الدين، أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الوارد في صحيح البخاري الذي قال: "حدثنا مسدد حدثنا يحيى عن عبيد الله قال: حدثني سعيد بن أبي سعيد عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي

¹ - صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة 1983، ص: 144.

² - سورة البقرة، الآية 221.

³ - راجع هذا الموضوع: محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 66. وانظر أيضا، حسين خلف الجبوري، الزواج وبيان أحكامه في الشريعة الإسلامية، ص 102.

صلى الله عليه وسلم قال: «تنكح المرأة لأربع، لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك»¹.

فلا بد إذن من توحيد العقيدة الدينية من أجل إنجاح العلاقة الزوجية، على الرغم من توهم البعض إمكانية الاستغناء عنها، فالزواج المسلم مهما حاول إقناع هذه المشركة بالتراجع عن عوائدها السيئة، فإنه في الغالب لن يفلح في تحقيق هذا الهدف، بل الأدهى والأمر قد يميل لهذه المشركة، وينطبع بطباعها ويتخلق بأخلاقها، وينشئ ذرية على هذا المنوال، لأن الأم المشركة ليس من المستبعد أن تنفث في وليدها عقيدة الشرك، ولا يمكن إقناعها بموعظة لأنها لا تعترف بحجة أو برهان، مما يجعل هذا الزواج تنعدم فيه مقاصده.

ومثل المرأة المشركة المرأة المرتدة عن الدين الإسلامي، إذ قرر الفقهاء أنه: "لا يصح للمسلم أن يتزوج بالمرتدة".

وعلى غرار هذا التحريم الذي جاءت به الشريعة الإسلامية، صارت مدونة الأسرة على مستوى المادة 39 في فقرتها الرابعة والتي جاء فيها ما يلي: موانع الزواج المؤقتة هي: "...والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية..."

أما بالنسبة لموقف القضاء المغربي من هذا المنع الوارد في الفقرة الرابعة من المادة 39 من مدونة الأسرة، فقد جاء في حكم قضائي صادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور² ما يلي: "...وحيث إن المحكمة بعد اطلاعها على عقد الزواج المدني المدلى به تبين لها مخالفته الصريحة لمقتضيات المادة 14 من مدونة الأسرة، التي تستلزم بالنسبة للمغاربة المقيمين في الخارج بعد التأكد من انتفاء الموانع وعدم التنصيص على إسقاط الصداق وحضور شاهدين مسلمين، وحيث إن عقد الزواج المبرم وفقا للإجراءات الإدارية لبلد إقامة الطالبين لم يتم فيه احترام الشروط الموضوعية المقررة قانونا بموجب المادة المذكورة لاسيما وأن أحد طرفي الزواج المدني - زواج مختلط - لم يثبت إسلامه ولا كتابيته".

أما في ما يخص التشريعات المقارنة، فإن المادة 33 من قانون الأحوال الشخصية الأردني تسير في نفس الاتجاه الذي سارت عليه مدونة الأسرة المغربية، إذ تنص هذه المادة على أنه يكون الزواج باطلا في الحالات التالية: "...تزوج المسلم بغير الكتابية..."

¹ - صحيح البخاري المجلد الثالث الجزء السابع، دار الجيل بيروت، دون ذكر تاريخ الطبعة ص 9.

- سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب ما يؤمر به من التزوج دينيا، حديث رقم 20475.

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالناظور عدد 06/ 241 ، ملف رقم 05/1839، بتاريخ 2006/02/13 (غير منشور).

وهو نفس التوجه الذي اتجه فيه المشرع اليمني على مستوى المادة 26، التي تنص على أنه يحرم على الرجل الزواج من: "المخالفة في الملة ما لم تكن كتابية"، هذا في الوقت الذي التزم فيه المشرع التونسي الصمت حيال هذا الموضوع.

ثالثاً - زواج المسلم بالكتابيات :

إذا كان الله تعالى قد حرم على المسلم بأن يتزوج بالمشركة أو الملحدة كما أوضحنا سابقاً، فإنه سبحانه أباح للمسلم أن يتزوج بالمرأة الكتابية، ويقصد بأهل الكتاب، الطائفتان اللتان أنزل عليهما الله الكتاب قبل نزول الإسلام، ويقول تعالى في كتابه العزيز: ﴿أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أَنْزَلَ اللَّهُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا﴾¹.

وبالرجوع إلى المذاهب الفقهية، نجد أن المذهب الحنفي يطلق لفظ أهل الكتاب على كل من يؤمن بنبي ويقر بكتاب، يقول ابن الهمام: "والكتابي من يؤمن بنبي ويقر بكتاب، ويلحق بهم من آمن بزيور داوود، وصحف إبراهيم، وشيت"². كما أن المذهب المالكي يرى أن اليهود والنصارى هم أهل الكتاب، ويضيف إليهم غيرهم من الأتباع، كالمجوسي إذا تنصر أو تهود³.

في حين أن الشافعية قد صنفوا أهل الكتاب إلى ثلاثة أصناف، الصنف الأول هم اليهود والنصارى الذين دخلوا في هذا الدين قبل التبديل⁴، كالروم، أما الصنف الثاني هم الذين دخلوا بعد التبديل، وهؤلاء لم يكونوا على دين حق، ولم يتمسكوا بكتاب صحيح، في حين هناك صنف آخر مشكوك فيهم، ولا يعرف فترة دخولهم، أكانت قبل التبديل أو بعده، كنصارى العرب⁵.

¹ - سورة الأنعام الآية 156.

² - ابن الهمام، شرح فتح القدير، الجزء الثاني، المكتبة التجارية مصر، بدون ذكر تاريخ الطبعة، ص: 372.

³ - الدردير، شرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر بيروت بدون ذكر تاريخ الطبعة، ص: 100.

⁴ - يقصد به نسخ اليهودية والنصرانية بالإسلام.

⁵ - الإمام الشافعي، الأم، الجزء الرابع، دار الفكر بيروت، طبعة 1983، ص: 184 وما بعدها.

- محمد علوشيش الورتلاني، أحكام التعامل مع غير المسلمين والاستعانة بهم، دراسة فقهية مقارنة، دار التنوير للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 1982، ص 19-20.

هذا في الوقت الذي يسجل على الحنابلة نوع من التردد بين تعميم لفظ أهل الكتاب، ليشمل أصحاب التوراة والإنجيل، وكذا من تمسك بغير التوراة كزبور داوود وصحف إبراهيم وشيث، أو إخراج هذه الطائفة الأخيرة من أهل الكتاب¹.

من خلال سرد مختلف المواقف الفقهية المتعلقة بتعريف أهل الكتاب، يتبين وجود اتفاق بينهم يتمثل في إطلاق أهل الكتاب على اليهود والنصارى، أي المرأة التي تدين بدين سماوي وتؤمن بنبي من الأنبياء وبكتاب من الكتب الإلهية، والأصل في حل زواجها قول الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَجِلَّ لَكُمْ أَنْطَبَيْتَ وَطَعَامَ الَّذِينَ أَوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾².

فالله سبحانه وتعالى أحل للمسلم أن يتزوج المحصنة أي العفيفة من الذين أوتوا الكتاب وهم اليهود والنصارى، لأن الكتابية تلتقي مع المسلم في الإيمان بالله واليوم الآخر وما فيه من حساب وثواب وبما أتى به رسولها وكتابها، ولا يخشى الزوج إذا أقدم على الزواج منها الإخلال بمقاصد وغايات عقد الزواج، ذلك أن الأديان السماوية أصلها واحد والله سبحانه وتعالى يقول: ﴿لَا تُبَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ رُسُلِهِ﴾³.

والخلاصة أن دوام العشرة بين المسلم والكتابية متوقع من غير استهواء، كما أنه يرجى من هذه الزوجة أن تميل إلى عقيدة الإسلام حينما يحيطها الزوج بمكارم ومحاسن الإسلام، كما أنه لا خوف على الأولاد لأنهم سيتبعون أبائهم في الدين حتما وسوف يسهر الأب على تربيتهم التربية الإسلامية الصحيحة.

ومع أن الفقهاء أجازوا للمسلم أن يتزوج بالكتابية، إلا أن هذه الإباحة ليست مطلقة وإنما مع الكراهية، فمن الأفضل للمسلم ألا يتزوج إلا مسلمة إلا في حالة الضرورة وذلك لاحتمال تأثر الولد بأمه وتعوده على بعض المحرمات في الإسلام كشرب الخمر، وهذا ما حدا بالخليفة عمر بن الخطاب إلى النهي عنه مخافة الفتنة وإلحاق الضرر بالمسلمات.

¹ - ابن قيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، مطبعة جامعة دمشق، طبعة 1961، ص 433.

² - سورة المائدة، الآية 5.

³ - سورة البقرة، الآية 285.

الفقرة الخامسة: التزوج بامرأة في عصمة آخر أو في عدة أو استبراء

المانع الخامس من موانع الزواج المؤقتة والتي نصت عليها مدونة الأسرة في المادة 39، هو كون المرأة في عصمة رجل آخر، أو في فترة عدة من زواج سابق، أو في فترة استبراء من مسيس بشبهة.

أولا - زوجة الغير: الشريعة الإسلامية لا تبيح للرجل أن يتزوج زوجة غيره والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾¹، والمحصنات هن المتزوجات وهو معطوف، على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾²، فتكون المحصنات من النساء محرمات كالأمهات إلا أن التحريم مؤقت وليس أبدي.

ثانيا - المعتدة من الوفاة والطلاق: لا يجوز للرجل أن يتزوج المرأة المتوفى عنها زوجها ما لم تنقض عدتها وهي أربعة أشهر وعشرة أيام إذا لم تكن حاملا، ووضع الحمل إذا كانت كذلك تطبيقا لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَقَّؤْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾³، وقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾⁴، ولا يجوز للرجل أن يتزوج بامرأة في عدتها من طلاق، وهذه العدة هي ثلاثة قروء إن كانت من اللواتي يحضن، تطبيقا لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾⁵، أو ثلاثة أشهر إذا كانت صغيرة أو يائسة من الحيض تطبيقا لقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِي يَخْتَلِفُ أَلْوَانُ فَتَاكُم مِّنَ الْمَحِيضِ مِّنْ نِّسَائِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّذِي لَمْ يَحِضْ﴾⁶.

والحكمة من هذا المنع هو تحاشي الاعتداء على حق الغير بالتزوج من زوجته أو معتدته وكذلك بحفظ الأنساب والتأكد من سلامة الرحم.

¹ - سورة النساء، الآية 24.

² - سورة البقرة، الآية 234.

³ - سورة الطلاق، الآية 4.

⁴ - سورة البقرة، الآية 228.

⁵ - سورة الطلاق، الآية 4.

ثالثا - الاستبراء: والاستبراء يكون في الزواج الباطل طبقا للمادة 58 من مدونة الأسرة، ويكون كذلك في حالة ما إذا زنا رجل بامرأة طائعة أو مكرهة، ويكون أيضا في الوطء بشبهة كمن جامع امرأة معتقدا أنها زوجته.

وعليه لا يجوز التزوج بهذه المرأة حتى تنتهي مدة الاستبراء، ومدته ثلاثة قروء إذا كانت تحيض، وثلاثة أشهر إذا كانت يائسة من الحيض أو صغيرة، ووضع الحمل إذا كانت حاملا . وهذا هو رأي الإمام مالك وأحمد بن حنبل، أما الشافعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن وغيرهم، فإن رأيهم في هذا الموضوع يكمن باختصار في أن المرأة المذنبة بها أو التي فارقها الزوج بعد زواج باطل لا يحرم التزوج بها بمجرد مفارقتها حتى ولو كانت حاملا من الزنا .

المبحث الثالث: الشروط الخاصة بزواج المغاربة بالخارج¹

لقد تناولت المادتان 14 و15 من مدونة الأسرة زواج المغاربة بالخارج حيث تضمنت المادة 14 إجراءات هذا الزواج وحددت الشروط الواجب توافرها لقبول الزواج المبرم بالخارج وفق قانون دولة الإقامة. كما أوضحت المادة 15 ما يتعين القيام به من طرف الزوجين من إجراءات بعد العقد في نطاق تنظيم وضبط وثيقة الزواج² فلأول مرة يتم التطرق في المدونة الجديدة، للمغاربة المقيمين بالخارج مع تبسيط مساطر إبرام عقود الزواج حيث تم الاكتفاء بتسجيل العقد بحضور شاهدين مسلمين في موطن الإقامة وتوثيق الزواج بالمصالح القنصلية³.

وهكذا نشير إلى شروط إبرام عقد الزواج بالخارج في المطلب الأول، وتتناول بعد ذلك إجراءات تنظيم وضبط وثيقة الزواج بعد إبرام العقد في المطلب الثاني.

- ¹ - حول مستجدات زواج المغاربة بالخارج يراجع: رسالة الباحث عبد الإله براق، زواج المغاربة ببلدان الإقامة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، الموسم الجامعي: 2010/2009.
 - محمد بادن، عقود الزواج المبرمة طبقا للمادتين 15/14 من مدونة الأسرة، مقال منشور ضمن أشغال الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، والمنظمة من طرف مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة يومي 10 و9 أبريل 2010، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة العدد 4.
 - سناء الماحي، الإطار القانوني لزواج مغاربة الخارج، مقال منشور ضمن أشغال الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، والمنظمة من طرف مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة يومي 10 و9 أبريل 2010، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة العدد 4.
 - جميلة أوحيدة، مدونة الأسرة وزواج المغاربة بهولندا، مكتسبات وعوائق مقال منشور ضمن أشغال الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، والمنظمة من طرف مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة يومي 10 و9 أبريل 2010، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة العدد 4، محمد المهدي، النظام القانوني لزيجات وأطلقة المغاربة المقيمين بالخارج بين النص القانوني وإشكالات التطبيق مقال منشور منشور ضمن أشغال الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، والمنظمة من طرف مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة يومي 10 و9 أبريل 2010، منشورات مختبر البحث في قانون الأسرة والهجرة العدد 4.
 - ² - راجع مقتضيات الجديدة للمدونة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، المرجع السابق، ص 57.
 - ³ - جميلة أوحيدة، مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بأوروبا، مقال منشور ضمن أشغال الندوة الجهوية الثانية المنعقدة بمكناس يومي 8 و9 مارس 2007.
- قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى 50 سنة من العمل القضائي، مطبعة الأمنية بالرباط 2007، ص 138.

المطلب الأول: شروط إبرام عقد الزواج بالخارج

تضمنت المادة 14 من مدونة الأسرة هذه الشروط بالنص على أنه: "يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفتت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان، مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده".

نستنتج من النص السابق إمكانية عقد زواج المغاربة بالخارج إذا توافرت الشروط التالية:

أولاً: احترام الإجراءات الإدارية المحلية لبلد الإقامة.

ثانياً: ضرورة توافر أركان عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 10 من مدونة الأسرة وهي الإيجاب والقبول مع التطابق بينهما.

ثالثاً: ضرورة توافر شروط عقد الزواج والمنصوص عليها في المادة 13 من مدونة الأسرة ولاسيما:

1. توفر الزوج والزوجة على الأهلية الكاملة أي أن يكونا عاقلين بالغين سن الزواج الذي هو 18 سنة شمسية كاملة.

2. يجب أن لا يتم الاتفاق على إسقاط الصداق.

3. يجب موافقة الولي عند الاقتضاء.

4. انتفاء الموانع الشرعية.

5. الإشارة إلى حضور شاهدين مسلمين مجلس العقد.

وجدير بالإشارة بأن المشرع في المواد 56 – 61 رتب بطلان العقد أو فساده عند الإخلال

ببعض مقتضيات المادة 14 فقط، وهي الإيجاب والقبول وانتفاء الموانع والتصريح بإسقاط الصداق¹.

¹ - راجع الدليل العلمي لمدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 25، أنظر أيضاً: نجيب شوقي قراءة في مسطرة إبرام عقود الزواج طبقاً لأحكام المادتين 14 و15 من مدونة الأسرة، مقال منشور ضمن أشغال الندوة الوطنية حول مدونة الأسرة عام من التطبيق الحصيلة والآفاق، المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، يومي 17 و18 فبراير 2005، تنسيق وإعداد الأستاذ إدريس الفاخوري.

المطلب الثاني : إجراءات تنظيم وضبط وثيقة الزواج

نصت على هذه الإجراءات المادة 15 من مدونة الأسرة بقولها: "يجب على المغاربة الذين أبرموا عقد الزواج طبقا للقانون المحلي لبلد إقامتهم، أن يودعوا نسخة منه داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه، بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد. إذا لم توجد هذه المصالح، ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية.

تتولى هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط".

فرضت المادة السابقة مجموعة من الإجراءات التي يتعين على المغاربة الذين قاموا بإبرام عقود زواجهم بالخارج القيام بها وهي¹:

أولاً: يتعين إيداع نسخة من رسم الزواج الذي أبرم وفقاً للقانون المحلي لبلد الإقامة في المصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام عقد الزواج داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ كتابة العقد وذلك قصد توجيهها إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين بالمغرب.

وقد أوضح السيد وزير العدل في معرض جوابه عن سؤال أحد النواب بالبرلمان حول كيفية وطبيعية التعامل مع حضور الشاهدين المسلمين المنصوص عليهما في المادة 14 كأحد شروط قبول الزواج في الخارج بين المغاربة المقيمين بالخارج أمام سلطات بلد الإقامة واحتمال وجود صعوبة لديهم في هذا الشأن: "أنه يمكن الاستئناس في هذا الخصوص بمقتضيات القانون الدولي الخاص وما تضمنه من القواعد التي تتعلق بهذا الباب.

¹ - جمال الطاهري، مراعاة الإقامة بالخارج كمحدد للضبط في مدونة الأسرة، مقال منشور في مؤلف جماعي: مدونة الأسرة عام من التطبيق، الحصيلة والآفاق، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة، سلسلة الندوات العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة 2005، ص: 142، وأنظر أيضاً: جمال الطاهري، توافم الموضوعي والإجرائي في مدونة الأسرة، مجلة الحقوق المغربية العددان 2 و 3 لسنة 2007، ص 53، كركري الطاهر، مسطرة زواج المغاربة المقيمين بالخارج وفق مدونة الأسرة، مجلة القصر، العدد 18 لسنة 2007، ص 123.

وبالنسبة للجالية المغربية الموجودة في الدول التي توجد قنصليات مغربية بمكان إقامتها، فإنها لا تجد أي إشكال في هذا الشأن، حيث يمكن لها إبرام زواجها أمام هذه القنصليات، أما في حالة عدم وجود هذه القنصليات بمكان الإقامة، أو كونها موجودة ولكن لم يتم اللجوء إليها لإبرام العقد أمامها، فإن الزواج الذي ينعقد وفق شكليات هذا البلد يكون مقبولا إذا توافرت فيه الشروط المحددة في المادة 14 ومنها أن يكون بحضور شاهدين مسلمين¹.

ثانيا: في حالة عدم وجود المصالح القنصلية في بلد الإقامة فإنه يتعين على الزوجين إرسال نسخة من عقد الزواج في أجل أقصاه ثلاثة أشهر إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية بالمغرب والتي تتولى إرسال هذه النسخة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة الزوجين.

¹ - المقتضيات الجديدة للمدونة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، مرجع سابق، ص 69.

المبحث الرابع: الشروط الاتفاقية في عقد الزواج

لقد أدخل مشرع مدونة الأسرة عدة تعديلات على المقتضيات الواردة في مدونة الأحوال الشخصية ومن بين هذه التعديلات تلك المرتبطة بالإرادة في إنشاء عقد الزواج وإنهائه حيث ترك المشرع للمتعاقدين فضاء واسعاً لمبدأ سلطان الإرادة في تدبير شؤون الأسرة وفي ترتيب العديد من المقتضيات وفق رغبتهم وإرادتهما، والركون إلى إيراد شروط خاصة سواء في صلب العقد أو في اتفاقيات لاحقة، كما وسعت مدونة الأسرة من دائرة الإرادة في إنهاء الرابطة الزوجية لصالح المرأة.

وهكذا نقسم الحديث عن الشروط الاتفاقية في عقد الزواج إلى ثلاثة مطالب على الشكل التالي:

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة ومن الشروط الاتفاقية في عقد الزواج.

المطلب الثاني: توسيع مجال الإرادة في مدونة الأسرة.

المطلب الثالث: الوفاء بالشروط الاتفاقية في عقد الزواج وإمكانية تعديلها.

المطلب الرابع: الاتفاق حول تدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة ومن

الشروط الاتفاقية في عقد الزواج

إن مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية يعني "أن الأفراد أحرار في إبرام ما شاءوا من العقود وما يرون من شروط، كل ذلك في إطار عدم الخروج على أمر نهى عنه الشارع أو حرمة"¹.

وهذا ما يدل على أنه في الشريعة الإسلامية يوجد إطلاق لحرية الناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون بشرط ألا تخالف عقودهم ما يسمى حالياً بالنظام العام والآداب العامة والأنظمة ذات الصلة الإلزامية².

¹ - مصطفى بسيوني، التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية، دراسة مقارنة، المجلد الأول، مبدأ سلطان الإرادة بين الشريعة والقوانين الغربية، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1978، ص 73.

² - عبد المجيد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة، مطبعة المكتبة الحديثة، طبعة أولى 1988، ص 28.

إن الشريعة الإسلامية جعلت للإرادة مكانا بارزا كأساس ومحور تدور حوله غالبية القواعد التي تنظم أحكام العقد من وقت إنشائه حتى تنفيذه، وعدم صحة دعوى القائلين بأن سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية مشلول بجعلية الآثار أي ترتب آثار العقد عليه بجعل الشارع.

إن الإرادة قادرة على أن تنشئ عقدا غير معين في الشريعة الإسلامية طالما أن هذا العقد غير مخالف للأحكام الجوهرية الواردة في الشريعة، ذلك أن المذاهب الإسلامية مذاهب تتسع لسلطان الإرادة إلى أقصى حدود الاتساع، فالمذهب المالكي والحنبلي أعطى كل منهما شأنًا كبيرًا وسلطانًا واسعًا في إنشاء العقود وترتيب آثارها للإرادة.¹ وهذا ما ذهب إليه الإمامان ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية من أن الأصل في العقود والشروط، الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان، كما أن فقهاء الشريعة أعطوا الحرية للأفراد في إبرام العقود وفي نسخها إعمالًا لنظرية الخيارات، كخيار الشرط، وخيار الرؤية وخيار العيب.

فالعقود في الشريعة الإسلامية تقررت لسد حاجة معينة ما دامت تحقق منفعة للناس، وما دام ذلك لا يتعارض مع أسس الدين وقواعده الكلية...، فالأصل هو صحة العقود وإباحة الشروط حتى يقوم الدليل على المنع، فالشارع أطلق للأفراد حرية وضع وصيانة الشروط التي تحقق مصالحهم.

وعقد الزواج لا يخرج عن هذه الدائرة، وفي هذا السياق يذهب المرحوم الأستاذ محمد أبو زهرة إلى القول: "...إن الأسرة لما يجب لها من الصيانة ولما تستلزمه من القرار والثبات كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ويرتب الأحكام التي تنشأ عنها... على أنه أجاز الشرط في النكاح متى كان يحقق مصلحة جديدة كأن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها".²

إن التراضي بين الزوجين يمكن أن يتناول جميع الحقوق والواجبات شريطة أن لا يخالف النظام الشرعي لعقد الزواج وأن لا يحلل حراما أو يحرم حلالا.³

ويعطي لنا القرآن الكريم أمثلة على حرية الإرادة وتوافق الرضا بين الزوجين منها:

¹ - نفس المرجع، ص 178.

² - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 98.

³ - عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، مطبعة فضالة بالمحمدية، المطبعة الأولى، ص 89.

أ. التراضي على الصداق: يقول تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيزَةِ﴾¹.

ب. التراضي على مدة الرضاع: يقول الله تعالى: ﴿بِإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾².

ج. التراضي على الصلح: يقول الله عز وجل: ﴿وَإِنْ إِمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾³.

د. التراضي بين الزوجين على الزواج: وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁴.

"إن هذا الهامش الواسع الذي أبقاه الإسلام للتراضي بين الزوجين بلغ من عناية الله تعالى به أن ذكره في كتابه العزيز وأشار إليه ونبه عليه في آيات كثيرة تذكيرا بالحاجة إليه وتأكيدا لفائدته وجدواه... وذلك في نطاق إرادتين كاملتين مستقلتين متساويتين مؤهلتين للالتزام"⁵.

وفي مجال الاشتراط في عقد الزواج فرغم اختلاف الفقهاء حول الموضوع إلا أنه باستعراض أدلة المناصرين للشروط والمعارضين لها في هذا المجال⁶ نخلص إلى ما توصل إليه

¹ - سورة النساء، الآية 24.

² - سورة البقرة، الآية 233.

³ - سورة النساء، الآية 128.

⁴ - سورة البقرة، الآية 232.

⁵ - عبد الكبير العلوي المدغري، المرجع السابق، ص 67.

⁶ - اختلف الفقهاء اختلافاً بينا حول مسألة الاشتراط في عقد الزواج، بين من يرى أن الأصل فساد الشروط، فلا يباح منها إلا ما جاء به نص، وبين من يرى أن الأصل جواز الشروط، ولا يحظر منها إلا ما جاء به نص يحظره.

فالظاهرية يتشددون في إطلاق الحرية لإنشاء العقود عموماً، وعقد الزواج خصوصاً، فالأصل عندهم في العقود والشروط، الحظر والمنع حتى يقوم دليل خاص على هذه العقود أو الشروط، وعليه فكل نكاح اشترط فيه الزوج على نفسه أن لا يتزوج على زوجته، أو أن لا يرخصها عن بلدها، فهو نكاح فاسد مفسوخ مطلقاً، ولا يرتب أي آثار، فلا يتوارثان، ولا تجب فيه نفقة ولا صداق ولا عدة.

- انظر ابن حزم أبو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، طبعة دار الأفاق الجديدة بيروت، (بدون ذكر تاريخ الطبعة) ص 491.

أما المالكية فقسّموا الشروط إلى ثلاثة أقسام: الشروط المخالفة لمقتضى العقد: كأن تشترط الزوجة على زوجها في صلب العقد أن يطلقها بعد النكاح، أو أن يكون النكاح إلى أجل كسنة، فالعقد فاسد، دخل بها أو لم يدخل.

=والشروط التي يقتضيها العقد: هو ما يجب على الزوج لزوجته بالعقد، من النفقة وتوابعها والمعاشرة بالمعروف، فإذا اشترطت عليه أن يعاملها معاملة حسنة مثلا، أو أن تزور أهلها فإنه لا خلاف في لزومها عليه، لكن ليس بالاشتراط، وإنما بالعقد.

وشروط تختلف في كونها مخالفة لمقتضى العقد: مثل أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو أن لا يخرجها من بيت أبيها، أو أن لا يمنعها من العمل، وهي غير ملزمة للزوج، إلا إذا قيدها بيمين بطلاق أو تمليك، كأن يشترط لها في العقد، إن تزوجت عليك مثلا، فأمرك بيدك أو أنت طالق، فإنها حينئذ تلزمه.

- الدسوقي شمس الدين محمد ابن عرفة، شرح الدسوقي، الجزء الثاني، مطبعة الأزهرية، طبعة 1934.
- الخرشي أبو عبد الله محمد، الشرح الكبير على مختصر خليل، الجزء الثالث، المطبعة الأميرية ببولاق مصر، طبعة 1317 هـ، ص 195 و 198 و 216 و 217.

كما قسم الشافعية الشروط إلى ثلاثة أنواع كذلك:

شروط توافق مقتضى العقد أو هي مؤكدة له: كاشتراط المرأة النفقة لها أو أن يقسم بالعدل بينها وبين ضررتها، ونحو ذلك فيصح العقد ويلغى الشرط، لا على سبيل البطلان، وإنما لانتفاء فائدته.

وشروط تخالف مقتضى العقد لكن لا تخل بمقصده الأصلي: كأن لا يخرجها من بلدها، وألا يتزوج عليها، أو ألا ينفق عليها أو أن يطلق ضررتها، فيصح العقد، ويفسد الشرط، لمخالفته الشرع ويفسد المهر المسعى، ويجب لها مهر المثل

شروط تخل بمقصود النكاح الأصلي وتخالف نصوص الشرع: كاشتراط الزوج أن يطلقها بعد زمن معين، أو أن لا يرثها، فيبطل العقد مع هذا الشرط، لأن الشرط فاسد يخل بمقصد النكاح، ويخالف الشرع.

- الشافعي الإمام محمد بن إدريس، الأم، الجزء الخامس، دار المعرفة، بيروت، طبعة 1393 هـ/ 1973 م، ص: 83 و 84.

أما الحنابلة فإن الأصل عندهم، حرية العقود والشروط، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزم به العاقدان، ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها، ما يمنع من عقد أو شرط معين، فعندئذ يمنع الالتزام به، ويقسم الحنابلة الشروط إلى خمسة أنواع:

شروط يقتضيها العقد أو هي مؤكدة لمقتضياته: كاشتراطه أن تسلمه نفسها، أو أن تمكنه من الاستمتاع بها، أو اشتراطها النفقة، وهذا النوع لا أثر له في العقد، سوى توكيد المقرر شرعا.

شروط لا تمنع المقصود من النكاح وفيها منفعة لأحد الزوجين: كاشتراطه أن تنفق عليه مدة معينة، أو اشتراطها ألا يخرجها من بلدها، وهذه الشروط صحيحة يجب الوفاء بها، ويثبت لكل منهما خيار الفسخ، إن لم يف الآخر بالشرط.

شروط تنافي مقتضى العقد وتسقط حقا واجبا قبل انعقاده: كاشتراطه ألا صادق لها، أو لا نفقة لها، فصح العقد، وبطل الشرط.

شروط مخالفة للشرع في أمره ونهيه ومقاصده مؤثرة في العقد: كاشتراط نأقيت النكاح، أو تعليق النكاح على شرط، وهذه الشروط باطلة في ذواتها، مؤثرة في العقود، ومبطللة للأنكحة من أصلها، وهي جميعا منهي عنها بذواتها.

شروط متصلة بالمهر غالبا مخالفة للشرع مختلف في تأثيرها في صحة العقد: كاشتراط الخيار في الصداق خاصة.

والحنفية يقسمون الشروط أيضا إلى ثلاثة أنواع:

الشرط الصحيح: وهو ما كان موافقا لمقتضى العقد أو مؤكدا لمقتضاه، أو ما جاء به الشرع، أو جرى به العرف، مثل اشتراط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها، فهذه شروط تبين مقتضى العقد، أو توافق مقتضاه.

والشرط الفاسد: هو الذي لا يقتضيه العقد، ولا يلاءم مقتضاه، ولا ورد به الشرع، وإنما فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين، مثل اشتراط الزوجة ألا تنتقل من بلدها التي تزوجت فيها.

والشرط الباطل: هو ما لم يكن أحد أنواع الصحيح، وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما، وإنما هو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين، فالعقد يضل صحيحا، والشرط لغو باطل لا قيمة له.

راجع في تفصيل هذه الشروط:

- أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، الطبعة الأولى 1994 ص: 247 وما يليها.

- حسن عبد الغني أبو غدة، اشتراط المرأة على الرجل في عقد النكاح ألا يتزوج عليها، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: 59 السنة 15 غشت 2003، ص: 25 و 26.

أستاذنا أحمد الخمليشي¹ بأن: "كل شرط مخالف للمبادئ الأساسية للشريعة أو لنص خاص أمر يكون باطلا، وهذه القاعدة تنسحب على عقد الزواج الذي تقتضي خطورته وأهميته أن تساهم إرادة الطرفين في تنظيم آثاره عن طريق الشروط وقد أكد هذا الحديث الصحيح الذي رواه البخاري ومسلم: "أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"... والشروط في عقد الزواج إما باطلة أو جائزة، فالباطلة كما إذا تناقضت مع المقصود من العقد كاشتراط الامتناع عن المعاشرة الزوجية، أو إذا خالف الشرط حكما شرعيا أمرا يشكل النظام العام لمؤسسة الزواج مثل إسقاط المهر، أو إذا تضمن الشرط تنازلا عن حق لا يجوز التنازل عنه كالتعهد بعدم توقيع الطلاق أو طلب التطليق....

أما الشروط الجائزة فتشمل ما عدا الشروط الباطلة، كتنظيم الشؤون المالية للزوجين...."

ومن نماذج الشروط أيضا التي يتم إدراجها في الكثير من عقود الزواج:

- اشتراط المرأة على الرجل عدم التزوج من امرأة أخرى؛
- اشتراط المرأة على زوجها إتمام الدراسة بعد الزواج وعدم الاعتراض على العمل؛
- اشتراط المرأة على زوجها النفقة على ولدها من زوج آخر وعدم مطالبتها بالتخلي عنه؛
- اشتراط الزوجة الثانية سكن مستقل؛
- اشتراط المرأة على الرجل السكن مع والديها أو في مدينة معينة؛
- اشتراط الزوج على الزوجة الثانية عدم مطالبتها مستقبلا بتطليقه الأولي.

المطلب الثاني: توسيع مجال الإرادة في مدونة الأسرة

إن إعطاء الإرادة دورا في مجال العلاقات الأسرية ظل في العديد من قوانين الأسرة العربية خاصة والإسلامية بصفة عامة منكمشا ومحدودا لاعتبارات اجتماعية وثقافية ونتيجة التفسير الضيق للنصوص الشرعية حيث ظل مجال الإرادة حتى وقت قريب هو ميدان العقود المدنية دون عقد الزواج، ومدونة الأحوال الشخصية المغربية لسنة 1957 و1958 جاءت جد

¹ - أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 263 وما بعدها.

محتشمة بالنسبة للإرادة في إدراج بعض الحقوق والواجبات بمقتضى الاتفاق، حيث جاءت المدونة بنصين تشريعيين أحدهما عام والآخر خاص¹. فالنص العام هو ما ورد في الفصل 38 والذي يقضي بأنه: "إذا اقترن العقد بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده كان الشرط باطلا والعقد صحيحا، وليس مما ينافي مقاصد العقد أن تشترط الزوجة مثلا الاشتغال في المصالح العامة للبلاد"، أما النص الخاص فقد ورد في الفقرة الثانية من الفصل 30 من المدونة والذي يقضي بأنه: "للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها وإذا تزوج فأمرها ببيدها".

وهناك من يدعو إلى توسيع مجال الشروط في عقد الزواج بحيث يسمح للأطراف بإدراج شروط يتم بمقتضاها الاتفاق على بعض المواضيع التي ثبت عمليا أنها مصدر الكثير من المشاكل وخصوصا بالنسبة للمرأة والأطفال، وتهدف بالتالي إلى توفير ضمانات للزوجين لا توفرها النصوص الحالية...²، فبالإضافة إلى الحقوق والواجبات المقررة قانونا يمكن لطرفي الزواج أن يدرجا في صلب العقد أو في اتفاق لاحق شروط وحقوق وواجبات أخرى بمقتضى الاتفاق والإرادة.

وفي هذا الإطار يقترح الأستاذ عبد الرزاق مولاي ارشيد إدخال مبدأ سلطان الإرادة في ميدان الأحوال الشخصية في القانون الداخلي المغربي³، وأشار الأستاذ إلى "ضرورة تصور نظام أسرة مبنية على فكرة الاختيار يتم فيها إعطاء الأفراد حق التقرير بإرادتهم الحرة في بعض مسائل أحوالهم الشخصية الشديدة الحساسية مثل تعدد الزوجات... والنفقة على بيت الزوجية والطلاق...".

وكما اقترح الأستاذ عبد الكبير العلوي المدغري فكرة التدبير التعاقدي للأسرة، أي "التراضي الثنائي الحر النابع من إرادة الزوجين ورغبتهما المشتركة، وليس من الضروري أن يكون مكتوبا وإنما يكفي فيه أن يتعاهدا عليه ويعطي كل واحد منهما ميثاقه للآخر..."⁴.

¹ - محمد الكشور، قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات 1993، الطبعة الثالثة 1996، مطبعة النجاح الجديدة بالبيضاء، ص 112.

² - خالد برجوي، إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب، وضعية المرأة نموذجا، الطبعة الأولى 2003، دار القلم بالرباط، ص 276.

أنظر أيضا: طارق الطاهري، مظاهر حماية المرأة في مذونة الأسرة - الزواج وانحلاله، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة السنة الجامعية 2005-2006، ص 37 وما بعدها.

³ - Moulay Rchid Abderrazak : le droit de la famille entre la politique de l'état et le changement social, In. Droit et environnement social au Maghreb, Paris, C.N.R, CASA, Fondation Roi Abdelaziz Al Saoud, 1989, P.225.

⁴ - عبد الكبير العلوي المدغري، مرجع سابق، ص: 78 و 79.

وقد استجابت مدونة الأسرة للاتجاه الفقهي الذي نادى بتوسيع مجال الإرادة في الروابط الأسرية، بحيث سمحت للزوجين بإدراج الشروط التي من شأنها خدمة مؤسسة الأسرة في الجانب الذي أثبت الواقع العملي أنها تثير إشكالات ومشاكل بين الطرفين، لتوفير الضمانات التي لم تكن توفرها النصوص السابقة في هذا الشأن.

وجاءت مدونة الأسرة لتوسيع دائرة الإرادة في عقد الزواج وفي توسيع مجال الاشتراط.

ومن خلال استقراءنا للمدونة الجديدة وقفنا على عدة مقتضيات ترمي إلى توسيع مبدأ سلطان الإرادة وتوسيع هامش التراضي بين الزوجين منها:

أ. المادة 4 من مدونة الأسرة والتي تنص على "إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين" إذ أصبح الزوجان معا يتراضيان على كل الأمور المرتبطة بالأسرة ويتحملان معا مسؤولية ما ينتج عن قراراتهما، وتؤكد المادة 51 في فقرتها الرابعة في نطاق حديثها عن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين بالتشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.

ب. إخضاع الوكالة في الزواج للإرادة: لقد نظمت مدونة الأسرة الوكالة في الزواج بشكل دقيق بحيث لا يتم اللجوء إليها إلا في حالات استثنائية مع تقييدها بعدة شروط نصت عليها المادة 17، وبالمقابل أعطى المشرع في هذه المادة للإرادة دورا هاما في تحديد العديد من المقتضيات كتحديد مبلغ الصداق وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل، وتحديد الشروط المراد إدراجها في العقد والشروط التي يقبلها من الطرف الآخر مع ضرورة ذكر هوية الزوج الآخر وكل المعلومات المتعلقة به والتي يرى الموكل فائدة في ذكرها....

وهكذا تتحكم إرادة الزوج أو الزوجة في عقد الوكالة بدلا من ترك ذلك التحديد لإرادة الوكيل.

ج. ممارسة الرشيدة للولاية حسب اختيارها: لقد أصبحت الولاية بمقتضى المادة 24 من مدونة الأسرة حقا للمرأة الرشيدة تمارسها حسب إرادتها واختيارها ومصلحتها.

هـ. منع التعدد بمقتضى شرط من الزوجة: بالرجوع إلى المادتين 40 و42 من مدونة الأسرة فإن المحكمة لا تأذن بالتعدد في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها، فقد نصت المادة 40 على أنه: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها". ونصت المادة 42 على أنه: "في حالة عدم وجود

شرط الامتناع عن التعدد، قدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك إلى المحكمة". ونصت المادة 42 على أنه: "في حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد، يقدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك إلى المحكمة.

يجب أن يتضمن الطلب بيان الأسباب الموضوعية الاستثنائية المبررة له، وأن يكون مرفقا بإقرار عن وضعيته المالية".

وإذا كان الفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية السابقة ينص في فقرته الثانية على حق الزوجة في إيراد هذا الشرط إلا أن الجزء بعد التعديل يختلف عن الجزء الذي كان مقررا في الفصل 30 من المدونة، فالقانون الجديد لا يسمح بالتعدد بصفة نهائية في حالة وجود شرط عدم التعدد بينما الفصل 30 من المدونة كان لا يعطي للزوجة سوى حق الخيار بين البقاء مع الزوج رغم مخالفته للشرط المضمن في عقد الزواج أو التحلل من الرابطة الزوجية لأن الأمر يصبح بيدها أما إذا لم تكن قد اشترطت الخيار فيمكنها أن ترفع أمرها إلى القاضي لينظر في الضرر الحاصل لها بسبب الزواج بثانية وهو ما تنص عليه الفقرة الثالثة من الفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة².

وبذلك فالشرط الذي تورده الزوجة في عقد الزواج بعدم التزوج عليها طبقا لمقتضيات الفصل 30 من المدونة شرطا غير ملزم للزوج ولذلك تمت معالجة هذه الوضعية بمنع التعدد في حالة الاتفاق في القانون الجديد لمدونة الأسرة.

و. الاتفاق على تدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج: لعل من أهم التعديلات التي جاءت بها مدونة الأسرة تدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج وفقا لنص المادة 49 من مدونة الأسرة³.

ز. اشتراط الزوجة ممارسة العمل: لقد نصت المادة 47 على حق الزوجة في أن: ((تشتري على زوجها ممارسة عمل لا يمس الأخلاق والآداب العامة)) والواقع أن هذه المادة أكثر عمومية من الفصل 38 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والذي كان ينص على حق الزوجة في أن تشتري على زوجها الاشتغال في المصالح العامة للبلاد.

¹ - أحمد الخليلي، وجهة نظر، الطبعة الأولى 1998، مطبعة النجاح الجديدة، ص 73.
² - أنظر: إدريس الفاخوري، الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات، ظهور 1993/09/10، مرجع سابق، ص 198.
³ - للمزيد من التفصيل حول موضوع أنظر ص 397 وما بعدها.

فالزوجة في ظل مدونة الأسرة الجديدة لها الحق في إيراد أي شرط يرتبط بوظيفتها أو عملها شريطة عدم مخالفة ذلك العمل للأخلاق والآداب العامة، ولكن يبقى نفس التساؤل الذي يطرحه الفصل 38 من المدونة السابقة قائما بالنسبة للمادة 47 وهو: في حالة عدم وجود الاتفاق على الاحتراف أو العمل أثناء إبرام عقد الزواج فهل يحق للزوج بعد ذلك أن يمنع الزوجة من الاحتراف خاصة إذا حازت الزوجة على مؤهلات علمية أو مهنية ولها من الكفاءات ما يخولها ولوج عالم الشغل والوظيفة؟

ن . الشروط التي تحقق فائدة مشروعة: لقد نصت المادة 48 من مدونة الأسرة على صحة الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشرطها وتكون ملزمة، فهل هذا يعني وجود شروط لا تحقق فوائد مشروعة لمشرطها؟

نعتقد بأن جميع الشروط تحقق فائدة لمن يشترطها ويجب أن تتمتع كلها بقوة الإلزام.

المطلب الثالث: الوفاء بالشروط الاتفاقية في عقد الزواج وإمكانية

تعديلها

إن مدونة الأسرة وسعت من دائرة الشروط الاتفاقية في عقد الزواج . كما أنها وسعت من هذه الدائرة أيضا في إنهاء الرابطة الزوجية . ويبقى السؤال المطروح عن القوة الإلزامية في الوفاء بما تراضت عليه الإرادتين، كما أن بعض الشروط قد تقتضي طبيعتها بأن تخضع للتعديل أو أن تغير الظروف يقتضي تغيير ما تم الاتفاق عليه بمحض الإرادة.

ونقتضي منا دراسة الوفاء بالشروط الاتفاقية في عقد الزواج وإمكانية تعديلها، تناول الوفاء بالشروط الاتفاقية في الفقرة الأولى، ونتعرض لإمكانية تعديل هذه الشروط في الفقرة الثانية، ونخصص الفقرة الثالثة للجزاء المترتب عن الإخلال بتنفيذ الشروط الاتفاقية.

الفقرة الأولى: الوفاء بالشروط الاتفاقية

لقد رأينا بأن عقد الزواج كسائر العقود تلعب فيه الإرادة دورا أساسيا وتلحقه الشروط وتنصح ما دامت لا تتنافى مع مقاصد عقد الزواج وغاياته وطبيعته.

وإرادة الزوجين تجد مجالها الطبيعي في مادة الشروط الإرادية لعقد الزواج، لكن ذلك لا يكون بمعزل عن تدخل قضاء الأسرة في إطار الدور الجديد المنوط به في مدونة الأسرة، وهكذا

فإذا كانت بغض الشروط الاتفاقية لا تثير إشكالات تتعلق بمدى موافقتها لأحكام العقد أو مقاصده أو للقانون، وذلك إما لأن المشرع نظمها بنصوص خاصة كالاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله¹ أو كاشتراط عدم التعدد² أو لأن هذه الشروط الإرادية يقتضيها عقد الزواج كشرط الإنفاق على الزوجة³ أو التزامها بالمساكنة الشرعية وبحسن المعاشرة⁴. فإن وجود شروط مخالفة لأحكام عقد الزواج ومقاصده أو مخالفته للقواعد الآمرة للقانون يفرض على القضاء التدخل لإبطال الشرط بمجرد الاطلاع عليه في إطار تدخلها الإيجابي أو بطلب مما يعنيه الأمر من الزوجين، لتعلق أحكام الزواج بالنظام العام.⁵

والفقه المغربي يتفق على صحة الشروط الاتفاقية في عقد الزواج إلا أنه اختلف حول مدى ضرورة الالتزام والوفاء بها، إذ ذهب جانب من هذا الفقه إلى القول بأن هذه الشروط الواردة في مدونة الأحوال الشخصية تعتبر صحيحة إذا كانت لا تخل بعناصر صحة العقد ولا بآثاره القانونية ونظامه الشرعي ولكن لا يجب الوفاء بها وإنما يستحب فقط هذا الوفاء.⁶

ويذهب رأي مخالف إلى القول بصحة هذه الشروط مع ضرورة الوفاء بها.

وتؤكد مدونة الأسرة إلزامية الشروط في عقد الزواج من خلال المواد التالية:

. المادة 47 والتي تنص على أن "الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا"، وليس من الشروط المخالفة اشتراط الزوجة على زوجها أن تمارس عملا لا يمس بالأخلاق والآداب العامة.
. المادة 48 والتي تقضي بأن "الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشتروطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم من الزوجين".

. المادة 98 والتي تنص على أنه: "للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية:

1. إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج.

2. الضرر.

3.".

¹ - المادة 30 من مدونة الأسرة.

² - المادة 40 من مدونة الأسرة.

³ - المادة 194 من مدونة الأسرة.

⁴ - المادة 51 من مدونة الأسرة.

⁵ - عبد القادر قرموش، الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، دار نشر المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، طبعة 2013، ص: 152.

⁶ - راجع: إدريس الفاخوري، المرجع السابق، ص 200.

المادة 99 والتي ورد فيها بأنه: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التطليق".

فالشرعة الإسلامية تؤكد على وجوب الوفاء بالشروط سواء تلك التي تكون بين المسلم وعامة الناس أو تلك التي تكون بين الزوج وزوجته، خاصة وأن العقد يستمد قوته الملزمة في الشريعة الغراء من المصدر الأساسي والأول للتشريع الإسلامي وهو القرآن الكريم. كما يستمدّها من السنة النبوية¹.

ففي القرآن الكريم نقرأ الآيات التالية:

﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْفُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۖ ﴾².

﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۖ ﴾³.

﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ۖ ﴾⁴.

﴿ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا ۖ ﴾⁵.

﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِي ءَافِ بِعَهْدِكُمْ ۖ ﴾⁶.

وتعتبر هذه الآية الأخيرة هي القاعدة الأصولية الأساسية التي اعتنقها الفقه القانوني والقوانين الوضعية المعاصرة في نصوص الالتزامات التبادلية، فالآية الصريحة قاطعة في أن سبب التزام أحد الطرفين هو تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته⁷.

وفي السنة النبوية هناك عدة أحاديث تحت المسلم على ضرورة الوفاء بالتزاماته وتعهدهاته، ومن الأحاديث ما يجعل الوفاء بالشروط التي تكون بين الزوجين أعظم من الوفاء

¹ - عبد الوهاب البنداري، قضايا الزواج والطلاق وفقاً لأحدث الأحكام، دراسة قانونية مقارنة فقها وقضاء، الطبعة العالمية بالقاهرة 1969، ص 105.

² - سورة النحل، الآية 91.

³ - سورة المائدة، الآية 1.

⁴ - سورة الإسراء، الآية 33.

⁵ - سورة البقرة، الآية 177.

⁶ - سورة البقرة، الآية 40.

⁷ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص 108.

بساتر الشروط كما في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»¹.

وود عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث أخرى تحت المسلم على الوفاء بالشروط التعاقدية منها:

. «المسلمون عند شروطهم»².

. «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا، المسلمون عند شروطهم»³.

«أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر».

. «الناس على شروطهم ما وافقت الحق».

ومما سبق يتضح لنا بأن الشرط الصحيح في عقد الزواج ملزم للزوج الآخر حينما يحصل بالتراضي والتوافق طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية وأيضا طبقا للقواعد العامة في القانون المدني وهذا ما يؤكد الفصول 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي حيث ينص على أن: الالتزامات المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا.

فالعقد وليد إرادتين وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة⁴.

وهكذا، فإن ضابط إلزامية الشروط الاتفاقية في مدونة الأسرة راجع لمشروعيتها وعدم مخالفتها لمقاصد العقد وأحكامه والقواعد الأمرة للقانون، وإلا اعتبرت باطلة وغير ملزمة لمن التزم بها، ذلك أن أحكام العقد وقواعد القانون أولى بالحماية من غيرها⁵.

¹ - أخرجه البخاري في كتاب الشروط، أنظر عبد الكبير العلوي المدغري، المرجع السابق، ص 75 هامش 67.

² - رواه البخاري وغيره.

³ - رواه أبو داود.

⁴ - إدريس الفاخوري، نفقة الزوجة العاملة بين الفقه الإسلامي ونصوص المدونة، مجلة الميادين، العدد الثالث، 1988، ص 187.

⁵ - شريف الغيام، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة الموسم الجامعي 2009/2010، ص 90.

ولضمان الوفاء بالتعهدات والشروط في عقد الزواج وزيادة في الاطمئنان فلا مانع من تضمين جزاءات لحث الطرف الآخر على الوفاء بالتزاماته ومن هذه الجزاءات الشرط الجزائي وهو تقدير اتفاقي وجزائي للتعويض يتم تقديره سلفا من قبل الزوجين حيث يقدر مبلغ التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحقه نتيجة عدم تنفيذ الآخر لالتزاماته إما كلا أو بعضا أو لتأخره في تنفيذه¹.

فإذا كان الشرط الجزائي يجد أساسه في نظرية الالتزامات والعقود كما هو منصوص عليه في الفصل 264 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي والمعدل بمقتضى القانون رقم 27/95 بمنح القاضي سلطة تعديله والتوفيق بين القوة الملزمة للعقد وقواعد العدالة، فإنه لا مانع لدينا من تطبيق الشرط الجزائي في عقد الزواج ما دام هذا الشرط لا يناهض مقاصد عقد الزواج ولا يخرج عن دائرة النظام العام لمؤسسة الزواج.

الفقرة الثانية: تعديل الشروط الاتفاقية في عقد الزواج

لا يمكن إعمال المفهوم التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في عقود الزواج بحيث يكون من غير الممكن تدخل طرفي عقد الزواج أو أحدهما بتعديل مضمون الاتفاق أو الشرط.

فالتوازن العقدي في مجال الحياة الزوجية قد يقتضي تدخل الإرادة مرة أخرى لتعديل بعض المقتضيات المتفق عليها سابقا والتي أصبحت ترهق أحد الأطراف عند التنفيذ، إذ قد تتغير الظروف ويصبح معها الشرط مرهقا لمن تحمل به، وضارا له ضررا جسيما²، ومن ثم جاءت المادة 48 من مدونة الأسرة لكي تنص على أنه: "إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفائه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه".

والظروف التي من شأنها أن تجعل التنفيذ العيني للشرط مرهقا للملتزم به، هي تلك الظروف الخارجة عن إرادته، وليس تلك المترتبة عن فعله، أي نتيجة ظروف موضوعية لا ذاتية

¹ - علي هنانا، القضاء المدني والقوة الملزمة للعقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال من كلية الحقوق بجامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 1999-2000، ص 79. وللمزيد من التفاصيل حول الموضوع راجع: فؤاد معلال، الشرط الجزائي في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص من كلية الحقوق بجامعة محمد بن عبد الله بفاس، السنة الجامعية 1992-1993.

² - أحمد الخمليشي، المرجع السابق ص 269.

لا يد للملتزم في حدوثها،¹ "فلا يعقل أن يلتزم زوج تجاه زوج آخر بشرط ما، ثم يفتعل بعد ذلك ما يجعل تنفيذه لذلك الشرط مرهقا له، ليؤسس عليه المطالبة بالتعديل أو الإعفاء فيما بعد".² لاسيما وأن معيار الإرهاق الذي يقع فيه الملتزم نتيجة لما طرأ من ظروف ووقائع، مرن ليس له مقدار ثابت يتغير بتغير الظروف.³ ولذا يتعين على المحكمة التحقق من تأثير تلك الظروف والوقائع على التنفيذ العيني للشرط، فيصير معها التنفيذ مرهقا،⁴ وقد سبق للقضاء المغربي أن استصدر قرارات بهذا الخصوص حتى قبل صدور مدونة الأسرة.⁵ وفي هذا الصدد اعتبرت استئنافية وجدة أن اشتراط السكن مع اهل الزوج في عقد الزواج ما دام أن الشرط المتفق عليه قبلته الزوجة وارتضته لنفسها في حينه بحضور ولها الشرعي، ليس من شأنه أن يعطل مقاصد عقد الزواج أو الغاية منه حتى وإن ادعت الزوج بأنه مرهق لها.⁶

ومن بين الأمثلة التي قد تجعل التنفيذ العيني للشرط مرهقا مايلي:

- ¹ - عبد اللطيف الأنصاري، المرجع السابق، ص 42.
- وقد جاء في شرح الزرقاني "إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يغيب عنها فإن غاب فطلاقها في يدها، فوقع أسيرا في يد العدو أو وقع في السجن فإن كان هو الذي خرج للغزو اختيارا فوقع في الأسر أو فعل اختيارا ما يوجب سجنه فتأخذ الزوجة بشرطها وتطلق نفسها إن شاءت وإن لم يكن له يد في الأمر فهو معدور"
- الإمام محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، الجزء الثالث، الطبعة الثانية 2000، دار إحياء التراث العربي، بيروت ص 190.
- ² - عبد اللطيف الأنصاري، الشروط الاتفاقية بين الزوجين وتطبيقاتها في المجال المالي، بحث نهاية التمرين من المعهد العالي للقضاء، الفوج 33 السنة القضائية 2003/2004 ص: 40 و 41.
- ³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق ص: 645.
- ⁴ - رشيد حماد، سلطة القاضي التقديرية في تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة السنة الجامعية 2006-2007 ص: 60.
- ⁵ - إذ قضى المجلس الأعلى بعدم إلزامية شرط تأخير الدخول بالزوجة، باعتباره شرطا باطلا، حيث أيد القرار الاستئنائي في إلغاء شرط الزوجة في تأخير الدخول بها، إلى حين حصولها على شهادة البكالوريا، وقضى بتمكين الزوج من زوجته رغم وجود الشرط. - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 71، بتاريخ 1968، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 3، سنة 1968 ص 79.
- غير أنه تراجع عن هذا الاتجاه في أحد قراراته وذهب إلى أن الشرط المتعلق بجعل الزوج أمر زوجته بيدها متى شاءت دون قيد طلاقا بانئا أخذها بشرطها. - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 296 بتاريخ 19-5-1981، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30، سنة 1982 ص 60.
- كما ذهب القضاء الشرعي إلى أن اشتراط الزوج كون الزوجة عذراء في رسم الصداق لازم للزوجة ورتب على تخلفه وجوب رد الزوج لزوجته التي لم يجدها بكرًا. - حكم قاضي شفشاون، بتاريخ 5-9-1951، الحسن بن الحاج محمد العمارتي، مجموعة الأحكام الشرعية للحسن بن الحاج محمد العمارتي، الطبعة الثانية، مطبعة المركز الثقافي العربي ص: 397.
- ⁶ - قرار محكمة الاستئناف بوجدة عدد: 1258 في ملف رقم 449/2013 بتاريخ 04/12/2013 غير منشور.

فقد تشترط الزوجة مثلاً عدم التزوج عليها وفي ظل مدونة الأسرة الجديدة لا تأذن المحكمة بالتعدد، فقد يرغب الزوج في التعدد لسبب جدي يدعو إلى التعدد كعقم زوجته أو إصابتها بمرض يمنع من القيام بالوظيفة الجنسية.

وقد تشترط الزوجة على زوجها عند إبرام العقد بأن ينفق على أولادها من زوج آخر، فيقبل الزوج الشرط في ظل ظروف مادية مريحة، ثم تتغير الظروف مع مرور الوقت فتصبح أحواله المالية مرهقة وصعبة.

وقد يشترط الزوج على زوجته عدم ولوج عالم الوظيفة والشغل وبعد مرور مدة من الزمان على إبرام عقد الزواج تحوز الزوجة على شهادة علمية أو مهنية تخول لها الظفر بوظيفة أو عمل تساهم به في التنمية الاقتصادية والاجتماعية وتحسن به وضعيتها المادية....

إن العدالة تقتضي في مثل هذه الأحوال وغيرها إعادة النظر في الشروط الاتفاقية في عقد الزواج ومراجعة القضاء بشأنها لإعادة التوازن ورفع الحيف إما بإلغاء الشرط أو تعديله مع إمكانية إعطاء التعويض للطرف المتضرر إذا توافرت شروطه.

وقد اعتمدت إحدى المحاكم الضرر اللاحق بالزوجة لإعفائها من التزامها وجاء في حيثيات الحكم ما يلي: "حيث إن المدعية وإن كانت قد التزمت بالسكن مع والدته المدعى عليه حسب رسم النكاح أعلاه، لكن هذا الشرط وطبقاً للمادة 48 من مدونة الأسرة قابل للمراجعة ومراقبة القضاء.

وحيث إن الزوجة إن ادعت الضرر من السكن مع أهله فإنها لا تجبر على السكن معهم، كما ذهب إلى ذلك الأقوال المعتمدة في المذهب المالكي... ولا تكلف إثبات الضرر الذي تدعيه.

وحيث إنه ترتيباً على ذلك قررت المحكمة الاستجابة لطلب المدعية وذلك بإفراد سكنها بعيداً عن أهله وذويه".¹

لقد أصبحت الإرادة تلعب دوراً هاماً في إنشاء عقد الزواج بل حتى في إنهائه في ظل مدونة الأسرة، فلا مانع من تضمين عقد الزواج بعض الشروط التي لا تتناقى مع نظامه الشرعي خاصة وأن الرسول صلى الله عليه وسلم يقول في الحديث الصحيح الذي رواه البخاري ومسلم أن: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج».

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأبي الجعد، في ملف عدد: 07/10 بتاريخ 07/03/08. منشور ب: المفتى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية سلسلة الشروح والدلائل، العدد 10، فبراير 2009 دار القلم الرباط، ص 61-62.

ونختم هذا المبحث بالمطالبة بإعادة النظر في مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، بحيث يضمن للزوجة حق الكد والسعاية وأن يستفيد الزوجان من توزيع الثروة التي اشتركا في اكتسابها بعد الفرقة أو الوفاة بمقتضى نص تشريعي أمر، وترك المجال للإرادة في تدبير المقتضيات المرتبطة بكيفية الاستفادة.

الفقرة الثالثة: الإخلال بتنفيذ الشروط الاتفاقية

وقد جعل المشرع المغربي في مدونة الأسرة الإخلال بالشرط في عقد الزواج أحد الأسباب المبررة لطلب التطليق، طبقاً للفقرة الأولى من المادة 98 من مدونة الأسرة التي جاء فيها "للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب التالية:

1- إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزوج."

ومن خلال ما جاءت به مدونة الأسرة من مقتضيات في المادتين 98 و99 تكون قد استحدثت سببا جديدا لتمكين الزوجة من إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق التطليق للإخلال بالشرط¹.

والملاحظ على المادة 98 أنها قصرت الإخلال بالشروط المتفق عليها بين الزوجين على الزوج دون الزوجة، وراعت مصلحة الزوجة المتضررة ومنحت لها حق طلب التطليق في حين لم ترتب أي جزاء عندما تكون الزوجة هي المخلة بما التزمت به من شروط لفائدة زوجها.

إلا أنه رغم الصياغة التي جاء بها المشرع في المادتين 98 و99 التي تجعل الزوجة مستثنات من إمكانية إخلالها بالشروط المتفق حولها إلا أن بعض الفقه² يرى ضرورة تفسير المادة 99 بطريقة تكفل المساواة بين الزوجين باعتبار أن عنوان الفرع الأول من الباب الثاني والمتعلق بالتطليق لأسباب أخرى جاء عاما يشمل كل من الزوجين، كما يتعين استحضار المادة 52 من مدونة الأسرة التي لم تفرق في أحكامها بين الزوج والزوجة بخصوص الإخلال بالواجبات، والاستناد إليها في الإخلال بالشروط في عقد الزواج حيث المساواة في المسؤولية.

¹ - الملاحظ على المستوى العملي أن نسبة التطليق للإخلال بشرط في عقد الزواج تكاد تكون منعدمة وإن كانت هناك إحصائيات متعلقة بالتطليق للإخلال بشرط في عقد الزواج، فهذه النسب تتعلق في الواقع بالتطليق للضرر، تحت عنوان "التطليق بسبب الإخلال بشرط في عقد الزواج أو الضرر".

وتمثل عدد الأحكام المتعلقة بالتطليق بسبب الإخلال بشرط في عقد الزواج أو الضرر على مستوى قسم قضاء الأسرة بوجدة لسنة 2008، 45 حكما من مجموع 257 حكما بالتطليق.

² - عبد الكريم الطالب، المرجع السابق ص41.

إضافة إلى أن المقتضيات المنظمة في المادة 48 لا تميز بين الزوج والزوجة وتقر لكل واحد منهما الحق في الاشتراط على الآخر، وتلزم من التزم منهما بالوفاء بالشروط، وفي ذلك تجسيد لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، دون إعطاء أي امتياز للزوجة على حساب الزوج، وتحميل الزوج وحده تبعة الإخلال بالشرط في عقد الزواج يكون فيه إجحاف بحقه لحساب الزوجة¹.

ومن خلال المادتين 98 و99 يكون المشرع المغربي قد اكتفى بالتطبيق كجزاء لعدم الوفاء بالشروط المتفق عليها بين الزوجين، إلا أنه ليس هناك ما يمنع الزوجين من التنصيص على الجزاءات الواجب تطبيقها في حالة الإخلال بالشروط المتفق عليها، كتمليك الزوجة مثلا حق إيقاف الطلاق كجزاء للإخلال بشرطها.

وضمانا للوفاء بالتعهدات والشروط في عقد الزواج اقترحنا² تطبيق الشرط الجزائي في عقود الزواج ما دام هذا الشرط لا يتنافى ومقاصد عقد الزواج ولا يخرج عن دائرة النظام العام لمؤسسة الزواج، بل من شأنه حث الطرف الآخر على الوفاء بالتزاماته، باعتباره تقدير اتفاقي يحدد بمقتضاه المتعاقدان مقدما مقدار التعويض المستحق في حالة إخلال الملتزم بالتزامه نتيجة عدم تنفيذه له كليا أو جزئيا أو لتأخره في التنفيذ³، والذي يجد أساسه في الفصل 264 من ق.ل.ع. ويتعين على القضاء عند تطبيقه لقواعد قانون الالتزامات والعقود المنظمة للشرط الجزائي استحضار خصوصية وطبيعة عقد الزواج المبني على المكارمة رعاية لمصالح الزوجين والأسرة عموما⁴.

ومن الفقهاء⁵ من يرى أن المبدأ الواجب التطبيق في حالة الإخلال بالشرط هو إجبار الملتزم على احترام التزامه متى كان الإجبار ممكنا وإعطاء الأولوية للتنفيذ العيني للشروط، وفي حالة تعذر ذلك يطبق على المخل الجزاء الذي يكون الطرفان قد اتفقا عليه، وأن يبقى حل العلاقة الزوجية آخر حل لا يلجأ إليه إلا استثناء وفي حالة الضرورة القصوى⁶. وفي ذلك حماية لإرادة المشترط وتحقيق مصلحته من الشروط من جهة، ومن جهة أخرى حماية الأسرة والمحافظة على استقرارها واستمرارها.

¹ - عبد الكريم الطالب، مرجع سابق، ص 41.

² - إدريس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، الجزء الأول، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 178-179.

³ - معلال فواد، الشرط الجزائي في القانون المغربي، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها.

⁴ - عبد اللطيف الأنصاري، مرجع سابق، ص 38.

⁵ - أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص 269.

⁶ - أحمد الخمليشي، وجهة نظر، الجزء الثاني، مرجع السابق، ص 26.

أما في حالة عدم تحديد جزاء الإخلال بالشروط المتفق حولها، يبقى للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في تحديد الجزاء المناسب الواجب تطبيقه حسب كل حالة على حدة، ويتعين على القضاء قبل تحديده للجزاء الملائم تقدير أهمية الشرط وفائدته بالنسبة للطرف الذي وضع لمصلحته والضرر الذي يمكن أن يلحقه نتيجة الإخلال بالشرط¹ إضافة إلى أنه يتعين حسب أحد الفقهاء أن يكون الحكم في صورة مصالحته بين الزوجين². وهذا ما يمكن تفعيله من خلال مسطرة الصلح بمحاولة إصلاح ذات البين وتجنب الشقاق للوصول إلى حل توافقي يراعي مصلحة الزوجين.

وتجدر الإشارة أخيراً أن للطرف المشروط له إمكانية الحصول على التعويض نتيجة الضرر الحاصل له بسبب إخلال الطرف الآخر بالشرط، طبقاً لمقتضيات المادة 101 من مدونة الأسرة، التي تقضي بتحديد المحكمة مبلغ التعويض المستحق في نفس الحكم بالتطبيق للضرر.

المطلب الرابع: الاتفاق حول تدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج

لعل من أهم التعديلات التي جاءت بها مدونة الأسرة تدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج وذلك بالنص في المادة 49 على أن: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر.

إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

وباستقراء مقتضيات هذه المادة يتبين أن المشرع تحدث فيها على ثلاث مسائل أساسية: أكد في الأولى مبدأ استقلال الذمة المالية لكل زوج، وأجاز في الثانية للزوجين الاتفاق على تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، كما وضع كيفية التعامل حال غياب الاتفاق بين الزوجين.

¹ - عبد اللطيف النصاري، المرجع السابق ص 39.

² - أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، المرجع السابق ص 269.

وعليه، سنقسم دراسة هذا الموضوع إلى أربع فقرات كالتالي:

الفقرة الأولى: مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين.

الفقرة الثانية: كيفية الاتفاق على تدبير الأموال المكتسبة.

الفقرة الثالثة: تقسيم الأموال المكتسبة حال غياب الاتفاق بين الزوجين.

الفقرة الرابعة: ملاحظات حول صياغة المادة 49 من المدونة.

الفقرة الأولى: مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين

عملت الشريعة الإسلامية في إطار تنظيمها لمالية الزوجين على تأكيد مبدأ استقلال الذمة المالية لكل واحد منهما عن الآخر،¹ وأعطت للزوجة صلاحية التمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات المالية، والتصرف في كتلة ذمتها المالية المستقلة،² وإجراء مختلف التصرفات القانونية على قدم المساواة مع الزوج، وتستمد ذلك من طبيعة النظام المالي الذي يحكم أموال الزوجين وعلاقاتها المالية في التشريعات ذا المرجعية الإسلامية.

ويجد مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين سنده الشرعي في قوله تعالى في كتابه العزيز: «لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ»³ وقوله

¹ - اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد مفهوم الذمة المالية عموماً، فذهب بعضهم إلى أنها صفة شرعية يفترض الشارع وجودها في الإنسان، بينما ذهب آخرون إلى أنها نفس الإنسان ذاتها. فعرفها القرافي من المالكية بأنها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للإلزام والالتزام، ثم أتبع ذلك بما يدل على قصده فقال: "إن هذا المعنى جعله الشارع مبنياً على أشياء خاصة، منها البلوغ والرشد وعدم الحجر فمن اجتمعت فيه هذه الصفات رتب الشارع عليها تقدير معنى فيه يقبل إلزامه والتزامه بتصرفاته". أما الشافعية فقد قالوا بأنها معنى مقدر في المحل يصلح للإلزام والالتزام، أي لإلزامه من قبل غيره كالشارع ولإلزامه بعباداته، وهم بذلك يوسعون من نطاق الذمة لتشمل ليس فقط الأشخاص الطبيعية بل حتى الأشخاص المعنوية. في حين قصرها الحنفية على الإنسان دون غيره، فعرفها عبد الله بن مسعود بأنها "وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه. - عبد العزيز أبو غنيم، طبيعة حقوق الدائنين في التركة وأثرها في أحكام التركات وتصفية الديون، دار مرجان للطباعة، الطبعة الأولى 1982 ص: 23.

بمقارنة ما ذهب إليه الحنفية بما ذهب إليه غيرهم من الفقهاء يلاحظ أن الحنفية يجعلون الذمة أساساً لثبوت كل من الحقوق والواجبات، إذ قالوا بأنها وصف يصير عليه الإنسان صالحاً لأن يجب له ويجب عليه، ويجعلها غيرهم أساساً لثبوت الواجبات فقط سواء كانت من قبل الشارع أو من قبل صاحب الذمة أو ممن له الولاية عليه، ولا يجعلون لها صلة بالحقوق التي تثبت لصاحبها قبل غيره، وعلى ذلك يكون ثبوت الواجب على الإنسان مستلزماً لثبوت الذمة له، فلا يثبت واجب إلا في ذمة.

² - مصطفى الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، الجزء الأول، مطبعة دمشق، طبعة 1968/1967 ص: 222.

³ - سورة النساء، الآية 32.

تعالى في آية أخرى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾¹. وقوله تعالى: ﴿وَاتَّبَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾² فهذه الآيات تفيد العموم في تملك الرجال والنساء للمال والتصرف فيه.³ كما أن السنة النبوية تؤكد على استقلال الذمة المالية للزوجين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها "ابتاعي فاعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق".⁴

وعليه، فالنظام المالي للزواج في الإسلام لا يؤثر على نطاق الذمة المالية ومداها، سواء كانت أموال الزوجين منقولات أم عقارات، اكتسبت قبل الزواج أو بعده،⁵ فصداق الزوجة مثلا هو حق خالص لها يثبت بمجرد إبرام عقد الزواج، وليس لأحد الحق في شيء منه، سواء كان الزوج أو غيره، حيث يقول سبحانه وتعالى في محكم كتابه: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاكُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾⁶ فالمرأة كشقيقتها الرجل لها ذمتها المالية المستقلة، وهي تتمتع بحق القيام بكل المعاملات التي من شأنها إثراء هذه الذمة أو إثقالها بالديون.⁷

والحقيقة أن في استقلال الذمة المالية للزوجين تجسيدا لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، في التمتع بالحقوق والتصرف في أموالها مثلها مثل الرجل، والقيام بجميع أنواع المعاملات المالية المشروعة دون رقابة من زوجها لاستقلال ذمتها المالية عن ذمته،⁸ بحيث تمتلك سلطة مطلقة على أموالها ما دامت بالغة سن الرشد القانوني وغير محجور عليها، دون أن يتوقف استعمالها لهذه السلطة على موافقة زوجها، وفي هذا الإطار يرى الأستاذ عبد الكبير العلوي المدغري بأن: "المرأة تتمتع بذمة مالية مستقلة، ويمكنها استثمار أموالها لحسابها الخاص عن طريق التجارة،

¹ - سورة النساء، الآية 4.

² - سورة النساء الآية 6.

³ - حسن العبادي، عمل المرأة في سوس، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى 2004.

⁴ - طوب بريس الرباط، ص: 153.

⁵ - أخرجه البخاري في صحيحه كتاب المكاتب، باب الشروط في البيع، حديث رقم 2717.

⁶ - سورة البقرة، الآية 277.

⁷ - عمرو لمزرع، تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية من الناحية القانونية والقضائية والاجتماعية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2010-2011.

⁸ - حسن العبادي، المرجع السابق، ص 14 و 15.

الصناعة، الفلاحة والكسب، وبجميع أنواع المعاملات المالية المشروعة، ويمكنها إذخار أموالها في اسمها الخاص، والتصرف فيها كما شاءت بالبيع، الهبة، الوصية، الإيجار، التوكيل، الرهن والشراء، وغير ذلك من التصرفات المالية دون أن يكون لزوجها الحق في التدخل بمنعها أو تقييد حرياتهما بأي نوع من أنواع التقييد، إلا ما يمس السلوك الخلقي كأن تفتح بأموالها مرقصا أو محلا لبيع الخمور وغير ذلك مما يجلب المعرة للزوج والأولاد¹.

ومبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 49 من مدونة الأسرة²، كما أكدت عليه العديد من التشريعات العربية³، إذ لا أثر للزواج على أموال الزوجين، على غرار ما أقرته الشريعة الإسلامية الغراء، وذلك بخلاف التشريعات الغربية التي يكون للأنظمة المالية للزواج تأثير مباشر على الذمة المالية للزوجين.

ويظهر أن المشرع المغربي أقر مبدأ الفصل بين ثروة الزوجين ومنح لهما حرية التصرف فيها بجميع أوجه التصرف المتاحة شرعا وقانونا، تكريسا للمساواة بينهما في التملك والكسب المشروع كما هو متعارف عليه دوليا⁴، إذ يحق للزوجة تفويت أموالها بعوض أو بدون عوض

¹ - عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، مرجع سابق، ص 80.
² - ونفس المقتضى كان منصوصا عليه في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، إذ كانت الفقرة الرابعة من المادة 35 منها تنص على أنه: "للزوجة حريتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة الزوج إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته".

³ - منها مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي نصت في الفصل 24 على أنه: "لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها"، وقانون الأسرة الجزائري الذي نص في الفقرة الأولى من المادة 37 على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر". وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 الصادر سنة 2005 الذي نص في المادة 62 على أن: "المرأة الرشيدة حرة في التصرفات في أموالها، ولا يجوز للزوج التصرف في أموالها دون رضاها، فلكل منهما ذمة مالية مستقلة". وكذا قانون الأحوال الشخصية المصري في المادة 37 وأيضا قانون الأحوال الشخصية السوري في الفصل 14 والقانون اليمني في الفصل 41 منه، والفصل 57 من القانون القطري.

والملاحظ أن القانون الموريتاني بعدما قرر قاعدة الفصل بين الأموال في المادة 58 أضاف أنه للزوج حق التدخل في ممتلكات زوجته إذا قررت الزوجة إخضاع أكثر من ثلث ممتلكاتها للهبه، منسجما مع توجه المذهب المالكي، غير أن أهمية الاعتراف بحق المرأة المتزوجة في ذمة مالية مستقلة لا يبرز فقط من خلال ما يمكن أن تشمل عليه من أموال، بل بمدى السلطات التي تتمتع بها في تطوع هذه الذمة والتصرف فيها، وإلا لن يكون هذا الاعتراف سوى مجرد اعتراف صوري، أو على الأقل اعتراف بالحق في الذمة المالية بدون إعطائها حق السيادة عليها.

⁴ - وخاصة ما جاء في المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أن لكل فرد:

1- الحق في التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره.

2- لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا.

وكذلك المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي تنص في الفقرة الأولى على ما يلي: "1... ح: نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحياة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها سواء بلا مقابل أو مقابل عوض".

دون أية رقابة،¹ فمن باب أولى أن يكون لها حق اختيار طريقة إدارة واستثمار تلك الأموال عن طريق معاملات مدنية أو تجارية.²

كما أن جل الأحكام القضائية التي اطلعنا عليها في الموضوع والقاضية برفض الطلب تركز في عللها لتبرير ما قضت به على أن الأصل في النظام المالي للزوجين في الشريعة الإسلامية هو أن لكل منهما ذمة مالية مستقلة عن الآخر.³ وأن عدم إثبات الزوجة مساهمتها الفعلية في إنماء ثروة الزوج العامل في المهجر "هولندا"، بالنظر إلى اقرارها بأنها غير عاملة وأن عملها يقتصر على الإشراف على بيت الزوجية يستوجب رفض الطلب.⁴

¹ فتصرفات المرأة المتزوجة بغير عوض صحيحة وغير متوقفة على موافقة الزوج حتى ولو استغرقت كل ماله ومن ثم لم يكن للزوج الحق في إبطالها. - علال الفاسي، التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة الرسالة الرباط، طبعة 1986، ص: 191.

² في ظل المدونة الملغاة كان الأستاذ الخمليشي يتساءل عما إذا كان يحق للزوج الاعتراض في إنشاء زوجته لشركة مع أحد الأغيار فأجاب أن المدونة لم تنعز للموضوع ولذلك كان يرى أن الغير إن كان أجنبياً على الزوجة فهنا يمكن للزوج الاعتراض على ذلك إذا أبدى مبررات مقبولة.

- أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص: 251.

³ إذ جاء في حيثيات قرار محكمة الاستئناف بأكدير مايلي: "حيث ثبت للمحكمة من خلال دراستها للملف أن مأخذ الطاعنة على الحكم المستأنف غير جديرة بالاعتبار ذلك أن الأصل في النظام المالي للزوجين في الشريعة الإسلامية هو أن لكل منهما ذمة مالية مستقلة عن الآخر وأن الطاعنة تقر في مقالها بأن الزوج عامل بالمهجر وأن المال ماله ولم تدعي أن لها مال مستقل ساهمت به في تكوين الثروة وأن اللقيف المدلى به لم يبين مدى مساهمتها في تنمية مال الزوج وأن مجرد إدارة الأصول لا يدخل ضمن... وإنما يمكن إدماجه ضمن العمل العادي، الشيء الذي يجعل ما قضى به الحكم المستأنف مصادفاً للصواب ويتعين تأييده". - قرار عدد 286، في الملف عدد: 09/170، صادر بتاريخ: 2009/05/27. (غير منشور)

كما أن المحكمة الابتدائية بأكدير اعتبرت أن الأصل هو استقلال الذمة المالية للزوجين وأن عدم ارتباط الزوجين بعقد يفيد المشاركة بينهما في تدبير الأموال الأسرية وإثبات الزوج كونه المالك الوحيد للعقار موضوع طلب الزوجة يستوجب التصريح برفض طلبها. - حكم عدد: 2005/46 في الملف عدد: 2004/900، صادر بتاريخ: 2005/01/17. (غير منشور)

وكذلك جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بوجدة مايلي: "وحيث دفع المدعى عليه بكون سبب الطلب عرف محلي يطبق فقط بمنطقة سوس وبعدم وجود اتفاق بتدبير الأموال المكتسبة أثناء فترة الزوجية، وأن الأصل استقلال الذمة المالية، لكن وحيث إن المدعية لم تؤسس طلبها على العرف المحلي بمنطقة سوس وإنما بنته على مقتضيات المادة 49 من المدونة وبالتالي بمجرد دخولها حيز التنفيذ تطبق بأثر فوري مما يكون معه الدفع المذكور غير مبني على أساس ويتعين رده".

- حكم عدد: 5735، في الملف عدد: 06/2601، صادر بتاريخ: 09/10/01. (غير منشور)

- وهو نفس ما قرره في حكم آخر في الملف عدد: 10/3733 الصادر بتاريخ: 2013/12/13. (غير منشور)

⁴ هذا ما بررت به محكمة الاستئناف بالدار البيضاء قرارها الذي جاء فيه: "وحيث إن الطاعنة أقرت أمام المستشار المقرر أنها غير عاملة وأن عملها يقتصر على الإشراف على بيت الزوجية وهذا الإقرار يكذب ما جاء في اللقيف المعتمدة في الدعوى وأن ناقض حجته اسقط العمل بها وأن الأصل هو أن الذمة المالية للزوج مستقلة عن الذمة المالية للزوجة وأن الطاعنة لم تدل بما يثبت العكس ولا بما يثبت مساهمتها الفعلية في إنماء ثروة الزوج العامل في المهجر "هولندا". - قرار عدد: 415، في الملف عدد: 10/555، صادر بتاريخ: 2011/5/4. (غير منشور).

هذا، ويمكن استنتاج استقلال الذمة المالية للزوجين كذلك من خلال قوانين أخرى كمدونة التجارة لسنة 1996 التي نصت في المادة 17 على أنه: "يحق للمرأة المتزوجة أن تمارس التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها. كل اتفاق مخالف يعتبر لاغيا". وقانون الالتزامات والعقود الذي اعترف¹ ضمينا للمرأة المتزوجة بذمتها المالية المستقلة، لأنه إذا كان يشترط لانعقاد الشركة توافر ذمتين ماليتين على الأقل، فاستنادا إلى القواعد العامة المتعلقة بالشركات المدنية والتجارية يجوز للزوجين إبرام عقد شركة بينهما لكون الفصل 984 من قانون الالتزامات والعقود لم يذكر الزوجة ضمن الأشخاص الذين حصر فيهم منع قيام الشركة فيما بينهم².

كما أنه بالرجوع إلى القانون المتعلق بمدونة الحقوق العينية³ وكذا القانون المتعلق بالتحفيظ العقاري⁴ يتضح أن المشرع أورد مصطلح المالك بصورة مطلقة دون بيان من يقصد بالمالك وحيث إن المطلق يجري على إطلاقه، ولذلك فالمالك قد يكون الزوج وقد تكون الزوجة وبالتالي فهو لا يميز بينهما من حيث كون كل منهما مالكا لأمواله الخاصة به والمستقلة عن ملكية الزوج الآخر.

¹ - تجدر الإشارة إلى أن المشرع ألغى الفصل 726 من قانون الالتزامات والعقود الذي كان يمنع المرأة المتزوجة من إيجار خدماتها إلا بإذن زوجها، تحت طائلة فسخ الإجارة التي تعقدها زوجته بغير إقراره، وذلك بموجب القانون رقم 25-5 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.95.153 بتاريخ 13 من ربيع الأول 1416 (11 أغسطس 1995). الجريدة الرسمية عدد: 4323 بتاريخ 10 ربيع الآخر 1416 (6 سبتمبر 1995)، ص: 2443.

² - ينص الفصل 984 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "لا يجوز عقد الشركة: أولا - بين الأب وابنه المشمول بولايته؛ ثانيا - بين الوصي والقاصر إلى أن يبلغ هذا الأخير رشده ويقدم الوصي الحساب عن مدة وصايته ويحصل إقرار هذا الحساب؛

ثالثا - بين مقدم على ناقص الأهلية أو متصرف في مؤسسة خيرية وبين الشخص الذي يدير أمواله ذلك المقدم أو المتصرف.

الإذن في مباشرة التجارة الممنوح للقاصر أو لناقص الأهلية من أبيه أو مقدمه لا يكفي لجعله أهلا لعقد الشركة مع أحدهما".

³ - تنص المادة 8 من مدونة الحقوق العينية على أن: "الحق العيني العقاري هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين، ويكون الحق العيني أصليا أو تبعيا".

- وتنص المادة 14 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد به في ذلك إلا القانون أو الاتفاق".

- وتنص المادة 19 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "لمالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه وذلك في النطاق الذي تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل".

⁴ - ينص الفصل 10 من ظهير التحفيظ العقاري والذي غير بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 10 مارس 1921 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 413 بتاريخ 29 مارس 1921، والذي تم تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011. على أنه: "لا يجوز تقديم مطلب التحفيظ إلا ممن يأتي ذكرهم: 1- المالك..."

بيد أنه إذا كان من المقرر فقها وقانونا وقضاء استقلال كل من الزوجين بأمواله وممارسة سلطته عليها بالتصرف فيها وإدارتها واستغلالها واستثمارها بالطريقة التي يراها مناسبة، دون أدنى تدخل من الطرف الآخر، فإن هذه النظرة لا تعدو أن تكون مجرد فكرة نظرية، فعيش الزوجين في أسرة واحدة واتصال الحياة بينهما، ووجود حياة شخصية مشتركة يستتبع وجود علاقات مالية مشتركة على أرض الواقع، فقد يتولى الزوج إدارة مال زوجته، بل إن الأمر قد يتجاوز ذلك إلى التصرف، والزوجة كذلك قد تنوب عن زوجها في إدارة الشؤون المالية المشتركة خصوصا في وقتنا الحالي، وهذا الواقع وحده الذي يضبط نظام الأموال بينهما ويقر بوجود حياة مالية مشتركة، واختلاط أموالهما، على غرار الرابطة الشخصية المشتركة.¹ فالحياة الزوجية المشتركة تفرض بالضرورة على الزوجين استثمار مواردهما المادية والمعنوية من أجل رعاية مصالح الأسرة والحفاظ على الروابط الزوجية،² هذه الضرورة تؤدي إلى الاختلاط الفعلي لأموالهما ومن ثم خلق نوع من الاتحاد الفعلي للذمم المالية.³

كما أن ضعف الوازع الديني والجهل بالقواعد القانونية المنظمة لأحوال الأسرة وغياب عنصر الثقة في بعض الأحيان يؤدي إلى قلب الغايات والأهداف من سن مقتضيات قانونية حمائية للطرفين ومؤسسة لمجتمع متوازن، فهذا زوج مغربي إختار الاتفاق على أن تظل ذمة كل واحد منهما (الزوجين) مستقلة عن الآخر.⁴

- ¹ - خالد الحارثي: التدبير التعاقدي لأحوال الأسرة، قراءة في وثائق، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا، كلية الشريعة جامعة القرويين فاس، السنة الجامعية 2000-2001، ص: 138.
- ² - دنوني هجيرة: النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 50 لسنة 2004، ص: 160 و 161.
- ³ - وهذا ما يمكن أن نستشفه من خلال ما إقرار مدونة الأسرة لكل منهما بحقوق على ذمة الآخر لفائده أو لفائدة الأسرة، فالزوجة تتمتع بحق على مال الزوج طالما أن نفقتها واجبة عليه، مهما كانت مواردها المالية، حسب ما تنص عليه المادة 196 من مدونة الأسرة التي جاء فيها ما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعت له للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها".
- كما تجب النفقة على الزوجة إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت موسرة، وذلك بمقدار ما عجز عنه الأب. إذ تنص المادة 199 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب".
- كما أن المشرع المغربي إيماناً منه بالإلحاد الفعلي لمصالح ولأموال الزوجين وكذلك بعدم وجود حد فاصل بين ذمتها المالية قرر عدم إمكانية قيام جريمة السرقة في حالة ما إذا أخذ الزوج أو الزوجة المال المملوك للطرف الآخر، وإنما أعطى الحق للطرف المتضرر بالحصول فقط على تعويض مدني، جبراً للضرر اللاحق به إذ لا ضرر ولا ضرار، عملاً بمقتضيات الفصل 534 من القانون الجنائي الذي ينص على أنه: "يعفى من العقاب مع التزامه بالتعويضات المدنية السارق في الأحوال الآتية: 1- إذا كان المال المسروق مملوكاً لزوجته..."
- ⁴ - وهذا ما تضمنه أحد العقود "... وأشهد الزوج المذكور أنه لا دخل له في الأموال المكتسبة لزوجته سواء قبل زواجهما أو بعده وأشهدت الزوجة المذكورة بأنها لا دخل لها في الأموال المكتسبة لزوجها المذكور سواء قبل زواجهما أو بعده وأن لكل واحد منهما ذمة مالية مستقلة عن الآخر واستثمار أموال كل منهما سيبقى مستقلاً دوماً واستمراراً..." - رسم إشهاد بتدبير الأموال، قسم التوثيق بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، مذكرة الحفظ السابعة للأول عدد 68 صحيفة 43، بتاريخ 2006-05-22.

واختلاط أموال الزوجين لا يتطلب مرور فترة زمنية طويلة على زواجهما، فقد جرت العادة على أن تجلب الزوجة ليلة زفافها عدد مهما من الأفرشة والأواني لبيت الزوجية، ليكون جزءا من متاع البيت، وهو ما يصطلح عليه بالشوار، وغالبا ما تشور المرأة نفسها بمبلغ الصداق أو أكثر منه على الرغم من أن المهر هو ملك للزوجة¹ ولا يحق للزوج أن يطالبها في مقابله بأثاث أو مفروش أو لباس عوضا عنه، كما لا يحق للزوج أن يتصرف فيه لنفسه أو لغيره إلا بإذنها، لأن الجهاز من مسؤولياته شرعا، وحين لم يتم بالتجهيز، ورضي بتجهيزها فقد أسقط حقه، فلا يملك الانتفاع بالجهاز إلا برضاها² وإذا كان الشوار الذي تأتي به الزوجة على رأى ومسمع الجميع، يثير نزاعات بسبب اختلاط أموال الزوجين، فبالأحرى الأموال الأخرى التي تدعي الزوجة المساهمة في اقتنائها خلال الزواج، إذ هناك عدد من الأزواج يقومون بالاستيلاء على أموال زوجاتهم ويحولونها باسمهم بعد حصولهم على ثقتهم، والعكس قد يكون صحيحا.

علما أن الشريعة الإسلامية ولئن أقرت مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين، فإنها لا تنفي وجود هذا الاتحاد بل على العكس من ذلك فهي ترغب فيه وتدعو إليه، يقول سبحانه وتعالى في كتابه العزيز «هَـنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ»³ وذلك لتوحيد الرؤى والمصالح بين الزوجين لما يمكن أن ينتج عنه من الاندماج والانسجام المؤدي إلى تدعيم وتوطيد العلاقة بينهما في احترام متبادل لخصوصية وشخصية كل زوج الشرعية منها والقانونية⁴.

والنتيجة المنطقية التي يمكن الوصول إليها أن المرأة لم تعد ذلك الشخص المستهلك فقط، بل أصبحت ذات موارد اقتصادية مهمة، بحيث أصبحت تمارس مختلف الأنشطة، وبالتالي تحصل على دخل يمكنها من المساهمة في تحمل أعباء الأسرة بجانب زوجها، وهناك الكثير من النساء اللواتي ساهمن في الممتلكات المكتسبة من قبل الزوج خلال فترة الزواج، بصفة مباشرة عبر دفع أقساط اقتنائها، أو بصفة غير مباشرة من خلال الإنفاق على الأسرة في حين يدخر الزوج مرتبه بهدف شراء سيارة أو منزل وغير ذلك من الممتلكات، وعند انفصام

¹ نصت المادة 34 من مدونة الأسرة على أن: "كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها. إذا وقع نزاع في باقي الأمثلة فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات، غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بيعة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له".

² محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، الجزء الثاني والثالث، مطبعة الشرق ومكتبتها، الطبعة الأولى 1983، ص 87.

³ سورة البقرة، الآية: 187.

⁴ محمد البعدوي، المرجع السابق، ص 128.

الحياة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة (وخصوصا بعد مرور فترة طويلة على الزواج) تكتشف المرأة أنها لا تمتلك أي جزء من هذه المكتسبات، مادام أنها لا تمتلك الدليل القانوني المؤيد لحقها في هذه الممتلكات.¹ كما أنه هناك العديد من الأزواج يقومون بنفس الشيء، في حين تدخر الزوجة مداخلها أو تستثمرها، وبعد ذلك يكتشف الزوج أنه لا يملك أي جزء من تلك الممتلكات المكتسبة في غياب الدليل والحجة القانونية على تملكه.

الفقرة الثانية: كيفية الاتفاق على تدبير الأموال المكتسبة

أجازت المادة 49 من مدونة الأسرة للزوجين الاتفاق بينهما في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج على تدبير الشؤون المالية والتي سيتم اكتسابها خلال فترة الزواج بحيث يتراضيان في بداية حياتهما الزوجية على الطريقة التي يروها ناجعة لاستثمار الأموال في التجارة أو غيرها، ويحددان أيضا نصيب كل واحد منهما من هذه الأموال خلال الحياة الزوجية أو عند انتهاءها بالوفاة أو الطلاق.

والاتفاق بوجه عام هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه بمعنى توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني ما. أما الاتفاق على تدبير الأموال المكتسبة حسب ما جاءت به مدونة الأسرة فمعناه توافق إرادة الزوج والزوجة على كيفية تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، وتوافق إرادتهما كذلك على كيفية استثمارها وتوزيعها. أي إنشاء عقد بإرادة حرة سليمة من عيوب الإرادة (التدليس والإكراه والغلط والغبن) مع ضرورة توفر السبب والمحل.

واتفاق تدبير الأموال المكتسبة، اتفاق اختياري بالدرجة الأولى يدخل في إطار ما يصطلح عليه فقها وقانونا من تصرفات تدخل في نطاق مبدأ سلطان الإرادة، التي تخول لكل شخص تدبير شؤونه وإدارة أمواله والتصرف فيها بالشكل الذي يراه ملائما من غير أن يخالف القواعد الأمرة،² فهو تصرف يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين الذي يجد أساسه في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، بحيث للزوجين كامل الصلاحية في مناقشة بنود الاتفاق بمحض

¹ - محمد الحبيب الشريف، الرصيد القانوني لحقوق المرأة في تونس 1999، نشر مركز البحوث والدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة، مطبعة سنيباكش، تونس، طبعة 1999، ص: 129.

² - وزارة العدل، الدليل العملي لمدونة الأسرة سلسلة الشروح والدلائل العدد الأول، مطبعة فضالة المحمدية، طبعة 2004، ص: 43.

اختيارهما معا،¹ فنحن أمام عقد مدني يخضع للأحكام العامة للقانون المدني من حيث أركانه وشروط صحته تلك الأركان، وبطلانه وإبطاله وتفسيره وترتيب مختلف آثاره،² فهو كباقي الاتفاقات متروك لإرادة المتعاقدين كما يمكنهما صرف النظر عنه.

ومن الناحية القانونية، فوثيقة تدبير الأموال المكتسبة ليست تكرسا لمبدأ الأموال المشتركة، أو نظام الدوطة أو فصل الأموال نتيجة الانفصال الجسماني، ولا تمس بقواعد الإرث البتة، بالنظر إلى الأساس الذي بنيت عليه، والذي يتمثل في حق الكد والسعاية كحق فقهي من حيث الأصل، ويمكن القول أن الاتفاق أقرب بكثير من الاتفاقات التي تصب في عقود التبرع والمعاوضة، كالصدقة والهبة والبيع.³

وإذا كانت هذه الأركان واضحة يكفي الرجوع بخصوصها إلى القواعد العامة،⁴ فإن ركن أهلية الزوجين تثير إشكالا، في الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين قاصرا، وفي الحالة التي يتم فيها إبرام الزواج عن طريق الوكالة.

فالمشرع المغربي لم يبين الحكم بشأن هاتين الحالتين،⁵ وإن نصت مدونة الأسرة على شروط زواج القاصر،⁶ فإنها لم تتطرق لمسألة إبرامه اتفاق تدبير الأموال المكتسبة، ولذلك

¹ - هذا ما نستخلصه من الفقرة الأولى من الفصل 19 من قانون الالتزامات والعقود الذي ورد فيه "لا يتم الاتفاق إلا بتراض الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية".

² - محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 388.
³ - عثمان الوجدي، مدى أعمال العرف في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة الموسم الجامعي 2006/2005، ص: 143 و 144.

⁴ - بخصوص الأركان الواجب توافرها في العقد يراجع: - إدريس العلوي العبدلاوي، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، الطبعة الأولى، السنة 1996، ص 163 وما بعدها.

⁵ - وذلك على خلاف المشرع التونسي الذي نص في الفصل 5 من القانون عدد 94 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998، على ضرورة تضمن التوكيل لرأي الزوج أو الزوجة الموكلة بوجه صريح في مسألة الاشتراك من عدمه. وبالتالي لم يترك للوكيل حرية اختيار نظام أموال الزوجين بل ينبغي أن يكون الاختيار صادرا عن الزوج أو الزوجة الموكلة مباشرة ومضمنا بعقد الوكالة، إذ نص الفصل 5 منه على أنه: "لا يصح التوكيل على الزواج إلا إذا تضمن صراحة رأي الموكل في مسألة الاشتراك من عدمه". كما تضمن هذا القانون حكما خاصا بالزواج القصر بحيث نص الفصل 6 منه على ما يلي: "يتوقف اختيار الزوج القاصر لنظام الاشتراك في الأملاك على موافقة الولي والأم، وإذا امتنع الولي والأم عن الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي، وإذا كان إذن القاضي لازما لإبرام عقد الزواج، فإن اختيار نظام الاشتراك في الأملاك يتوقف بدوره على إذنه إن امتنع الولي والأم عن الموافقة على ذلك الاختيار".

⁶ - تنص المادة 20 من مدونة الأسرة على أنه: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن".

فمادامت إمكانية إبرام مثل هذا الاتفاق من طرف القاصر المؤذن له بالزواج قائمة، فإنه ينبغي تميم المادة 20 من مدونة الأسرة عبر إضافة فقرة إليها تنص على وجوب الحصول على إذن مسبق من قاضي الأسرة، خاص بإبرام القاصر لعقد الاتفاق على استثمار الأموال التي ستكتسب مدة الزواج وتوزعها.

أما بخصوص الزواج بالوكالة ودون حضور الطرفين، والمنصوص عليه في المادة 17 من مدونة الأسرة،¹ فإنه ينبغي كذلك إضافة بند جديد إلى هذه المادة ينص صراحة على جواز تعبير الزوج في الوكالة الخاصة بالزواج بصيغة صريحة عن رغبته في إبرام اتفاق تدبير الأموال المكتسبة مع المراد الزواج بها، وتوكيل الوكيل للقيام مكانه بمثل هذا الاتفاق.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 49 من مدونة الأسرة استعملت عبارات "الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية" وهي عبارة عامة فضفاضة تشمل العقارات والمنقولات سواء المادية أو المعنوية شريطة أن تكون اكتسبت بعد عقد الزواج وأثناء قيام العلاقة الزوجية وليس قبله ولا بعده باعتبارها محلا للاتفاق.² على أن يفرغ الزوجين إرادتهما في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، وقد جرت الممارسة العملية على إفراغ مضمونه في شكل عقد نموذجي محرر من قبل عدليين، يضمن فيه كل الشروط ذات الطابع المالي التي يرغب الزوجان العيش وفقا لها.³

ويبدو أن إيراد المشرع لعبارة "في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج" كان بهدف إعطاء الفرصة للأزواج الذين أبرموا عقد زواجهم قبل صدور هذه المدونة، وبالتالي تمكينهم من

¹ - تنص المادة 17 من مدونة الأسرة على أنه: "يتم عقد الزواج بحضور أطرافه غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه، بإذن من قاضي الأسرة، المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية :

1- وجود ظروف خاصة، لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه ؛
2- تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية، مصادق على توقيع الموكل فيها ؛
3- أن يكون الوكيل راشدا متمتعا بكامل أهليته المدنية، وفي حالة توكيله من الولي يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية ؛

4- أن يعين الموكل في الوكالة اسم الزوج الآخر ومواصفاته، والمعلومات المتعلقة بهويته، وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها ؛

5- أن تتضمن الوكالة قدر الصداق، وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل. وللموكل أن يحدد الشروط التي يريد إدراجها في العقد والشروط التي يقبلها من الطرف الآخر ؛

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

² - وهناك من يستبعد الأموال الطارئة سواء للزوج أو الزوجة مثل الصدقة أو الهبة أو الإرث من دائرة الاتفاق، وإن كان بعض الأزواج يتراضون على أن يشمل الاتفاق حتى الأموال الطارئة، مثل ما حصل في الإشهاد المسجل ضمن عدد 372 صحيفة 255 بتاريخ 29 ماي 2006 بقسم قضاء الأسرة باستئنافية أكادير والإشهاد المسجل ضمن عدد: 17 صحيفة 74 وصل رقم 68/36 بتاريخ 19 ماي 2005 الرباط.

³ - محمد مومن، حق الكد والسعاية، دراسة لحق الزوجة في اقتسام الممتلكات المكتسبة خلال فترة الزواج في القانون المغربي، مجلة الحقوق، العدد 2 السنة الثلاثون يونيو 2006، ص 184.

الاستفادة من هذا الاتفاق¹، وكذا اتاحة الفرصة للمتزوجين حديثا لدراسة هذا الموضوع على مهل، وما يركي هذا الرأي الصياغة التي إتفق عليها أعضاء اللجنة التي أعدت مشروع مدونة الأسرة، والتي كانت تفيد ذلك بشكل واضح، حيث جاءت صياغتها للفقرة الثانية على الشكل التالي «ويسجل هذا الاتفاق في عقد مستقل عن عقد رسم الزواج سواء قبل العقد أو بعده» فقولها "بعده" يؤكد أن كل زوج أبرم عقد الزواج مع عدم الاتفاق مع الزوج الآخر على طريقة الاستثمار وتوزيع أموالهما المكتسبة خلال الحياة الزوجية، بإمكانهما لاحقا الاتفاق على ذلك². وقد تم بالفعل إبرام مثل هذا الاتفاق من قبل أشخاص أبرموا عقد زواجهم قبل صدور مدونة الأسرة³.

كما ألزم المشرع السادة العدول بضرورة إشعار الطرفين عند زواجهما، بإمكانية الاتفاق على تدبير أموالهما المكتسبة خلال الزواج، ولعل الحكمة من تذكير الخطيبين عند إبرام عقد الزواج من طرف العدلين محرري العقد بأحكام المادة 49 من مدونة الأسرة، هولفت انتباههما لأهمية هذه المقتضيات، وحتى يكونا على بينة من وجود نص قانوني يعنى بتنظيم الأمور والشؤون المالية التي يردان مستقبلا التعاقد بشأنها، كما أن توثيق الاتفاقات المالية سيضع حدا للاتفاقات الشفوية التي كثيرا ما تكون عرضة للإنكار أو للخلاف في مضمونها فتضيع بذلك الحقوق⁴. وهذا التزام قانوني مفروض تشريعا على العدلين، وعدم القيام به قد يرتب مسؤولية العدلين التأديبية، أما المسؤولية المدنية فتتطلب إثبات الضرر من جانب المطالب بالتعويض، وأحسن وسيلة إثبات قيام العدلين بالالتزام أعلاه، هو الإشارة إلى الإشعار في دفتر خاص يوقع عليه الزوجان⁵.

ما جدوى تذكير الشاهدين العدلين بمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة للزوجين المقبلين على إبرام عقد الزواج مادام اتفاقهما على تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء الحياة

¹ - محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، مرجع سابق، ص 83.

² - أنظر الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 49 من مدونة الأسرة، ص: 20.

³ - يراجع بهذا الخصوص، عقود تدبير الأموال بين الزوجين، المضمن في إشهاد عدد 5190، صحيفة 13، بتاريخ: 2004/10/18، مضمن تحت عدد: 130، بسجل الاختلافات، بقسم قضاء الأسرة بالرباط.

⁴ - إشهاد، مضمن تحت عدد 2751، صحيفة 230، بتاريخ: 2004/06/17، مضمن تحت عدد: 125، بسجل الاختلافات، قسم قضاء الأسرة بالرباط. وإشهاد المضمن بمذكرة الحفظ، رقم: 17، تحت عدد: 64، صحيفة: 74، بتاريخ 19 ماي 2005.

⁵ - المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة، من خلال أجوبة السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية عن الأسئلة والاستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلسي البرلمان، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد الرابع 2004، مطبعة فضالة المحمدية الطبعة الأولى 2004.

⁵ - محمد الكشبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، انحلال ميثاق الزوجية، المرجع السابق، ص: 389.

الزوجية لا يتم التنصيب عليه في صلب عقد الزواج بل في وثيقة مستقلة كما ورد في الفقرة الثانية من هذا الفصل؟

وإذا أصر الزوجان على تضمين عقد الزواج الاتفاق على كيفية الاستفادة من الأموال فهل يعتبر مثل هذا العقد باطلا؟ بطبيعته الحال لا يمكن الحديث عن البطلان لأن مثل هذا الاتفاق لا يبطل العقد بصفة قطعية! ولذلك كان أخرى بوضعي النص ترك الحرية للمتعاقدین تضمين هذه الاتفاقات والشروط في صلب العقد أو في اتفاق لاحق.

وخلاصة القول، فإن المشرع الأسري المغربي لم يحدد طبيعة وإطار وقالب هذا الاتفاق من حيث اعتباره شركة أو غيره،¹ كما أنه لم يضع شروطا ولا أثارا لهذا التصرف، بل ترك للزوجين الحرية المطلقة في إبرام الاتفاق، وتحديد كافة شروطه ونطاقه وأثاره، طبقا لنظرية

¹ - لقد حاول أحد الفقهاء توضيح الإطار القانوني الذي يدخل فيه هذا الاتفاق، وبالتالي خضوعه للأحكام المتعلقة به، بحيث أداخل في إطار "الشركة" ويخضع لأحكامها. فالشركة بين الزوجين في الفقه الإسلامي على ثلاثة أنواع: شركة أموال وشركة الأبدان وشركة الوجوه. فشركة الأموال تتكون من ثلاثة أنواع:

1- شركة العنان: وهي أن يجعل كل واحد من الزوجين أو الشريكين مالا ثم يخلطاه ويتاجرا به معا ولا يستبد أحدهما بالتصرف دون الآخر.

2- شركة المفاوضة: هي أن يفوض كل واحد منهما التصرف للآخر في حضوره وغيبته ويلزمه كل ما يعمله شريكه.

ويجب في شركة العنان والمفاوضة أن يكون الربح بينهما على حسب نصيب كل واحد منهما من المال ولا يجوز أن يشترط أحدهما من الربح أكثر من نصيبه من المال وما فعله أحد الشريكين من معروف فهو في نصيبه خاصة إلا أن يكون ما ترجى به منفعة في التجارة كضيفة التجار وشبه ذلك.

3- شركة المضاربة وتسمى بشركة قراض وهي أن يجعل صاحب المال منهما ماله بيد الآخر لتجد فيه والربح بينهما مشترك.

أما شركة الأبدان: وتسمى بشركة الأعمال فهي في الصنائع والأعمال وتجوز عند المالكية بشروط ثلاثة: -الشرط الأول: اتحاد الصنعة أو تقاربهما كخياطين أو كخياط ونساج ولا تجوز إذا اختلفت كخياط ونجار. -الشرط الثاني: اتحاد مكان العمل فإن كان في موضعين لم تجز في المشهور وأجاز أبو حنيفة شركة الأبدان دون اتحاد الصنعة ولا اتحاد المكان. -الشرط الثالث: أن يتساويا في العمل أو يتقاربا فإن تفاوتوا العمل بأن يكون عمل أحدهما قدر الآخر مرتين فلا تجوز الشركة.

أما شركة الوجوه فهي أن يشتركا على غير مال ولا عمل وهي الشركة على الذمم بحيث إذا اشتريا شيئا كان ذمهما وإذا باعاه اقتسما ربحه وهي غير جائزة عند المالكية وقد لخص ابن جزي رحمه الله تعالى الشركة وما فيها من الخلاف فقال: "أجاز مالك شركة العنان والمفاوضة والأبدان ومنع شركة الوجوه وأجاز أبو حنيفة الأربعة وأجاز الشافعي العنان خاصة.

وأصل مشروعية الشركة بين الزوجين فيما ما رواه البخاري وغيره عن أبي عقيل زهرة بن معبد عن جده عبد الله بن هشام وكان قد أدرك النبي صلى الله عليه وسلم وهو صغير فدعا له بالبركة قال: "كان يخرج به جده عبد الله بن هشام إلى السوق فيشتري الطعام فيلقاه ابن عمرو بن الزبير رضي الله عنها فيقول له أشركنا فإن النبي (ص) قد دعا لك بالبركة فيشركهم فربما أصاب الراحلة كما هي فبيعت بها إلى المنزل"

- عبد الله بن الطاهر السوسي، مرجع سابق، ص 203.

سلطان الإرادة، مثله مثل المشرع الجزائري الذي أجاز للزوجين الاتفاق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية.¹

الفقرة الثالثة: تدبير الأموال المكتسبة حال غياب الاتفاق بين الزوجين

لقد جاء الفقه الإسلامي ليقرر مبدأ شرعية اقتسام ما تم اكتسابه أثناء الحياة الزوجية بين الزوجين ليس في حالة الطلاق فحسب، وإنما حتى في حالة وفاة الزوج، بحيث تأخذ أرملة المتوفى عنها مناب مشقتها وخدمتها من مجموع التركة كدين على هذه التركة ثم تأخذ سهمها مع الورثة.²

والواقع أن السماح للزوجة بنصيب من الممتلكات التي ساهمت فيها يرتكز على مبدأين: مبدأ العدالة في الإسلام، ومبدأ تضحيات المرأة طول الحياة الزوجية.³

ففي نوازل الفقيه سيدي محمد الوردازي أنه سئل عن الزوجة إذا كانت تخدم في دار زوجها هل لها حق فيما استقاده زوجها من خدمته وخدمتها أم لا؟ فأجاب: قال الإمام ابن العطار مذهب الإمام مالك وأصحابه أن المرأة إذا كانت تعمل مثل الغزل والنسيج ونحوهما فإنها شريكة الزوج فيما استفادة من خدمتها إنصافا بينهما أي بنسبة النصف لكل منهما... ونساء الحاضرة والبادية في هذا سواء.⁴

ويجد حق مشاركة الزوجة زوجها في الممتلكات المكتسبة أثناء الحياة الزوجية أساسه فيما يعرف بحق "الكد والسعاية" وهو الحق الذي يخول للمرأة حسب التقاليد السائدة من الحصول على نصيب من الممتلكات بعد الطلاق أو الوفاة والتي ساهمت الزوجة في توفيرها وتنميتها بكدها وسعيا وجهدها.⁵ وهو ما أكد عليه الفقه الإسلامي واجتهادات القضاء المغربي

¹ - تنص المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسبة التي تؤول إلى كل واحد منهما".

² - عبد السلام حادوش، إدماج المرأة في التنمية في محك السياسة الشرعية، مرجع سابق، ص 384.
³ - إدريس حمادي، أفاق المرأة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية 2003، مطبعة دار أبي رقرق للطباعة والنشر بالرباط، ص: 135.

⁴ - عبد السلام حادوش، المرجع السابق، ص 391.
أنظر أيضا: رسالة الباحث: أحمد أحيدار، عمل الزوجة داخل البيت في ضوء مدونة الأسرة والفقه الإسلامي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2008-2009.

⁵ - راجع الموضوع مفصلا، الحسين الميلي، نظام الكد والسعاية، الجزء الأول، مطبعة دار السلام بالرباط، الطبعة الأولى 1999، ص 9 وما بعدها. وأنظر أيضا: عمرو لمزرع، مرجع سابق، ص 246 وما بعدها.

التي كرس مبدأ الكد والسعاية والتي تتعلق كلها بوضعية المرأة بعد الطلاق. وفي هذا الصدد ذهب محكمة الاستئناف بالناظور¹ إلى القول بأن لا يمكن اللجوء إلى تطبيق نظام الكد والسعاية إلا بعد انفصام العلاقة الزوجية، مادامت الزوجة نفسها أكدت أن الدار المراد قسمتها هي بيت الزوجية. وقد سبق لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء² أن قضت بأن عدم ثبوت انفصال الزوجين بالطلاق لا يخول الحق للزوجة للمطالبة بنصيب ما تراكمت من أموال مدة الزواج بكدها وسعها، وكل دعوى في هذا الشأن سابقة لأوانها. كما أن محكمة النقض أكدت بأن تقدير الكد والسعاية يخضع لسلطة المحكمة التقديرية طالما كان قضاؤها معللا وراعت في ذلك نسبة مساهمة الزوجة المطلقة في تنمية أموال مطلقها ووضعية الطرفين، وما تضمنته الخبرة من عناصر ايجابية³.

فالعلامة أحمد بن عرضون أفتى للزوجة بالنصف في حالتين:

1. إذا توفي عنها زوجها فإنه قبل أن تأخذ حقها المفروض مع بقية الورثة تطالب بحقها في العمل، حيث يخرج من تركة الميت.

2. إذا حدث ما يوجب الطلاق بحيث يصبح للمرأة الحق في أن تطالب بحقها ويحكم لها القاضي بذلك فلها الحق في جميع الأعمال التي قامت بها لصالح الزوج⁴، وقد ورد ذكر حق الكد والسعاية في عدة مراجع من الفقه المالكي المعمول به في المغرب⁵.

وقد جرى العمل بهذه الفتوى في منطقة جباله بشمال المغرب كما جرى العمل بحق الكد والسعاية في منطقة سوس إذ أفتى الحسن بن عرضون بحق الزوجة في الزرع والثمار التي ساهمت في إنتاجها ومصادرها...⁶ وقد بنيت هذه الفتوى عن الأعراف الجارية في المنطقة منذ مدة طويلة وكذلك على أساس المصلحة المرسل وقاعدة "لا ضرر ولا ضرار".

وقد أكد القضاء المغربي حق الكد والسعاية للمرأة في عدة قضايا بالاعتماد على العناصر والضوابط الأساسية التي حددها الفقهاء للقول بوجود حق الكد والسعاية، من عمل ومساهمة⁷ وما يترتب عن هذه المساهمة من ثروة¹ وما زاد عن الثروة الأصلية لأحد الزوجين².

¹ - قرار عدد 480 في ملف عدد 2013/1606/631 بتاريخ 2014/07/21 (غير منشور).

² - حكم محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد: 2001/410 في ملف رقم 99/62 بتاريخ 2004/01/22 أورده

إدريس الفاخوري، المنازعات الأسرة أمام قضاء الموضوع ومحكمة النقض، مرجع سابق، ص 27 و 28 و 29.

³ - قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد: 579 المؤرخ في 2006/10/11، ص 87.

⁴ - إدريس حمادي، المرجع السابق، ص 134.

⁵ - خالد برجاي، المرجع السابق، ص 200.

⁶ - راجع الفتوى عند عبد الكبير العلوي المدغري، المرجع السابق، ص: 198. وأنظر أيضا الانتقادات الموجهة إلى هذه الفتوى نفس المرجع، ص 199 وما بعدها.

⁷ - فائبات طالب حق الكد والسعاية بأنه كان يعمل ويجتهد وبكد في سبيل تنمية ثروة الأسرة، عنصر ومعيارا أساسيا للمطالبة بنصيبه من الثروة المكتسبة. وهذا ما جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء "عدم

مع بيان فترة المساهمة أو العمل.³ باعتماده على الخبرة القضائية باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات.⁴

إدلاء المدعية بأي اتفاق مع المدعى عليه، أو بما يثبت مساهمتها في تنمية أموال الأسرة خلال الزواج أو أنها شاركت المدعى عليه في العقارات المدعى بشأنها الكد والسعاية يستوجب إلغاء الدعوة على الحالة".
-حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عدد 3858، في الملف عدد 2007/832، بتاريخ 2007/07/25 (غير منشور). كما يجب عليه أن يبين ويثبت نوعية العمل الذي قام به، وأدى إلى تنمية هذه الثروة (فكري، جسدي...)، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بالعرائش، حيث جاء في حكمها "مراعاة عمل كل واحد من الزوجين...طبقا لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة لا يقتصر على إثبات الصفة المتمثلة في قيام العلاقة الزوجية، وإنما يتعداه إلى إثبات نوع العمل...". -حكم المحكمة الابتدائية بالعرائش عدد: 456، في الملف عدد: 2006/49، بتاريخ: 2007/10/20، (غير منشور).

¹ - أي النصيب الذي ساهمت به (أو ساهم به) لتكوين تلك الثروة أو تنميتها، ولا يعتد بالمساهمة إلا إذا كانت مهمة، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف بالرباط، معللة قرارها بما يلي: "وحيث إن إثبات المساهمة في الثروة المكتسبة من طرف الزوج أثناء الحياة الزوجية من لدن المستأنفة غير متأت بحكم أن دخلها من وظيفتها الإدارية حسب وثائق الملف لا يغني عن الاعتناء الشخصي لها. وحيث إن الكد والسعاية من لدن المرأة، سواء في البداية أو الحاضرة، المعتبر للتعويض عنه هو المترتب عن عمل مكسب وافر على الحاجيات الشخصية يصب في ثروة مادية أنشئت أثناء الحياة الزوجية وأن التكاملي بينهما في هذا الشأن يجعل الارتباط بين المتحصل في هذه الثروة والاشتراك للأموال أو عمل الزوجين أمرين متلازمين للحكم لأحد هما دون الآخر". - قرار عدد: 2344 في الملف العقاري عدد: 99/6323، بتاريخ: 2000/4/4، منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد 16 لسنة 2001، ص 208.

² - لتحديد الحق بموجب السعاية ومناب السعاه بشأنها يجب مراعاة واعتبار الدمنة وصاحبها، حسب ما جرى بذلك العرف والعادة وعلى الطرف المدعي إبراز ذلك وتوضيحه في دعواه رفعا للإهمام والالتباس. -حكم المحكمة الإقليمية بأكادير، عدد: 335، في الملف عدد: 72/585، بتاريخ 1973/12/12، أشار إليه الملكي الحسين: من الحقوق المالية للمرأة، نظام الكد والسعاية، نماذج من التراث الفقهي المغربي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 217.

³ - لكي تتم معرفة الحجم الحقيقي للثروة المكتسب أثناء تلك الفترة، حتى يتحدد على أساسه نصيب الزوجة في ما تراكم من مال الأسرة، حيث قضت المحكمة الابتدائية بانزكان للزوجة بنصف الدار موضوعة الطلب معللة حكمها بما يلي: "... وحيث إن المدعية كانت تكد وتجتهد بجانب زوجها طيلة فترة الزواج من خلال عملها بمجموعة من فنادق هذه المدينة... وهو ما يدل على مساهمتها في تكوين ثروة زوجها وأن الاجتهاد القضائي وكذا باستعراض العديد من النوازل والفناوى وخصوصا الواقعة التي قضى فيها عمر بن الخطاب... سيتضح أن المعيار المتخذ في استحقاق الكد والسعاية هو العمل والكد والسعاية. وحيث إنه بالنظر إلى ما ذكر أعلاه يبقى عمل وكد المدعية ثابت في ملف النازلة وهو ما يجعل استحقاقها لكدها من ثروة زوجها مبررا ويجعل دعواها بالتالي مبنية على أساس سليم ويتعين الاستجابة إليها وذلك بأحققتها في النصف من الملك موضوع الرسمين..."

⁴ - بحيث اعتمدت محاكم الموضوع في إثبات حق الكد والسعاية على الخبرة القضائية للأموال موضوع النزاع للقول باستحقاق الزوجة لحقها في ما تراكم من أموال خلال مدة الزواج، وقضت لها بمبلغ 25000 درهم، بعدما تصدى للحكم الابتدائي الذي قضى برفض الطلب. - قرار محكمة الاستئناف بوجدة رقم 2011/2626/867 بتاريخ 2014/01/29 (غير منشور).

أنظر كذلك قرار محكمة الاستئناف بوجدة عدد: 199 في ملف رقم 2010/2606/997 بتاريخ 2015/03/04 (غير منشور).

كما ذهبت المحكمة الإدارية بالرباط إلى أن: ((حق الكد والسعاية يعتبر من بين الحقوق العرفية الإسلامية شأنه في ذلك شأن حقوق الجلسة، والزينة، والجزاء، والهواء، المنصوص عليها في الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915)).¹

إن الإقرار بحق الكد و السعاية هو تطبيق لمبدأ العدل الذي أمر به الله سبحانه وتعالى، إذ ليس من الإنصاف أن يستأثر الزوج بالثروة التي اشترك الزوجان في اكتسابها أثناء حياتهما الزوجية.²

وتجدر الإشارة أن توزيع ممتلكات الزوجين نصت عليه خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية والذي أعدته كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة في مارس 1999، إذ ورد فيها ((احتراما للعدالة كمبدأ مؤسس للإسلام، واعترافا بتضحيات المرأة طول الحياة الزوجية، على القاضي الذي يعلن الطلاق أن يفصل في توزيع الممتلكات المحصلة خلال فترة الزواج، وأن يسمح للمرأة المطلقة بنصف هذه الممتلكات التي ساهمت فيها، سواء من خلال عملها داخل البيت أو عن طريق عمل مأجور)).

إن مدونة الأسرة جاءت تأكيداً لحق الكد والسعاية كما قرره الفقه المغربي³ وأكدته القضاء اعترافاً للزوجة بالمجهود المبذول خلال فترة الحياة الزوجية. ولكن هل المشرع حافظ فعلاً عن حق الزوجة في الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية في حال غياب الاتفاق؟

¹ - حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 439 في الملف رقم 96/ 583 بتاريخ 1997/5/15، أورده الأستاذ الحسين الميلي: المرجع السابق، ص 152.

- وقد أكد المجلس الأعلى في العديد من القرارات حق الكد والسعاية تراجع الاجتهادات القضائية في الموضوع عند الأستاذ الحسين الميلي، المرجع السابق

² - مذكرة حول تعديل مدونة الأحوال الشخصية تقدم بها حزب العدالة والتنمية للجنة الاستشارية الخاصة بتعديل المدونة، يونيو 2001، الطبعة الأولى 2001 عن مطبعة طوب بريس بالرباط، ص 30.

³ - يعد حق الكد والسعاية من بين الأعراف والعادات السائدة في بعض المناطق المغربية، لاسيما جهة سوس ماسة درعة، ويطلق عليه باللغة الأمازيغية اسم "تمازالت" ويطلق عليه في مناطق الشمال " بحق الشقا ويعرف اصطلاحاً، بأنه ما يعطى للساعي مقابل العمل الذي قام به من أجل تكوين أو تنمية رأسمال أو هو النصيب الذي يستحقه الساعي أو السعاة مقابل المجهود الذي بذلوه من أجل تكوين أو تنمية مال معين بقدر يناسب مجهوده. الصديق بلعربي: السعاية، مجلة المرافعة، العدد السادس، يونيو 1997، ص: 54. ولقد اختزل بعض الباحثين، مفهوم الكد والسعاية في حق المرأة المتزوجة في الثروة الأسرية المتراكمة أثناء فترة الزواج، فعرفه الصديق بلعربي بأنه: "حق يسمح للمرأة في أخذ جزء من الثروة التي أنشئت أثناء الحياة الزوجية، مقابل المجهود الذي بذلته أو ساهمت به في تكوين تلك الثروة". الصديق بلعربي: مرجع سابق، ص: 56.

وعرفه الملكي الحسين بأنه: "حق الزوجة في الثروة التي تتم نشأتها أو تكوينها أو تنميتها مع زوجها خلال الحياة الزوجية". الملكي الحسين: من الحقوق المالية للمرأة: نظام الكد والسعاية، نماذج من التراث الفقهي المغربي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص: 21.

واعتبره يوسف بنباصر بأنه: "حق ينصرف مفهومه إلى جميع الحقوق التي تضمن للمرأة في المكتسب المالي الذي يترعرع في مهده وينشأ بجهدا وكدها وسعايتها، ليمتزج بطريقة عفوية وتلقائية في الذمة المالية للزوج في أثناء قيام الحياة الزوجية، مما يجعلها محقة في الاستئثار بجزء من هذا الكسب المالي". =

إن الجواب عن هذا التساؤل يقتضي الرجوع إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة 49 التي جاء فيها: "إذا لم يكن هناك اتفاق، فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين، وما قدمه من مجهودات، وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة"¹. يفهم انطلاقاً من هذه الفقرة أن غياب اتفاق بين الزوجين على كيفية استثمار وتوزيع الممتلكات المحصلة خلال استمرار العلاقة الزوجية، في حالة نشوء نزاع بشأن ذلك، يكون على الزوجين الرجوع للقواعد العامة للإثبات. دونما أدنى توضيح للمقصود بالقواعد العامة للإثبات، فهل قصد المشرع الإحالة على القواعد العامة للإثبات المضمنة في إطار قواعد القانون المدني أم تلك المنصوص عليها في الفقه المالكي، عملاً بالإحالة المنصوص عليها في المادة 400 من مدونة الأسرة.² ذلك أن الإحالة على الفقه المالكي تقتضي بالضرورة اعتماد وسائل الإثبات المضمنة في أحكامه، والمتمثلة في البيئة الشرعية، وما توفره من حرية في الإثبات تمكن كل من الطرفين من إثبات ادعائه شرط أن تكون البيئة الشرعية مستوفية لشروط صحتها.³

من المعلوم أن المحكمة أثناء نظرها في دعوى استحقاق نصيب فيما تراكم من أموال خلال الزواج، حال عدم وجود اتفاق مكتوب بين الزوجين، تنطلق من القاعدة التي تقضي بأن إثبات الحق على مدعيه، لكن هذا لا يعني أنها تتخذ موقفاً سلبياً من النزاع، بل عليها أن تساعد الطرفين وتمكنهما من الوسائل اللازمة لتقدير مدى مساهمتهما في تكوين الثروة وتراكمهما، فالمحكمة ملزمة في هذه الحالة بمراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات،

=يوسف بنباصر: جديد مدونة الأسرة، المسار والتطلعات، قراءة تحليلية وتقييمية في مستجدات قانون الأسرة الجديد: 03.70، سلسلة بنباصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، السنة الثالثة، العدد الثامن، ص: 23 و 24.

كما عرفته الباحثة ربعة بنغازي بقولها "هو حق المرأة في الحصول على منافعها في أموال الزوج التي كانت لها نصيب في تنميتها بكدّها أو جهدها المادي وتضحيتها المعنوية، خلال العشرة الزوجية في حالة حصول طلاق أو وفاة".

- ربعة بنغازي، أحكام التطبيق للضرر من خلال الاجتهاد القضائي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، أكادال- الرباط- السنة الجامعية 2000-2001، ص: 345.

¹ - ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن هذه الفقرة، لم تكن محل إجماع أعضاء اللجنة الاستشارية التي أعدت مدونة الأسرة، إذ لم يوافق على إدراجها سوى ثلاثة أعضاء، كما أن مضمونها اقتصر فقط على مبدأ الرجوع عند عدم الاتفاق للقواعد العامة للإثبات دون أن تتضمن العناصر المساعدة للقاضي على تقدير مساهمة الأطراف في الممتلكات المحصلة خلال فترة الزواج، حيث كانت صياغة الفقرة على الشكل التالي :

"إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات" -يراجع الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 49، ص: 21.

² - تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أن: "كل مالم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف".

³ - للمزيد من التوضيح يراجع : محمد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 54 وما بعدها.

وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة وكذا بيان أوجه ذلك التقدير رغم ما يكتنفه من صعوبات، لما تتمتع به من سلطة تقديرية في توجيه مسطرة تحقيق الدعوى.

فالمشرع لم يحدد طبيعة القواعد العامة للإثبات ولا مصدرها، كما أن الاستعانة بالأعمال التحضيرية للمادة، لا تسعف في بيان إرادة المشرع بخصوص هذه النقطة، ولذلك فقد نتج عن تفسير وتحليل وتطبيق هذا المقتضى من الناحية الفقهية والقضائية عدة آراء وتأويلات لكل مبرراته وحججه.

ذهب رأي إلى أن المقصود بالقواعد العامة للإثبات، تلك القواعد المضمنة بقانون الالتزامات والعقود،¹ ولذلك كان على المشرع منح الطرفين حرية الإثبات، دون أن يقيدده في اتجاه الإثبات المدني، لكونه سوف يصطدم بمقتضيات الفصل 443² الذي يفرض الإثبات الكتابي لكل اتفاق أو تصرف تتجاوز قيمته 10.000 درهم.³

بينما يرى الاتجاه الثاني⁴ أن المشرع في إطار الفقرة الأخيرة من المادة 49 من مدونة الأسرة، منح الحق لكل زوج في رفع الدعوى أمام المحكمة للمطالبة بحقه، والمحكمة ملزمة بالنظر في النزاع حتى ولو كان الإثبات غير كتابي، وغير موافق لأحكام الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود، على اعتبار أن هذا الأخير هو نص عام، لذلك يجب أن يقع الإثبات وفقا لأحكام النص الخاص الذي هو نص المادة 49، ومن ثم يمكن للزوجين اعتماد كافة وسائل الإثبات دون التقيد بمقتضيات الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود.

وهناك من يرى أن المساهمة المادية للزوجة هي وحدها التي يجب أن تخضع للإثبات، أما المجهود والعبء الذي تتحمله فيفترض أن قيام الرابطة الزوجية قرينة عليه، وعلى المحكمة أن تراعي في كل ذلك بنا لها من سلطة تقدير قيمة المجهودات والأعباء بالنظر لمدة الزواج والوضعية المادية والاجتماعية فترة الزواج.⁵

¹ - انظر فيمن ذهب إلى هذا الرأي :

² - خديجة الركاني : ممتلكات الأسرة حق لمن ؟ المرجع السابق، ص: 11.

³ - ينص الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود على أن: "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية". تم تغيير أحكام هذا الفصل بمقتضى المادة 5 من القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه الظهير رقم: 129-07-1 بتاريخ 30 نوفمبر 2007، الجريدة الرسمية عدد: 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007، ص: 3879-3888.

⁴ - سليمان أسكاو، مدونة الأحوال الشخصية مطالب التغيير وإشكالية المرجعية، المرجع السابق، ص: 206.

⁵ - محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، انحلال الرابطة الزوجية، الجزء الثاني، المرجع السابق ص: 390.

⁶ - فتح الله التزاوي، الحقوق المالية للمرأة المطلقة بين التشريع والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة الموسم الجامعي 2007/2008، ص: 85.

خاصة وأن المشرع أعفى الزوجين من الإثبات بالكتابة من خلال إدراجه لمجموعة من العناصر التي يجب على القاضي الاستعانة بها في إطار سلطته التقديرية، وهي كالتالي.

1: تقدير المحكمة لعمل الزوجين

فالمقصود بالعمل كل نشاط له قيمة إنتاجية من شأنه المساهمة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في تنمية أموال الأسرة،¹ أو كما قال أحد الباحثين هو ذلك النشاط المهني للزوجين²، بغض النظر عن مكان أدائه، فيكفي أن يبذل القائم به مجهودا وأن تكون لهذا الأخير آثار. فالمجهود يعد من أهم أركان حق الكد والسعاية الذي استلهم المشرع واحدا من أهم عناصره، ألا وهو العمل الذي يعتبر عنصرا أساسيا لترتيب الحق في السعاية بالإضافة إلى القيمة التي يضيفها إلى رأس المال، إذ أن نصيب الساعي يتحدد بالنظر لمقدار الجهد الذي يبذله، وهذا ينطبق على العمل داخل البيت أو خارجه. وهو ما عللت به المحكمة الشرعية بتزنيته حكمها الصادر سنة 1959³ عند ما اعتبرت العمل الذي تقوم به نساء الأزواج المسافرين من تربية الأولاد ومقابلة أملاكهم كدا وسعاية يخولهن الحق في الاستفادة من مقابل ذلك.

إن هذا الحكم -رغم قدمه- يوسع من دائرة الأعمال التي يخول الاشتغال بها للزوجة الحق في مقابل السعاية، ليشمل العمل البيتي المعبر عنه، بتربية الأولاد، ويعتبر بخصوص ما نحن بصدد مناقشته حكما جريئا ومتميزا ليس بالنظر لزمانه فقط وإنما بالنظر أيضا لزماننا وللأحكام والقرارات الصادرة فيه.

¹ - يلاحظ أن المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 49 من مدونة الأسرة استعمل عبارة " لتنمية أموال الأسرة " بدل عبارة " لتنمية أموال الزوجين " ولعل الغاية واضحة ومتجلية لما يكون عليه واقع الزوجين من تضافر الجهود وتحمل الأعباء لتنمية هذه الأموال، بتفان وكد وتضحية بالوقت والجهد والمال، على اعتبار أن الأموال المكتسبة ملك للأسرة بكافة أفرادها دون تمييز.

² - أحمد اليوسفي، الإثبات على ضوء العمل القضائي الأسري، مرجع سابق، ص 80-81.

³ - بشرى العاصمي، قراءة في قانون الأسرة جرد وتحليل، مجلة المنتدى، العدد الخامس، يوليو 2005، ص 48.

⁴ - جاء في هذا الحكم "... إن العمل جرى بثبوت السعاية للنساء في البوادي خصوصا ما كانت عليه نساء الأزواج المسافرين إلى فرنسا ويتركون أزواجهن يقمن مقامهم بتربية الأولاد ومقابلة أملاكهم..." - أورده الملكي الحسين، من الحقوق المالية للمرأة، نظام الكد والسعاية، مرجع سابق، ص: 209.

وقد ركزت بعض المحاكم في تعليل أحكامها على عنصر عمل الزوجين كمؤشر وضابط للحكم بنصيب مما تراكم من أموال الأسرة،¹ إذ جاء في قرار محكمة الاستئناف بوجدة مايلي: ".... حيث إن الزوج لما نازع في مساهمة زوجته في تنمية باقي ثروته فقد أثبت من جانبه أن بعض ممتلكاته آلت إليه ارثا لاسيما القطعة الأرضية الفلاحية، شأنها في ذلك شأن المنزل الكائن ... وفق رسم الإرث. علما أنه في جميع الأحوال فقد ثبت للمحكمة بموجب وثائق الملف أن الزوجة كونت لنفسها ثروة خاصة بها إبان علاقتهما الزوجية مشكلة أساسا من منزلين اثنين تصرفتهما بالتفويت، وساهمت في تنمية ثروة الزوج في حدود فيلا السعيدية ليس إلا والتي بيعت بمبلغ 400000.00 درهم، وكذا ما تحملته من نفقات الأسرة بإقرار أبنائها، واعتبارا لأهمية دخلها منذ 1982 استأنسا بتقرير الخبرة الحسابية المنجزة على ذمة القضية والتي حددت نسبة مساهمة الزوجة في تنمية ممتلكات الأسرة في الثلثين، فإن المحكمة ترى بأن في الملف ما يبرر رفع مبلغ التعويض وتحديده في 320000 درهم.²

كما أن عدم منازعة الزوج في عمل زوجته طوال مدة زواجهما التي امتدت لقرابة العشرين عاما، ولا في مساهمتها في شؤون البيت والأطفال، وعجز عن إثبات تحمله الكامل لمصاريف الأسرة من مأكول ومشرب وملبس ومصاريف السكن والماء والكهرباء وتعليم الأطفال

¹ - إذ جاء في إحداها مايلي: "... وحيث تمسكت المدعية بكونها ساهمت في تنمية أموال الأسرة بمرود عملها كخياطة أثناء قيام الزوجية بينها وبين المدعى عليه. كما أن المدعى عليه لم ينازع في كونه اكتسب المنزل موضوع الملك المسعى ... ذي الرسم العقاري عدد ... أثناء فترة الزوجية. وحيث صرح الشهود بأنهم يعرفون المدعية تشتغل كخياطة وتبيع بعض الحوائج التي تجلبها لها عائلتها من الخارج، كما صرحت الشاهدتان الثانية والثالثة أنهما كانتا تخططان عند المدعية الملابس والساتر منذ أكثر من عشر سنوات. وحيث إنه وتأسيسا على شهادة الشهود أعلاه ثبت للمحكمة أن المدعية كانت تعمل خياطة أثناء قيام الزوجية بينها وبين المدعى عليه، وأن عملها هذا قرينة على أنها ساهمت في تنمية أموال الأسرة مادام أنه ليس بالملف ما يثبت عكس ذلك. وحيث مادام عرى الزوجية بين الطرفين قد انفصمت فإن المدعية تستحق تعويضا عن المجهودات التي بذلتها في سبيل تنمية أموال الأسرة تقدره المحكمة في إطار سلطتها التقديرية بعد مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة -حكم المحكمة الابتدائية بتازة عدد: 468 في الملف عدد: 07/1368 الصادر بتاريخ 2008/04/24 (غير منشور). كما عللت في محكمة الاستئناف بالدار البيضاء قرارها بما يلي: "... الواقع أن خدمة الزوجة لزوجها وأولادها وانقطاعها عن الدراسة والسفر مع الزوج إلى دولة السعودية أين يعمل مهندسا ومكثها معه هناك ثم رجوعها إلى المغرب بعد سبعة عشر سنة من الغربة، يقتضي اعتبار المجهود المبذول من طرفها لتكوين رأسمال الأسرة، وأن الشقة التي باعها الزوج واستحوذ على ثمنها أضحت من ممتلكات الأسرة، تستحق الزوجة نصيبا من كدها وسعها مع الزوج لتكوين هذه الثروة، ولهذا ارتأت المحكمة تحديده في مبلغ خمسين ألف درهم. - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء صادر بتاريخ: 2009/03/04 في ملف عدد: 07/1507. (غير منشور).

وتجدر الإشارة إلى أن الحكم الابتدائي قضى برفض طلب الزوجة باستحقاق نصف العقار موضوع النزاع لعدم إدلائها بحجج تثبت مساهمتها في العقار المطلوب قسمته.

² - قرار محكمة الاستئناف بوجدة عدد: 2013/810 صادر بتاريخ: 2013/06/19 في ملف عدد: 11\109. (غير منشور)

وتطبيهم، فضلا عن إقراره بأخذهما لقرضين باسمهما معا. كما أن الخبرة الحسابية التي أمرت بها المحكمة تبين أن دخل الزوج لا يكفي للتكفل بمصاريف الأسرة وبناء منزل، ولهذا تكون المدعية قد ساهمت فعليا في تنمية ثروة زوجها بعملهما المشترك، ومن ثم فهي محقة في طلب نسبة من الثروة التي حققها معا خلال الحياة الزوجية، وتقدرها المحكمة في نصف المنزل موضوع الرسم العقاري.¹

كما أبرم المجلس الأعلى² قرارا قضى بأحقية الزوجة فيما تراكم من أموال بعلة أن ما قامت به من أعمال إلى جانب زوجها واستخلاص واجبات الكراء من المكثرين، ومراقبة عملية بناء المنزل المملوك للطاعن يشكل مساهمة في تنمية أموال الأسرة.

2: تقدير المحكمة لمجهود وأعباء الزوجين

إن أهم ما يمكن تسجيله هنا، غياب تحديد نوع المجهود والعبء المعتبر مساهمة في تنمية أموال الأسرة، وهل ما تتحمله الزوجة بشكل يومي ودؤوب يندرج ضمن ذلك؟.

الرأي في اعتقادنا أنها داخلة في هذا المعنى، فالمقصود هنا بالدرجة الأولى الخدمات والإسهامات والمجهودات التي تتحملها الزوجة في بيت الزوجية، سواء تعلق الأمر بأعمال المطبخ وما يستتبعه أم تعلق الأمر بتربية الأبناء والقيام بشؤونهم، وكذا السهر على نفقات البيت وتسييرها وذلك كله بحكم الواقع والغالب، لأن مثل هذه المجهودات تقوم بها الزوجة حسب العادة والمعتاد، وكل هذه الإسهامات والأعباء من شأنها أن تنهي أموال الأسرة.

ولإزالة اللبس تم اقتراح تعديل صياغة الفقرة الأخيرة من المادة 49 أثناء مناقشتها في البرلمان لتصبح كالآتي: "...مع مراعاة ما قدمه من مجهودات لتنمية أموال الأسرة، بما في ذلك القيام بأعباء البيت"،³ غير أنه لم يأخذ به.

وبطبيعة الحال فإن تقدير المجهود أو العمل متروك للمحكمة التي عليها أن تقدر مدى المجهود ونوعه وأثاره على ما تحقق من كسب خلال فترة الزواج.⁴ فالقضاء في إطار سلطته

¹ - حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية ببركان صادر بتاريخ: 2010/01/07 في ملف عدد: 08\82. (غير منشور)

² - قرار المجلس الأعلى عدد: 520 في ملف شرعي عدد: 2008/1/2/80 الصادر بتاريخ: 2009/10/21. (غير منشور)

³ - تقدم بهذا التعديل الفرق النيابية التالية: الفريق الاشتراكي، التحالف الاشتراكي، الفريق الاستقلالي للوحدة والتعادلية، فريق الاتحاد الديمقراطي، فريق التجمع الوطني للأحرار، جبهة القوى الديمقراطية.

حول مضمون هذا المقترح يراجع: تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة عن دورة أكتوبر 2003، طبع مصلحة الطباعة والتوزيع بمجلس النواب، ص: 94.

⁴ - وزارة العدل، الدليل العملي لمدونة الأسرة سلسلة الشروح والدلائل العدد الأول، مطبعة فضالة المحمدية، طبعة 2004، ص: 45.

التقديرية لا ينبغي أن يقصر نظره على الأعباء ذات المردودية المادية مباشرة وإنما كذلك الأعباء والمجهودات التي أدت إلى إسعاف الطرف الآخر وتوفير الراحة¹ وكذلك الأعباء التي تتحملها الزوجة على طول الحياة الزوجية.

لكن رغم كل ما سبق فإن توجه العمل القضائي يسير في منحى آخر، إذ أصبح واضح المعالم حينما يتعلق الأمر بمساهمة الزوجة العاملة أو ذات دخل موسمي حيث يراعي عملها ومدى مساهمتها في تنمية أموال الأسرة،² فإدلاء الزوجة بتواصل أداء كراء الشقة، وأداء واجب الماء والكهرباء، وأداء فاتورة الخط الهاتفي، وإدلائها بما يفيد مساهمتها في واجبات تلميذ بناتها، وبما يفيد مساهمتها في أشغال تهيئة كهرباء الفيلا، يجعل مساهمتها في تنمية أموال الأسرة ثابتة طبقاً للقواعد العامة للإثبات، ولو أنها لم تدل بما يفيد وجود اتفاق على تدبير الأموال المكتسبة أثناء فترة الزوجية، علماً أن الزوج لم يثبت تملكه للعقارات المسجلة في اسمه

¹ - فاطمة مدرك، الواقعي والقانوني في تدبير ممتلكات ونفقة الزوجة من خلال ملفات المحاكم، تحديات مفترضة في وجه النصوص، أشغال اليوم الدراسي الذي نظمته الجمعية الوطنية للحضن تحت عنوان من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة أي جديد، دون ذكر المطبعة، الطبعة الأولى 2005، ص 127.

² - وفي هذا الصدد قضى قسم قضاء الأسرة بإبتدائية الدار البيضاء، على المدعي عليه (الزوج) بأدائه لفائدة المدعية (مطلقة) مبلغ 150000 درهم كتعويض عن مساهمتها بعملها ومجهوداتها لتنمية الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج، معتمداً على شهادة الشهود الذين أكدوا أن الزوجة كانت تعمل ببيت الزوجية وكذلك على إقرار الزوج بأنه تسلم منها مبلغ 10000 درهم بالإضافة على مدة الزواج التي ناهزت 34 سنة.

-حكم عدد 4478 في ملف رقم 04/685 المؤرخ في 2006/04/24 سبق الإشارة إليه في الصفحة 63 الهامش رقم 2. وفي نفس الاتجاه سارت ابتدائية إنزكان حيث قررت أن عمل المدعية كطابخة في الأعراس والحفلات كما هو ثابت من شهادة النسوة اللواتي أكدن عمل الزوجة عندهن وعند غيرهن في أعمال الطبخ يشكل مساهمة ظاهرة في ثروة زوجها

-حكم عدد: 1386 في ملف عدد: 04/565 مؤرخ في: 2005/10/05. (غير منشور) وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم تم استئنافه من طرف المدعي عليه، الذي ركز في عريضة الاستئناف على عدم توافر المستأنف عليها على عمل مكسب وأنها لم تكن تغادر البيت وأن طلبها يفتقر إلى أهم أركان الكد والسعاية وهو بذل الجهد في العمل وأن يكون لهذا العمل مردود، ذلك أنها كانت ربة بيت ولم تقم بأي عمل مادي أو فكري يدر عليها دخلاً وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم معتمدة على نفس الحجج والأدلة التي استند إليها الحكم الابتدائي.

- قرار عدد: 06/356 ملف عدد: 05/855 المؤرخ في: 2006/04/18. (غير منشور). لكن الزوج المدعي عليه لم يرقه هذا الحكم وطعن فيه بالنقض مستنداً من بين ما استند إليه خرق المحكمة لمقتضيات المادة 49 لكون حق الكد والسعاية لا يمكن إثباته إلا ببينة مستوفية للشروط الشكلية والموضوعية، وأن ما أدلت به المطلوبة هو عبارة عن قائمة أسماء شهود....

أجاب المجلس الأعلى على هذه الوسيلة بقوله: "لكن حيث إن مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 49 تنص على أنه يحق للمحكمة مراعاة... والمحكمة الابتدائية المؤيد حكمها إستئنافاً لما أجرت بحثاً في القضية استمعت خلاله إلى مجموعة من الشهود... وأكدوا أن المطلوبة كانت تشتغل كطابخة في الأعراس واعتبرت تبعاً لذلك أن المطلوبة ساهمت في ثروة زوجها وتستحق عن كدها وسعها هذا جزءاً من ثروته والذي حددته في الثلث تكون قد استعملت سلطتها في تقدير الحجج وبنتها على المعطيات السالفة ذكرها وطبقت مقتضيات المادة المحتج بها تطبيقاً سليماً وجاء بذلك قرارها سليم التعليل، مما يجعل ما أثير غير جدير بالاعتبار".

- قرار المجلس الأعلى عدد 479 في ملف شرعي عدد 2006/01/02/624 المؤرخ في 2007/09/26 (غير منشور).

قبل إبرام عقد الزواج¹ كما أن مساهمة الزوجة في إصلاح المنزل الزوجي بعد تضرر أرضيته وانزلاقها كما تحملت تكاليف لإعداده للسكن تتمثل بالخصوص في أشغال تقوية الأرضية والنجارة و.... يغول لها الحق في التعويض².

لكن لم يقل بعد كلمته الصريحة بخصوص ربات البيوت، إذ جل الطلبات التي تتقدم بها الزوجات اللاتي ليس لهن عمل سوى داخل بيت الزوجية تجابه بعدم القبول، كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالدار البيضاء الذي قضى بعدم قبول طلب المطلقة الرامي إلى الحكم لها بنصيب في الشقة التي يمتلكها الزوج والمسجلة في ذمته، بعله أن الزوجة لم تثبت مساهمتها في هذه الشقة رغم ادعائها ادخار المال من مصاريف البيت لأجل مساعدة الزوج في شرائه للشقة محل النزاع³ كما قضت في حكم آخر برفض الطلب لكون المدعية لم تدل بما يثبت ممارستها لأي مهنة ومساهمتها في تنمية الأموال⁴.

وفي قضية أخرى عرضت المدعية أنها تزوجت بالمدعى عليه منذ سنة 1974 وأنها كانت تتمتع بوضعية مادية ومهنية جيدة لمقارنة بوضعيته، الذي كان مرتباً في الوظيفة العمومية في السلم الثاني، الأمر الذي دفعها إلى تحمل الأعباء الإضافية لوحدها نظراً لعجز زوجها المادي وضعف أجره، وأن امتلاكه لعدة عقار وارصد بنكية كان بمشاركتهما واعتماداً على أجرتهما وما بذلته من مجهودات لتنمية أموال الأسرة، وأنها باعت حلما ذهبي لاقتناء القطعة الأرضية التي بنيت عليها الفيلا في مدينة السعيدية، وأنها شاركتها في دفع الأقساط لبنائها، وأن المدعى عليه عمد إلى بيع الفيلا دون علمها رغم أنها شريكة له بالنصف، فضلاً عن عملها داخل البيت وتحمل الأعباء العائلية، مساهمة في الأملاك المسجلة باسمه، مطالبة بنصف الممتلكات المكتسبة مدة الزواج. ولقد قضى لها الحكم الابتدائي بتعويض إجمالي قدره مائتان وخمسون ألف درهم⁵.

¹ - قرار محكمة الإستئناف بفاس عدد: 2010/34 في ملف عدد: 7/08/881 المؤرخ في: 2010/1/22 ..

² - حكم المحكمة الابتدائية بالناظور عدد: 2012/11/2499 المؤرخ في: 2014/12/22 (غير منشور).

³ - حكم عدد 1250 في ملف عدد: 06/5828 المؤرخ في: 2007/03/15. (غير منشور).

- انظر في نفس الاتجاه الحكم عدد: 1890 في ملف عدد: 07/33/177 المؤرخ في 2007/04/18 صادر عن قسم قضاء الأسرة بالدار البيضاء. (غير منشور).

⁴ - حكم عدد 4776 صادر عن قسم قضاء الأسرة بابتدائية الدار البيضاء في ملف عدد: 06/ 5660 المؤرخ في: 2007/10/04. (غير منشور).

⁵ - حكم قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بوجدة صادر بتاريخ: 2010\10\07 في ملف عدد: 08\1162. (غير منشور)

ونعتقد أنه لا يمكن تحقيق ما رامت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 49 أمام تشبث القضاء في عدم مراعاته للأعمال والمجهودات المبذول داخل البيت عند تقدير نسبة المساهمة في أموال الأسرة، ولذلك تبقى إعادة صياغة هذه الفقرة أمراً ضرورياً.

الفقرة الرابعة : ملاحظات حول صياغة المادة 49 من المدونة

إن صياغة المادة 49 من مدونة الأسرة والمتعلقة بتدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج تقتضي منا إبداء الملاحظات التالية:

أ. لقد أخرجت مدونة الأسرة من دائرة نصوصها حق المرأة في الكد والسعاية كما نادى به العديد من فقهاء المالكية في المغرب وكما أكده القضاء في قراراته وأحكامه وكما نادى به كل المهتمين بشؤون الأسرة ودعوا إلى ضرورة مواكبة المدونة لمقتضيات التحديث مع الحفاظ على طابع الأصالة المستمد من شريعتنا الإسلامية.

ب. سمحت مدونة الأسرة للزوجين بإبرام عقد بينهما مستقل عن عقد الزواج يتوافقان من خلاله على طريقة تدبير الأموال التي سيتم اكتسابها أثناء قيام الزوجية ويتم التراضي أيضاً بين الزوجين على كيفية استثمار هذه الأموال وكيفية تقسيمها، فالزوجين أحرار في تحديد شروط وأثار التصرفات القانونية ذات الطابع المالي والواقع أن المشرع سمح للزوجين المتعاقدين بالقيام بتصرف هو أصلاً مباح، ويجوز القيام به من غير التنصيص عليه لأن هذه التصرفات لا تتصل بالنظام العام والآداب فلا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها. كما أنها ليست من الشروط المنافية لعقد الزواج ولا لآثاره.

ج. إن مسألة الاستفادة من الثروة المكتسبة أثناء الحياة الزوجية تطرح بالنسبة للزوجة أكثر مما تطرح بالنسبة للزوج لذلك نرى بأن المشرع لا يوفر حماية كافية للزوجة في أن يكون لها نصيب في ثروة الزوج والتي تكون قد ساهمت بشكل أو بآخر في تنميتها سواء بالعمل داخل بيت الزوجية أو خارجه ما دام ذلك ليس حقاً للزوجة بمقتضى قاعدة قانونية ملزمة، ومن ثم يتعين على الزوجة أن تضمن حقوقها بإيراد شروط اتفاقية في عقود أخرى غير عقد الزواج.

ومن الناحية الواقعية نادراً ما تلجأ الزوجة إلى شروط اتفاقية لضمان حقوقها لاعتبارات اجتماعية وأخلاقية (الحشمة..... الغفلة..... الجهل.....) كما أن ظروف الحياة الزوجية العادية لا تقتضي التفكير في الأسوأ، ولنا في الفصل 38 من مدونة الأحوال الشخصية خير مثال

على تعطيل مقتضياته منذ وضعه سنة 1957 إلى تاريخ إلغاء مدونة الأحوال الشخصية سنة 2004، إذ قلما نجد امرأة تشترط على زوجها في عقد الزواج الاشتغال في المصالح العامة للبلاد.

د . ما جدوى تذكير الشاهدين العدلين بمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة للزوجين المقبلين على إبرام عقد الزواج مادام اتفاقهما على تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء الحياة الزوجية لا يتم التنصيب عليه في صلب عقد الزواج بل في وثيقة مستقلة كما ورد في الفقرة الثانية من هذا الفصل؟

وإذا أصر الزوجان على تضمين عقد الزواج الاتفاق على كيفية الاستفادة من الأموال فهل يعتبر مثل هذا العقد باطلا؟ بطبيعته الحال لا يمكن الحديث عن البطلان لأن مثل هذا الاتفاق لا يبطل العقد بصفة قطعية! ولذلك كان أخرى بواضعي النص ترك الحرية للمتعاقدين تضمين هذه الاتفاقات والشروط في صلب العقد أو في اتفاق لاحق.

هـ . تنص المادة 49 في فقرتها الأخيرة على أنه: "إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

نستنتج من هذه الفقرة بأنه في حالة عدم وجود الاتفاق بين الزوجين على كيفية تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية فإن المحكمة عند قيام النزاع تطبق القواعد العامة في الإثبات، ويترتب على ذلك ضياع حقوق المرأة نتيجة الاحتكام إلى القواعد العامة في الإثبات، إذ يصعب عمليا في العديد من الحالات إثبات الحق في ممتلكات زوجها أو حتى في أثاث بيت الزوجية.

وفي هذا الصدد أورد العلامة الخرخشي: أن الزوجين إذا تنازعا في الغزل الذي في البيت (أي بيت الزوجية) قبل الطلاق أو بعده فقال الرجل هو: لي، وقالت المرأة بل هو لي، ولا بينة لأحدهما فإنه يقضى به للمرأة بعد حلفها... وقال ابن القاسم النسج للمرأة وعلى الزوج البينة، إن الكتان والغزل كانا له فإن أقام البينة كانت شريكته فيهما بقدر قيمة نسجها وهو بقدر كتانه وغزله¹.

"ويستفاد من النصوص الفقهية أن الزوجة شريكة للزوج بقدر عملها سواء وقع النزاع بينهما أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد الانفصال... ومتى عجزت عن إقامة البينة فإن من ادعى

¹ - أبي عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، الطبعة الثانية المطبعة الأميرية، مصر، سنة 1317 هـ، ص 301.

منهما الاختصاص بشيء فعليته إثباته وإلا كانا شريكين كل بقدر عمله... ويدخل في ذلك كل ما تقوم به المرأة اليوم من خدمات في القطاع العام أو في القطاع الخاص وما تساهم به في توفير الظروف الملائمة لزوجها بالامتلاك والاكتساب¹.

و. والملاحظة الأخيرة تتعلق بما سماه المشرع "الأموال التي ستكتسب" فهل يعني هذا أن الأموال التي لم تكتسب خلال فترة الزواج لا حق للطرف الآخر في أخذ نصيب منها؟ فإذا حافظت الزوجة أو الزوج على ممتلكات شريك حياته بالصيانة والعناية والتدبير كما إذا قامت الزوجة بخدمة الزوج والأولاد والبيت ووفرت كل السبل من أجل الحفاظ على هذه الممتلكات... فإنه يحق لنا التساؤل عن أحقية الزوجة في المطالبة بحقوقها في الأموال التي حافظت عليها ولم يتم اكتسابها خلال الحياة الزوجية خاصة عند وقوع الطلاق أو عند الوفاة. فقيام الزوجة بالأعمال المنزلية ينبغي أن يتم في إطار مبدأ توزيع المسؤوليات والاستفادة المشتركة من الحقوق².

ونختم هذا المطلب بالمطالبة بإعادة النظر في مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، بحيث يضمن للزوجة حق الكد والسعاية وأن يستفيد الزوجان من توزيع الثروة التي اشتركا في اكتسابها بعد الفقرة أو الوفاة بمقتضى نص تشريعي أمر، وترك المجال للإرادة في تدبير المقتضيات المرتبطة بكيفية الاستفادة.

¹ - عبد السلام حادوش، مرجع السابق، ص 387.

² - أحمد الخليلي، مرجع السابق، ص 255.



الباب الثاني
انحلال الرابطة
الزوجية



تعتبر مؤسسة الزواج من أعظم المؤسسات التي أولت لها الشريعة الإسلامية عناية كبيرة وعملت على تنظيمها تنظيمًا دقيقًا، إذ جعل الشارع الحكيم الزواج ميثاقًا غليظًا قائمًا على أسس المودة والرحمة والتساكن انطلاقًا من قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْتَبِرُونَ﴾¹ وإذا زالت دعائم المودة والمحبة والرحمة بين الزوجين وأصبحت الرابطة الزوجية بلاء وشرا وحلت الكراهية والبغضاء محل المحبة والصفاء والود الأمر الذي قد يؤثر سلبًا على الاستقرار المنشود فإن التسريح بالإحسان يبقى الحل المناسب للطرفين مصداقًا لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ سَاكُنَا بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِحْ بِإِحْسَانٍ﴾².

فالإسلام لم يدعو إلى الطلاق وإنما شرعه كعلاج لإنهاء الخلافات المستحكمة بين الزوجين فقد أرشد الله عز وجل عند الخوف من وقوع الشقاق إلى وجوب بعث حكمين، حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة لمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين باستقصاء أسباب الخلاف مصداقًا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَبَاعِثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّيهِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾³.

فالإسلام يعمل على حماية الأسرة وإنقاذ مؤسسة الزواج من الانهيار، وإذا فشلت المحاولة الصالحة فإن الله شرع الطلاق ليتجنب كل من الزوج والزوجة المفساد الناتجة عن بقاء علاقة غير مرغوب فيها، ولذلك فالطلاق يتم الالتجاء إليه عندما تصبح الحياة الزوجية جحيمًا لا يطاق، فيكون هو المخرج لرفع الضيق "إذ لا يكلف الله نفسًا إلا وسعها" وصدق الله العظيم في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَّبِعْ قَا يُغْنِ اللَّهُ كَلًّا مِّنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾⁴.



¹ - سورة الروم، الآية 21.

² - سورة البقرة، الآية 229.

³ - سورة النساء، الآية 35.

إن المشرع المغربي جاء بمستجدات هامة في القانون رقم 70.03 المعتبر بمثابة مدونة الأسرة¹ فمدونة الأسرة لسنة 2004 عمدت إلى تقليص إرادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية وإقامة نوع من التوازن في هذا الإنهاء من خلال توسيع مجال التطليق مقابل الطلاق الذي يملكه الزوج.

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ إدريس حمادي: "أما الكتاب الثاني الخاص بانحلال ميثاق الزوجية وأثاره، فيلاحظ أن المدونة لما كانت تنطلق من فلسفة إسلامية عبر عنها الرسول الكريم في جوامع كلمه بقوله: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» من حيث كان الطلاق رغم إباحته تركا لما يقدم به النسل في الوجود، وتركاً لإقامة مطلق الألفة والمعاشرة، وتركاً للحممة من اللحم التي توحد بين العائلات، فكان التخلي عنه بهذه الاعتبارات أولى من فعله رغم حليته، إلا أن يكون المعارض للترك أقوى كالشقاق وعدم إقامة حدود الله..."².

ووفقاً لنصوص مدونة الأسرة الجديدة فإنه لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو التطليق إلا استثناء وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين لما في ذلك من تفكيك للأسرة والأضرار بالأطفال كما تقضي بذلك المادة 70.

وطبقاً للمادة 71 من مدونة الأسرة فإن الرابطة الزوجية تنحل إما بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع، والطلاق وفقاً للمادة 78 أصبح حقاً للزوج والزوجة معا كل بحسب شروطه وتحت مراقبة القضاء وطبقاً لأحكام هذه المدونة، وتم إخضاع مسطرة الطلاق والتطليق لشروط وإجراءات قضائية من شأنها حماية جميع مكونات الأسرة زوجاً وزوجة وأطفالاً، وذلك من خلال منح القضاء الأسري صلاحيات واسعة بإخضاع جميع صور الإنهاء للرابطة الزوجية للرقابة والتدخل الإيجابي سواء أثناء جريان الدعوى أو عند النطق بالحكم وما ينجم عن ذلك من آثار هامة.

وعلى ضوء ما سبق سنوزع الدراسة في هذا الباب إلى أربعة فصول على الشكل التالي:

الفصل الأول: أحكام الطلاق

الفصل الثاني: أسباب انتهاء الرابطة الزوجية

الفصل الثالث: آثار انحلال الرابطة الزوجية

¹ - الظهير الشريف رقم: 1-04-22 الصادر بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد: 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004 ص 418.

² - ذ. إدريس حماني: "البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة"، مطبعة افريقيا الشرق بالدار البيضاء، طبعة 2005، ص 181.

الفصل الأول

أحكام الطلاق

إن البحث في أحكام الطلاق يتطلب بيان معناه، والحكمة من تشريعه، مع الإشارة إلى صاحب الحق فيه، ومدى إمكانية تقييد هذا الحق عن طريق القضاء، مع ذكر الشروط الواجب توافرها فيه، كما يتطلب منا الكلام عن أنواعه، ومن تم تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على الشكل التالي:

المبحث الأول: تعريف الطلاق وحكمة مشروعيته

المبحث الثاني: صاحب الحق في الطلاق وإمكانية تقييده قضاء

المبحث الثالث: شروط إيقاع الطلاق

المبحث الرابع: أقسام الطلاق

المبحث الأول: تعريف الطلاق وحكمة مشروعيته

نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول منهما التعريف بالطلاق، وفي الثاني حكمة مشروعيته.

المطلب الأول: تعريف الطلاق

الطلاق لغة: حل الوثاق، وهو مشتق من الإطلاق، وهو الإرسال والتترك، يقال: فلان طليق اليد بالخير- أي كثير العطاء والبذل¹. كما يطلق في اللغة على رفع قيد النكاح.

وقد عرف الفقهاء الطلاق بأنه: "حل رابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص، أو ما يقوم مقامه في الحال أو المآل"².

وقد عرفت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الطلاق في الفصل 44 بقولها "الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع من الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القضاء".

أما مدونة الأسرة فقد عرفت الطلاق في المادة 78 بأنه: "حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقاً لأحكام هذه المدونة". ويعرفه الأستاذ أحمد الخمليشي بقوله: "الطلاق هو فسخ رابطة الزوجية وإنهاؤها بحكم قضائي أو بتوقيع الزوج أو الزوجة"³.

وهكذا ينتهي عقد الزواج الصحيح بالطلاق، ومن ثم فكل عقد زواج توفرت فيه كافة شروطه القانونية لا ينتهي في حياة الزوجين إلا بالطلاق⁴.

ومن هنا يتعين التمييز بين الطلاق والفسخ، فالطلاق يكون كما قلنا في الزواج الصحيح بينما فك الرابطة الزوجية عن طريق الفسخ يكون في الحالة التي يختل فيه شرط من شروط

¹ - انظر الشوكاني، في نيل الأوطار، ج 7، ص 3.

² - ذ. محمد نيل سعد الشاذلي، "أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، طبعة 1989، ص 243.

³ - ذ. أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية الجزء الأول، الزواج والطلاق، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثالثة، 1994، ص 262.

⁴ - ذ. أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 299.

صحة الزواج طبقا للمادتين 60 و61 من مدونة الأسرة، ومنه ما يفسخ قبل البناء ويصح بعده، ومنه ما يفسخ قبل البناء وبعده (المادة 59 من المدونة).

وطبقا للمادة 60 من المدونة فإن الزواج الفاسد "يفسخ قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوافر في الصداق شروطه الشرعية، ويصح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين".

وحددت المادة 61 حالات الفسخ عند ما يكون الزواج فاسدا لعقده قبل البناء وبعده، وذلك في الحالات الآتية:

1- إذا كان الزواج في المرض لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج.

2- إذا كان قصد الزواج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا.

3- إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه.

ويعتد بالطلاق أو التطليق الواقع في الحالات السابقة قبل صدور الحكم بالفسخ.

المطلب الثاني: الحكمة من تشريع الطلاق وحكمه في الشريعة الإسلامية

لقد بنى التشريع الإسلامي مختلف مؤسساته الشرعية على مجموعة من الأحكام ذات الغايات والمقاصد المحددة، ولذلك فإن تشريع الطلاق قد بني على حكمة عظيمة تتولى بيانها في النقطة الأولى من هذا المطلب، كما أنها تتوازن مع حكمه في الشريعة الإسلامية على نحو ما سنبينه في الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى: الحكمة من تشريع الطلاق

شرع الطلاق في الإسلام لحكم كثيرة نذكر منها ما يأتي:

1- الأصل في الشريعة الإسلامية أن الزواج شرعه الله تعالى على وجه البقاء والاستمرار والدوام من أجل تأسيس الأسرة التي هي الخلية الأولى في المجتمع. ولذلك لا ينعقد على وجه التأقيت كما سبق بيان ذلك، ولكن قد تتنافر القلوب بين الزوجين وتختلف طباعهما ويدب الخلاف ويستحكم أمره، بل قد يكيد كل منهما للآخر، ويتعذر الوفاق في ظل هذا الشقاق¹

¹ - محمد نبيل سعد الشاذلي، المرجع السابق، ص 244، وانظر أيضا محمد ابن معجوز المزغراني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة بالدار

وتتحول حياتهما إلى جحيم لا يطاق. ولذلك كان الطلاق سبيلا ومخرجا من هذا الضيق، وصدق الله العظيم في قوله الكريم ﴿وَإِنْ يَتَّبِعْ قَا يُغْضِ اللَّهُ كَلَّا مِّنْ سَعَتِهِۦ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ۝١﴾¹.

2- قد يهمل احدهما صاحبه ويبحث عن المتعة عند غيره، وتصبح الحياة الزوجية وسيلة إلى كثيرة من الشرور والآثام بعد أن كانت سياجا لشرف الزوجين وعفافهما، فكان الطلاق الذي شرع خلاصا للزوجين من المفاسد والشرور.

وهناك أسباب اجتماعية عديدة لا تتوافر معها المحبة بين الزوجية ولا يتحقق معها التعاون المنشود والقيام بالحقوق الزوجية كما أمر الله تعالى.

الفقرة الثانية: حكم الطلاق

لقد اتفق الفقهاء المسلمون أمام الإمكانية الشرعية في إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق على عدم اللجوء إليه إلا عند الحاجة والضرورة، ثم اختلفوا بعد ذلك هل هو مباح أو محظور؟

ويمكن تلخيص آراء الفقهاء في هذه المسألة وإرجاعها إجمالا إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وخلاصته أن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أبغض الحلال إلى الله هو الطلاق»²، وقوله صلى الله عليه وسلم «أبغض امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»³، وقوله أيضا «تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتزله عرش الرحمان».

الاتجاه الثاني: وهو يرى أن الطلاق مباح، واستدلوا بقوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ

إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ۝٤﴾⁴، وقوله تعالى ﴿بَطِّلْفُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ۝٥﴾⁵.

البيضاء، 1994، ص 169. محمد علي محجوب، الأسرة أحكامها في الشريعة الإسلامية، ط 1983، مطبعة دار الحرية بالقاهرة، ص 338.

1 - سورة النساء الآية 130.

2 - رواه أبو داود وابن ماجة، انظر سنن أبي داود الجزء الثاني، ص 254، الحديث رقم 2178.

3 - نبيل الأوطار للشوكاني، ج 7، ص 2.

4 - سورة البقرة، الآية 236.

5 - سورة الطلاق، الآية 1.

ونعتقد بأن الأصل في الطلاق هو الحظر لأن الأصل في الزواج هو الدوام والبقاء، والطلاق ينتج عنه ضرر بلا أدنى شك، وقد حرم الإسلام كل ما يؤدي إلى الضرر، يقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»، وإن الطلاق ما هو إلا تشريع استثنائي لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة القصوى وليس أمراً مباحاً يستعمله الزوج متى أراد.

ويعتري الطلاق الأوصاف الآتية من الوجوب والإباحة والحرمة والندب والكراهية، وذلك على الشكل التالي:

أ- يكون الطلاق مكروهاً إذا أوقعه الزوج من غير سبب يضطره إليه أو دافع يدفعه إلى إيقاعه.

ويكون واجباً كما في اللعان، حيث يتهم الزوج زوجته بالزنا أو بالحمل أو الولد ليس منه وتنكر هي ذلك، وكما في الزواج الفاسد الذي يتعين فسخه.

ب- ويكون مندوباً، ويمثل له بما إذا فرطت الزوجة في حقوق الله تعالى، وعجز الزوج عن إجبارها ولم تستجب لتوجيهات زوجها.

ج- ويكون مباحاً، إذا وجدت مبررات للطلاق وساء خلق الزوجة مع زوجها الإساءة التي لا تحقق الاستقرار في الأسرة.

د- ويكون حراماً، إذا كان الطلاق على خلاف السنة، كما إذا كان الطلاق بدعياً، كالطلاق أثناء الحيض، يضاف إلى ذلك إذا لم تكن الحاجة داعية إليه كما رأينا.

المبحث الثاني : صاحب الحق في الطلاق وإمكانية تقييده قضاء

ونقسم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نخصص الأول لصاحب الحق في الطلاق وتتناول في الثاني إمكانية تقييده عن طريق تدخل القضاء.

المطلب الأول : صاحب الحق في الطلاق

باستعراض النصوص الشرعية التي وردت في الطلاق نجد أنها تدل دلالة صريحة على أن الطلاق حق للزوج وحده يوقعه بإرادته المنفردة. ومن هذه النصوص قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّفُوهُنَّ لِعِذَّتِهِنَّ﴾¹، وقوله سبحانه ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ﴾²، وقوله تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾³، وقوله عز وجل ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ بِاسْتِبْدَالِ زَوْجٍ مِّمَّا كَانَ زَوْجٌ وَآتَيْتُمْ إِخْبَارَهُنَّ فَنطَارَأَ فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً﴾⁴. وما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»⁵، وهذا ما عليه عمل الصحابة أمام رسول الله صلى الله عليه وسلم دون اعتراض منه، إلا عند مخالفة شروط الطلاق أو أحكامه... فهذه النصوص وغيرها تدل دلالة على أن مالك الطلاق هو الزوج.

والحكمة في جعل الطلاق حقاً للزوج دون الزوجة كما تذهب إلى ذلك جل المؤلفات التي تناولت موضوع الطلاق ترجع إلى كون الرجل يقدر ظروف الطلاق وأسبابه وعواقبه أكثر من المرأة، "فلو جعل الطلاق بيد المرأة لاضطربت الحياة الزوجية ولما استقر لها قرار لسرعة تأثرها وانفعالها واندفاعها وليس هناك ما يحملها على التروي والأناة..."⁶، "وإن كنا لا ننكر أن من الرجال من هو أشد تأثراً وأسرع انفعالا من بعض النساء، وأن من النساء من هن ذوات عقل

¹ - سورة الطلاق، الآية 1.

² - سورة البقرة الآية 236.

³ - سورة البقرة الآية 231.

⁴ - سورة النساء الآية 20.

⁵ - نيل الأوطار، للشوكاني، ج 6، ص 238.

⁶ - يوسف قاسم، ص 279.

وقدرة على ضبط النفس حين الغضب، ولكن ليس هذا هو الشأن، وليس هو الكثير الغالب، والتشريع إنما يبني على الغالب¹. كما أن الطلاق ترتب عنه تبعات مالية وتقع على الرجل مغارم كثيرة منها دفع مؤخر الصداق، ووجوب النفقة للمطلقة في فترة العدة، والمتعة وغيرها من الآثار المالية.

والشريعة الإسلامية لم تهمل جانب المرأة وحققها في إنهاء الرابطة الزوجية وذلك عندها يملكها الزوج ذلك أن يفوض لها فيه²، أو تطلب التطلاق إذا وجد سبب يدعو إلى إنهاء هذه الرابطة بحكم قضائي³، ولها الحق أن تفتدي نفسها من الزوج الذي لا تريد البقاء معه⁴ وهو ما يسمى بالخلع، أو بالاتفاق⁵ أو للشقاق⁶.

ومعلوم أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة قبل تعديلات 1993 كانت تجعل الطلاق بيد الزوج يوقعه بإرادته المنفردة، ولم تكن هناك قبل التعديل أي رقابة قضائية على شرعية الطلاق ما عدا ما نص عليه الفصل 47 من كون الزوج الذي يطلق زوجته وهي حائض يجبره القاضي على الرجعة، وإن كان هذا النص عديم الفائدة من الناحية العملية، كما أن المدونة لم تكن تتضمن أي إجراءات عملية يمكن بمقتضاها للمطلقة الحصول على حقوقها الناجمة عن هذا الطلاق⁷.

المطلب الثاني : تقييد الطلاق عن طريق القضاء

إن الطلاق كما سبق ذلك، من حق الزوج بالكتاب والسنة والإجماع، ولكن بالمقابل لم يرد نص صريح في الكتاب أو السنة بعدم جواز تدخل القضاء للحكم بالطلاق. وأن حق الزوج هذا لا يعتبر حقا مطلقا، وإنما يجب عليه استعماله في حدود الشرع، بحيث إذا خالف أحكام الشريعة الإسلامية يعتبر لا غيا ويعد طلاقا بدعيا. بل هناك من الفقهاء من نادى بجعل الطلاق كله بيد القاضي. ومن ثم يتعين رفع دعوى أمام المحكمة التي يكون لها سلطة تقديرية في الاقتناع أو عدمه بوجاهة الأسباب الداعية إلى الطلاق، وبذلك نسوي بين الرجل والمرأة في

¹ - محمد علي محجوب، ص 347.

² - راجع المادة 89 من مدونة الأسرة.

³ - راجع المادة 98 من مدونة الأسرة.

⁴ - راجع المادة 115 من مدونة الأسرة.

⁵ - راجع المادة 114 من مدونة الأسرة.

⁶ - راجع المواد: 94 و 95 و 96 و 97 من مدونة الأسرة.

⁷ - أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 296.

الطلاق، ونضمن استقرار الأسرة وعدم إساءة الرجل استعمال هذا الحق. فالعقد الذي تبرمه إرادتان لا تبطله الإرادة المنفردة¹، كما أن الوازع الديني ضعف لدى الناس الأمر الذي جعل الأزواج يقدمون على الطلاق بدون داع ولا مراعاة لحدود الله تعالى، وأن أغلب حالات الطلاق كانت نزوات طائشة وثورة عصبية عابرة دون تفكير في عواقب الأمور ونتائجها الخطيرة على كيان الأسرة، كما أن أغلب القوانين المقارنة جعلت الطلاق بيد القضاء، غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد بدعوى أن النصوص الشرعية الثابتة والتي سبقت الإشارة إليها تعطي للزوج حق الطلاق، ومن ثم لا يجوز للقاضي التدخل إلا إذا تدخل من أجل رفع الظلم الذي لحق الزوجة، وأن جعل الطلاق بيد القضاء يكشف عن أسرار الحياة الزوجية ويكون ذلك أمرا مشاعا ومدونا في محاضر الجلسات يطلع عليها الجميع. كما أن إرغام الزوج بالإبقاء على زوجة لا يريد لها شريكة لحياته فيه ضيق وحرَج شديد بعد انقطاع حبل المودة والتساكن. فبعد رفض طلب الزوج بالطلاق فإن القاضي لا يحل المشكلة بل يزيد لها تعقيدا وعمقا واتساعا «وكأن القانون بذلك يفرض على الأفراد التورط في أوضاع اجتماعية شاذة مذمومة»².

وبالمقارنة بين الاتجاهين السابقين هناك من يرى في الفقه المغربي³ بأن وضع الطلاق بيد الرجل مساوئه أكثر من إسناده إلى القاضي، لأن الواقع يؤكد تعسف الرجال في توقيعه، وأن هناك تلاعبا بالعلاقات الزوجية. فمجرد النطق به أمام العدلين تهدم الأسرة والمرأة لا تحصل على حقوقها في الغالب، وإذا حصلت على جزء منها بعد عناء وإجراءات مسطرية طويلة...

وجاءت تعديلات 1993 لمدونة الأحوال الشخصية بموقف متميز فيما يرجع إلى مسطرة الطلاق حيث نص الفصل 48 من المدونة الملغاة على ما يلي:

1- يجب الإشهاد بالطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للإشهاد في دائرة اختصاص القاضي التي يوجد بها بيت الزوجية.

2- لا يسجل الطلاق إلا بحضور الطرفين وبعد إذن القاضي، إذا توصلت الزوجة بالاستدعاء ولم تحضر وأصر الزوج على الطلاق استغنى عن حضورها.

¹ - محمد علي محجوب، "الأسرة وأحكامها في الشريعة الإسلامية" ص 349. وانظر أيضا: أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 280.

² - صلاح الدين زكي، "أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، طبعة 1985، ص 202.

³ - أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 289.

وينص الفصل 52 مكرر (مضاف) على أنه "يلزم كل مطلق بتمتع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبها بقدر يسره وحالها إلا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول.

إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعين عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار".

ويتضح لنا من خلال النصين السابقين الذين تم إلغاؤهما بمقتضى مدونة الأسرة لسنة 2004 أن التعديل في موضوع الطلاق جاء محاولة من المشرع للتوفيق بين الاتجاه الذي يرى ضرورة نقل هذا الحق إلى ساحة القضاء بعد أن تعسف الأزواج كثيرا في استعمال هذا الحق، وهو مطلب أساسي لعدد هائل من التنظيمات النسائية المغربية، وبعض المثقفين والمهتمين بشؤون الأسرة من فقهاء القانون والقضاة والمحامين وغيرهم، وذلك حفاظا على تماسك الأسر وضمان مصلحة الأطفال والنساء، وضمانا لحسن استعمال حق الطلاق من طرف الزوجين معا¹. وبين من يرى بضرورة الإبقاء على سلطة الزوج في توقيع الطلاق فتعديلات 1993 لم ينص صراحة على منع الأزواج من توقيع الطلاق إلا بمقتضى حكم قضائي²، بل تم الإبقاء على حق الزوج في توقيعه بمقتضى الفصل 44 من المدونة الذي يعرف الطلاق بأنه حل عقدة النكاح بإيقاع من الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك الخ...، وحصول إذن القاضي ليس إجراء لازما ابتداء، بل انتهاء، أي عند لحظة تسجيل الطلاق ليس إلا، بعد أن يكون الطلاق من الناحية الشرعية والقانونية أيضا تاما وناجزا، ومن هنا يمكن اعتبار هذا الإجراء شكليا وليس موضوعيا، ومن ثم نتساءل عن إمكانية رفض القاضي منح الإذن بالطلاق؟

نعتقد بأن القاضي لم يكن يملك هذه السلطة ما دام الفصل 44 صريحا في إعطاء هذا الحق للزوج، وما دام الفصل 52 المضاف (مكرر) يعطي للقاضي فقط إمكانية مراعاة ما يلحق الزوجة من أضرار عند تقدير المتعة إذا ثبت لديه بأن الزوج قد طلق بدون مبرر مقبول، وبالتالي فالزوج قد يطلق بدون سبب معقول يدعو إلى الطلاق، ومع ذلك لا يملك القاضي سلطة منعه من هذا الطلاق لأن دوره ينحصر في إعطاء تعويض مناسب وعادل نتيجة ما لحق الزوجة من طلاق تعسفي.

¹ - راجع مقال منشور بجريدة العلم تحت عنوان: "تعديل مدونة الأحوال الشخصية الخطوة الأولى في رحلة الألف ميل" بتاريخ 14 دجنبر 1993، ص 8.

² - راجع إدريس الفاخوري: "تطبيق تعديلات مدونة الأحوال الشخصية أمام المحاكم وصعوبة المهام، مجلة الإشعاع، العدد 23، يونيو 2001.

المطلب الثالث: واقع الطلاق في مدونة الأسرة¹

لقد أصبح الطلاق في ظل نصوص مدونة الأسرة حق مشترك للزوج والزوجة يمارس وفق مسطرة وشروط محددة تحت مراقبة القضاء، وهذا يقتضي منا بيان الإشهاد على الطلاق في الفقرة الأولى، واستدعاء المحكمة للزوجين في الفقرة الثانية، وإجراء محاولة الصلح بين الزوجين في الفقرة الثالثة، وإيداع المستحقات الفقرة الرابعة، والظعن في قرار المحكمة الفقرة الخامسة، للوقوف بعد ذلك على تطور نسب الطلاق في الفقرة السادسة.

الفقرة الأولى: طلب الإشهاد على الطلاق

لقد تم إخضاع مسطرة الطلاق لمراقبة القضاء سواء كان الطلب مقدما من طرف الزوج أو الزوجة أو بالاتفاق معا على إنهاء الرابطة الزوجية.

وباستقراء المواد المنظمة للطلاق بطلب من الزوج وهي من المادة 78 إلى 88 من مدونة الأسرة فإننا نلاحظ بأن هذه المواد نقلت الاختصاص للإذن بالطلاق من قاضي التوثيق إلى المحكمة² وقد نصت المادة 79 على أنه: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب" من النص السابق يتضح بأنه يتعين على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن بذلك من المحكمة حيث لا تصدر هذا الإذن إلا بعد استيفاء لمجموعة من الإجراءات حماية لحقوق المطلقة والأولاد، وعند صدور هذا الإذن يشهد العدلان على الطلاق، ويجد هذا الإشهاد العدلي سنده في القرآن الكريم، إذ يقول

¹ - للمزيد من التفاصيل حول الموضوع تراجع الأبحاث الجامعية التالية:

- رسالة الباحث عبد الخالق بوكري: "الثابت والمتغير في مدونة الأسرة"، رسالة أعدت تحت إشرافنا لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص بوحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة برسم الموسم الجامعي: 2007/2008.
- رسالة الباحثة ليلى جيبيد: "دور الاجتهاد في قانون الأسرة" رسالة أعدت تحت إشرافنا لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، الموسم الجامعي 2006/2007.
- رسالة الباحثة أمال زركاني: "مدونة الأسرة وسؤال المرجعية" رسالة أعدت تحت إشرافنا لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص بوحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، الموسم الجامعي: 2006/2007.
- ² - راجع عبد العزيز حضري، "قضاء الأسرة التجديد وحدوده"، منشور بمجلة مدونة الأسرة عام من التطبيق الحصيله والأفاق، أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة يومي 17 - 18 فبراير 2005، سلسلة الندوات العدد الأول، ص 270.

سبحانه وتعالى ﴿يَأْتِيهَا النَّجِيُّ إِذَا طَلَفْتُمْ النِّسَاءَ بِطُلْفُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِقَلْبَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴿١﴾ فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ بِأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ بَارِفُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ ﴿٢﴾﴾¹

إن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق يقدم أولاً أمام المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها بيت الزوجية وإذا لم يتوفر فإنه يقدم أمام المحكمة التي يوجد بدائرة نفوذها موطن الزوجة والإقدم أمام المحكمة التي يوجد بدائرة نفوذها محل إبرام عقد الزواج مع مراعاة الترتيب السابق².

وطالب الإذن بالإشهاد على الطلاق يجب أن يتضمن طبقاً للمادة 80 من مدونة الأسرة: هوية الزوجين ومهنتهما وعنوانها، وعدد الأطفال إن وجدوا، وسنهم ووضعهم الصحي والدراسي. ويرفق الطلب بمستند الزوجية والحجج المثبتة لوضعية الزوج المادية والتزاماته المالية حتى يتمكن القاضي من تحديد مستحقات الزوجة والأطفال.

الفقرة الثانية: استدعاء المحكمة للزوجين

تنص المادة 81 من مدونة الأسرة على ما يلي: "تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح. إذا توصل الزوج شخصياً بالاستدعاء ولم يحضر اعتبر ذلك منه تراجعاً عن طلبه. إذا توصلت الزوجة شخصياً بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة، أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الملف.

¹ - سورة الطلاق، الآية 1 و2.

² - حول الإشكالات الإجرائية المصاحبة لمراعاة الترتيب عند تطبيق المادة 79 من مدونة الأسرة، انظر مقالة الأستاذ نجيب شوقي: "الاختصاص المحلي لأقسام قضاء الأسرة والمنشورة بمجلة مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيلة والمعوقات، ضمن أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة يومي 15 و16 مارس 2007 بكلية الحقوق بوجدة، سلسلة الندوات العدد الثاني ص 128 وما بعدها.

إذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول، استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة، وإذا ثبت تحايل الزوج، طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة".

ويدخل استدعاء الزوجة في إطار التبليغ الذي يقصد به تلك الإجراءات التي يتم من خلالها إعلام المبلغ إليه بالإجراءات القضائية التي تتخذ ضده¹ تجنباً للطلاق الغيبي الذي يقع دون علم الزوجة² فمدونة الأسرة عملت على تجاوز النقص الذي اعتري مدونة الأحوال الشخصية السابقة لأن هذه الأخيرة لم تقنن مسطرة معينة لاستدعاء الزوجين حيث كانت قواعد المسطرة المدنية هي الواجبة التطبيق.

وهكذا حرصت مدونة الأسرة على الاستدعاء الشخصي، وخرجت عن الأصل العام المقرر في قانون المسطرة المدنية³، وفي ذلك ضماناً للزوجين خاصة الزوجة حيث تتوصل بالاستدعاء ومنحها مهلة زمنية لأعداد دفاعها لأن أساس التبليغ هو المواجهة الذي يبني على عدم اتخاذ أي إجراء ضد أي شخص دون إخباره ومنحه فرصة للدفاع عن نفسه⁴، وحضور الزوجين يصبح أكثر إلحاحاً لإجراء محاولة الصلح وتمكين الزوجة من حقوقها حالة الفشل.

إن التوصل الشخصي يقتضي بأن يسلم الاستدعاء إلى الشخص نفسه بعد التأكد من هويته بواسطة الوثائق الإدارية المعتمدة لذلك مع الإشارة إلى رقمها⁵ وتوقيعه على شهادة

¹ - عبد الله العبدوني: "مسطرة بطلان إجراءات التبليغ في ضوء العمل القضائي المغربي" مقال منشور بمجلة الإشعاع العدد 20، السنة 11 دجنبر 1999، ص 27، وانظر أيضاً رسالة الباحث هشام علائي، "التبليغ في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، المرسوم الجامعي: 2008/2007.

² - راجع الرسالة التي أشرفنا عليها للباحثة: جميلة الموهوتي: "المؤسسات القضائية المرصدة لحماية الأسرة في المدونة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية الحقوق، بجامعة عبد المالك السعدي بطنجة للموسم الجامعي 2006/2005، ص 61.

³ - رغم كون مسطرة الاستدعاء وطرق التبليغ المنصوص عليها في الفصول من 36 إلى 41 من قانون المسطرة المدنية هي الواجبة التطبيق بخصوص مسألة استدعاء الزوجين، فإن مشروع المدونة أوجد بعض الإجراءات الخاصة والتي تقتضيها دعاوي انحلال الرابطة الزوجية، انظر جميلة الموهوتي، المرجع السابق ص 60-61.

⁴ - عبد الله العبدوني: المرجع السابق ص 27، وراجع أيضاً أحمد زوكاغي: "الطلاق حسب الصيغة الحالية لمدونة الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى 1994 مطبعة الأمانة بالرباط ص 22-23.

⁵ - عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول: الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وأثاره، الولادة ونتائجها، الطبعة الأولى 2006، مطبعة النجاح الجديدة، ص 222.

التسليم وإذا رفض المتسلم التوقيع فإنه يشار إلى ذلك من طرف عون التبليغ¹ ورغبة في تفعيل إجراءات التبليغ أسند المشرع إلى النيابة العامة دورا حيويا في قضايا التبليغ من خلال المقتضيات التالية:

أ- إخطار الزوجة بأن عدم حضورها إلى المحكمة للصالح رغم توصيلها الشخصي بالاستدعاء وعدم تقديمها للملاحظات الكتابية فإن المحكمة ستبت في الملف.

ب- إذا تضح للنياية العامة تعذر معرفة عنوان الزوجة فإنها تتولى البحث عن مكان تواجدها لاستدعائها فيه، وإذا تعذر ذلك تبت المحكمة في طلب الزوج.

ج- إذا تبين للنياية العامة في إطار البحث عن عنوان الزوجة تحايل الزوج بإدلائه بمتعمدا بمعلومات خاطئة كإدلائه بعنوان غير العنوان الحقيقي قصد تضليل العدالة، فإن النيابة العامة تفتح ملف المتابعة الجنائية ضد الزوج بتحريك الدعوى العمومية في إطار الفصل 361 من القانون الجنائي، وذلك بناء على طلب من الزوجة بحيث متى تنازلت عن الشكاية أو تم سحبها اعتبر ذلك مانعا للنياية العامة في مواصلة إجراءات المتابعة الجنائية².

¹ - الدليل العملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1 لسنة 2004، ص 63. للمزيد من التفاصيل حول الموضوع يراجع رسالة الباحث: هشام علائي: "التبليغ في مدونة الأسرة" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، برسم الموسم الجامعي: 2009/2008.

² - للمزيد من التفاصيل حول الموضوع راجع: الرسالة التي أشرفنا عليها للباحث: أحمد البنوضي: "دور النيابة العامة في قضايا الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، الموسم الجامعي: 2006/2005.

- حسن بيبوض: "صلاحيات النيابة العامة في تفعيل مدونة الأسرة"، مقال منشور بمجلة القصر العدد 11، ماي 2005، ص 121.

- سفيان ادريوش: "دور النيابة العامة في قضايا الأسرة"، مقال منشور بمجلة القصر العدد 9، شتنبر 2004، ص 83.

- عبد الرزاق نجي: "دور النيابة العامة في قضايا الأسرة"، الحصيلة والمعوقات، مقال منشور ضمن أشغال ندوة مدونة الأسرة عام من التطبيق: الحصيلة والآفاق، والمنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، يومي 17 و 18 فبراير 2005، سلسلة الندوات العدد الأول ص 181.

وبالنسبة للتشريع المقارن نجد بأن التشريع التونسي كان سابقا إلى توفير الحماية الجنائية لإجراءات الاستدعاء في مادة الطلاق حيث جرم المشرع التونسي كل تصرف ارتكب عن قصد ونية لحرمان الطرف الآخر من التوصل بالاستدعاء¹.

الفقرة الثالثة: إجراء محاولة الصلح بين الزوجين²

للصلح أهمية كبيرة في نظر الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لأن الصلح هو خلاف الفساد، والإسلام إنما جاء لمحاربة الفساد قال النووي: "الصلح والإصلاح والمصالحة هو قطع المنازعة وهو مأخوذ من صلح الشيء وهو بخلاف الفساد"³.

ويعتبر الصلح وبصفة خاصة في مجال قانون الأسرة من طبيعة الوظيفة القضائية وقد حظي الصلح بين الزوجين بأهمية بالغة من طرف المشرع المغربي إذا حاول من خلال دعوى التطلاق للشقاق إشاعة ثقافة التصالح بين أفراد الأسرة حيث حث المشرع على إجراء الصلح من طرف المحكمة، والحكماء وكل من تراه المحكمة مؤهلا للقيام بالصلح⁴.

والصلح بين الزوجين يجد أساسه في الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصْلَحَا بَيْنَهُمَا صَلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۚ﴾⁵. وقوله تعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي إِلَهُهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ۚ﴾⁶ وقوله تعالى ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ ۝﴾⁷.

¹ - الفصل 32 مكرر والمعدل في 12 جويلية 1993 والمنشور بالرائد الرسمي عدد 53 المؤرخ في 20 جويلية 1993، راجع محمود حسن: "التجربة التونسية في مادة الأحوال الشخصية، منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد: 50، السنة 2004، ص 57.

² - إدريس الفاخوري: "الصلح في العمل القضائي-الطلاق نموذجاً"، مجلة القصر، العدد الثاني، ماي 2002.

³ - التسولي: "البهجة شرح التحفة، الجزء الأول، ص 219.

⁴ - د. أعزبوا عبد الباقي: "دعوى التطلاق للشقاق والإشكالات العملية المثارة بشأنها"، مقال منشور ضمن أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة يومي 15 و16 مارس 2007 بكلية الحقوق بوجدة، سلسلة الندوات رقم 2 "مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيللة والمعوقات، إعداد وتنسيق د. إدريس الفاخوري، ص 150 وما بعدها.

⁵ - سورة النساء الآية 127.

⁶ - سورة النساء، الآية 35.

⁷ - سورة الأنفال الآية 1.

أما السنة فما روى داود والحاكم وابن حبان وصحاحه، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا»¹ وعن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن».

لقد أعطت مدونة الأسرة للمحكمة صلاحيات واسعة لإجراء الصلح وسلطة تقديرية لاختيار الوسيلة الأكثر نجاعة لرأب الصدع والخلاف وجمع شتات الأسرة، وهكذا تم تنظيم مسطرة الصلح من خلال المواد: 81، 82، 83، 95، 96 من مدونة الأسرة وباستقراء هذه المواد يتبين بأن عملية الصلح تمر بثلاث مراحل: الصلح الذي تجربه المحكمة والصلح من خلال بعث الحكمين والصلح من خلال مجلس العائلة. ونتوقف عند هذه المقتضيات مع الإشارة إلى واقع الصلح في ظل نصوص مدونة الأسرة من خلال واقع العمل القضائي وكذا الصعوبات العملية التي تعترض مسطرة الصلح.

أولا: الصلح بواسطة المحكمة²

يعتبر استدعاء الزوجين أمام المحكمة من أهم الإجراءات الكفلية بضمان حضور الأطراف قصد إجراء محاولة الصلح، والمادة 81 من مدونة الأسرة أخذت بالتبليغ اليقيني حيث اشترطت التبليغ الشخصي³ وقد أسندت مدونة الأسرة إصلاح ذات البين إلى المحكمة بعدما كانت في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة مستندة لقاضي التوثيق، وهكذا نصت المادة 82 على أنه: "عند حضور الطرفين تجرى المناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى

¹ - سنن أبي داود 3/304، وسنن الترمذي 3/634، وسنن ابن ماجة 2/788.

² - راجع: إدريس الفاخوري: "الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية، وفقا لآخر التعديلات: ظهير 1993/9/10، مطبعة دار نشر الجسور بوجدة، 2002، ص 265 وما بعدها وانظر أيضا إدريس الفاخوري "الصلح في العمل القضائي"، الطلاق نموذجا، مداخلة في الملتقى المغاربي حول قانون الأسرة والمنعقد بكلية الحقوق بن عكنون بالجزائر، أيام 4-5-6 ماي 2002 والمنشورة في مؤلفنا "المركز القانوني للمرأة المغربية"، مطبعة دار النشر الجسور بوجدة، طبعة 2002 ص 170.

³ - ذ. الحسن بويقين: "الجديد في مادة التبليغ"، مدونة الأسرة المستجدات والأبعاد، منبر الجامعة، العدد الخامس 2004 ص 47.

- راجع مجموعة من الرسائل التي نوقشت بوحدة التكوين والبحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في تشريعات الأسرة والهجرة بكلية الحقوق بوجدة، منها رسالة الباحث:

- محمد فلاقي: "الصلح والطرق البديلة لتسوية النزاعات الأسرية - الوسطة الأسرية نموذجا- الموسم الجامعي 2007/2008.

- رسالة لبني عبيد: "الخصوصيات المسطورية للنزاعات الأسرية" 2008/2009.

- رسالة نادية الشاذلي: "الدور القضائي الجديد للمؤسسات القضائية الأسرية" 2008/2009.

- رسالة عبد الإله البداوي: "مسطرة انحلال الرابطة الزوجية - التطليق نموذجا- 2007/2008.

- رسالة عز الدين بوخريص: "التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة" 2007/2008.

الشهود ولن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، لما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما.

إذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به محضرو تم الإشهاد به من طرف المحكمة".

ومن هنا يتعين وجوبا تحت طائلة البطلان إجراء المحكمة للصلح وعلى محكمة الأسرة أن تعمل كل ما في وسعها للحفاظ على كيان الأسرة ولم شملها لأن الصلح في العمل القضائي الأسري يحقق الاستقرار الطمأنينة للأسرة وللمجتمع ولذلك يتعين على القاضي الأسري أن يتخذ كل الإجراءات اللازمة ويقرر كل ما يراه مناسبا من وسائل البحث خاصة وأنه قد تكون هناك أسرار بين الزوجين يصعب البوح بها. فالقاضي المكلف بالصلح في القضايا الأسرية علاوة على كونه رجل قانون فإنه يتعين أن يكون أبا صالحا ويتوفر على درجة عالية من اللباقة والفتنة لكي ينجح في المهمة التصالحية بين الزوجين¹.

وهكذا تعمل المحكمة على إجراء الصلح في غرفة المشورة من تلقاء نفسها لأن الصلح من النظام العام تجريه المحكمة ولو لم تطلبه الأطراف وعادة ما يتكلف بالصلح القاضي المقرر ومن ثم يرفع التقرير للمداولة بشأنه لدى هيئة الحكم، وهو ما استقر عليه العمل القضائي حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالعيون²: "وحيث إن حكم ثبوت الطلاق المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية مخالف للنظام العام المغربي باعتباره لم يحترم الإجراءات المتبعة في قضايا الطلاق والتطليق وفق مدونة الأسرة كإجراءات الصلح الذي يعد إجراء جوهريا بمقتضى هذه المدونة مما يكون معه الطلب غير مؤسس ويتعين رفضه"، وهو الأمر الذي تبناه المجلس الأعلى من قبل حيث جاء في أحد قراراته³ ما يلي: "... وحيث أنه مراعاة مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 56 المشار إليه من النظام العام يثار في سائر الأحوال، وحيث أن المحكمة لما ثبت لها الضرر كان عليها قبل اتخاذ أي إجراء آخر، أن تقوم بمسطرة محاولة إصلاح بين الطرفين، وإذا لم تفعل فإنها أخلت بمقتضيات القانون وجعلت حكمها معرضا للنقض".

¹ - إدريس الفاخوري: "المركز القانوني للمرأة المغربية"، مرجع سابق، ص 177.

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالعيون ملف عدد 2013/60، بتاريخ 2014/02/04 (غير منشور).

³ - قرار صادر عن المجلس الأعلى، الغرفة الاجتماعية عدد 50، بتاريخ 1976/09/14 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 24، ص 43.

والسؤال الذي يمكن أن يطرح وهو هل يلزم في هذه المرحلة حضور الطرفين بصفة شخصية، أم يمكن لهما أن يوكلأ عنهما وكيلأ لهذا الغرض؟.

لم تتطرق مدونة الأسرة إلى مسألة الوكالة في الطلاق والتطليق، خلافا لما قررته من جوازها في الزواج بشروط خاصة¹، مما جعل التساؤل قائما حول هذا السكوت وخلق تضاربا ليس فقط على المستوى القانوني، بل على الواقع العملي أيضا، فالمشرع المغربي تعمد عدم الإشارة إلى الوكالة في الطلاق، إذ أن فلسفته اتجهت إلى التضييق من أعمالها في هذا المجال، ذلك أن المشرع ألزم المحكمة بالقيام بمحاولات جادة من أجل الوصول إلى صلح بين الزوجين، وقيامها بهذه المهمة يفترض حضور الطرفين بصفة شخصية للتعرف منهما مباشرة على أسباب الخلاف وتقريب وجهة نظرهما، فالصلح يقوم أساسا على الاعتبار الشخصي، ومن ثمة يصعب القيام به إذا حضر وكيل أحد الطرفين الذي تكون له غالبا تعليمات برفض الصلح، وبالتالي إفراغ مسطرته من كل مدلول له².

كما أن مسطرة الصلح لا تنتج أثرا وتبقى فارغة من أي محتوى وفي كثير من الأحيان مع حضور الزوجين، فكيف يمكن تصور نجاحها بحضور وكيل أجنبي³.

كما أنه ومن أجل تحقيق الهدف المتوخى من إجراء الصلح لا بد من الحضور الشخصي للمعنيين بالأمر، حيث جعل المشرع المغربي الحضور الشخصي للزوجين إلزاميا في جلسات

¹ - تنص المادة 17 من م.أ، على أنه: "يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه بإذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية:

1- وجود ظروف خاصة، لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه.
2- تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية، مصادق عل توقيع الموكل فيها.
3- أن يكون الوكيل راشدا متمتعا بكامل أهليته المدنية، وفي حالة توكيله من الولي يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية.

4- أن يعين الموكل في الوكالة اسم الزوج الآخر ومواصفاته، والمعلومات المتعلقة بهويته، وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها.

5- أن تتضمن الوكالة قدر الصداق وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل، وللموكل أن يحدد الشروط التي يريد إدراجها في العقد والشروط التي يقبلها من الطرف الآخر.

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

² - محمد الكشور، يونس الزهري، حسن فتوح، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 106.

³ - ربيعة بن غازي، أحكام التطليق للضرر من خلال الاجتهاد القضائي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكادال الرباط، السنة الجامعية 2000-2001، ص 261.

الصلح، بمعنى وجوب إجراء مسطرة تواجيهية لمعرفة أسباب الخلاف وحقيقة النزاع بهدف تدليل العقبات وإصلاح ذات البين¹.

وبالتالي فإن التوكيل في مسطرة الصلح لا يستقيم مع المقتضى التشريعي الذي ألزم ضرورة الحضور الشخصي للزوجين أثناء القيام بمحاولة الصلح بينهما، بهدف فتح حوار مباشر وتقريب وجهات نظرهما، ومما لاشك فيه أن الوسيط لن يكون أبدا مؤشرا في جلسة الصلح، لأنه سيكون ناقلا لإرادة الطرف الآخر ليس إلا.

وعليه فقبول الوكالة يكون جائزا في نطاق ضيق، وهو المرحلة اللاحقة على اختتام المحكمة لإجراءات الصلح وبعث الحكمين، حيث تكون محاولات الصلح قد باءت بالفشل، أما قبل هذه المرحلة فلا تقبل الوكالة².

أما بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج فإنه مراعاة لظروفهم فقد صدر عن السيد وزير العدل المنشور المتعلق بتطبيق مقتضيات مدونة الأسرة على الجالية المغربية المقيمة بالخارج حيث ورد في هذا المنشور بأنه "لا يمكن للزوجين أن يضمنا في طلبهما الإذن لهما بتوثيق الطلاق... والإشارة فيه إلى عنوان أقرب قنصلية لإمكانية انتدابها لإجراء محاولة الصلح بينهما إذا رأت المحكمة ذلك"³.

وتجدر الإشارة إلى أن وجود الأولاد له أثر على العملية الصلحية من حيث تكرارها وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 82 من مدونة الأسرة بحث تجرى محاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما لأن الطفل هو الضحية الأولى للطلاق وهذا ما جعل المشرع التونسي ينص في الفقرة الثالثة من المادة 32 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على تكرار الجلسة الصلحية ثلاث مرات على أن تعقد الواحدة منها ثلاثين يوما بعد سابقتها على الأقل.

وهذه الجهود المبذولة من طرف المحكمة، إما أن تؤدي إلى نتيجة إيجابية، حيث يتوصل الطرفان إلى الصلح، وتحرر به المحكمة محضرا، ويتم الإشهاد به من طرفها وينفذ بقوة القانون

¹ - محمد عصبية، الإذن بالطلاق الذي يتم توثيقه من طرف الطالب المأذون له، مدونة الأسرة عام من التطبيق، الحصيلة والآفاق، مرجع سابق، ص 197.

² - محمد الكشور، يونس الزهري، حسن فتوح، التلطيق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 106.

³ - المنشور رقم 13 س 2 بخصوص تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة على أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج، الصادر بتاريخ 12 أبريل 2004.

ولا يقبل أي طعن¹، وقد ورد هذا المقتضى في حكم صادر عن ابتدائية العرائش² قسم قضاء الأسرة والذي جاء فيه: "...تم خلالها إجراء محاولة الصلح بين الزوجين، وبعد أن استمعت المحكمة لهما وعرضت الصلح عليهما، أكدا أنهما توصلا إلى الصلح، والتمسا من المحكمة الإشهاد على ذلك..."

وخلافا لذلك فقد تفشل المحكمة في التوصل إلى إصلاح ذات البين، وهو ما تبين من خلال عدة أحكام قضائية، كالحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة ببني ملال³ والذي جاء فيه: "...التي تمت بغرفة المشورة، واستنفاد إجراءات الصلح بين الطرفين والتي انتهت بالفشل..."، وعليه فيمكن للمحكمة الانتقال إلى وسائل أخرى لإصلاح ذات البين.

ثانيا: بعث الحكّمين

خول المشرع المغربي في مدونة الأسرة للمحكمة القيام بجميع الإجراءات لإصلاح ذات البين، بما فيها انتداب الحكّمين للقيام بمهمة الصلح والسداد بين الزوجين قبل البت في طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق، وتجد مؤسسة الحكّمين سندها الشرعي في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ، وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّيهِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ غَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁴.

¹ - جاء في الفقرة الثالثة من الفصل 180 من ق.م. ما يلي: "إذا تم التصالح أصدرت المحكمة حالا حكما يثبت الاتفاق وينهي النزاع وينفذ بقوة القانون ولا يقبل أي طعن".

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالعرائش رقم 354، ملف رقم 24/08/49، بتاريخ 2008/08/26 (غير منشور)، وكذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية، قسم قضاء الأسرة بتطوان والذي جاء فيه: "...بناء على إدراج القضية تم خلالها إجراء محاولة الصلح بين الزوجين، وبعد أن التمسست المحكمة لهما وعرضت الصلح عليهما أكدا أنهما توصلا إلى الصلح والتمسا من المحكمة بالإشهاد على ذلك..."، حكم رقم 295 ملف رقم 42/08/19، بتاريخ 2008/09/14 (غير منشور).

³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة ببني ملال عدد 528، ملف رقم 09/86، بتاريخ 2009/07/15 (غير منشور).

- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بالحسيمة، مركز القاضي المقيم بترجسيت رقم 73، ملف عدد 2010/11، بتاريخ 2011/03/21 (غير منشور).

- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بلكميم رقم 09/119، ملف رقم 09/78، بتاريخ 2009/04/20 (غير منشور).

⁴ - سورة النساء، الآية 35.

وبالرجوع إلى المواد 82، 95، 96، نجد المشرع المغربي قد خول المحكمة صلاحيات واسعة للقيام بإصلاح ذات البين بما فيها انتداب الحكّمين، وقد حددت المادتان 95 و296 من مدونة الأسرة حدود ونطاق عمل الحكّمان.

إلا أن أحد الباحثين³ لاحظ أن مؤسسة الحكّمين شبه معطلة وذلك راجع إلى سببين رئيسيين:

- أولهما أن أغلب الحكّمين من عائلة الزوجين، وليس لها تكوين ثقافي يجعلهما قادرين على تحرير تقرير يحددان فيه مسؤولية كل زوج في سبب الشقاق، ويتمهريان من تحمل المسؤولية.

- وثانيهما أن الزوجان يعمدان في بعض الأحيان إلى عدم إشراك أقاربهما في حل مشاكلهما مما يتعذر على المحكمة تعيين أحد أقاربهما كحكّمين الشيء الذي يجعلهما يلجأ إلى استدعاء أبويهما اللذان يتسببان في غالب الأحيان في إذكاء النزاع بدلا من مساعدة المحكمة على تفعيل محاولة الصلح التي تقوم بها.

إن بعث الحكّمين⁴ يقتضي بذل الجهد في استقصاء أسباب النزاع ومحاولة التوفيق بين الزوجين وتذويب الخلافات بينهما. ولم يحدد المشرع مهمة الحكّمين في هذا المقام وكيفية ممارسة مهامها، غير أن عمل الحكّمين يجري وفق المسطرة المحددة في المادتين 95 و96 والمتعلقتين بالتطليق للشقاق، حيث يقوموا ببحث أسباب الشقاق المؤدي إلى طلب الطلاق والسعي إلى إنهائه، ومتى توصل الحكّمان إلى إيقاع الصلح حررا ذلك في محضر من ثلاث نسخ يوقعها كل واحد منهما بالإضافة إلى الزوجين ويرفعانها على المحكمة للإشهاد على الصلح، وهذا

¹ - تنص المادة 95 من مدونة الأسرة على أنه: «يقوم الحكّمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ببذل جهدهما لإنهاء النزاع، إذا توصل الحكّمان إلى الإصلاح بين الزوجين حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكّمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة».

² - تنص المادة 96 من مدونة الأسرة: على أنه: «إذا اختلف الحكّمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة».

³ - ذ. اعزيبو عبد الباقي، دعوى التطليق للشقاق، الإشكالات العملية المثارة بشأنها، أعمال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة تحت عنوان: مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق، الحصيلة والمعوقات، سلسلة الندوات رقم 2، ص 151-152.

⁴ - اهتم الفقه الإسلامي ببحث التحكيم بين الزوجين في موضوع التطليق للضرر الذي تتكرر فيه شكوى الزوجة وموضوع الشقاق بين الزوجين بناء على الآية الكريمة «وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها»، الآية 35 من سورة النساء، وقد أعطى بعض الفقه مفهوم عميقا للصلح عندما خول للإمام بعث الحكّمين بمجرد نزاع بين الزوجين، ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء الأول، دار الكتب العلمية لبنان، تاريخ النشر غير مذكور، ص 537.

الموقف ينسجم مع الرأي الفقهي القائل بكون الحكمين ليسا مجردا وكيلين عن الزوجين، بل تتعدى مهمتهما أكثر من ذلك¹، غير أنه ليس للحكمين في حالة اختلافهما وعدم توصلهما على فض النزاع في الأجل المحدد في التفريق بين الزوجين²، بل يرفع الأمر إلى القضاء³، إذ يمكن للمحكمة أن تلجأ إلى وسائل أخرى لإجراء الصلح⁴، كندب أحد الأشخاص الذي تراه أهلاً لهذه المهمة بحكم خصالهم وائتمانهم على أسرار الغير، ويمكن أن يكون هذا الشخص من أقارب الزوجين أو من أحد جيرانهم أو موظف بالمحكمة كالمساعدة الاجتماعية، ويتوافق هذا الاختيار التشريعي مع ما يرتئيه بعض الفقه من كون أغلب الأحكام التي وردت في الفقه حول الحكمين هي أحكام اجتهادية، ويبقى من واجب القاضي سلوك كل السبل المفضية لإظهار الحق وفض النزاع، وإن اقتضى الأمر بحث حكم ثالث.

ثالثاً: مجلس العائلة

لقد أشارت المادة 251 من مدونة الأسرة إلى إحداث مجلس العائلة⁵ ولقد صدر بتاريخ 14 يونيو 2004 مرسوم تطبيقي يحدد تكوين ومهام مجلس العائلة، ومن بين أهم المهام المسندة إليه القيام بالتحكيم لإصلاح ذات البين وإبداء رأيه في كل ما له علاقة بشؤون الأسرة.

- ¹ - وهو موقف بعض المالكية وقل لابن حنبل، ابن كثير، مختصر تفسير ابن كثير، المجلد الثالث، دار القرآن الكريم بيروت، تاريخ النشر غير مذكور، ص 185، القرطبي، تفسير القرطبي، الجزء الخامس، دار الفكر، تاريخ الطبع غير مذكور، ص 176، ابن العربي: أحكام القرآن، الجزء الثالث، مس، ص 537 وما بعدها، ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، الجزء الخامس، ص 519.
- ² - حيث يمنع جمع من الفقهاء المسلمين منهم الأزاعي، وثور وطاوس للحكمين صلاحية التفريق بين الزوجين ولو حتى بدون موافقتهم. القرطبي الجامع لأحكام القرآن الجزء الخامس، مس، ص 176، غير أن عدم رضا الزوجة بالمفارقة يجعل تفريقهما غير نافذ، محمد بن يوسف الكافي، أحكام على تحفة الحكام، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1994، ص 91.
- ³ - ويتوافق هذا الموقف مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من كون المخاطب ببعت الحكمين هم الحكام وأولياء الأمور وليس الزوجين، القرطبي "الجامع لأحكام القرآن" ن الجزء الخامس ص 176، الجصاص، أحكام القرآن: الجزء الثاني، دار الفكر، تاريخ الطبع غير مذكور، ص 195، الرازي، "تفسير الفخر الرازي"، الجزء التاسع، دار الفكر، تاريخ النشر غير مذكور، ص 94.
- ⁴ - ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية إلى أن اختلاف الحكمين في أمر الزوجين كأن يحكم أحدهم بالفرقة دون الآخر يعد غير لازم لا ينفذ تحكيمهما، القرطبي، الجزء الثالث ص 1747، الحطاب، مواهب الجليل، الجزء الرابع، مطبعة الحفيظية، 1329 هـ، ص 19، الشافعي، الأم، الجزء الخامس، ص 177.
- ⁵ - لقد صدر المرسوم رقم 2-94-31 بتاريخ 26-12-1994 بشأن مجلس العائلة وتحديد مهامه، الجريدة الرسمية عدد 4292 بتاريخ فاتح فبراير 1995، ص 212. وقد أعادت مدونة الأسرة إبراز دور مجلس العائلة كمؤسسة صالحة بمقتضى مرسوم رقم 02-04-88 الصادر بتاريخ 14 يونيو 2004 بشأن تكوين مجلس العائلة وتحديد مهامه، الجريدة الرسمية عدد 5223 بتاريخ 21 يونيو 2004 والذي نسخ مرسوم رقم 31-02-94.

ورغم الأهمية القصوى التي من المفروض أن يقوم بها مجلس العائلة¹، فإن المشرع تنبأ له بالفشل وأحبط مهامه عندما اعتبر اقتراحاته الاستشارية غير ملزمة بالمرّة، لذلك فما هي الجدوى العملية من التنصيص عليه في مدونة الأسرة، وفي إيراد المرسوم المحدد لتكوينه وتسيير مهامه.

وعلاوة على الوسائل المذكورة، فالمحكمة تتمتع بالسلطة التقديرية في اختيار الأساليب المعتمدة لإجراء الصلح وفق ما تراه مفيدا لكل حالة حسب ظروفها وملابساتها، فالقضاء وهو يحاول الإصلاح بين الزوجين لا بد أن يتمتع بدرجة عالية من اللباقة والفتنة لاختيار الوسيلة الناجعة للوصول إلى كنه الخلاف بين الزوجين، والذي قد يصعب التوصل إليه، نظرا لما يتسم به من طابع شخصي، ولصعوبة البوح بالأسرار العائلية².

ويظهر من خلال تتبع مسطرة الطلاق أن المشرع أصر على الحضور الشخصي للزوجين أمام المحكمة انسجاما مع خصوصية قضايا الطلاق التي تتطلب الحضور الشخصي للمعني بالأمر والذي لا يمكن أن يحل محله وكيله أو نائبه القانوني³، والواقع أن الحضور الشخصي للزوجين يثير صعوبات جمة أمام القضاء، وبصفة خاصة بالنسبة لطلبات الإذن بتوثيق الطلاق المقدمة من طرف أزواج مقيمين بالخارج، وهي صعوبات أثارها الباحثون منذ مدونة الأحوال الشخصية⁴، وازدادت حدتها مع التأكيد على أهمية الصلح في ظل مدونة الأسرة⁵، وخاصة وأن المشرع لم يشر إلى مدى جواز الوكالة في الطلاق كما فعل في الزواج، ورغبة في تضيق الخناق على الطرف الطالب للطلاق قرر الاجتهاد القضائي التونسي وجوب حضور المدعي بنفسه جلسة

¹ - إدريس الفاخوري، المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال نصوص مدونة الأحوال الشخصية، أبحاث ودراسات، مطبعة الجسور، وجدة طبعة 2002، ص 147.

² - إدريس الفاخوري "الصلح في العمل القضائي" - الطلاق نموذجا - م س ص 8.

³ - والتأكيد على الحضور الشخصي بعد خروجها عن القاعدة العامة المقررة في الفصل 180 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه " ... يجب على الأطراف أن يحضروا في هذه الجلسة الأولى شخصا أو بواسطة ممثلهم القانوني، وتجرى دائما محاولة التصالح ...".

⁴ - عبد الله روحمات، "الوكالة في صلح الزوجين بين النص القانوني والواقع العملي"، مجلة الإشعاع، العدد 27، سنة 2003 ص 108 وما بعدها.

⁵ - عبد الحق ضريضرواخرون، أنواع الطلاق والتطليق، برنامج الحلقة الدراسية الجهوية المنظمة لفائدة قضاة قضاء الأسرة بتطوان، أيام 5.6.7.8 دجنبر 2005، منظمة من قبل وزارة العدل والمعهد العالي للقضاء في إطار الحلقات الدراسية حول مدونة الأسرة ودور الوساطة ص 2.

المصالحة¹، لكنه تراجع واعتبر أن تخلف أحد الخصمين عن جلسة الصلح يجيز للمحكمة أن تتجاوز المحاولة الصلحية وتقضي في الأصل².

إن المشرع وبالرغم من التأكيد على دور الصلح في المدونة من خلال خلق مؤسسات للمساهمة فيه وفرض مسطرة جديدة له، فإن الإصلاح بين الزوجين لا يزال تعترضه مجموعة من العراقيل ولمعرفة واقع الصلح منذ دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق إلى حدود 2014 نورد الجداول الآتي³:

مقارنة إحصائيات الصلح في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق خلال الفترة (2006-2014)		
السنوات	مجموع حالات الصلح في طلبات الإذن على الإشهاد بالطلاق	نسبة حالات الصلح في طلبات الإذن على الإشهاد بالطلاق
2006	6693	17,48%
2007	8512	23,32%
2008	7545	21,4%
2009	6818	20,4%
2010	6121	20,12%
2011	6510	19,99%
2012	6736	21,21%
2013	8702	27,81%
2014	7788	17,31%

فالملاحظ من خلال الجداول أعلاه أن دور الوساطة القضائية لا تجدي نفعا في تحقيق الصلح بين الزوجين، فنسب الصلح التي سجلت منخفضة مقارنة مع دعاوى الطلاق التي تعرض يوميا على أقسام قضاء الأسرة.

¹ - تعقيب مدني عدد 8278 _ ديسمبر 1971 ، مجلة القضاء والتشريع ، ص 193 .
² - قرار تعقيبي مدني عدد 9700 مؤرخ في 22 جانفي 1974 ، محمد الحبيب الشريف ، مجلة الأحوال الشخصية ، دار الميزان للنشر والتوزيع ، تونس ص 98 .
³ - راجع هذه الإحصائيات مؤلف تحت عنوان: القضاء الأسري: الواقع والآفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية: 2004-2014، وزارة العدل والحريات ماي 2014، ص 67.

رابعاً : حالات إجراء مسطرة الصلح في مدونة الأسرة

لقد أكد المشرع المغربي على ضرورة سلوك مسطرة الصلح في بعض القضايا المتعلقة بالأسرة وخصوصاً تلك المرتبطة بالتعدد وإنهاء الرابطة الزوجية ما عدا التطبيق للغيبة.

فمسطرة الصلح للتعدد يعتبر التنصيص عليها في صلب المقتضيات القانونية من أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة، وبالتالي فقد أصبح القضاء ملزماً بسلوك هذه المسطرة قبل البت في طلب الإذن بالتعدد.

وفي سبيل تفعيل هذه المسطرة فقد أكدت الفقرة الأولى من المادة 44 من مدونة الأسرة على ضرورة الاستماع للزوجين، وذلك قصد التوفيق والإصلاح بينهما، وعملياً يمكن تحقيق ذلك إما بإقناع الزوج بالعدول عن طلب الإذن بالتعدد أو بإقناع الزوجة بالاستجابة لطلب زوجها إذا وجد مبرر موضوعي استثنائي يخول له ذلك.

ونظراً لخصوصية بعض القضايا الأسرية ومن بينها الدعاوى المتعلقة بالتعدد، ولما تستلزمه هذه الأخيرة من سرية، فقد أكد المشرع على ضرورة إجراء المناقشات وكذا الاستماع للزوجين - بهدف الإصلاح بينهما - في غرفة المشورة¹.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولم توافق الزوجة، ولم تطلب التتطبيق، فإن المشرع قد خول للمحكمة تطبيق مسطرة الشقاق تلقائياً.

ومن المعلوم أنه وإن كانت مسطرة الشقاق مسطرة تصالحية ابتداءً، إلا أنه لا يخفى على الجميع بأن من شأن تطبيقها أن تؤدي إلى إنهاء الرابطة الزوجية، وذلك في الحالة التي لا يتم فيها التوصل إلى أي صلح بين الزوجين².

والملاحظ على المستوى العملي أن الرأي القضائي الراجح هو عدم تطبيق مسطرة الشقاق تلقائياً من طرف المحكمة في الحالة التي يتمسك فيها الزوج بطلب الإذن بالتعدد في الوقت الذي لا توافق فيه الزوجة على ذلك.

¹ - تنص الفقرة الأولى من المادة 44 من مدونة الأسرة على أنه "تجري المناقشة في غرفة المشورة بحضور الطرفين ويستمع إليهما لمحاولة التوفيق والإصلاح، بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة".
² - جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بأنه "...لا يمكن للمحكمة أن تفرض على الطرفين العيش تحت سقف واحد أمام إصرار الزوجة على إنهاء العلاقة الزوجية...".
حكم عدد 2548 الصادر بتاريخ 23_05_2005 في الملف عدد 04693 و 04480 منشور بمجلة المعيار عدد: 34، ص 288 وما يليها.

وعلى ما يبدو أن لهذا الرأي مبرراته التي تركز أساسا على الرغبة في صيانة أوأصر المودة والانسجام داخل الأسرة.

أما بخصوص مسطرة الصلح في دعاوى إنهاء الرابطة الزوجية فقد استلزمت مدونة الأسرة إجراءاتها في جميع أنواع الطلاق والتطليق ما عدا التطليق للغيبة¹، وفي هذا الإطار جاء في حكم لقسم قضاء الأسرة بوجدة بأنه: "... أشعرت المحكمة المدعية أصليا للحضور لعدة جلسات.... وذلك قصد القيام بإجراء محاولة الإصلاح بينها وبين زوجها إلا أنها تخلفت عن الحضور. وحيث بذلك فالمدعية أصليا لم تمكن المحكمة من استيفاء أحد الإجراءات الجوهرية المنصوص عليها قانونا، وهو الأمر الذي تكون معه دعاوها غير مبنية على أساس من القانون ويتعين رفضها..."².

والملاحظ أنه وإن كانت مدونة الأسرة قد أوجبت على القضاء القيام بمحاولة الصلح بين الزوجين قبل البت في الدعاوى المتعلقة بإنهاء الرابطة الزوجية، لكنها لم تحدد طريقة إجرائها تاركة ذلك للسلطة التقديرية للمحكمة التي لها أن تجتهد في ذلك بالطريقة التي تراها مناسبة لكل حالة على حدة³.

فبالنسبة لقسم قضاء الأسرة بوجدة غالبا ما يتم إجراء محاولة الصلح الأولى من طرف القاضي المقرر في مكتبه في جلسة مغلقة لا يحضرها سوى الزوجين والدفاع، بإشعار الطرفين

¹ - تنص الفقرة الأولى من المادة 113 من مدونة الأسرة على أنه "يبت في دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة".

² - حكم رقم 1366 الصادر بتاريخ 16_03_2010 في الملف عدد 500_08 (حكم غير منشور).
وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بأنه "... فيما يتعلق بمحاولة الإصلاح بين الزوجين فإن المشرع يعتبره إجراء جوهريا تفتتح به مسطرة التطليق ويترتب على نجاحه إثبات ذلك في أمر تنتهي به الدعوى كما يترتب على فشله إصدار أمر بعدم التصالح والإذن للمدعي بمواصلة الدعوى.
ولهذا فإن المحكمة لما رفضت الدفع بعدم احترام هذا الإجراء بعله أنه لا يكون ضروريا إلا عند قيام الحجة على الضرر تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض".

قرار عدد 904 صادر بتاريخ 12-09-1983 في الملف الاجتماعي عدد: 746_93 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 133 و 134 ص: 190 ومايلها. كما جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى بأن "... إجراء محاولة الصلح بين الزوج والزوجة ضروري، وأنه لا يحكم بفك العصمة إلا في حالة العجز عن الإصلاح بينهما..."

³ - تنص الفقرة الثانية من المادة 82 من مدونة الأسرة على أنه: "للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكيم أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين. وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما".

لإحضار حكمين لجلسة مواءمة ليقوم بتكليفها بإجراء محاولة الصلح بينهما وإعداد تقرير حول ذلك.

ولكن من الضروري الإشارة إلى دور المحكمة في إنجاح عملية الصلح، هذا النجاح الذي لا يمكن تحقيقه إلا بانسلاخ المحكمة عن دورها القضائي لتصبح مؤسسة جماعية بالدرجة الأولى هدفها الأساسي هورأب الصدد والتقريب بين وجهات نظر الزوجين المتخاصمين بشكل يضمن لم شمل الأسرة والحفاظ على مصلحة الأبناء في حالة وجودهم.

وللوقوف على واقع الصلح في قضايا التطلاق نورد الجدول التالي¹:

مقارنة إحصائيات الصلح في قضايا التطلاق خلال الفترة (2005-2013)					السنوات
نسبة الصلح	المجموع	بعدم الاستجابة لأسباب أخرى	بالإشهاد على الصلح	الصادرة بالتطلاق	
17.47%	17591	4535	3073	9983	2005
17.61%	26217	6810	4616	14791	2006
16.46%	37928	10356	6244	21328	2007
15.87%	47963	12910	7612	27441	2008
17.66%	57062	15901	10076	31085	2009
14.65%	56793	14907	8322	33564	2010
16.18%	60857	17748	9848	33261	2011
16.20%	90290	26086	14625	49579	2012
14.67%	70833	19594	10389	40850	2013
57.83%	76789	21636	44408	10745	2014

فالملاحظ من خلال الإحصائيات الواردة أعلاه أن الإشهاد بالصلح في قضايا التطلاق لم تعرف أي نجاح، باستثناء سنة 2014 عرفت نسبة الصلح ارتفاعا ملحوظا حيث بلغت 57.83%.

¹ - القضاء الأسري: الواقع والآفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية: مرجع سابق، ص 68.

خامسا : الصعوبات العملية التي تعترض مسطرة الصلح.

إن مسطرة الصلح وفق المقتضيات القانونية التي أكدت عليها مدونة الأسرة فهي بحق مسطرة ترمي إلى الحفاظ على التماسك الأسري وإنهاء الخصومة بصفة نهائية.

فإذا كانت لمسطرة الصلح هذه الغايات، إلا أنه على المستوى العملي أتضح أن هناك عدة إشكاليات تعترض تطبيقها وهو ما يؤثر سلبا على نجاعتها، هذه الصعوبات ترتبط بعدم فعالية الأجهزة المرصدة لها وبصعوبة توظيفها (المطلب الأول) وكذا بعدم كفاية الامكانيات المادية والبشرية المتوفرة بها وهذا ما نتعرض إليه في نقطتين:

1- عدم فعالية الأجهزة المرصدة لمسطرة الصلح وصعوبة توظيفها

فالثابت أن التحكيم بين الزوجين من أهم ضمانات حماية المرأة من جهة، وحماية الأسرة بما فيها الزوج والزوجة من جهة أخرى¹، وإذا كان المفروض في الحكمين أن يكونا حكمين، ومعروفين بالاعتزان وبرجحان العقل وتحري الموضوعية²، ومتمتعان بالقدرة على التحسيس بالالتزامات التي ترتبها الزوجية، والتذكير بالجوانب الأخلاقية المرتبطة بالحياة الزوجية والقدرة على الوعظ والترغيب والترهيب والتأثير في قرار الزوجين³، وقادرين على أن يتخلصا من الانفعالات النفسية، وكل المؤثرات التي يمكن أن تمس عملها، مع الحرص على سمعة الأسرة والشفقة على أطفالهما⁴، إلا أن القضاء لا يتأتى له في أغلب الأحيان ندب حكمين بهذه الشروط، فهو لا يعلم الأصلح من أقارب الزوجين، وإنما يعين الحكمين بناء على ما اقترحه كل من الزوج والزوجة، ومعلوم أن هذين الأخيرين يرشحان من الأقارب من يوافقونهم الرأي أو يساندونهم في ذلك، وبالتالي فإن الحكم لا يكون هاجسه هو محاولة التوفيق بين الزوجين وتجديد العشرة بينهما، بقدر ما يتحول إلى دفاع عن الطرف الذي عين حكما عنه، ويبدأ مهمة الدفاع حتى أمام المحكمة، بل وفي جلسة التعيين، ومنه فإن مثل هذين الحكمين لا يمكنهما إلا تعميق النزاع والخلاف بين الزوجين، بدل تدوينه ومحوه، والحياد عن الدور الذي حدده لهما القرآن الكريم،

¹ - يراجع الموضوع بتفصيل عند محمد يعقوب محمد الدهلوي، "ضمانات حقوق المرأة الزوجية" الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة الأولى 1424 هـ، ص 106 وما بعدها.

² - أحمد زوكاغي "الطلاق حسب الصيغة الحالية لمدونة الأحوال الشخصية" مطبعة الأمنية 1994 ص: 24.

³ - علي منتصر "التحكيم بين الزوجين في حالة الشقاق" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط السنة الدراسية 2000-2001، ص 160.

⁴ - الطاهر كركري "الصلح بين أفراد الأسرة، دراسة فقهية قانونية اجتماعية: أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة القرويين، كلية الشريعة، فاس، السنة الدراسية 2000-2001، ص 160.

تحت وطأة الجهل وعدم تقدير المسؤولية حق تقدير، وعدم التفكير بمصالح الزوجين ومستقبلهما، وبالميل إلى التعصب والاعتبارات الاجتماعية السلبية.

وإذا كان هذا هو حال الحكّمين في أغلب الأحيان، فإن اللجوء إلى التحكيم بات من أهم الوسائل المعتمدة للصلح من لدن القضاء في بعض المحاكم، فمسطرة تعيين الحكّمين هي أيسر الطرق وأسهلها لتطبيق إجراء الصلح مقارنة مع وسائله الأخرى، ومع ذلك فإن التعامل القضائي مع هذه المسطرة، جعل منها وسيلة لتجنب الأحكام القضائية ما يمكن أن يعترها من إخلال في حالة غياب ما يفيد القيام بإجراء الصلح¹، ويستفاد ذلك من التطبيق الشكلي لهذه المسطرة، فجانب من القضاء وكأن مسطرة التحكيم خلصته أو أعفته من بذل الجهود الحقيقية لإرجاع الود بين الزوجين وألقى بهذه المهمة الجسيمة على عاتق طرفي التحكيم وحدهما، واقتصر دوره في القيام ببعض الإجراءات كتعيين الحكّمين واستدعائهما، والاطلاع على التقرير الذي خلصا إليه².

أما بعض المحاكم الأخرى³ فقد عزفت عن تطبيق مسطرة الحكّمين إلا في أحوال نادرة بسبب اطلاع القاضي المصلح من خلال جلسة الصلح الأولى على كون النزاع بين الزوجين له أبعاد عائلية، وقد يكون مصدره الأساسي التدخل السلبي لأفراد عائلة الزوجين، وتعارض مواقفهما بشأن الأسباب الحقيقية للنزاع وفق ما يتصوره كل طرف، فتتكون قناعة تامة للقاضي أن مسألة تعيين الحكّمين غير مجدية، وأنها ستؤول إلى نتيجة عكسية وهو تعميق الخلاف بدل الإصلاح.

أما مجلس العائلة فإن التصور التشريعي حول دور هذا المجلس في الإصلاح ذات البين لم يعرف طريقه إلى التطبيق، ويمكن إرجاع ذلك إلى مجموعة من الأسباب، منها ما يتعلق بكيفية تكوينه، ومنها ما يتعلق بمهامه.

¹ - وقد سبق للقضاء المقارن أن قرر أن عدم القيام بالإجراءات السابقة للطلاق ومنها إجراء الصلح يعد خطأ في تطبيق القانون، قرار رقم 57812، مؤرخ في 25 - 12 - 1989، نقلا عن عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى الجزائر، 2004، ص 27.

وقد قرر القضاء التونسي أنه لا يعتد بالطلاق الذي لا يبذل فيه الحاكم جهده للصلح بين الزوجين واعتبره غير مرتكز على أساس قانوني صحيح، قرار استئنافي مدني عدد 16683 مؤرخ في جويلية 1957، مجلة القضاء والتشريع عدد 1، سنة 1959، ص 52.

² - ثم إن نجاح الحكّمين في مهمتهما مرتبط بمدى رغبة أو قابلية الزوجين للاستمرار في الحياة الزوجية، بحيث متى أصر أحدهما أوهما معا على إنهاء الرابطة الزوجية، لأن مجهودات الحكّمين لن تسفر عن أي نتيجة، الفريق يبي عبد الله العلمي: المرأة في القرآن الكريم، منشورات دار صبري، الطبعة الثانية 1991، ص 39.

³ - ومنها مثلا المحكمة الابتدائية بالناظور.

فبخصوص كيفية تكوينه، فهو يتكون طبقاً للمادة الأولى من المرسوم المنظم له، من القاضي بصفته رئيساً، ومن الأب والأم أو الوصي أو المقدم، ومن أربعة أعضاء من الأقارب أو الأصهار بالتساوي بين جهة الأب، أو جهة الأم، أو جهة الزوجين حسب الأحوال، ويمكن تكوينه من جهة واحدة إذا تعذر توفرهم من الجهتين.

ومعلوم أن تعيين مجلس العائلة بهدف الصلح غير معني بالوصي أو المقدم¹، وإنما يتم تعيين الأعضاء من جهة الزوجين، والذين يحدد عددهم النص في أربعة أعضاء، وهو ما يدعو إلى التساؤل حول ما إذا كان القضاء بإمكانياته الحالية المحدودة قادر على تكوين مجلس منظور المرسوم الوزاري، وذلك من حيث الإمكانيات الحالية المحدودة قادر على تكوين مجلس وفق منظور المرسوم الوزاري، وذلك من حيث الإمكانيات التي يتطلبها البحث عن أربعة أشخاص، ثم استدعائهم، وما قد يعتري ذلك من مشاكل التبليغ، أو اعتذار البعض عن الحضور، فالمحكمة ليس لديها من الوقت والوسائل ما يمكنها من تتبع مسطرة استدعاء كل واحد منهم، والاستماع إليه، وما يزيد الأمر صعوبة، كون المادة الثانية من نفس المرسوم تضع مجموعة من الاعتبارات في تعيين الأعضاء، وهي درجة القرابة، ومكان الإقامة والسن والمؤهلات²، والعلاقة بالأسرة، ومدى الاستعداد للعناية بشؤونها والحرص على مصالحها، بالإضافة إلى اكتمال الأهلية، وغير خاف أن تكوين المجلس وفقاً لهذه الشروط يستدعي إجراء بحث خاص عن أقارب وأصهار الزوجين قبل تعيين أعضائه، وهو ما يعرقل طريق القضاء ويدخله في مآهات، بدءاً من البحث عن أحوال عائلة الطرفين، ثم بحث النزاع بين الزوجين وقد تكون جل تلك التعقيدات بدون جدوى في حالة فشل الإصلاح، خاصة أن رفع عدد أعضاء المجلس من شأنه التأثير سلباً على عملية الصلح. ثم ما الجدوى من إرهاب القضاء بكل تلك التعقيدات ما دامت مهامه استشارية حسب المادة السابعة من المرسوم المكون له³؟

¹ - وذلك بحكم كون القاصر الذي أذن له بالزواج يكتسب أهلية التقاضي في كل ما يترتب على زواجه من آثار وفق المادة 22 من المدونة.

² - وتعني المؤهلات في نظر بعض الباحثين المستوى الثقافي، والتبصر والرؤية في الإدلاء بالراي الاستشاري. محمد أوراغ: "أهمية مجلس العائلة على ضوء مدونة الأسرة والرسوم المنظم له" مجلة رسالة الدفاع، العدد الخامس، 2004، ص 121.

³ - المرسوم سبق توثيقه، والدور الاستشاري للمجلس العائلي مقتضى كان وارداً في المرسوم المنظم له والملقى، وتم الحفاظ عليه في المرسوم الجديد. راجع بشأن انتقاد الدور الاستشاري لمجلس العائلة: إدريس الفاخوري، المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال نصوص مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة الجسور، وجدة، طبعة 2002 ص 148.

أما فيما يخص كيفية تنظيم مهام المجلس، فإن كان التحكيم لإصلاح ذات البين إحدى وظائفه الأساسية، وفق المادة السابقة، فإن المرسوم لم يحدد كيفية القيام بهذه الوظيفة والإجراءات المتبعة في ذلك، كما هو الشأن بالنسبة لعمل الحكّمين.

إذن، فمؤسسة مجلس العائلة وفق التصور التشريعي جهاز هام يمكن أن يدعم الصلح ويساعد القضاء في إيجاد سبل ناجعة لحل النزاع، لكن تطبيقه وتفعيله من لدن الجهاز القضائي - في ظل الظروف التي يعمل بها حاليا - أمر يصعب تحقيقه.

وإذا كانت هناك وسيلة أخرى للصلح، وهو كل من تراه أهلا لهذه المهمة وفق المادة 82 من المدونة، فإن تطبيق هذه العبارة ينحصر في تعيين أحد أقارب الزوج أو الزوجة إذا ما ارتأت المحكمة ذلك، لأن المحكمة لا تتوفر على أجهزة مساعدة تسخرها لهذه المهمة كالعاملين في إطار المساعدة الاجتماعية مثلا، لذلك، فرغم أن النص القانوني يمنحها سلطة الاختيار في تعيين هذا الشخص، فالواقع أنها غير مخيرة من الناحية الفعلية.

1- ضعف الإمكانيات البشرية والمادية المتوفرة لدى أقسام قضاء الأسرة

أ. على مستوى الامكانيات المادية:

من المفروض أن محكمة الأسرة قضاء لاحتواء النزاعات العائلية ومعالجتها بما يحفظ ما للنزاع الأسري من خصوصية تقتضي فضه في جو من السرية والكتمان وتجاوز التشهير به لما في ذلك من أثر سلبي في احتدام النزاع وصعوبة التحكم فيه فيما بعد.

وإذا كانت القليل من المحاكم الابتدائية بالمغرب هي من حظيت بإحداث أقسام للأسرة على إثر صدور مدونة الأسرة وإصلاح المادة الثانية من ظهير التنظيم القضائي فإن أغلبية المحاكم لا تتوفر على بنايات لائقة لاستقبال متقاضى المحكمة الأسرية، الأمر الذي يجعل الزوجين مجبرين على الانتظار بممرات المحكمة لساعات قصد إجراء محاولة التصالح، وهو موقف يؤدي بالمتقاضين في قضايا الطلاق والتطليق إلى الاختلاط والنتيه في وسط متهمى القضايا الجنحية وكذا متقاضى باقي الشعب.

ومن المؤكد أن هذا الوضع فضلا عن كونه لا يحفظ للنزاع الأسري خصوصيته يخلق توترا كبيرا على مستوى نفسية الزوجين الذين يصطدمان بظروف غير لائقة خاصة وأن معظم متقاضى المحاكم الأسرية لا دراية لهم بالإجراءات القانونية، كما أن المحاكم المغربية لا تتوفر على أجهزة إرشاد فعالة فيصعب على المتقاضى تتبع إجراءات التقاضي بشكل عادي، فتراه تائها

بين مكاتب كتابة الضبط ومكاتب القضاة خاصة متى أخذنا بعين الاعتبار كون أقسام قضاء الأسرة تعرف إقبالا كبيرا من طرف المتقاضين نظرا للصيغة الاستعجالية التي بها النزاعات المختصة بها.

كما أن هذا الوضع يولد ضغوط نفسية لدى القضاء ويؤثر سلبا على عمله، ولا يجد له حلا سوى التسرع في تصريف قضايا الصلح في ظل الظروف غير الملائمة التي يشتغل في ظلها.

ب . أما عن الإمكانيات البشرية:

تعرف المحاكم الأسرية نقص كبير على مستوى العاملين بها سواء من حيث القضاة أو الموظفين، الأمر الذي يؤثر سلبا على مردودية القاضي وهو بصدد إجراء محاولة الصلح، يضاف إلى هذا أنه في مجموعة من المحاكم الابتدائية يجمع القاضي في عمله بين القضايا الأسرية وقضايا أخرى بما فيها القضايا الجنحية، وواضح أن هذا الأمر سيكون له أثر سلبي على مردودية القاضي في مهمة الصلح، فعلاوة على الآثار السلبية لتوزيع الجهد بين مجموعة من الشعب فتقنيات تواصل القاضي مع المتقاضي وهو بصدد إجراء الصلح بين الزوجين بشأن نزاع أسري تختلف حتما عن طريقة تواصله مع متهم وهو يحقق في قضية جنحية أو حتى في قضية أخرى حتى ولو كانت مدنية، كما أنه يصعب على القاضي في ممارسته العملية اليومية تقمص شخصيتين مصلح اجتماعي من جهة وقاضي زجري من جهة أخرى.

ويؤثر ضعف الإمكانيات البشرية داخل المحكمة على كيفية تصريف قضايا الطلاق والتطليق ومعالجتها، فأغلب أقسام قضاء الأسرة تتوفر على هيئة واحدة للبت في هذه القضايا، وتزاوّل إلى جانبها مهام أخرى، ويترتب عن ذلك ارتفاع عدد الملفات المدرجة في جلسات الصلح الأمر الذي يؤدي إلى عدم قدرة القاضي على التحكم في هذه الملفات وعدم توفير الجو الملائم لطرح نزاعهما ومنحهما الوقت الكافي لإجراء الصلح والبحث عن مكامن الخلل في العلاقة الزوجية واقتراح حلول فعالة لإصلاحها، بل العكس من ذلك أضحت القضاة ينظر لجلسة الصلح بأنها عبء كبير يرهق كاهله، وهدر للوقت والجهد بدون جدوى.

وتشير إحدى البحوث إلى اتساع الهوة بين التغطية القضائية في المغرب وعدد السكان¹، ولذلك لن نستغرب من محاكمنا التي تسجل أرقاما جد هزيلة للصلح في الوقت الذي وصلت

¹ - محمد الغالي "محددات تدخل القاضي أثناء تطبيق القاعدة القانونية، مدونة الأسرة نموذجا" مجلة المنتدى العدد 5، يونيو 2005 ص 270.

فيه نسبة نجاح الصلح في تونس مثلاً خلال السنة القضائية 1998 – 1999 إلى 29 بالمائة من جملة القضايا المطروحة على محاكمها.

تعتبر مسطرة الصلح عن حق مسطرة ضرورية لإنهاء بعض النزاعات الأسرية، إلا أن من شأن المعوقات التي تعترضها على الصعيد العملي أن تحول دون تحقيقها النتائج والأهداف المتوخاة منها.

ومن خلال ما سبق يمكن أن نستخلص بأنه لا يمكن تفعيل مسطرة الصلح في القضايا الأسرية إلا من خلال إيجاد اقتراحات وحلول حقيقية من شأنها أن تضمن فعاليتها على الوجه المطلوب، ومن بين أهم الحلول التي نقترحها مايلي :

1. الزيادة في عدد القضاة المكلفين بمهام الإصلاح في مختلف أقسام قضاء الأسرة.
- 2- إخضاع القضاة لدورات تكوينية في مجالي علم النفس وعلم الاجتماع، وتدريبهم على الطرق العلمية للإصلاح.
- 3- تفعيل مؤسسة مجلس العائلة بشكل يضمن مساعدة القضاء على أداء مهمة الإصلاح على أحسن وجه.
- 4- تفعيل مؤسسة القاضي الوسيط في أقسام قضاء الأسرة .
- 5- الاستعانة بمؤسسات خارج الجهاز القضائي وانتدابها لإجراء محاولة الصلح كما هو الشأن بالنسبة للجمعيات المهتمة بالشأن الأسري أساتذة جامعيون خبراء في علم النفس والاجتماع...
- 6 - إنشاء خلية داخل أقسام قضاء الأسرة تضم قضاة ومهتمين بالمجال الأسري للاجتماع بشكل دوري قصد التباحث حول المشاكل التي تعترض القضاء الأسري، والعمل على إيجاد حلول لها

الفقرة الرابعة : إيداع المستحقات¹

تنص المادة 83 من مدونة الأسرة على أنه: «إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين حددت المحكمة مبلغا يودعه الزوج بكتابة الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما لأداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم»، وإذا لم يقدم الزوج على إيداع مستحقات الزوجة والأطفال إن وجدوا داخل أجل المحدد له اعتبر متراجعا عن رغبته في الطلاق، ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة بمقتضى المادة 86 من مدونة الأسرة.

إن انحلال الرابطة الزوجية يترتب حقوقا مالية للزوجة والأطفال سواء كان الطلاق بإرادة من الزوج أو بطلب من الزوجة وهذه الحقوق عرفت توسعا في مدونة الأسرة عما كان عليه الوضع في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وهكذا نصت المادة 84 من مدونة الأسرة على أن مستحقات الزوجة تشمل: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيعه، وهكذا لا يتم الإذن بالطلاق إلا بعد إيداع هذه المستحقات في كتابة ضبط المحكمة حماية لحقوق المطلقة وحقوق أطفالها من الضياع وحتى تستحق المطلقة هذه الحقوق يجب أن يكون الطلاق ناتجا عن زواج صحيح تم فيه البناء، وهذه الحقوق منها ما هو مخول للمطلقة بقوة القانون ومنها ما يكون متوقف على مطالبتها ويملك القضاء بهذا الشأن سلطة تقديرية واسعة، ومن شأن ضمان هذه الحقوق تحقيق مبادئ العدل والإنصاف ليس للمطلقة فقط بل لجميع الأطراف زواجا أو زوجة أو أطفالا خاصة وأن مدونة الأسرة تضمن إمكانية منح التعويض للطرف المتضرر من انهيار الرابطة الزوجية زواجا كان أم زوجة إضافة إلى إمكانية الاستفادة من ممتلكات الأسرة أثناء الحياة الزوجية طبقا للمادة 49 من مدونة الأسرة.

¹ - راجع: إدريس الفاخوري: "دور القضاء في تحديد مستحقات الزوجة والأطفال، مقال منشور ضمن أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة يومي 15 و16 مارس 2007 لكلية الحقوق بوجدة، سلسلة الندوات رقم 2، ص 104 وما بعدها،
- انظر الرسالة التي أعدت تحت إشرافنا من طرف الباحث: فتح الله تزاوي في موضوع: "الحقوق المالية للمرأة المطلقة بين التشريع والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، للموسم الجامعي: 2007/2008.
- وكذلك الرسالة التي أعدت تحت إشرافنا من طرف الباحث: منير التيال في موضوع: "دور القضاء في تحديد المستحقات المالية للمطلقة والأطفال عند انتهاء الرابطة الزوجية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي، بطنجة للموسم الجامعي 2006/2007.

الفقرة الخامسة : الطعن في قرار المحكمة

إذا كانت مدونة الأسرة قانون موضوع تتضمن أساسا بيان الحقوق والواجبات وتنظيم الشأن الأسري وهي قواعد موضوعية إلا أنها تتضمن العديد من المقتضيات الإجرائية إلى جانب قانون المسطرة المدنية، ولعل أهم مستجد إجرائي جاءت به مدونة الأسرة فإنه يتعلق بموضوع الطعن حيث نصت في بعض مقتضياتها على قابلية أو عدم قابلية بعض الأحكام الصادرة عن قضاء الأسرة للطعن¹.

وهكذا نصت الفقرة الأولى من المادة 128 من مدونة الأسرة على أن المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية.

فجميع الأحكام الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ تكون غير قابلة لأية وسيلة من وسائل الطعن ولا تقبل أي طريق من طرق الطعن سواء منها العادية أو غيرها وذلك في الجزء المتعلق بإنهاء الرابطة الزوجية فقط، وهكذا ذهبت محكمة الاستئناف بوجدة إلى تطبيق هذه المقتضيات حيث ورد في منطوق قرارها ما يلي²: «حيث أنه طبقا للمادة 128 من مدونة الأسرة فإن المقررات القضائية بالتطليق تكون غير قابلة للطعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية ومن ثم فإن استئنائه بهذا الشق يكون غير مقبول ولهذه الأسباب قضت المحكمة في الشكل بقبول الاستئناف بخصوص الصداق وعدم قبوله بخصوص التطليق».

أما القضايا ذات الطبيعة المالية فإن الأحكام الصادرة فيها عند حل الرابطة الزوجية تكون قابلة للطعن كمستحقات الزوجة والنزاعات الناشئة عن الممتلكات الزوجية المكتسبة أثناء الحياة الزوجية³، ذلك أن المشرع ألزم المحكمة عند تعذر الإصلاح الحكم بمستحقات

¹ - راجع الرسالة التي أعدها الباحثة ليلي برددو تحت إشرافنا في موضوع: "الطعن في الأحكام الأسرية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في تشريعات الأسرة والهجرة بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة للموسم الجامعي 2007/2008.

- وانظر الرسالة التي أعدها الباحثة سناء بوعروور تحت إشرافنا في موضوع: "الطعن بالاستئناف في الأحكام الأسرية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، برسم الموسم الجامعي 2008/2009.

² - قرار صار عن محكمة الاستئناف بوجدة في الملف الشرعي عدد 5151 والصادر بتاريخ 2005/07/13 (غير منشور).

³ - راجع رسالة الباحث فؤاد اليميني: "الأذن في مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية: 2009/2010، ص 147.

الزوجة التي تشمل الصداق المؤخر إن وجد ونفقة العدة والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيع الطلاق وكذلك الحكم بالتعويض لصالح المضرور من أحد الزوجين، كما أن مستحقات الأطفال تشمل النفقة والسكن فهذه المستحقات تقبل الطعن طبقا للمادة 128 من مدونة الأسرة، كما أنه يحق لأحد الزوجين مطالبة الزوج الآخر بنصيب من ممتلكات الأسرة ويكون الحكم الصادر في هذا الشأن قابلا للطعن طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

الفقرة السادسة : تطور نسب الطلاق

من المعلوم أن الإسلام لم يدعو إلى الطلاق والإكثار منه، وإنما شرعه كعلاج ينهي الخلاف والنزاع بين الزوجين، فيكون بالتالي هو الخلاص الذي شرعه الله عز وجل ليتجنب به كل من الزوج والزوجة المفساد التي تبقى الحياة الزوجية بغيضة بينهما.

كما أن القوانين الوضعية عمدت هي أيضا إلى تنظيم أحكام الطلاق، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع المغربي سواء في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أو في مدونة الأسرة الحالية، وإن كانت هذه الأخيرة أكثر إنصافا من خلال ما جاءت به من مستجدات حريصة بها قدر الإمكان الحفاظ على العلاقة الزوجية.

إذن فكيف كان واقع الطلاق في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة؟ وما هي المستجدات التي جاء بها المشرع المغربي في مدونة الأسرة في هذا الصدد؟ وهل استطاعت هذه المدونة التقليل من نسب الطلاق؟

من خلال هذه الإشكالات سنتناول:

أولا: وضعية الطلاق في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

ثانيا: الطلاق في مدونة الأسرة.

أولا : وضعية الطلاق في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة

عرفت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الطلاق في الفصل 44 بقولها "الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع من الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي".

هكذا ينتهي عقد الزواج الصحيح بالطلاق، ومن ثم فكل عقد زواج توفرت فيه كافة شروطه القانونية لا ينتهي في حياة الزوجين إلا بالطلاق سواء أوقع الفرقة الزوج أو الزوجة في حالة التمليك أو التفويض أو أوقعها القاضي¹.

ومعلوم أن مدونة الأحوال الشخصية قبل تعديلات 1993، كانت تجعل الطلاق بيد الزوج يوقعه بإرادته المنفردة، ولم تكن هناك أي رقابة قضائية على شرعية الطلاق، عكس تعديلات 1993 إذا اتخذت موقفا متميزا حيث نصت في الفصل 48 منها على ما يلي:

1- "يجب الإشهاد بالطلاق لدى شاهدين عدليين منتصبين للإشهاد في دائرة اختصاص القاضي التي يوجد بها بيت الزوجية.

2- لا يسجل الطلاق إلا بحضور الطرفين وبعد إذن القاضي، إذا توصلت الزوجة بالاستدعاء ولم تحضر وأصر الزوج على الطلاق استغنى عن حضورها"، كما نص الفصل 52 مكرر في فقرته الثانية على أنه: "إذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعين عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار".

فهذا التعديل جاء كمحاولة من المشرع للتوفيق بين الاتجاه الذي يرى ضرورة نقل هذا الحق إلى ساحة القضاء بعد أن تعسف الأزواج كثيرا في استعمال هذا الحق، وهو مطلب أساسي لعدد هائل من التنظيمات النسائية المغربية، وبعض المثقفين والمهتمين بشؤون الأسرة من فقهاء القانون والقضاة والمحامين وغيرها، وذلك حفاظا على تماسك الأسر وضمان مصلحة الأطفال والنساء².

ولكن مع ذلك يمكن اعتبار هذا الإجراء شكلي ليس إلا على اعتبار أن الوضع في ذلك الوقت كرس حق الزوج في توقيع الطلاق بمقتضى الفصل 44، هذا بالإضافة إلى أن قاضي التوثيق كان يفتقد إلى الوسائل اللازمة لاستدعاء الزوجة والحرص على ضرورة حضورها، فقلة الوقت والإمكانات تدفعه إلى الاكتفاء ببعث الاستدعاء دون البحث في مصيره، فيأذن بالإشهاد على الطلاق، والحال أن الزوجة غير عالمة بأمره³.

¹ - ذ. أحمد الخمليشي: "التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثانية 1987 ص 299.

² - راجع مقال منشور بجريدة العلم تحت عنوان: "تعديل مدونة الأحوال الشخصية الخطوة الأولى في رحلة الألف ميل" بتاريخ 14 دجنبر 1993، ص 8.

³ - جميلة المهووي: "المؤسسات القضائية المرصدة لحماية الأسرة في مدونة الأسرة"، رسالة أعدت تحت إشرافنا لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة عبد المالك السعدي، السنة الجامعية 2005/2006 بطنجة، ص 61.

ومن ثم فمسطرة الصلح التي كان منصوصا عليها في الفصل 179 من قانون المسطرة المدنية آنذاك كانت لا تطبق في الغالب.

وهكذا فالحصول على إذن القاضي في ذلك الوقت كان مجرد إجراء لازم انتهاء وليس ابتداء أي عند لحظة تسجيل الطلاق فقط، فالزوج قد يطلق بدون مبرر معقول ومع ذلك لا يستطيع القاضي منعه، على اعتبار أن دوره كان ينحصر في إعطاء تعويض مناسب للزوجة نتيجة ما لحقها من تعسف.

فإذا كان هدف القانون الوضعي هو إصلاح المجتمع وحماية الأسرة والقضاء على الظلم والحد من التعسف، وإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية تستلهم نصوصها من روح الشريعة الإسلامية، فإن الواقع العملي في تلك الفترة أصفر عن العديد من السلبات أهمها ارتفاع نسب طلاق الخلع مقارنة بأنواع الطلاق الأخرى.

وكنموذج لهذا الواقع، نستعرض الإحصائيات بأنواع الطلاق تهم مدن وجدة وبركان والناظور¹.

إحصائيات الطلاق بمدينة وجدة من سنة 1990 إلى 1996.

النسبة المئوية	المجموع	مختلف أنواع الطلاق					عدد الأنكحة	السنوات	
		المملك	المكمل للثلاث	قبل البناء	الخلعي	الرجعي		6 أشهر	1990
%26.90	349	00	09	63	113	164	1257	6 أشهر	1990
%25.81	620	00	13	134	160	321	2402	6 أشهر	
%50.53	712	00	06	163	238	305	1409	6 أشهر	1991
%22.53	612	00	09	15	217	371	2716	6 أشهر	
%22.53	402	00	09	117	180	258	1784	6 أشهر	1992
%26.15	764	00	10	134	253	367	2921	6 أشهر	
%43.09	605	00	12	102	207	284	1404	6 أشهر	1993
%24.42	508	00	02	91	187	228	2080	6 أشهر	
%34.44	494	00	06	88	211	189	1434	6 أشهر	1994
%24.58	794	00	06	162	291	335	3229	6 أشهر	
%40.20	581	00	08	96	257	219	1445	6 أشهر	1995
%24.50	755	00	11	125	327	290	3081	6 أشهر	
%40	577	00	04	98	253	222	1442	6 أشهر	1996
%28.44	864	00	16	159	380	309	3037	6 أشهر	

¹ - إحصائيات منشورة بمؤلفنا: "الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات" (ظهير 1993/9/10)، دار النشر الجسور، طبعة 2002، ص 223-224-225.

إحصائيات الطلاق بمدينة الناظور من سنة 1990 إلى سنة 1996.

مختلف أنواع الطلاق							السنوات	
النسبة المئوية	المجموع	المملك	المكمل للثلاث	قبل البناء	الخلي	الرجعي	عدد الأنكحة	
								1990
							771	6 أشهر
40.20%	310	00	02	31	114	163	1964	6 أشهر
21.90%	430	00	01	55	155	219		6 أشهر
							800	1991
33%	264	00	04	27	97	136	2099	6 أشهر
20.10%	422	00	05	60	165	192		6 أشهر
35.50%	310	00	08	67	110	125	873	1992
18.80%	457	00	03	75	136	243	2419	6 أشهر
30.09%	278	00	05	54	97	122	873	1993
14.50%	308	00	04	72	152	80	2419	6 أشهر
26.45%	246	00	03	48	121	74	899	1994
17.90%	345	00	02	84	165	94	2112	6 أشهر
27.70%	265	00	04	53	133	75	930	1995
15.90%	349	00	02	76	139	132	1919	6 أشهر
25.62%	255	00	00	53	106	96	940	1996
14.34%	353	00	03	81	161	108	2188	6 أشهر

من خلال هذه الجداول يتضح انه بالرغم من التعديلات التي جاءت بها مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1993 لم يقع أي انخفاض في نسب الطلاق بالشكل الذي كان منتظر، ففي مدينة وجدة نجد أن عدد حالات الطلاق وصلت سنة 1990 إلى 969 حالة، في حين وصلت سنة 1996 إلى 1441 حالة، أما بمدينة الناظور فعدد حالات الطلاق سنة 1990 وصلت إلى 740 حالة، في حين وصلت سنة 1996 إلى 608 حالة، أما في مدينة بركان ففي سنة 1990 فقد بلغ 401 أما في سنة 1996 فقد وصل إلى 343 حالة.

كما أن الملاحظ من خلال هذه الجداول ارتفاع طلاق الخلع مقارنة مع الأنواع الأخرى لانحلال الرابطة الزوجية، ففي مدينة وجدة بلغ سنة 1990 نسبة 273 حالة في حين وصل سنة 1996 إلى 633 حالة. أما في مدينة الناظور ففي سنة 1990 بلغ طلاق الخلع 269 حالة وفي سنة 1996 وصل إلى 267 حالة، أما في مدينة بركان ففي سنة 1990 بلغ الخلع 287 أما في 1996 بلغ 215 حالة.

أما على الصعيد الوطني فقد بلغ الطلاق الخلي سنة 2003 مثلاً 21076 حالة¹.

فارتفاع طلاق الخلع هو نتيجة منطقية لعدم قدرة الزوج على دفع المبالغ المالية التي يتعين دفعها في صندوق المحكمة تنفيذا لأوامر قاضي التوثيق بعد فشل الصلح، ومن ثم فالزوج الراغب في الطلاق والذي لا يريد دفع مصاريف الطلاق إما لعسر أو لبخله، فإنه

¹ - مأخوذ من الإحصائيات المتعلقة برسوم الزواج-الطلاق من سنة 2002 إلى سنة 2005، صادرة عن قضاء الأسرة بوجدة.

يضغط بشدة على الزوجة بالإهانة وهجريت الزوجية... بل هناك بعض الزوجات تجد نفسها مضطرة للخلع لصعوبة المسطرة وكذا صعوبة إثبات الضرر أو عدم الإنفاق وغيرها من الحالات، لذلك تتنازل الزوجة عن حقوقها مقابل الحصول على الطلاق.

ثانياً: وضعية الطلاق في مدونة الأسرة

المشرع المغربي جاء بمستجدات هامة في القانون رقم 70.03 المعتبر بمثابة مدونة الأسرة، إذ عمد إلى تقليص إرادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية وإقامة نوع من التوازن بين الطرفين، كما وسع في مجال التطليق مقابل الطلاق الذي يملكه الزوج، مع إخضاع مسطرة الطلاق والتطليق للمراقبة القضائية وهذا ما أكدت عليه المادة 78 إذ نصت على ما يلي: «الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقاً لأحكام هذه المدونة».

وهكذا ففي سبيل تدعيم مبدأ المساواة بين الزوجين في توقيع الطلاق، وانطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة الذي كرسه المشرع المغربي سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو عند انحلالها، فقد أضى الطلاق حقاً يمارسه الزوج والزوجة حسب مقتضيات القضاء، وطبقاً لأحكام هذه المدونة، وقد تم توسيع مجال إنهاء الرابطة الزوجية لفائدة الزوجة أساساً، بإضافة حالات جديدة كما هو الشأن بالنسبة للتطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق (المواد من 94 إلى 97).

فتوجه المشرع هذا جاء تماشياً مع روح الشريعة الإسلامية ومع ما جاءت به الاتفاقيات الدولية في هذا الصدد أي المنظومة الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان¹.

وهكذا فقد وسع المشرع حالات التطليق لتشمل بالإضافة إلى الحالات الخمس التي كان منصوصاً عليها في مدونة الأحوال الشخصية السابقة وهي: التطليق لعدم الإنفاق، التطليق للضرر، التطليق للغيبه والعيب والإيلاء والهجر حالة التطليق للشقاق، وحالة التطليق بسبب

¹ - كما هو الشأن بالنسبة للمادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أكد في فقرته الأولى على أن للزوجين "ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله"، كما نصت المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن "تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين لدى الزواج وخلال الزواج ولدى انحلاله"، ونفس المقتضى نصت عليه المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في الفقرة (ج).

الإخلال بأحد الشروط المتفق عليها في العقد، هذا إلى جانب الطلاق الإتفاقي وحالتي التملك والخلع.

فالمقتضيات التي جاءت بها مدونة الأسرة في انحلال الرابطة الزوجية هو الحفاظ قدر الإمكان على العلاقة الزوجية من خلال إقرار مبدأ الصلح وعدم اللجوء إلى الطلاق أو التطليق إلا استثناء.

فبخصوص الطلاق فقد نظمته المشرع في المواد من 80 إلى 88 وخول للقضاء مهمة مراقبته منذ بدايته إلى نهايته حرصا على الحفاظ على كيان الأسرة¹، وقد عرفت نسبة الطلاق ارتفاعا كبيرا ولتوضيح ذلك نورد الجدول التالي²:

الوضعية العامة للطلاق خلال الفترة (2013-2004)										السنوات
2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	
25215	24712	22937	22452	24170	27935	27904	28239	29668	26914	رسوم الطلاق
2.04%	7.74%	2.16%	-7.11%	-13.48%	0.11%	-1.19%	-4.82%	10.23%	.	نسبة التغير

يتبين من خلال إحصائيات الطلاق أن عدد رسومه عرفت ارتفاعا ملحوظا منذ سنة 2004 إلى غاية 2005، إلا أنها سرعان ما بدأت في التراجع ابتداء من سنة 2006، حيث تم تسجيل 28239 طلاقا، ليتم تسجيل أقل عدد سنة 2010 بعدد وصل إلى 22452.

فللقضاء بمقتضى المادة 82 كل الصلاحية في القيام بجميع الإجراءات بخصوص مسطرة الصلح، بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين، كما له إمكانية القيام بمحاولتين للصلح حالة وجود الأطفال تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما، الشيء الذي يدعم توجه المشرع المغربي للحفاظ على كيان الأسرة.

¹ - راجع أيضا مقالتنا بعنوان: واقع الطلاق في مدونة الأسرة المنطقة الشرقية نموذجا، منشور ضمن أشغال الندوة الوطنية حول مدونة الأسرة بعد عام من التطبيق، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة، العدد الأول، 2005، ص 62.

² - القضاء الأسري: الواقع والآفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية: مرجع سابق، ص 70.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المغربي أعطى للإرادة دورا كبيرا في إنهاء العلاقة الزوجية ويظهر ذلك جليا في الطلاق الإتفاقي والخلع، ومسطرة الشقاق وكذا في التطبيق للضرر والتطليق للإخلال بشروط من شروط عقد الزواج¹.

أ- فالطلاق الإتفاقي الذي يعتبر مقتضى جديد في مدونة الأسرة والمنصوص عليه في المادة 114²، جاء استجابة لرغبة الزوجين اللذين لا يودان الجهر بأسباب الطلاق فهو يحقق مرونة في العلاقات الأسرية خاصة إزاء الأطفال³، فبدل اللجوء إلى رفع الدعاوى وما ينتج عنها من خلافات قد تمتد إلى المجتمع بأسره، فقد يتوصل الزوجان إلى أن الأفضل هو الفراق باعتباره خير علاج بعد تعذر استمرار الحياة الزوجية وفشل كل محاولات الصلح مصداقا لقوله تعالى ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾⁴.

وقد عرف هذا الطلاق ارتفاعا ملحوظا ففي سنتي 2006 و 2007 مثلا وصل إلى 14984 حالة⁵، أما في سنة 2008 وحدها فبلغ 9800 وفي سنة 2009 بلغ العدد 9887 حالة، وللمزيد من الإيضاح نورد الجدول التالي⁶:

وضعية الطلاق الانفاقي (2013-2004)										السنوات
2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	رسم الطلاق الانفاقي
14992	14301	12209	10294	9887	9800	8243	6741	4949	1860	نسبته من مجموع حالات الطلاق
59.46%	57.87%	53.23%	40.91%	40.91%	35.08%	29.54%	23.87%	17.74%	6.59%	

¹ - راجع مقالنا بعنوان: دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة، منشورة بمجلة الملف العدد الرابع، شتنبر 2004، ص 66 وما بعدها.

² - تنص المادة 114 على أنه «يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال.

عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطبيق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه.

تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح، أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه».

³ - وزارة العدل، دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004، ص 81.

⁴ - سورة البقرة الآية 229.

⁵ - وزارة العدل مجلة قضاء الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد الرابع والخامس (عد مزدوج)، فبراير 2009، ص 314.

⁶ - القضاء الأسري: الواقع والأفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية: مرجع سابق، ص 72.

وبذلك فالطلاق الإتفاقي محطة مهمة، إذ ترك المشرع للإرادة هامش واسع من الحرية للتراضي على إنهاء الرابطة الزوجية.

ب- أما طلاق الخلع فقد أولته مدونة الأسرة أهمية كبيرة إذ خصصت له ست مواد من 115 إلى 120 نظرا لما كان يطرحه من إشكالات وباعتباره كان يحتل الصدارة من حيث ارتفاع عدده مقارنة بالأنواع الأخرى من الطلاق.

فدور الإرادة في طلاق الخلع يظهر بشكل جلي من خلال المادة 115 التي اشترطت حصول رضا الزوجين، ومن خلال المادة 120 التي أعطت للزوجة التي أصرت على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، إمكانية اللجوء إلى مسطرة الشقاق¹.

فطلاق الخلع بالإجراءات التي جاءت بها مدونة الأسرة عرف انخفاضا ملحوظا على الصعيد الوطني ففي سنتي 2006 و2007 بلغ 17437 حالة²، أما في سنة 2008 فقد بلغ 7175 حالة أما في سنة 2009 فقد انخفض نسبيا ووصل العدد إلى 5894 حالة، ولمزيد من الإيضاح نورد الجدول التالي³:

وضعية الطلاق الخلعي (2004-2013)										السنوات
2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	رسوم الطلاق الخلعي
4546	4355	4147	5263	5894	7175	8253	9184	11238	11999	نسبته من مجموع حالات الطلاق
18,03%	17,62%	18,08 %	24,39 %	24,39 %	25,68%	29,58%	32,52%	40,27%	42,49%	

ج- أما أهم مقتضى جاءت به مدونة الأسرة هو مسطرة التطليق للشقاق، هذه الأخيرة التي منحت للإرادة دورا جد مهم أيضا، فهي حق يتساوى فيه الزوج مع الزوجة⁴.

¹ - هذه المسطرة منصوص عليها في المواد من 94 إلى 97.

² - وزارة العدل، مجلة قضاء الأسرة، المرجع السابق، ص 314.

³ - القضاء الأسري: الواقع والآفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية: مرجع سابق، ص 74.

⁴ - ولتفعيل مسطرة الشقاق بين الزوجين اوجد المشرع المغربي مجموعة من الحالات تطبق في شأنها هذه المسطرة، إذ سمح لأحد طرفي العلاقة الزوجية أن يلجأ إلى التطليق للشقاق في حالة إخلال الطرف الآخر بالواجبات المتبادلة بينهما والمنصوص عليها في المادة 51، كما أنه في حالة تمسك الزوج بطلبه بالإذن بالتعدد رغم عدم موافقة الزوجة، فإن لهذه الأخيرة إمكانية اللجوء لمسطرة الشقاق وهذا ما أكدته المادة 45 في فقرتها الخامسة، كما أن للزوجة المصرة على طلب الخلع وعدم استجابة الزوج لها فإن الحق حسب المادة 120 اللجوء لمسطرة الشقاق.

فبالاطلاع على مسطرة الشقاق في موادها من 94 إلى 97 نجد أن غاية المشرع ليس التطلاق ولكن محاولة تفاديه، إذ أوجب على المحكمة قبل إعطاء الإذن بتوثيق الطلاق، أن تقوم بكل محاولات الإصلاح حفاظا على كيان الأسرة من التفكك.

غير أن الواقع أثبت باللموس ارتفاعا في نسب حالات التطلاق إذ وصل في سنتي 2006 و2007¹ إلى 28875 حالة، أما في سنة 2008 لوحدها 24854 وفي سنة 2009 ارتفع وبلغ 29404 حالة وللمزيد من التوضيح نورد الجدول التالي²:

أحكام التطلاق بسبب الشقاق خلال الفترة (2013-2004)										
السنوات	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
أحكام التطلاق بسبب الشقاق	4865	10313	18562	24854	29404	32331	32365	48376	39836	
نسبة التغير	.	111,98%	79,99%	33,90%	18,31%	9,95%	0,11%	49,47%	-17,61%	

ولعل هذا الارتفاع راجع إلى كون مسطرة الشقاق يلجأ إليها الأزواج سواء كمسطرة أصلية أو كمسطرة تبعية، باعتبارها من المساطر الأكثر مرونة، إذ للزوجين الحق في اللجوء إليها حال حصول الشقاق بينهما، كما أنه يمكن اللجوء إليها في حالة التعدد³، وفي حالة عدم إثبات الضرر⁴، أو عدم موافقة الزوج على الطلاق الخلعي⁵ أو عدم موافقته على الرجعة⁶، وهو ما يجعل التطلاق للشقاق يحتل المرتبة الأولى مقارنة مع باقي أنواع التطلاق الأخرى، وهذا ما يتضح من الجدول التالي⁷:

¹ - وزارة العدل، مجلة قضاء الأسرة المرجع السابق، ص 318.
² - القضاء الأسري: الواقع والأفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية: مرجع سابق، ص 76.
³ - الفقرة الأخيرة من المادة 45.
⁴ - المادة 100 في فقرتها الثانية.
⁵ - الفقرة الأخيرة من المادة 120.
⁶ - الفقرة الأخيرة من المادة 124.
⁷ - القضاء الأسري: الواقع والأفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية: مرجع سابق، ص 78.

مقارنة أحكام التطلاق للشقاق بالنسبة لأحكام التطلاق بكل أنواعه خلال الفترة 2008-2013 (نموذجاً)						
2013	2012	2011	2010	2009	2008	السنوات
40850	49579	33261	33564	31085	27441	مجموع أحكام التطلاق بما فيها التطلاق للشقاق
39836	48376	32365	32331	29404	24854	أحكام التطلاق بسبب الشقاق
97.51%	97.57%	97.31%	96.33%	94.59%	90.57%	النسبة المئوية لأحكام التطلاق للشقاق من مجموع الأحكام بالتطلاق

فمسطرة الشقاق لم تحقق الغرض الذي من أجله تم تقريرها وبالتالي صارت هي كذلك مسطرة لإنهاء العلاقة الزوجية لا لإبقائها، كما أن الملاحظ أن هذا النوع من التطلاق غالباً ما يلجأ إليه النساء أكثر من الرجال، خاصة مع دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق وهذا ما تؤكدته الإحصائيات التالية¹:

طلبات التطلاق للشقاق حسب جنس الطالب خلال الفترة 2006-2013					
السنوات	عدد الطلبات المقدمة من طرف الزوجة	عدد الطلبات المقدمة من طرف الزوج	المجموع	نسبة طلبات النساء	نسبة طلبات الرجال
2006	20223	5800	26023	78%	22%
2007	26547	14181	40728	65%	35%
2008	32095	17618	49713	65%	35%
2009	33959	20912	54871	62%	38%
2010	36490	24076	60566	60%	40%
2011	38435	26294	64729	59%	41%
2012	40325	28957	69282	58%	42%
2013	38855	30484	69339	56%	44%

د- ودور الإرادة في إنهاء الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة لم يقف عند هذا الحد بل يظهر بجلاء حتى حالة حصول الضرر يلحق بأحد الزوجين، إما بسبب الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج، أو بسبب ضرر يستحيل معه العشرة.

¹ - نفس المرجع، ص 78.

فبالرجوع إلى المادة 99¹ من مدونة الأسرة يتضح أن المشرع اعتبر الإخلال بشرط عقد الزواج ضررا مبررا للتطليق، وفي الفقرة الثانية من نفس المادة يعرف الضرر بأنه كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مغل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية.

ونعلم أن الإخلال ببعض الشروط المتفق عليها قد لا يرقى إلى درجة الضرر بالمفهوم الذي أورده المشرع، وبذلك كان عليه أن يعتبره سبب موجب للتطليق متى نتج عنه ضرر وليس بالصفة التي أوردها في المادة 99 في فقرتها الثانية، وذلك حتى لا يوحي للقضاة بأنه حتى يوجب التطليق، يتعين ضرورة اقتران الإخلال بالضرر.

وفيما يخص التطليق للضرر الذي يستحيل معه العشرة فهو أيضا من أكثر صور التطليق المعروضة على ساحة القضاء لكونه يستوعب عمليا كثير من الصور للإضرار بالزوجة، هذا بالإضافة إلى ما للإرادة من دور مهم فيه خاصة إرادة الزوجة.

وقد اعتبرت مدونة الأسرة الضرر أنه كل تصرف من الزوج، أو سلوك مشين أو مغل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية، تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية، ومن ثم فالمدونة أوردت نوع الضرر الموجب التطليق على خلاف مدونة الأحوال الشخصية التي اعتبرته كل ضرر لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجة² وبالتالي عدم تحديدها للمقصود بالضرر.

وبالرجوع إلى المادة 100 من مدونة الأسرة³ نجد أنها فتحت المجال للمرأة لإثبات الضرر بأي وسيلة ممكنة، وهذه إمكانية تنضاف إلى الإمكانيات الأخرى المخولة لصالح الزوجة، والتي لم تكن متاحة لها في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، التي كانت تشترط إثباته بشهادة عدلين أو بالسماع الفاشي.

وتجب الإشارة إلى أن التطليق للإخلال بشرط في عقد الزواج أو الضرر عرف هو أيضا ارتفاعا ملحوظا إذ بلغ عدده في سنتي 2006 و2007 إلى 1808 حالة، أما سنة 2008 بلغ العدد نسبة 331 أما في سنة 2009 فقد انخفض نسبيا وشهد نسبة 247 حالة.

¹ - تنص المادة 99 في فقرتها الأولى على أنه: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق".

² - الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

³ - تنص المادة 100 على أنه "ثبتت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذي تستمتع إلهم المحكمة في غرفة المشورة.

إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصررت على طلب التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

غير أنه بمقارنة هذه النسبة مع التطلاق للشقاق نجد أن هذا الأخير يحتل الصدارة للأسباب السابقة الذكر.

ونلاحظ أنه على الرغم من المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة بخصوص إنهاء الرابطة الزوجية من مراقبة قضائية وتبسيط في الإجراءات وتوسيع للإرادة، إلا أن الواقع أثبت أن نسب الطلاق والتطلاق لا تزال مرتفعة خاصة التطلاق للشقاق الشيء الذي له انعكاس سلبي كبير على الأسر خاصة فئة الأطفال.

فالطلاق يعتبر من الأسباب الرئيسية التي تؤدي في الغالب إلى انحراف الأولاد، فالطفل في أعوامه الأولى إذا لم يجد أبا يرباه ويحافظ عليه، ويؤمن له الأمن والأمان وظلما تعطف عليه فإنه سيتربى خارج هذا الإطار مندفعاً نحو الجريمة والانحراف¹.

¹ - الشيخ يوسف خطار محمد: "التربية الإيمانية والنفسية للأولاد في ضوء علم النفس والشريعة الإسلامية"، دار التقوى للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، دمشق، طبعة 2003، ص 163.

المبحث الثالث: شروط إيقاع الطلاق

لكي يحصل الطلاق صحيحا مرتبا لأثاره فإنه يتعين توافر بعض الشروط منها ما يتصل بالزوج، ومنها ما يتصل بالزوجة، ومنها ما يتصل بالصيغة. وهذا ما نشير إليه في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: الشروط الخاصة بالزوج

يشترط في الزوج المطلق بأن يكون عاقلا، (الفقرة الأولى)، وأن يكون مختارا (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: يجب أن يكون الزوج عاقلا

الطلاق من الأمور الهامة والخطيرة، لذلك فيقاعه يحتاج إلى إدراك تام، والعقل أداة التفكير ومناطق التمييز والتكليف، ومن ثم لا يقع طلاق المجنون ومن على شاكلته كالمعتوه، ولا يقع طلاق السكران والغضبان.

أولا: المجنون والمعتوه: لا يعتد بالطلاق الصادر من مصاب بمرض عقلي، لأن العقل هو أداة التفكير وأساس التكليف، ولا يتحقق ذلك في المجنون، وسواء كان الجنون كلياً أو جزئياً، لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون» ولقوله عليه الصلاة والسلام أيضاً: «رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يعقل».

وكذلك الشأن بالنسبة للمعتوه وهو شخص فاسد التدبير لقوله صلى الله عليه وسلم: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله».

ثانياً: طلاق السكران: السكران هو الشخص الذي تناول الخمر أو مواد مسكرة أخرى تذهب بعقله حتى أصبح يهذي ولا يعي بعد إفاقة ما وقع منه حال سكره. وقد اختلف الفقهاء حول طلاق السكران، فذهب فريق منهم إلى القول بوقوع طلاقه متى سعى مختاراً إلى تناول المخدر أو الخمر الذي ذهب بإدراكه وتمييزه، لأنه بمخالفته لأوامر الله تعالى يتحمل مسؤولية ما صدر منه من تصرفات حال سكره، ويقع طلاقه صحيحاً عقاباً له وذهب فريق آخر إلى القول

بأن طلاقه لا يقع لأن صحة التصرفات تقوم على القصد والإرادة الصحيحة، والسكران لا إرادة له، فلا يعتد بالعبارة التي تصدر منه، وفي هذا الصدد يقول ابن عاصم الغرناطي في التحفة:

وإن كان معتوها ولا عقل عنده *** يقينا فلا يمضي طلاق لهاذل

وكذلك لا يقع طلاق السكران إذا كان السكر بوسيلة غير محرمة كمن شرب الخمر للضرورة أو تحت ضغط الإكراه.

ومدونة الأسرة نصت في المادة 90 على أنه: «لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقا» والمقصود بالسكران الطافح الذي يفقد التمييز والإدراك، ويفهم من ذلك بمفهوم المخالفة أن السكر إذا كان خفيفا وكان الشخص الذي تناول المواد المسكرة لا زال يحتفظ ببعض وعيه ونتائج أفعاله وتصرفاته كان طلاقه نافذا.

ثالثا: طلاق الغضبان والمغلق: لقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا طلاق في إغلاق»¹ والمقصود بالإغلاق أن يقل الإنسان باب الإدراك وأن يسد عليه طريق الوعي»²، فكل حالة يكون فيها المطلق لا يدري ما يقول ويفعل، أو يغلب عليه الاضطراب في أقواله وأفعاله لغضب أو شدة حزن... فلا يقع طلاقه.

وبالنسبة لمدونة الأسرة، فإنها قررت في المادة 90 بأن طلاق الغضبان لا يقع إذا كان طلاقه مطبقا، أي شديدا بحيث أن الغضب ذهب بعقل صاحبه وأخرجه عن عاداته وطبيعته وجعله لا يقصد ما يقول، فيكون في هذه الحالة كالمجنون، ومن زال عقله بسكر³. وهي نفس مقتضيات التي كانت موجودة في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة طبقا للفصل 49.

الفقرة الثانية: يجب أن يكون المطلق مختارا

يشترط أيضا في الرجل الذي يقدم على طلاق زوجته بأن يكون متمتعا باختيار تام غير مكره ولا هازل.

¹ - رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها.

² - محمد نبيل سعد الشاذلي، المرجع السابق، ص 255.

³ - راجع أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 314، محمد ابن معجوز، المرجع السابق ص 172-173.

أولاً : طلاق المكره

يذهب فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن طلاق المكره لا يقع تطبيقاً لقول الله تعالى ﴿إِلَّا مَنِ اضْطُرَّ غَلَوًا كَثِيرًا وَلَا يَخْلُفُ أَعْلَاهُ﴾¹، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»²، ومن ثم فالزوج إذا أكره على التلفظ بالطلاق فإن طلاقه غير معتبر.

ويذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن طلاق المكره واقع لأن الإكراه يزيل الرضا، ولكنه لا يزيل الاختيار بين أمرين، فمتى أوقع الطلاق ولو تحت سلطان الإكراه كان مختاراً فيقع منه. والمعمول به وفقاً لنصوص المدونة هو الرأي الأول الذي يرى بأن طلاق المكره غير واقع طبقاً للمادة 90.

ثانياً : طلاق الهازل

طلاق الهازل واقع عند المالكية والشافعية والأحناف تطبيقاً للحديث النبوي والذي رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق الرجعة»³. فالهازل هو الذي يقول اللفظ ولا يقصد منه إلا اللعب واللهو والمزاح دون نية تحقيق ما تلفظ به، وقد اعتبر طلاق الهازل واقعاً عند الجمهور حتى لا يتخذ الناس ذلك ذريعة للهو بأحكام الشريعة وتطبيقاً لقوله تعالى ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾⁴.

ويذهب بعض الفقهاء إلى القول بعدم وقوع طلاق الهازل لأن اللفظ الصريح يفتقر إلى النية والهازل لا نية له.

¹ - سورة النحل، الآية 106.

² - أخرجه ابن ماجه والدارقطني والطبراني.

³ - روى الحديث الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي وحسنه، والحاكم وصححه عن أبي هريرة رضي الله عنه.

⁴ - سورة البقرة، الآية 231.

ومدونة الأحوال الشخصية الملغاة وكذلك مدونة الأسرة الجديدة لم تورد نصا في الموضوع، ولذلك يمكن القول بأن الطلاق الصادر من الهازل واقع لأن الطلاق مثل الزواج يستوي فيه الجد والهزل تطبيقا للحديث السابق¹.

وهكذا إن المشرع المغربي في مدونة الأسرة لسنة 2004 تبنى الفقه القائل بعدم جواز طلاق السكران أخذا بالحالة القائمة وقت السكر، كما اعتمد رأي الجهود ولم يقرب طلاق المكره لأن المكره غير راض بالطلاق ولكن أجبر عليه، وكذلك طلاق الغضبان إذا كان مطبقا واشتد غضبه².

ثالثا: طلاق المريض مرض الموت

إذا طلق الزوج المريض مرض الموت بقصد حرمان مطلقاته من الميراث ومات في مرضه هذا، فقد اختلف الفقهاء في ميراث هذه الزوجة:

ذهب الحنيفة إلى أن الزوجة ترث ما دامت في العدة ولو كان الطلاق بائنا خلافا للأصل³، أما الإمام مالك فذهب إلى القول بأن حق الزوجة في الإرث قائم لا ينقطع ولو تزوجت قبل موته لأن قصده حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده بتوريثها كما لم يطلقها.

وذهب الشافعية في رواية والظاهرية وكذلك الحنابلة إلى أنها ترث حتى ولو مات وهي في العدة.

وأمام عدم وجود نص في مدونة الأسرة فإنه تطبيقا للمادة 400 يتعين توريث الزوجة التي طلقها زوجها في مرض الموت.

المطلب الثاني: الشروط المتصلة بالزوجة المطلقة

يشترط في الزوجة المطلقة أن تكون زوجة للمطلق حقيقة أو حكما، ويقصد بكونها زوجة للمطلق حقيقة بأن تكون الزوجية مستندة إلى عقد زواج صحيح قائم بالفعل سواء وقع

¹ - الشافعي محمد، المرجع السابق، ص 114.

² - عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2006، مطبعة النجاح الجديدة، ص 236.

³ - راجع زميلنا الدكتور عبد الخالق أحمدون: "الزواج والطلاق في مدونة الأسرة"، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وقوانين دول المغرب العربي والاتفاقات الدولية، الطبعة الأولى 2006، مطبعة طوب بريس بالرباط، ص 326.

الدخول أولم يقع، أما الزوجية القائمة حكما، فيمثل لها بالمعدة من طلاق رجعي حيث تكون الزوجية في حكم القائمة طالما أن العدة لم تنته، لأن الطلاق الرجعي لا ينهي الرابطة الزوجية كما هو معلوم، وهكذا ينص الفصل 45 من المدونة الملغاة على أن "محل الطلاق المرأة في نكاح صحيح أو المعدة من طلاق رجعي ولا يصح الطلاق على غيرهما ولو معلقا"¹.

ولا تكون محلا للطلاق:

1. المرأة الأجنبية أي تلك التي لا تعتبر زوجة، إذ لا يتصور أن يقع طلاق عليها إذ لا طلاق إلا بعد زواج، وهذا نصت المدونة الملغاة، ولو صدر الطلاق ملعقا على شرط التزويج بها مستقبلا (الفصل 45).

2. المطلقة قبل الدخول والخولة حيث يعتبر طلاقها بائنا ولا عدة لها فتصبح أجنبية بمجرد طلاقها.

3. المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى.

4. المرأة التي تزوجها الرجل بعقد فاسد.

أما مدونة الأسرة لسنة 2004 فلم تشر للموضوع ومن ثم فإن الطلاق الذي يقع على المرأة وهي في عدة من طلاق رجعي تحسب عادة في عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته من الناحية الشرعية اعتمادا على أحكام الفقه المالكي التي تحيل عليها المادة 400 من مدونة الأسرة كما يرى بعض الفقه².

المطلب الثالث: الشروط المتعلقة بالصيغة

تتعلق بالصيغة في الطلاق أحكام وشروط مختلفة. فوفقا لنصوص مدونة الأسرة فالطلاق قد يقع بالقول أو الكتابة أو الإشارة.

¹ - لم ترد مدونة الأسرة نصا مماثلا، يقول الأستاذ محمد الكشور: "ورغم سكوت مدونة الأسرة عن هذا الحكم، فالطلاق الذي يقع على المرأة وهي في عدة من طلاق رجعي تحسب عادة في عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج على زوجته..."، المرجع السابق، ص 35.

² - راجع زميلنا الأستاذ: محمد الكشور: "شرح مدونة الأسرة"، الجزء الثاني، انحلال ميثاق الزوجية، الطبعة الأولى 2006، مطبعة النجاح الجديدة ص 35.

واختلف الفقه في بعض الصيغ الخاصة بالطلاق، كالمعلق والحلف بالحرام أو اليمين والطلاق الثلاث في لفظ واحد، وهذا ما نشير إليه بإيجاز مع بيان موقف المدونة، حيث تطرقت إلى صيغ الطلاق في المواد: 73-91-92-93. وذلك في أربع فقرات.

الفقرة الأولى: التعبير عن الطلاق

ينص الفصل 46 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه: "يقع الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابه ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة". ونصت مدونة الأسرة الحالية في المادة 73 على أنه: "يقع التعبير عن الطلاق باللفظ المفهم له، وبالكتابه، ويقع من العاجز عنهما بإشارته الدالة على قصده" فاللفظ الذي يحصل به الطلاق نوعان، صريح وكناية:

أ- اللفظ الصريح: هو الدال على حل الرابطة الزوجية¹، كأن يقول الرجل لزوجته: أنت طالق، أو مطلقة.

ب- الكناية: ويكون اللفظ غير دال صراحة على إرادة الطلاق، فاللفظ المستعمل يحتمل الطلاق وغيره، كأن يقول لها: اذهبي إلى اهلك، أو أن أمرك بيدك، أو ما شابه ذلك من الألفاظ التي تحتمل الطلاق وغيره... وذهب الحنيفة إلى القول بأن هذه الألفاظ يقع بها الطلاق إذا نوى بها الزوج الطلاق.

أما المالكية والشافعية والحنابلة فقد اعتبروا النية هي الأساس في بيان المقصود من الألفاظ... فإذا كان القصد هو الطلاق وقع وإذا لم يكن الأمر كذلك لم يقع.

وتقوم الكتابة مقام اللفظ في وقوع الطلاق متى كانت ظاهرة ومستبينة²، أما الإشارة فلا يقع بها الطلاق إلا من الأخرس، فإن كان يعرف الكتابة فإنه يجب عليه أن يعبر عن الطلاق بواسطتها، وإن كان عاجزا عنها فتكفيه إشارته المعهودة الدالة على أن مراده هو الطلاق وليس شيئا آخر، وهذا ما نصت عليه المادة 73 من مدونة الأسرة وبهذا قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه.

¹ - يوسف قاسم، "حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي"، دار النهضة العربية، طبعة 1984، ص 301.
² - محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 116.

الفقرة الثانية: الطلاق المعلق على شرط

الطلاق يقع منجزا ويرتب آثاره القانونية في الحال، كانت طالق أو طلقتك.

أما الطلاق المعلق فيقصد به الطلاق الذي يتوقف وقوعه على تحقق أمر في المستقبل قد يحدث أو لا يحدث، كان يقول لزوجته مثلا أنت طالق إذا كلمت فلان، أو أنت طالق إذا صافحت فلان¹.

ذهب الجمهور بما فهم الأئمة الأربعة إلى أن الطلاق المعلق على شرط ينتج أثره متى تحقق الشرط، وهو يعد كأن لم يكن في حالة تخلفه.

والواقعة التي يقيد بها الطلاق قد تكون إرادية أو غير إرادية².

ومثال الطلاق المعلق على شرط إرادي كان يقول لها إذا لم ترافقيني عند السفر إلى مقر عملي الجديد فأنت طالق.

ومثال الطلاق المعلق على شرط غير إرادي كان يقول لها إذا لم يفز فريق المولودية الوجدية على فريق الفتح الرباطي في مباراة كرة القدم فأنت طالق... فالطلاق واقع بتحقيق الشرط المعلق.

وبخلاف هذا الرأي ذهب الظاهرية إلى أن الطلاق المعلق إذا وجد المعلق عليه لا يقع أصلا ولا يعتد به إطلاقا ويعتبر عندهم من قبيل اللغو الذي لا قيمة له³.

وقد أخذ المشرع المغربي برأي الظاهرية جزئيا عندما نص في الفصل 52 من المدونة الملغاة على أن: "الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع". ومقتضيات هذا الفصل تقتضي التمييز بين الشرط الإرادي أو الاختياري الذي هو فعل شيء أو تركه بحيث لا يقع بمقتضاه الطلاق إذا علق عليه، والشرط غير الإرادي الذي يتحقق بمقتضاه الطلاق عند وقوعه (فوز فريق الفتح على المولودية).

وقد نصت مدونة الأسرة كذلك في المادة 93 على أن: "الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع".

¹ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 208.

² - أحمد الخليشي، المرجع السابق، ص 310.

³ - صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 214.

الفقرة الثالثة: الحلف باليمين أو الحرام

شاع في المجتمع الحلق باليمين أو بالحرام، كأن يقول الزوج مثلاً زوجتي حرام علي إذا لم ادفع لك الدين في نهاية هذا الشهر، أو أن يقول الرجل لأخـر زوجتي طالق إذا لم أحضر عندك غداً.

وقد اتفق جمهور الفقهاء من المذاهب السنية الأربعة على وقوع الطلاق فور تحقق الأمر الذي علق عليه نفاذ اليمين.

وذهب بعض الشيعة الجعفرية والظاهرية إلى أن هذا الطلاق غير واقع بناء على الحلف به، وهو لغو في القول فقط، وذلك استناداً إلى قوله صلى الله عليه وسلم: «من كان حالفاً لا يحلف إلا بالله».

فالحلف بالطلاق ليس حلفاً بل معصية. وقد أخذ المشرع المغربي بهذا الرأي الأخير حين نصت المدونة في المادة 91 وهي نفس المقتضيات التي كانت واردة في الفصل 50 من المدونة الملغاة على أن: "الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به الطلاق".

الفقرة الرابعة: الطلاق الثلاث في لفظ واحد

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة، ومن قبلهم جمع كبير من فقهاء التابعين وعلماء المسلمين أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع ثلاثاً عملاً بما كان عليه العمل في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

غير أن الظاهرية والشيعة الزيدية ذهبوا إلى القول بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة رجعية وبهذا الرأي أخذت المدونة في المادة 92 وهي نفس المقتضيات التي تضمنتها المدونة الملغاة في الفصل 51 وبذلك تكون المدونة بهذا الرأي قد خالفت الراجع من مذهب الإمام مالك، ويرى بعض الفقه بأن المدونة أخذت بما هو أنسب في هذا النص الذي ضعف فيه الوازع الديني وتساهل الناس في أمر الطلاق، وحيثما كانت المصلحة فتم شرع الله¹.

¹ - د. عبد الخالق أحمدون: المرجع السابق ص 335.

المبحث الرابع: أقسام الطلاق

الطلاق إما أن يكون متفقاً مع أحكام الشرع والسنة النبوية ويسمى الطلاق السني، وإما أن يكون خلاف ذلك، ويسمى الطلاق البدعي، كما أن الطلاق قد يكون رجعياً، وقد يكون بائناً، ومن ثم نقسم الكلام في أقسام الطلاق إلى مطلبين، نخصص الأول للطلاق السني والطلاق البدعي، وتتناول في الثاني أحكام الطلاق الرجعي والبائن.

المطلب الأول: الطلاق السني والطلاق البدعي

ونقسم الدراسة في هذا المطلب إلى فقرتين نخصص الأولى للطلاق السني والثانية للطلاق البدعي.

الفقرة الأولى: الطلاق السني

الطلاق السني هو الطلاق الذي يراعي المطلق أثناء توقيعه ما جاءت به الشريعة الإسلامية. فقد قال الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾¹. وقد فسرت الآية الكريمة بأنه يتعين أن تطلق المرأة وهي طاهرة من جماع وجاء في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك، فقال عليه السلام: «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»².

وهكذا نص الفصل 47 من المدونة المُلغاة على أنه: "إذا وقع الطلاق والمرأة حائض اجبر القاضي الزوج على الرجعة". أما مدونة الأسرة لسنة 2004 فلم تشر للموضوع.

وبصفة عامة يتعين الرجوع إلى الكتب الفقهية وإعمال مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة. وعلى ضوء ذلك الطلاق يكون سنياً إذا توافرت الشروط الآتية:

¹ - سورة الطلاق، الآية 1.

² - رواه البخاري في كتاب الطلاق، ومسلم بشرح النووي، كتاب الطلاق، الجزء 10 ص 6.

- 1- أن لا يصدر الطلاق أثناء الحيض والنفاس.
- 2- أن يكون الطلاق في طهر لم يجامع فيه الزوج زوجته.
- 3- أن يوقع الرجل طلاقاً واحدة رجعية.
- 4- أن لا يردف الطلاق بطلاق أخرى في العدة.
- 5- أن يوقع الطلاق على زوجة تحت عصمته فعلاً.
- 6- أن يكون الطلاق لمبرر معقول.

الفقرة الثانية : الطلاق البدعي

الطلاق البدعي هو ما جاء على خلاف ما أمر به الشارع الحكيم وهو نقيض الطلاق السني، إذ لا أصل له في السنة، وإنما ابتدعه الناس واختلقوه من تلقاء أنفسهم¹ ويكون كذلك عندما يختل شرط من الشروط الواجب توافرها في الطلاق السني، كان يطلق الزوج زوجته وهي حائض، أو في طهر مسها الزوج فيه، أو تطلق أكثر من مرة دفعة واحدة الخ... وبإيقاعه يكون المطلق أثماً.

¹ أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 312.

الفصل الثاني

أسباب انتهاء الرابطة الزوجية

طبقا للمادة 71 من مدونة الأسرة فإن الرابطة الزوجية تنحل إما بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع، وأصبح الطلاق وفقا للمادة 78 من مدونة الأسرة حقا للزوج والزوجة كل بحسب شروطه وتحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة وعلى مرید الطلاق أن يتقدم بطلب إلى المحكمة من أجل الإشهاد به لدى العدلين كما تقضي بذلك المادة 79.

و إذا كانت جل الدراسات في باب الطلاق تذهب إلى أنه حق للزوج يمارسه بإرادته المنفردة إلا أنه لم يرد نص صريح في كتاب الله وسنة نبيه الكريم بعدم جواز تقييد هذا الحق إذا أساء الزوج استعماله في حدود الشرع، بحيث إذا خالف أحكام الشريعة الإسلامية يعتبر لاغيا ويعد طلاقا بدعيا، بل إن هناك من الفقهاء من نادى بجعل الطلاق كله بيد القاضي حتى تتم التسوية بين الرجل والمرأة في الطلاق ولضمان استقرار الأسرة وعدم إساءة الرجل استعمال هذا الحق، فالعقد الذي تبرمه إرادتان لا تبطله الإرادة الواحدة، كما أن الوازع الديني ضعف لدى الناس الأمر الذي جعل العديد من حالات الطلاق بإرادة الزوج المنفردة بدون مراعاة لحدود الله تعالى وأن أغلب هذه الحالات كانت بدون داع حقيقي ودون أدنى تفكير في عواقب انهيار الرابطة الزوجية بل انهيار الأسرة بكاملها¹، كما أن أغلب القوانين المقارنة جعلت الطلاق بيد القضاء.

وهكذا تم إخضاع مسطرة الطلاق والتطليق لشروط وإجراءات قضائية جديدة في مدونة الأسرة من شأن هذه الإجراءات حماية الزوجة من كل تعسف من قبل الزوج في ممارسته للطلاق وأصبح الطلاق يتم بمراقبة القضاء باعتباره حلا لميثاق الزوجية بيد الزوج والزوجة يمارسه كل منهما حسب شروطه الشرعية، ولا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطليق إلا استثناء وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين لما في ذلك من تفكيك الأسرة والأضرار بالأطفال (المادة 70 من مدونة الأسرة).

¹ - راجع د. أحمد الغمليشي: "التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، الجزء الأول، 1994، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط ص 296 وما بعدها، وفي نفس المعنى انظر أيضا: إدريس الفاخوري: "الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية"، مطبعة دار النشر الجسور بوجدة، طبعة 1999، ص 217.

وفي هذا الإطار وسعت مدونة الأسرة من دائرة الإرادة في إبرام عقد الزواج حيث تركت للمتعاقدین قضاء واسعاً لمبدأ سلطان الإرادة في تدبير شؤون الأسرة وفي ترتيب العديد من المقتضيات وفق رغبتهما¹ والركون إلى الشروط الاتفاقية التي لا تتنافى مع النظام الشرعي للزواج، لذلك فقد عمدت إلى تقليص إرادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية وتوسيع مجال هذه الإرادة لفائدة الزوجة مع إعطاء القضاء صلاحيات واسعة من خلال إخضاع الطلاق لمراقبة قضائية متشددة تقوم على إجراءات ومساطر وشروط منها:

- استدعاء الزوجة بكيفية رسمية قبل الإذن القضائي بالطلاق
- استنفاد جميع المساعي الحميدة للإصلاح بين الزوجين
- اتخاذ التدابير المناسبة من أجل سكن الزوجة والأبناء في حالة النزاع وقبل توقيع الطلاق.
- إيداع مستحقات الزوجة والأطفال بصندوق المحكمة بكيفية مسبقة خلال أجل شهر قبل الإذن بالطلاق

وهكذا تم توسيع حالات وأسباب التطليق حيث شملت بالإضافة إلى الحالات الخمس الواردة في نصوص مدونة الأحوال الشخصية الملغاة وهي: التطليق للضرر، ولعدم الإنفاق، وللعيب، وللإيلاء والهجر والتي عرفت بعض التعديلات بدورها، حالة التطليق بسبب الإخلال بأحد الشروط التي تم الاتفاق عليها في العقد، وطلب إنهاء الرابطة الزوجية للشقاق، وبالاتفاق بين الزوجين وهو ما سمي بالطلاق الإتفاقي بالإضافة إلى حالي التملك والخلع.

وفلسفة المدونة الجديدة هي الحفاظ على الرابطة الزوجية قدر المستطاع، والطلاق والتطليق إجراء استثنائي لا يتم اللجوء إليه إلا عند الضرورة القصوى عندما تستحيل العشرة ومن ثم عمدت المدونة إلى خلق أو تفعيل عدة مؤسسات لتحقيق هذه الفلسفة منها:

- خلق قضاء أسري ومحاكم خاصة للأسرة
- تفعيل دور النيابة العامة في قضايا الأسرة
- تفعيل دور المؤسسات المرصدة للصالح كمؤسسة الحكمين ومجلس العائلة... إلخ.

¹ إدريس الفاخوري: "دور الإرادة في إبرام عقود الزواج على ضوء ومشروع مدونة الأسرة"، مداخلة في ندوة مستجدات مشروع مدونة الأسرة المنظمة من طرف جامعة محمد الخامس أكادال والسويسي بالرباط يومي 19 و20 نونبر 2003 منشور ضمن مؤلف جماعي صادر عن جامعة محمد الخامس السويسي بالرباط، نونبر 2003، ص43.

وعلى ضوء ما سبق سنوزع الدراسة في هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الأول: إنهاء الرابطة الزوجية بالاتفاق أو بالخلع.

المبحث الثاني: التطليق بطلب من أحد الزوجين بسبب الشقاق

المبحث الثالث: الوكالة في الطلاق وتمليكه للزوجة

المبحث الرابع: التطليق بطلب من الزوجة

المبحث الأول: الطلاق بالاتفاق أو بالخلع

خصصت مدونة الأسرة للطلاق بالاتفاق أو الخلع القسم الخامس من الكتاب الثاني، فأفردت للطلاق بالاتفاق المادة 114 وخصصت للطلاق الخلعي المواد من 115 إلى 120. وهكذا نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول للطلاق الإتفاقي ونتناول في الثاني طلاق الخلع.

المطلب الأول: الطلاق بالاتفاق¹

نتناول بداية التعريف بالطلاق الإتفاقي وسنده الشرعي في الفقرة الأولى ثم نتعرض لشروط الطلاق الإتفاقي في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: التعريف بالطلاق الإتفاقي وسنده الشرعي

لقد نصت المادة 114 من مدونة الأسرة على أنه: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال .

عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطليق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه.

تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه".

يعتبر الطلاق الإتفاقي مقتضى جديد لم يرد عليه النص في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وهكذا تم توسيع حق المرأة في طلب إنهاء العلاقة الزوجية بالاتفاق مع الزوج تحت مراقبة

¹ - راجع رسالة الباحثة: هجيرة بن عزي: "الطلاق الاتفاقي على ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة للموسم الجامعي: 2008-2009. راجع أيضا رسالة الباحثة: إيمان الحجوي: "واقع الطلاق الخلعي والاتفاقي-الجهة الشرقية نموذجا- " رسالة أعدت تحت إشرافنا لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص بوحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، الموسم الجامعي: 2008/2009.

القضاء، وهذا مظهر من مظاهر المساواة بين الزوجين في ممارسة حق الطلاق، فإرادة الزوجين هي التي أبرمت عقد الزواج من خلال التوافق والتراضي، ومن ثم فما بنته إرادتان لا تهتد به إرادة واحدة فقد يتوصل الزوجان إلى ما هو أفضل لهما معا وهو الافتراق ويقتنع كل واحد بأنه لا يصلح زواجا للآخر وأن استمرار العشرة قد تترتب عليها نتائج مناقضة لما توصي به الشريعة الإسلامية من المودة والمحبة بين الزوجين كما في قوله تعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ﴾¹. فتكون الفرقة بينهما بالتراضي بعد تعذر استمرار العشرة وبعد فشل جميع المحاولات لإصلاح ذات البين خير علاج لما استحکم بينهما وتحقيقا لما أرشد إليه الإسلام في مثل هذه الحالات وتأكيدا لما ورد في القرآن الكريم كما في قوله تعالى ﴿فَإِنْ سَاكٍ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ ۗ﴾² وفي قوله جل جلاله ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ﴾³. وكما في قوله تعالى ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ۖ﴾⁴ وفي قوله تعالى ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ۝﴾⁵.

وفي إنهاء العلاقة الزوجية بالاتفاق وبطريقة ودية حسم نهائي لجميع الخلافات التي تنشأ عادة عند إشهار الطلاق من جانب واحد، فقد يتم الاتفاق بين الزوجين على طريقة معينة لإنهاء كل القضايا والمشاكل المرتبطة بحل الرابطة الزوجية⁶.

¹ - سورة الروم، الآية 21.

² - سورة البقرة الآية 229.

³ - سورة البقرة، الآية 228.

⁴ - سورة النساء، الآية 19.

⁵ - سورة النساء، الآية 130.

⁶ - وفي هذا السياق لا بد من التنبيه إلى مسألة غاية في الأهمية ترتبط أساسا بضرورة التمييز بين الطلاق الاتفاقي و الطلاق الخلفي، ذلك أنه إذا كان هذا الأخير بمقتضاه تمكن للزوجة أن تتنازل عن كل مستحقاتها من متعة و كالي صداق و سكنى و نفقة خلال العدة أو بعض هذه المستحقات، فإن الطلاق الاتفاقي يجب أن لا يخرج عن الإطار القانوني الذي رسمه له المشرع الذي أراده أن يكون وسيلة للتوافق بين الزوجين حول آثار الطلاق و خاصة فيما يتعلق بحقوق المطلقة و الأبناء، ذلك أن تضمين عقدة الاتفاق ما يفيد تنازل الزوجة عن هذه الحقوق أو تصريحها بجلسة الصلح على هذا التنازل يكفي للقول بأن الأمر يتعلق بطلاق خلعي و ليس بطلاق اتفاقي، و لذلك يجب على المحكمة أن لا تتقيد بالنص الحرفي للطلب لأن التكليف من اختصاص القاضي الذي خول له تجاوز أي خطأ في التعبير عن إرادة الأطراف التي تعتبر المحدد الوحيد للنتيجة التي يريدون الوصول إليها.

الفقرة الثانية: شروط الطلاق الاتفاقي

لقد وسعت مدونة الأسرة من حرية الإرادة سواء تعلق الأمر بالإبرام أو الإنهاء وأصبح بإمكان الزوجين تنظيم مختلف القضايا المرتبطة بشؤونهما الأسرية في إطار احترام الأحكام العامة الواردة في مدونة الأسرة، ولذلك يعتبر الطلاق بالاتفاق مظهرا من مظاهر حرية الالتزامات والاتفاقات المنشئة على وجه صحيح والتي تقوم مقام القانون بالنسبة لمنسئها، غير أن هذه الحرية مقيدة في إطار الطلاق الاتفاقي بضرورة سلامة إرادة الزوج والزوجة وكونها صحيحة وتتفق مع المبادئ العامة في التعاقد وخالية من أي عيب، كما أن مثل هذا الاتفاق يجب أن يكون غير مناف لمقتضيات مدونة الأسرة وأن لا يمس بمصالح الأطفال كما يتعين على الطرفين تقديم طلب للمحكمة للإذن بالطلاق الاتفاقي ويجب على المحكمة أن تقوم بمحاولة الصلح، وهذا ما نشير إليه بإيجاز فيما يلي:

أولا: يجب أن يكون الاتفاق صحيحا غير مخالف للقواعد العامة في التعاقد

يعتبر مبدأ التراضي هو جوهر عملية التعاقد وفق النظرية العامة للعقد بحيث يتعين أن تكون إرادة الأطراف المنشئة للروابط العقدية حرة وسليمة وأن يتوفر العقد على كافة أركان انعقاده وخاليا من أي عيب من عيوب الرضى التي من شأنها أن تؤثر على صحة العقد، وإعمالا لما سبق فإن الزوجين اللذين يودان إنهاء الرابطة الزوجية بينهما بالتراضي والتفاهم والاتفاق مراعاة كل الأركان والشروط المطلوبة قانونا لإبرام العقود وخاصة تلك المتعلقة بركني الإيجاب والقبول أو ما يصطلح عليه بالصيغة، ولذلك يتعين على الزوجين التعبير عن إرادة واعية متوفرة على الإدراك والتمييز وهذه الإرادة المعبرة عن الاتفاق على توقيع الطلاق بالاتفاق يجب أن لا تعترضها عوارض تؤثر عليها كالإكراه والتدليس مثلا.

ثانيا: يجب أن يكون الطلاق الاتفاقي غير مناف لمقتضيات مدونة الأسرة

لقد نصت الفقرة الأولى من المادة 114 من مدونة الأسرة على أنه «يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتناقى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال» ولذلك يتعين على الزوجين الراغبين في إنهاء علاقتهما الزوجية بالاتفاق عدم تضمين الاتفاق ما يتعارض مع نصوص مدونة الأسرة وفلسفتها العامة وقواعدها المبينة على المرجعية الإسلامية كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر بأن لا يتزوج مطلقا، أو استمرارهما العيش معا بعد الطلاق.

إن كل شرط يخالف الأحكام الشرعية يعد شرطاً غير صحيح ويتعين على القاضي رفضه وعدم الاستجابة له لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً وحرم حلالاً»¹ فالمحكمة لا تمنح الإذن بتوثيق الطلاق الإتفاقي الذي يخالف القواعد والثوابت المضمنة في مدونة الأسرة، وقد تطلب المحكمة بتعديل الاتفاق وحذف ما هو مغل بشرط من شروط الطلاق الإتفاقي، ومتى تم التعديل أو الحذف تستكمل الإجراءات بشكل طبيعي، وإذا أصر أحد الطرفين على تضمين مثل هذا الشرط فإن المحكمة ترفض الإذن بالإشهاد على الطلاق². ولكن الشروط الصحيحة والتي لا تخالف المقتضيات السابقة تعد شروطاً معتبرة يتعين الوفاء بها طبقاً للقواعد العامة باعتبار العقد شريعة المتعاقدين.

فقد تقبل الزوجة التنازل عن حضانة الأطفال، كما قد يقبل الزوج تخصيص مسكن للزوجة أو يمنحها تعويضاً عن الطلاق أو يستمر في الإنفاق على ولدها من زوج آخر... الخ.

ومن تطبيقات ذلك أذكر:

• ذهبت المحكمة الابتدائية بالسمارة إلى أنه: "...وحيث أصر الزوج على طلبه في الطلاق، وعبرت الزوجة عن رغبتها في ذلك... وحيث أكدت الزوجة بأنها تتنازل عن جميع الواجبات المترتبة عن الطلاق بما في ذلك كالي الصداق"³.

• وقضت ابتدائية مراكش بما يلي: "وحيث... اتفقا معا على إنهاء العلاقة الزوجية بعد أن تنازلت له زوجته عن كافة مستحققاتها المترتبة عن الطلاق..."⁴.

• وجاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالحسيمة: "وحيث أن عدم التفاهم بين الزوجان خلال فترة زواجهما... ووجود ثلاثة أطفال بينهما والزوجة تتنازل عن حقوقها كاملة المترتبة عن الطلاق... كما أصرت الزوجة في طلبها على عدم إسقاط حق نفقة الأبناء والذي يوافق الزوج على

¹ - ابن حجر العسقلاني: فتح الباري في شرح الإمام البخاري، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية 1997، ص 346.

² - محمد الأزهرى: مرجع سابق، 192.

³ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالسمارة في الملف عدد: 2008/156 بتاريخ 2008/9/23 (غير منشور).

⁴ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بمراكش في الملف عدد: 54/2006 بتاريخ 2007/6/12 منشور في مؤلف المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول منشورات، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 10 فبراير 2009، ص 174.

هذا الشق، وبعد تدخل المحكمة بإجراء الصلح الذي باء بالفشل توصلت إلى منح الزوجة حقها في الحضانة وعدم إسقاط النفقة على الزوج حماية لمصلحة الأطفال من الضياع".¹

ويتضح من هذا الحكم الأخير بأن الزوجة تنازلت عن حقوقها الناجمة عن انتهاء الرابطة الزوجية ولكنها لم تتنازل عن نفقة الأبناء، وبذلك لم يحصل التوافق بين الزوج والزوجة حول هذا الشرط، وبذلك تدخلت المحكمة لإعمال الاتفاق الأول الخاص بالتنازل عن المستحقات دون الثاني المرتبط بنفقة الأولاد حرصاً منها على حماية مصالح و حقوق الأطفال التي نص المشرع في المادة 116 من مدونة الأسرة على ضرورة أن لا تتنافى شروط إنهاء العلاقة الزوجية معها.

ثالثاً: يجب أن لا يضر الشرط بمصالح الأطفال

يتعين على الزوجين وهما بصدد الاتفاق على إنهاء الرابطة الزوجية استحضار مصلحة أطفالهما وجعل هذه المصلحة فوق كل اعتبار مع الأخذ بعين الاعتبار المقتضيات المنصوص عليها في المادة 54 من مدونة الأسرة والتي تتحدث عن حقوق الأطفال تجاه والدهم سواء أثناء قيام الرابطة الزوجية أو بعد انتهائها كحقوقهم في الرعاية والنفقة والحضانة والصحة والتعليم وغيرها من الحقوق التي تبقى محفوظة وخارج أي اتفاق قد يحصل بينهما، وتطبيقاً لما سبق ومراعاة لمصلحة الطفل رفضت ابتدائية الناظر طلب الزوجة الرامي إلى إسقاط الحضانة عنها لعدم توفرها على عمل قار، وفي نفس الوقت أعطت المحكمة الإذن بتوثيق الطلاق الإتفاقي الحاصل بينهما ونجمل وقائع هذا الحكم الذي نؤيده: "... الزوجة تلتزم من المحكمة الإذن لها بالموافقة على الطلاق بالاتفاق وتنازلها عن حقها في الحضانة لفائدة الزوج الذي لم يبد أي رفض بدوره، مع العلم أن الطفل لم يكمل ثلاث سنوات... وعززت الزوجة طلبها هذا في أنها لا تستطيع إعالة الطفل نظراً لعدم توفرها على عمل قار... ارتأت المحكمة أولاً بقبول طلب الطلاق الإتفاقي، ثانياً عدم إسقاط حضانتها، وتحمل الأب كافة مصاريف الطفل إلى أن يسقط الفرض في السن القانوني".²

ويمكن للزوجين الاتفاق على نفقة الأبناء، فقد ورد عن المحكمة الابتدائية بالسمارة حكم جاء فيه: "... وحيث أنه تم الإشهاد على الطلاق الإتفاقي بواسطة عدلين منتصبين على الإشهاد بدائرة نفوذ هذه المحكمة.

¹ -حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالحسيمة في الملف عدد: 0764 بتاريخ 2008/5/8 (غير منشور).

² -حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالناظور عدد: 479 بتاريخ 2008/4/20 في الملف رقم: 08/53 (غير منشور).

حكمت المحكمة في الموضوع بطلقة أولى بائنة وبتنازل الزوجة عن الواجبات المترتبة عن الطلاق ... وتم الاتفاق على تحديد مستحقات الأبناء فيما يلي:

"نفقة الابنين حسب مبلغ 250 درهم شهريا لكل واحد منهما إلى غاية سقوط الفرض عنه شرعا مع النفاذ المعجل والصائر".¹

وورد عن قسم قضاء الأسرة بالحسيمة حكم آخر جاء فيه: "...وحيث أن الزوجة تنازلت عن حقوقها الشرعية المترتبة عن الطلاق بمقتضى التنازل المصحح الإمضاء ... وحيث اتفق الطرفان على إسناد حضانة البنت للأم مع تكفل أخ الزوجة بنفقتها وكل ما تحتاجه..."²

ويمكن للزوجة الاتفاق مع زوجها بالتنازل عن حضانة الأبناء وهكذا جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بطنجة ما يلي: "...حكمت المحكمة في الموضوع بالإذن للزوجين بتوثيق عقد الطلاق الاتفاقي لدى عدلين منتصبين للإشهاد بدائرة نفوذ هذه المحكمة داخل أجل 15 يوما من تاريخ تسليم هذا الإذن مع تسجيل تنازل الزوجة عن حضانة أبنائها لفائدة والدهم..."³

وهكذا نلاحظ بأن الزوجين المتفقين على الطلاق يتعين عليهما عدم المساس بمصالح أطفالهما وللمحكمة دور حاسم في مراقبة هذا الاتفاق من أجل التأكد من عدم مساسه بهذه المصالح ويتمتع القضاء الأسري بسلطة الرقابة من أجل المحافظة على حقوق الأطفال.⁴

ومن أبرز الأمثلة التي نسوقها بخصوص نفس الموضوع اتفاق الزوجين على الطلاق الاتفاقي بشرط تنازل الزوجة عن نفقة الأبناء، ففي هذه الحالة يجب أن لا تأذن المحكمة بتوثيق رسم الطلاق المتضمن لهذا الشرط إلا بعد التأكد من قدرة الزوجة على تحمل أعباء و تكاليف نفقة الأبناء، وإن لم يثبت لها ذلك تعتبر الشرط لاغيا، وللأطراف أن يعدلوا الشروط بما يوافق مصلحة الأبناء.

و لذلك فالمحكمة بعد توثيق الطلاق تقوم بمعاينة وقوع الطلاق كما تقوم بالإشهاد على جميع الشروط الصحيحة التي اتفق عليها المتفارقين كما هو الشأن بالنسبة لنفقة الأبناء، وفي هذا

¹ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالسمارة في الملف عدد: 2008/156 بتاريخ 2008/9/23 (غير منشور).

² - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالحسيمة رقم: 07/32 بتاريخ 2007/10/10 في الملف رقم 07/32 (غير منشور).

³ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بطنجة عدد: 1675 في الملف عدد: 06/1466 بتاريخ 2006/12/26 (غير منشور).

⁴ - راجع رسالة الباحثة هجيرة بن عزي: مرجع سابق، ص 104.

الصدد أشهد قسم قضاء الأسرة بالناظور في أحد المقررات الصادرة عنه على التزام المفارق بأداء نفقة البنت بحسب مبلغ (300) درهم شهريا ابتداء من تاريخ 2011/01/01.¹

رابعا : يجب تقديم طلب للمحكمة من أجل الإذن بالطلاق

بعد حصول الاتفاق على إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين فإنه يتعين عليهما أو أحدهما تضمين هذا الاتفاق في عقد رسمي أو عرقي أو حتى بواسطة التصريح الشفوي أمام المحكمة، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 114 على أنه : "عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطليق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه".

ويرى جانب من الفقه² بأن الطلب المقدم للمحكمة والمتضمن للاتفاق بين الزوجين على الطلاق يتعين أن يكون مكتوبا لأن الطلبات القضائية تكون مكتوبة، خاصة وأن الكتابة في أمر خطير جدا كالطلاق تفرض التأني واختيار العبارات الملائمة والمعبرة عن الإرادة.

وهذا الطلب يقدم وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية إلى قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية³ وخاصة الفصلين 31 و 32 من قانون المسطرة المدنية بحيث يجب أن يكون المقال مستجمعا لكافة البيانات الأساسية وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بالرباط حيث صرحت بعدم قبول الدعوى لمخالفة مقتضيات المادة 32 من قانون المسطرة المدنية ومما جاء في هذا الحكم: "... وحيث يلتبس المدعيان الإشهاد لهما بطلاقهما الإنفاقي وحيث أفيد من شهادتي التسليم الخاصة بالطرفين أنهما لا يقطنان بالعنوان ... وحيث تخلف نائبا الطرفين رغم الإعلام ولم يدلى بالعنوان الصحيح لطرفي الدعوى وحيث إن ذلك يشكل خرقا لمقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية والتي توجب على الأطراف الإدلاء بالعناوين الصحيحة أو مقر الإقامة الصحيح وذلك ضمانا للتبليغات والتوصلات... وحيث أن الدعوى قد قدمت معيبة شكلا مما يتعين معه التصريح بعدم قبولها وحيث إن ما ذكر يجعل الطلب مقبلا

¹ - مقرر صادر بتاريخ 2011/03/02 في الملف عدد 10/21/570 (غير منشور).

² - محمد الكشور: مرجع سابق، ص 79.

³ - إنشاء أقسام قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية حيث تم تحديد مفهومها ونطاقها القانوني من خلال التعديل الذي عرفه التنظيم القضائي للمملكة وتم النص على أنه تنظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة، وكل ماله علاقة برعاية وحماية الأسرة، وهذا بمقتضى الفقرة الخامسة من الفصل الثاني من ظهير التنظيم القضائي للمملكة كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم: 73-03 الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.04-24 بتاريخ 9 فبراير 2004.

من غير ذي صفة ويجعله مختلا شكلا ويجعل مآله بالتالي عدم القبول" ، كما يشترط أيضا في طالب الطلاق الإتفاقي أن يكون الطلب مستوفيا للشروط المنصوص عليها في الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية والذي ينص على أنه لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة، وتطبيقا لما سبق رفضت ابتدائية سلا الطلب لأن الطالب لم يعزز طلبه بأي وثيقة معتبرة تفيد في إثبات الصفة في التقاضي وتفيد فعلا أنه زوج للمطلوبة في الطلاق . . . ولذلك حكمت المحكمة في الشكل بعدم قبول الدعوى².

وإذا كان المشرع وفق القواعد العامة للتقاضي يشترط الأهلية إلى جانب الصفة والمصلحة فإن أهلية التقاضي في المادة الأسرية لها خصوصياتها، ذلك أن القاصر والذي لم يبلغ سن الرشد يجوز له أن يتقدم بصفة شخصية بدعوى الطلاق الإتفاقي دون حاجة إلى تدخل نائبه القانوني ما دامت المادة 22 من مدونة الأسرة تنص صراحة على أنه: "يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بأثر عقد الزواج من حقوق والتزامات"، فبمجرد منح الإذن بالزواج من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج يصبح متمتعاً بالأهلية المدنية للتقاضي بشأن آثار الزواج، ومعلوم أن المادة 20 من مدونة الأسرة تمنح لقاضي الأسرة المكلف بالزواج صلاحية الإذن بزواج الفتاة دون سن الأهلية الذي هو ثمان عشرة سنة شمسية طبقا للمادة³ 19، وذلك بمقتضى قرار معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة للزواج دون السن القانونية للزواج، وذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، وهذه المقتضيات التشريعية الواردة في مدونة الأسرة والخاصة بالأهلية في التقاضي في المادة الأسرية بلورتها بعض الاجتهادات القضائية حتى في ظل نصوص مدونة الأحوال الشخصية السابقة رغم غياب النص التشريعي، وهكذا ذهب المجلس الأعلى إلى نقض قرار محكمة الاستئناف على أساس أن الأهلية في النكاح غير الأهلية في التصرفات المالية ومما جاء في هذا القرار الهام: "...إن موضوع الأهلية بالنسبة لعقود الزواج والطلاق يختلف عن باقي العقود والتصرفات القانونية الأخرى، فعقد الزواج وكذا الطلاق الذي نتج عنه لا يستوجب بلوغ 21 سنة، فالأهلية في النكاح غير الأهلية في التصرفات المالية، والمحكمة حين استندت إلى الفصل الأول من قانون

¹ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالرباط رقم: 1055، ملف عدد: 6/08/652 بتاريخ 2008/12/25 (غير منشور).

² - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بسلا عدد 30 في الملف رقم 6/668 بتاريخ 2009/1/8 (غير منشور).

³ - وللمزيد من التفاصيل راجع رسالة الباحثة: ألفت بليكاوي: أهلية القاصر للالتزام في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، برسم الموسم الجامعي، 2009/2008.

المسطرة المدنية دون أن تنتبه إلى أن الأهلية في الزواج والطلاق تختلف عن الأهلية المتعلقة بالتصرفات المالية على النحو الموماً إليه أعلاه تكون قد بنت قرارها على أساس غير سليم، وبالتالي جاء منعدم التعليل وتعرض بذلك للنقض".¹

وبالإضافة إلى ما سبق فإن الطلب المقدم للمحكمة لإنهاء الرابطة الزوجية بالاتفاق بين الزوجين يقتضي أن يرفق هذا الطلب بكل الوثائق والمستندات، كرسم الزوجية، وهوية الزوجين ومهنتهما، وعنوان سكانهما، وعدد الأطفال ووضعيتهم الدراسية، والصحية وسنهم... الخ بالإضافة طبعا إلى عقد الاتفاق المبرم بينهما والمتضمن للتراضي على الطلاق موقع من الطرفين ومصادق عليه.²

خامسا: إجراء الصلح بين الزوجين قبل الإذن بتوثيق الطلاق

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 114 على إجراء الصلح حيث تحاول المحكمة الإصلاح بين الزوجين، وإذا تعذر الإصلاح تأذن المحكمة بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه.

والصلح إجراء أساسي في ظل نصوص مدونة الأسرة، وجعله المشرع أمرا ضروريا قبل الحكم بإنهاء الرابطة الزوجية، ومنح للقضاء سلطة اتخاذ جميع التدابير الرامية إلى حل الخلافات والمنازعات الأسرية بالطرق الودية حفاظا على كيان الأسرة من الانهيار خاصة مع وجود الأطفال حيث تتكرر المحاولة الصلحية تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما حسب مقتضيات المادة 82 من مدونة الأسرة حيث تجرى عملية الصلح في غرفة المشورة، وتقوم المحكمة بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين، وعند تعذر الإصلاح بين الزوجين فإن المحكمة تأذن بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه ويتم هذا الإشهاد من طرف العدلين المنتصبين للإشهاد لأتهما المكلفان بتوثيق الطلاق بالطريقة التي حددها مدونة الأسرة.

وقد سبق التعرض لموضوع الصلح وما يرتبط به من أحكام في المادة الأسرية نحيل على ما أوردناه سابقا، مع التنبيه إلى أنه في حالة عدم حضور الزوجين الراغبين في الطلاق لجلسة الصلح سواء الأولى أو الثانية- في حالة وجود أبناء- فإن المحكمة تحكم بعدم قبول طلبهما، وهذا ما قضى به قسم قضاء الأسرة بالناظور في حكم صادر عنه جاء فيه: "... و حيث إن الطالبين لم يحضرا

¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 922 بتاريخ 1989/12/26، أورده الأستاذ عبد المجيد غميحة في أطروحته: موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة محمد الخامس أكادال الرباط، للموسم الجامعي: 2000/1999، ص192.

² - الرافة وتاب: دور القضاء في تفعيل إجراءات الطلاق بالاتفاق والطلاق الخلعي، مقال منشور بمجلة الملف، العدد11، أكتوبر 2007، ص192.

لجلسة الصلح المنعقدة بتاريخ 2011/07/19، وبذلك لم يمكننا المحكمة من استيفاء أحد الإجراءات الجوهرية المنصوص عليها قانونا مما يكون معه طلبهما غير مؤسس قانونا ويتعين التصريح بعدم قبوله¹.

وتجدر الإشارة في النهاية أن الطلاق الإتفاقي طلاق بائن طبقا للمادة 123 من مدونة الأسرة والتي تنص على أنه: "كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك".

هذا وقد عرف معدل الطلاق الإتفاقي ارتفاعا ملحوظا منذ دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق لحد الآن كما يبين ذلك الجدول التالي²:

وضعية الطلاق الاتفاقي (2014-2004)											السنوات
2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	رسوم الطلاق الاتفاقي
15306	14992	14301	12209	10294	9887	9800	8243	6741	4949	1860	
63,10%	59,46%	57,87%	53,23%	40,91%	40,91%	35,08%	29,54%	23,87%	17,74%	6,59%	نسبته من مجموع حالات الطلاق

تبين الإحصائيات المسجلة منذ دخول المدونة حيز التطبيق، أن الطلاق الاتفاقي يعرف ارتفاعا ملحوظا من سنة لأخرى، ففي سنة 2004 لم تكن تتجاوز حالات الطلاق الاتفاقي 1860 حالة، وهو ما كان يشكل نسبة 6,59 % فقط من مجموع حالات الطلاق، وبدأت هذه النسبة في الارتفاع إلى أن وصلت سنة 2014 ما مجموعه 15306 بنسبة مئوية تقدر ب 63,10%.

المطلب الثاني: طلاق الخلع

إذا كان الأصل أن الزوج يملك الطلاق إلا أن الزوجة قد تبغض زوجها، وتقع الكراهية في قلبها وتود الخلاص من معاشرته ولكن الزوج يمتنع عن طلاقها، لذلك رسم لها الإسلام طريقا

¹ - حكم صادر بتاريخ 2011/11/16: في الملف عدد 11/21/398 (غير منشور)

² - القضاء الأسري: الواقع والأفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية: مرجع سابق، ص 78.

للخلاص من الرابطة الزوجية دفعا للضرر والحرص وهو أن تقدم لزوجها عوضا تفتدي به نفسها وهو ما يسمى بالخلع¹.

والحديث عن الخلع يقتضي منا تعريفه وبيان سنده الشرعي في فقرة أولى ثم نتحدث عن شروطه في الفقرة الثانية ونتكلم عن العوض الذي يقع به الخلع وحماية الأولاد في الفقرة الثالثة، لكي نختم بالفقرة الرابعة بالحديث عن اختلاف الزوجين حول مقابل الخلع.

الفقرة الأولى: تعريف الخلع وبيان سنده الشرعي

أولا: تعريف الخلع

الخلع في اللغة معناه الإزالة والتزع، يقال خلع فلان ثوبه إذا أزاله وخلع الزوج زوجته إذا أزال زوجيتها².

أما الخلع في الاصطلاح الفقهي فو إزالة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه في مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها.

وقد نصت المدونة الملغاة في الفصل 61 على أنه يجوز للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع³، ونفس المقتضيات تضمنتها المادة 115 من مدونة الأسرة بالنص على أنه: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه".

ثانيا: السند الشرعي للخلع

الأصل في الخلع قول الله تبارك وتعالى ﴿وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَحَابَا إِلَّا يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾⁴. وفي السنة النبوية روى الإمام البخاري عن أبي عباس رضي الله عنهم أنه: «جاءت امرأة ثابت بن قيس رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت يا رسول الله أني ما اعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

¹ - محمد علي محجوب: المرجع السابق ص 423.

² - راجع في تعريف الخلع، يوسف قاسم، المرجع السابق، ص 246 - محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص 24 - محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص 423.

³ - إدريس الفاخوري: "واقع الطلاق الخلعي بالمغرب، المنطقة الشرقية نموذجا، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 8 أكتوبر 2003، ص 31.

⁴ - سورة البقرة، الآية 229.

أتردين عليه حديقته، قالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها تطليقة»¹، ويتجلى من الحديث أن هذه المرأة ذكرت للرسول عليه السلام بأنها تكره زوجها ثابت بالرغم من أنه يحسن معاملتها، ولكنها تخاف أن تؤدي كراهيتها له إلى التقصير في الحقوق الزوجية التي فرضها الله على الزوجة نحو زوجها².

فالخلع إذن هو طلاق يقع في مقابل عوض تبذله الزوجة للزوج بناء على التراضي بينهما ولا يحصل من جانب واحد، وهذا ما أكدته المدونة الملغاة في الفصل 61 منها، وأكدتة أيضا المادة 115 في مدونة الأسرة.

الفقرة الثانية: شروط الخلع

يشترط لصحة الخلع الشروط الآتية³:

- (1) يجب أن يقع الخلع حال قيام الزوجية الصحيحة بين المتخالفين، أو في فترة عدة من طلاق رجعي، ويصح الخلع ولو لم يحصل الدخول.
- (2) يجب أن يكون الزوج متمتعاً بأهلية تامة إذ لا يصح الخلع إذا كان الزوج صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً.
- (3) يجب أن تكون الزوجة عاقلة رشيدة، فالرشيدة تخالع عن نفسها طبقاً للمادة 116 من المدونة وإذا كانت عاقلة ولكنها لم تبلغ بعد سن الرشد القانوني، يقع طلاقها صحيحاً، غير أن الزوجة لا تلزم ببطل الخلع إلا بموافقة نائبها الشرعي وذلك طبقاً للمادة 116 من المدونة الذي ينص على أنه: "تخالع الرشيدة عن نفسها والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق ولا تلزم ببطل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي". وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قراره الذي جاء فيه بأن: "...تعليل المحكمة قرارها بأن المدعية كانت وقت الطلاق الخلعي الذي وقع عليها من زوجها الطاعن، دون سن الرشد القانوني، لذا فإن ما تخالعت به لا يلزمها ولا يستحقه زوجها إلا

¹ - صحيح البخاري، الجزء الثالث، ص 169، نيل الأوطار، ج 7، ص 34 و 35، وسبل السلام، ج 3، ص 166.

² - محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص 248.

³ - صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 229 وما بعدها

- محمد الكشور، المرجع السابق، ص 221 وما بعدها

- محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 143 وما بعدها

- محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص 434.

بموافقة ولها طبقاً للفصل 62 من مدونة الأحوال الشخصية، وأنه ليس بالملف ما يفيد موافقة ولها على ذلك هو تعليل صحيح وليس به خرق للفصل المذكور¹.

(4) يجب أن يكون الخلع اختيارياً من الزوجة بغير إكراه ولا ضرر، وهذا ما نص عليه الفصل 63 من المدونة الملغاة بقولها: "يشترط لاستحقاق الزوج ما خولع به أن يكون خلع المرأة اختيارياً منها لفراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر".

هذا الشرط الذي تضمنته المدونة هو رأي الجمهور والذي يرى بأن: "الفدية لا تحل دينياً للزوج إلا إذا كانت الزوجة هي الراغبة في الفراق باختبار منها وطواعية دون أن يكون الزوج هو الذي دفعها إلى المخالعة بإضراره بها"²، وقد نصت المادة 117 من مدونة الأسرة على أنه: "للزوجة استرجاع ما خالعت به، إذا ثبت أن خلعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها وينفذ الطلاق في جميع الأحوال".

وعليه إذا استعمل الزوج وسائل وأساليب مختلفة للضغط على الزوجة من أجل أن تدفع له الفدية مقابل الطلاق فإن الطلاق يقع بائناً دون التزام الزوجة ببذل الخلع إن كانت لم تؤده إليه، وإذا أدته ثبت لها الحق في استرداده منه، وهذا الشرط يجد سنده في القرآن الكريم، يقول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَغْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبْنَ بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِقَحْشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾³.

الفقرة الثالثة: العوض الذي يقع به الخلع وحماية الأولاد

أولاً: العوض الذي يقع به الخلع

يشترط في العوض الذي يقع به الخلع أن يكون مما يصح تملكه وبيعه، أو بعبارة أخرى مما يصح الالتزام به شرعاً كما نصت عليه المدونة الملغاة في الفصل 64 بقولها: "كل ما يصح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع"، ونصت المادة 118 من مدونة الأسرة على نفس المقتضيات مع إضافة عدم التعسف والمغالاة بقولها: "كل ما صح الالتزام به شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع دون تعسف ولا مغالاة"، وبناءً عليه يمكن أن يكون البذل في الخلع الأشياء المادية، كالنقود والمنقول

¹ - قرار عدد 969 صادر بتاريخ 2000/10/18 في الملف الشرعي عدد 87/5459: منشور بكتاب قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957 إلى سنة 2002 للأستاذ عبد العزيز توفيق، ص. 370 وما يليها.

² - راجع أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 345.

³ - سورة النساء، الآية 19.

والعقار، ولا يستثنى من ذلك إلا الأشياء المحرمة شرعا كالخمر والخنزير... كما يمكن أن يكون البديل حقوقا وخدمات تقوم بالمال¹ كان تتعهد الزوجة بالدفاع عنه في قضية أمام المحكمة إذا كانت محامية، أو تجري له عملية جراحية إذا كانت طبيبة، أو التنازل عن أصل تجاري الخ...

كما أن الفقهاء أجازوا الغرر في الخلع²، ومن الأمثلة التي نجدها في الفقه الخلع بجنين حيوان ما يزال في بطن أمه، أو بغلة شجر أو أرض قبل ظهور صلاحها، أو تخالعه على ما في يدها فيعتقد الزوج أنه ياقوته فإذا هو درهم... وعليه يصح الخلع حتى ولو كان الحيوان غير حامل.

ثانيا : الخلع وحماية حقوق الأولاد

نص الفصل 65 من المدونة الملغاة على أنه : "لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأولاد إذا كانت المرأة معسرة"، ونصت المادة 119 من مدونة الأسرة على أنه : "لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو نفقتهم إذا كانت الأم معسرة. إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها وجبت النفقة على أبيهم، دون مساس بحقه في الرجوع عليها".

والمشهور في الفقه المالكي أن الخلع إذا وقع على نفقة الأولاد، أو على أجرة الرضاع أو أجرة الحضانة كان الخلع صحيحا وناظرا، ويبطل ما وقع عليه الخلع ويتضح من النص التشريعي السابق أن الخلع كقاعدة عامة يجوز أن يمس بحقوق الأولاد، ومن ثم تستطيع الزوجة أن تخالع زوجها بالحقوق المالية لأولادها كالنفقة وأجرة الحضانة والسكن الخ... ما دامت الزوجة موسرة، وإذا كان الزوج عالما عند الخلع أن زوجته معسرة ومع ذلك رضي بالخلع على نفقة الأولاد فإن الطلاق يمضي ويبقى الزوج مسؤولا عن النفقة كذلك إذا كانت الزوجة غير معسرة وتحملت بنفقة الأولاد مقابل الطلاق ثم عجزت أثناء المدة ولو في بدايتها على تلك النفقة وثبت عجزها فعلا فإنه يتعين على الأب أن ينفق على الأولاد مع الاحتفاظ بحقه في الرجوع عليها فيما بعد إذا أصبحت موسرة ويأخذ الموت حكم الإعسار إذا لم تترك الزوجة ما يتعيش به الأولاد.

الفقرة الرابعة : اختلاف الزوجين حول مقابل الخلع

إذا حصل الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع ولكنهما اختلفا في المقابل الذي تدفعه الزوجة فإنه طبقا لأحكام المادة 120 من مدونة الأسرة يتعين رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح

¹ - أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 341.

² - محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص 252.

³ - محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص 254.

بينهما وإذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله مراعية في ذلك مبلغ الصداق وفترة الزواج وأسباب حكم الخلع والحالة المادية للزوجة، إذا أصررت الزوجة على طلب الخلع ولم يستجب لها الزوج يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق.

ومعلوم ان مسطرة الشقاق منصوص عليها بمقتضى المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة ومن شأن هذه المسطرة حصول الزوجة على التطليق دون مقابل بل تستحق مستحقات أطفالها طبقا للمواد 83 و 84 و 85 من مدونة الأسرة والمحال عليها بالمادة 97 من نفس المدونة¹، كما تستحق التعويض إذا ثبت للمحكمة ما يوجب ذلك.

وخلاصة القول:

أولت مدونة الأسرة للخلع أهمية بالغة من خلال تخصيص سبع مواد للتصدي لمختلف الإشكاليات التي يطرحها وباعتباره كان يحتل الصدارة في ظل المدونة السابقة من حيث ارتفاع عدده بالمقارنة مع مختلف الأنواع الأخرى التي تنتهي بها الرابطة الزوجية في المغرب.

و يجب الإشارة إلى أن مدونة الأسرة لم تستثن الطلاق الخلعي من الخضوع لمسطرة الصلح، ولذلك فهو كباقي أنواع الطلاق و التطليق الأخرى- ما عدا التطليق للغيبة- يجب على المحكمة قبل أن تأذن بإيقاعه و توثيقه أمام عدلين إجراء محاولة الصلح بين الزوجين الراغبين في الفرقة بجميع الوسائل التي تراها مناسبة لتحقيق هذه الغاية.

ويمكن إيجاز مختلف أحكام الخلع التي ورد عليها النص في مدونة الأسرة فيما يلي:

- (1) للزوجين ان يتراضيا على الطلاق الخلعي (المادة 115).
- (2) تخالع الرشيدة عن نفسها والتي دون سن الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي (المادة 116).
- (3) للزوجة استرجاع ما خالعت به، إذا أثبتت أن خلعا كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال (المادة 117).
- (4) كل ما صح الالتزام به شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع دون تعسف ولا مغالاة (المادة 118).

- (5) لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو نفقتهم إذا كانت الأم معسرة.

¹ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 96.

إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها وجبت النفقة على أبهم، دون مساس بحقه في الرجوع عليها (المادة 119).

6) إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة.

إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق (المادة 120).

ومن خلال الأحكام السابقة نسجل الملاحظات التالية:

1. القاعدة العامة أن الخلع لا يحصل إلا نتيجة الاتفاق بين الزوجين وكرست المدونة نفس التوجه الوارد في نصوص مدونة الأحوال الشخصية والتي تنص في الفصل 61 على أنه: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع"، إذا لم تساير المدونة الجديدة الاتجاه الذي يرى بأن موافقة الزوج ليست ضرورية لوقوع الطلاق بالخلع لأنه ليس في النصوص الشرعية ما يدل على ضرورة حصول رضا الزوج للحكم بالخلع¹ ففي القرآن الكريم نجد قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾² فهذه الآية هي أصل مشروعية الخلع في الإسلام، والنص القرآني موجه إلى عامة المسلمين أي إلى السلطة العامة في قوله تعالى ﴿إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾³.

أما في السنة فإن أشهر حديث ورد بشأن الخلع هو حديث ابن عباس رضي الله عنهما، فقد روى البخاري في صحيحه أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة»"³.

¹ - سعد الدين العثماني، "طلاق الخلع واشترائه موافقة الزوج"، منشورات الفرقان، الطبعة الأولى، يوليو 2001 مطبعة دار قرطبة بالبيضاء، ص 52.

² - سورة البقرة، الآية 229.

³ - راجع صحيح البخاري بشرح فتح الباري، الجزء التاسع، ص 327.

فهذا الحديث واضح في عدم اشتراط إذن الزوج بحصول الخلع وهو دليل قاطع على ان أذن الزوج غير ضروري وغير مطلوب في الطلاق الخلعي، فيمكن للمرأة الحصول على الخلع ولو بدون رضا الزوج لأنه لو كانت موافقة الزوج لازمة لقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس: ارجعي إلى زوجك واتفقي معه فلا خلع لك بدون موافقته، ولكن جوابه عليه الصلاة والسلام كان بغير هذا، وخلاصة القول أن الخلع ليس من شروط موافقة الزوج¹.

2 . رغم اشتراط موافقة الزوج على الخلع إلا أن المدونة فتحت نافذة أمام الزوجة التي يرفض زوجها مبدأ الخلع أو لم يحصل الاتفاق على مقابل الخلع وهي الالتجاء إلى مسطرة الشقاق وبذلك يمكن التخفيف من مبدأ الموافقة والتراضي على الخلع وهي فرصة لإنهاء العلاقة الزوجية تنضاف إلى الفرص الأخرى التي أتاحتها المدونة للزوجة فالزوج إما أن يقبل الخلع مقابل الكسب المادي أو البديل الذي وقع عليه الاتفاق وإما أن يرفض فتفتح مسطرة الشقاق.

3 . سعت المدونة إلى حماية الزوجة المختلة من كل شطط أو تعسف أو ابتزاز من قبل الزوج إذ تم إقرار حق الزوجة في استرجاع ما خالعت به عن نفسها إذا كان الخلع نتيجة إكراه أو تدليس وتحايل أو أي نوع من أنواع الضرر مع نفاذ الطلاق.

4 . سمحت المدونة للمحكمة بالتدخل في قضايا الخلع لرفع الشطط وتقدير مقابل الخلع عند الاختلاف أخذاً بعين الاعتبار كل العوامل المؤثرة التي من شأنها حفظ كرامة المرأة، وحق الزوج في المقابل منها، مبلغ الصداق، وفترة الزواج، والأسباب الداعية للخلع، والحالة المادية للزوجة .. الخ.

وإذا رجعنا إلى لغة الأرقام نجد بأن الطلاق الخلعي كان في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة يحتل الصدارة مقارنة بالأنواع الأخرى لإنهاء الرابطة الزوجية ولكن مباشرة بعد دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق منذ 5 فبراير 2004 حتى الآن الطلاق الخلعي في تراجع والتطبيق للشقاق في تصاعد ولعل السبب أن مسطرة الشقاق مسطرة بسيطة ومسهلة وتسعف المرأة المغربية في إنهاء الرابطة الزوجية ولو لم يكن هناك أي مبرر حقيقي للإنهاء على أساس أخذ ذلك بعين الاعتبار عند تقدير المستحقات إضافة إلى مدى تعسف الزوج الآخر، مع إمكانية مطالبة الزوج المتضرر بالتعويض أيضاً، وهذا جدول يوضح ذلك:

¹ - أحمد الخمليشي، "التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، المرجع السابق، ص 355، راجع أيضاً إدريس الفاخوري: "واقع الطلاق الخلعي بالمغرب"، المنطقة الشرقية نموذجاً، مقالة منشورة بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد الثامن، أكتوبر 2003، ص 31.

وضعية الطلاق الخلعي (2004-2014)											السنوات
2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	رسم الطلاق الخلعي
3602	4546	4355	4147	5263	5894	7175	8253	9184	11238	11999	نسبته من مجموع حالات الطلاق
14,85%	18,03%	17,62%	18,08%	24,39%	24,39%	25,68%	29,58%	32,52%	40,27%	42,49%	

فيلاحظ من خلال هذا الجدول أن الطلاق الخلعي يعرف انخفاضا مهما سنة بعد أخرى، إذ لم يسجل خلال سنة 2014 إلا 3602 رسما، أما خلال سنة 2004 فكان 11999، فبعدها كانت نسبته تصل إلى 42,49% من مجموع حالات الطلاق مع بداية تطبيق مدونة الأسرة، انخفضت هذه النسبة إلى 14,85% سنة 2014.

المبحث الثاني: التطليق بطلب من أحد الزوجين بسبب الشقاق

خصصت مدونة الأسرة القسم الرابع من الكتاب الثاني الخاص بانحلال ميثاق الزوجية وآثاره للتطليق وعالجت في الباب الأول منه التطليق بطلب من أحد الزوجية بسبب الشقاق وهي مقتضيات جديدة جاءت بها المدونة وتوسيعا لدائرة الإرادة في إنهاء العلاقة الزوجية، وهو حق يتساوى فيه الزوج مع الزوجة وبالتالي فهو وسيلة بيد الزوجة أساسا يضاف إلى الوسائل الأخرى التي أتاحها لها لجعل حد لحياة زوجية لا ترى فيها الأنس المنشود والرحمة المبتغاة التي من المفروض أن تسود العلاقات الزوجية.

إن التطليق بسبب الشقاق يجد سنده القانوني في المواد 94 و95 و96 و97 من مدونة الأسرة وهي المواد المنظمة له حيث تعتبر هذه المواد مسطرة أصلية يمكن الالتجاء إليها مباشرة لطلب التطليق وهو حسب المادتين 45 و 100 الشقاق مسطرة تابعة بمعنى أن اللجوء إليه لاحق على مسطرة سابقة¹، فالفقرة الأخيرة من المادة 45 تنص على أنه: "إذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد ولم توافق المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق

¹ - خديجة الركاني: مسطرة التطليق للشقاق في مشروع مدونة الأسرة، مقال منشور في جريدة الإحداث المغربية، العدد 1771 بتاريخ 2003/11/29.

المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 بعده"، أما المادة 100 فقد نصت بدورها في الفقرة الأخيرة على أنه: "إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصررت على طلب التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

والشقاق يجد سنده الشرعي في قول الله سبحانه وتعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾¹ ومن هنا نفهم حرص المشرع على تفعيل مؤسسة الحكمان الوارد عليها النص في القرآن الكريم. فالمواد الأربع المخصصة لحق الزوج أو الزوجة طلب الفراق بسبب الشقاق تتضمن كلها الدور المنوط بالحكمين للقيام بجميع المحاولات من أجل إصلاح ذات البين باستقصاء أسباب الخلاف وبذل الجهد لإنهاء النزاع وتضمين النتيجة الإيجابية في وثيقة موقع عليها من قبل الحكمان والزوجان ورفع هذه النتيجة إلى المحكمة حيث يتم الإشهاد على ذلك مع تسليم كل واحد من الزوجين اللذين انتهى نزاعهما وشقاقها بالصلح على يد الحكمين نسخة من التقرير (المادة 95).

وفي حالة اختلاف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة (المادة 96). وفي حالة تغذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد: 83، 84، 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر (المادة 97).

ويتضح لنا جليا من خلال المادة الأخيرة أن مدونة الأسرة تحمل المسؤولية للطرف المتعسف في المطالبة بإنهاء الرابطة الزوجية للشقاق حين يتضح للمحكمة بأن طالب الإنهاء للشقاق لم تكن لديه مبررات معقولة لهذا الإنهاء ويمكن للمحكمة الاستئناس في ذلك بتقرير الحكمان وكذا بالاستماع من طرف المحكمة لطالب الشقاق وتكوين قناعة القاضي بمدى وجاهة الأسباب من عدمها وبالتالي الحكم بالتعويض أو عدمه لفائدة الطرف الآخر. ويمكن للمحكمة أيضا أن تحكم لصالح الزوجة طالبة إنهاء الزواج للشقاق إذا كان الزوج متعسفا ومتعنتا.

وجدير بالإشارة أن مسطرة الشقاق تبت فيها المحكمة بمقتضى حكم نهائي غير قابل للطعن في ظرف ستة أشهر من تاريخ رفع الدعوى كما تقضي بذلك الفقرة الأخيرة من المادة 97، كما تجدر

¹ - سورة النساء، الآية 35.

الإشارة أيضا بأن مدونة الأسرة لم تحدد مفهوم الشقاق ولكن يمكن القول بأن المقصود منه هو شدة الخلافات والمنازعات والخصومات واستمرارها بين الزوجين¹.

وخلاصة القول إن التطلاق بسبب الشقاق، من الأسباب الرئيسية والهامة المستحدثة في مدونة الأسرة حيث خصصت له المدونة الباب الأول من القسم الرابع بمقتضى أربع مواد (المواد 94 إلى 97)، كمسطرة أصلية يمكن ولوجها بشكل مباشر، أو بمقتضى نصوص أخرى كمسطرة تابعة كما إذا لم تستطع الزوجة إثبات الضرر وأصرت على طلب التطلاق (المادة 100)²، والواقع يؤكد بأن التطلاق بسبب الشقاق يحتل الصدارة مقارنة مع الأسباب الأخرى لإنهاء الرابطة الزوجية، وهذا ما تؤكده الإحصائيات التالية³:

أحكام التطلاق بسبب الشقاق خلال الفترة (2004-2014)											السنوات
2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	أحكام التطلاق بسبب الشقاق
43438	39836	48376	32365	22331	29404	24854	18562	10313	4865	.	نسبة التغير
6,55%	-17,61%	49,47%	0,11%	9,95%	18,31%	33,90%	79,99%	111,98%	.	.	

وترجع أسباب ارتفاع حالات التطلاق للشقاق في نظرنا إلى سهولة ولوج مسطرته، وضمان المشرع لحقوق الأطراف المتضررة من خلال حكم المحكمة بالمستحقات مع مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق والحكم بالتعويض للطرف المتضرر سواء حصل التطلاق قبل البناء أو بعده، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض بأنه: "...أثبتت الخبرة المنجزة على المطلوبة أنها لا زالت عذراء رغم مساكنة الطالب لها لمدة تفوق سبع سنوات، و المحكمة لما اعتبرت أن ذلك يشكل ضررا

¹ - للمزيد من الإيضاح راجع: محمد الكشور، يونس الزهري، حسن فتوح: التطلاق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة 11، مطبعة النجاة الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى: 2006.

- عادل حامدي: "التطلاق للشقاق" إشكالية قضائية، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى، 2008.
- راجع رسالة الباحث عز الدين بوخريص "التطلاق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، بوجدة، للموسم الجامعي 2007-2008
- رسالة الباحث الشيخ محند "التطلاق بسبب الشقاق رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي بطنجة، الموسم الجامعي 2005-2006.

² - راجع مقالتنا تحت عنوان: "واقع الطلاق في مدونة الأسرة"، المنطقة الشرقية نموذجا، منشورة ضمن اشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة والمنعقدة يومي 17 و 18 فبراير 2005، سلسلة الندوات رقم 1 ص 62 وما بعدها.

³ - القضاء الأسري: الواقع والآفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية: مرجع سابق، ص 60.

للمطلوبة يقتضي تعويضها وفق ما ورد بمنطوق الحكم الابتدائي المؤيد بمقتضى القرار المطعون فيه، فقد جاء قرارها مرتكزا على أساس و معللا تعليلا كافيا...".¹

كما جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور بأنه: "...يمكن للمحكمة التي تنظر في طلب إنهاء الرابطة الزوجية للشقاق أن تحكم بتعويض لفائدة أحد الزوجين بعد ثبوت مسؤولية الزوج الآخر عن سبب الفراق. و حيث ثبت للمحكمة من خلال الاطلاع على وثائق الملف و مستنداته و خاصة رسم الزواج أن العلاقة الزوجية بين طرفي الدعوى يعود تاريخها إلى سنة 1991 و أن الزوجة غير مدخول بها، و أن الزوج لم يبادر إلى تقديم طلب تمكينه من البناء بها طيلة هذه المدة الشيء الذي تسبب في إلحاق ضرر بالغ بها نتيجة حرمانها من تكوين أسرة مستقرة، وبناء عليه يكون طلب التعويض مؤسسا و ترى المحكمة بما لها من سلطة تقديرية تحديده في المبلغ المشار إليه في منطوق هذا الحكم"². كما أن مدة الفصل في النزاع للشقاق يجب أن لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب (المادة 97)، كما أن مفهوم الشقاق المبرر للتطليق مفهوم واسع يشمل كل النزاعات والخصومات بين الزوجين، وتستفيد الزوجة أكثر من الزوج من هذه المسطرة الجديدة خاصة وأنها بمثابة باب مفتوح لها يمكن الولوج منه كلما سدت في وجهها الوسائل الأخرى لإنهاء الرابطة الزوجية.

ويختلف التطليق للشقاق عن الطلاق الذي يوقعه الزوج³ في عدة نواحي ذلك أنه إذا كان الطلاق يوقعه الرجل باعتباره المالك لهذا الحق كقاعدة عامة مقررمة بمقتضى قواعد الفقه الإسلامي، إلا أنه بقراءة المادة 78 من مدونة الأسرة⁴، يتبين أنه يمكن للزوج أو الزوجة تقديم طلب الطلاق، غير أن المواد من 78 إلى 93 من المدونة توجي بخلاف ذلك، فالحالة الوحيدة التي يجوز فيها

¹ - القرار عدد 272: الصادر بتاريخ 2014/04/08: في الملف عدد 2013/1/2/843: منشور بمجلة نشرة قرارات محكمة النقض عدد 16:، ص 74-73.

² - حكم صادر بتاريخ 2015/09/30 في الملف عدد 15/21/535 (غير منشور)

³ - لقد كانت مدونة الأحوال الشخصية تميز بين الزوجين في ممارسة حق الطلاق، حيث خولت للزوج إمكانية توقيعه بإرادة منفردة انطلاقا من الفصل 44 والذي نص على أن الطلاق: "حل عقد النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق" ولم تكن هناك قبل تعديلات 1993 أي رقابة قضائية على شرعية الطلاق ما عدا ما نص عليه الفصل 47 من كون الزوج الذي يطلق زوجته وهي حائض يحبره القاضي على الرجعة، إدريس الفاخوري، واقع الطلاق في مدونة الأسرة، والمنطقة الشرقية نموذجاً، مداخلة في ندوة تحت عنوان "مدونة الأسرة بعد عام من التطبيق"، الحصيلة والأفاق، والمنعقدة بكلية الحقوق بوجدة، يومي 17 و 18 فبراير 2005، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة، سلسلة الندوات، العدد الأول، مطبعة التيسير، طبعة 2006، ص 63.

⁴ - تنص المادة 78 من مدونة الأسرة على أن: "الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة".

للزوجة إيقاع الطلاق هي حالة التملك¹ المنصوص عليها في المادة 89 ، في حين أن التطليق للشقاق هو حق يتساوى فيه الزوج مع الزوجة، ذلك أن مسطرته تتم بتقديم طلب من أحد الزوجين، أو منهما معا لحل نزاع مستحكم بينهما.

كما أن التطليق بسبب الشقاق يمكن أن يترتب التعويض للزوج في حالة تعسف الزوجة في إيقاعه، حسب ما يستفاد من الفقرة الأولى من المادة 97 من مدونة الأسرة عندما أشارت إلى أنه: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83-84 و 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر".

ونشير إلى أن محكمة النقض ذهبت في قرارات متواترة لها إلى رفض منح المتعة للزوجة طالبة التطليق للشقاق معتبرة أن حقها ينحصر في التعويض عن الضرر إذا طالبت به و كان مؤسسا، كما هو الشأن بالنسبة للقرار الذي قضت فيه بأن: "... المتعة يحكم بها في حالة الطلاق أو التطليق الذي يوقعه الزوج، أما إذا كان طلب التطليق من الزوجة فإنه يقضى لها بالتعويض إن ثبتت مسؤولية الزوج طبقا للمادة 97 من نفس المدونة، والمحكمة التي قضت للمطلوبة بالمتعة رغم أنها هي التي طلبت التطليق للشقاق تكون قد خرقت المادة 84 من مدونة الأسرة المذكورة و عرضت قرارها في هذا الخصوص للنقض"².

و ما دمنا نتحدث عن توجه محكمة النقض بخصوص المتعة و مدى أحقية الزوجة طالبة التطليق للشقاق فيها، فإني أرى بأن اتجاه محكمة النقض في هذا المنحى سيؤدي إلى حرمان العديد من النساء من حقهن في المتعة دون إمكانية حصولهن على التعويض لصعوبة إثبات الضرر الحاصل لهن و الذي كان سببا مباشرا في تقديم دعوى التطليق، و هنا نتساءل عن جدوى مسطرة التطليق للشقاق إذا لم تحصل المطلقة على المتعة؟ ذلك أنه إذا كانت تريد التنازل عن حقوقها فيمكنها اللجوء للطلاق الخلفي، و إذا كانت تدعي الضرر و تستطيع إثباته فيمكنها إتباع مسطرة التطليق للضرر و على المطالبة بالتعويض.

¹ - د. محمد الكشور، حسن فتوح، يونس الزهري، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، رقم 11 مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006، ص 24-25.

² - قرار عدد 159 الصادر بتاريخ 2011/04/05 في الملف عدد 2009/1/2/548 منشور بمجلة نشرة قرارات محكمة النقض عدد 10، ص 47-48.

ويختلف التطليق للشقاق أيضا عن الطلاق من حيث طبيعة كل منهما فالطلاق الصادر عن الزوج يقع رجعيًا¹، أما التطليق للشقاق فيقع بائنًا².

وإذا كان التطليق للشقاق أيضا، وسيلة هامة بيد الزوجة يضاف للوسائل الأخرى، التي أتاحتها مدونة الأسرة للمرأة المتزوجة لإنهاء الرابطة الزوجية التي لم تجد فيها الأنس المنشود، فيمكن لها أن تسلك نفس المسطرة في حالات خاصة افترض فيها المشرع قيام الشقاق بين الزوجين، كما في حالة رفض الزوجة للتعدد وعدم تمسكها بالتطليق من زوجها³، وحالة فشل الزوجة في إثبات الضرر في دعوى التطليق للضرر⁴ وحالة الإخلال بالحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين⁵، وحالة رفض الزوج لطلب الخلع المقدم من طرف الزوجة⁶، وبالإضافة في حالة رفض الزوجة لمراجعتها من طرف الزوج⁷.

المبحث الثالث: الوكالة في الطلاق وتمليكها للزوجة

إذا كانت مدونة الأسرة قد نظمت الوكالة في الزواج تنظيما دقيقا بمقتضى المادة 17 من مدونة الأسرة فإنها أغفلت الوكالة في الطلاق الأمر الذي أثار ولا زال نقاشا فقهيًا وجدلا على مستوى العمل القضائي وهذا ما سنشير إليه في المطلب الأول على أن نخصص المطلب الثاني لتمليك الطلاق للزوجة حيث يجوز لهذه الأخيرة بأن تشتط على زوجها في عقد الزواج بأن يكون أمرها بيدها تطلق نفسها متى شاءت وذلك وفق إجراءات تم النص عليها في المادة 89 من مدونة الأسرة.

المطلب الأول: الوكالة في الطلاق

للزوجة الحق في أن يوكل شخصا على أن يقوم بطلاق زوجته أمام الشاهدين العدلين فيطلقها الوكيل بمقتضى هذه الوكالة ما دام الزوج لم يعفه منها، فإذا أعفاه انتهت مهمة وكالته.

¹ - تنص المادة 123 على أنه: "كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي. إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء، والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك".

² - تنص المادة 122 على أنه: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن إلا في حالتي التطليق للإيلاء، وعدم الإنفاق".

³ - المادة 45 من مدونة الأسرة.

⁴ - المادة 100 من مدونة الأسرة.

⁵ - المادة 52 من مدونة الأسرة.

⁶ - المادة 120 من مدونة الأسرة.

⁷ - المادة 124 من مدونة الأسرة.

وقد نصت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على الوكالة في الطلاق في الفصل 44، فكما تجوز الوكالة في الزواج تجوز أيضا في الطلاق، والتوكيل في الطلاق جائز في الفقه الإسلامي .

أما مدونة الأسرة لسنة 2004 فلم يرد نص ينظم الوكالة في الطلاق كما فعلت عند تنظيمها للوكالة في الزواج بمقتضى المادة 17 ، ولذلك اختلف الفقه حول الموضوع بين مؤيد ومعارض كما أن القضاء يتشدد أحيانا . يمنع الوكالة في الطلاق خاصة ما تعلق بمسطرة الصلح بين الزوجين التي هدف المشرع من وراءها الحضور الشخصي لكليهما من أجل التأثير عليهما للعدول عن إنهاء الرابطة الزوجية وأحيانا أخرى يتساهل القضاء في هذه الوكالة وهذا ما نشير إليه في الفرعين التاليين:

الفقرة الأولى: الاتجاه الرافض للوكالة في الطلاق

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن الوكالة في الطلاق تتناقى مع استقرار الحياة الزوجية من حيث أنها تجعل مشيئتها بيد شخص غريب¹ والرأي الرافض للوكالة في الطلاق يركز على أساس كون المدونة ألزمت المحكمة قبل الحصول على الإذن بالإشهاد على الطلاق بضرورة القيام بمحاولة الصلح مع الاستعانة بالمؤسسات المرصدة له وهذا يتطلب الحضور الشخصي للزوجين معا حتى يتسنى الحوار المباشر ومما لا شك فيه أن الوسيط لن يكون أبدا مؤثرا في جلسة الصلح لأنه ناقل لإرادة الطرف الآخر ليس إلا، هذه الإرادة قابلة للتغيير بفعل الحوار والمناقشة والغوص في جوهر الخلاف الذي قد يجد سبيله للحل أمام المحكمة أو الحكّمين أو مجلس العائلة أو أي شخص آخر ترى المحكمة بأنه سيساعد على إعادة الدفء إلى عش الزوجية وإرجاع المياه إلى مجاريها، وفي هذا الصدد يرى أحد الباحثين في الشأن الأسري² بأنه وحتى إن تم فرض أنه من الممكن إبرام عقد الزواج بواسطة وكيل فإن الفسخ ليس كالإبرام إذا يترتب عنه تحطيم عائلة والتفريق بين الزوجين وبالتالي تشتيت الأبناء وهذا الرأي نادى به ابن حزم في المحلى³ عندما قال: "لا تجوز الوكالة على الطلاق ولا عتق ولا على تدبير ولا على رجعة... ولا على صلح، لأن كل ذلك إلزام حكم لم يلزم قط وحل عقد ثابت ونقل ملك بلفظ، فلا يجوز أن يتكلم أحد على أحد إلا حيث أوجب ذلك نص ولا نص على جواز الوكالة في شيء من هذه الوجوه"، ومما لا شك فيه أن الحضور الشخصي في

¹ - صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 223، محمد الكشور المرجع السابق، ص 66.

² - ساسي بن حليمة: "المحاولة الصلحية على معنى الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المجلة القانونية التونسية، العدد الثاني، لسنة 1976، ص 29.

³ - ابن حزم: "المصلى"، منشورات الكتب التجارية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الجزء الثاني، ص 245.

العملية الصلحية له أهمية قصوى من أجل استرشاد القاضي بالتفسيرات التي قد يبدئها الزوجين والتي تكون لها أهمية خاصة، وهذا ما أكدته أيضا الدليل العملي لمدونة الأسرة بالنص على: "إن محاولة الصلح إجراء جوهري ولا يمكن إنجازه في غياب الزوجين المعنيين ولذلك أوجب المشرع حضورهما الشخصي في جلسة المصالحة التي يجب فيها على المحكمة بذل كل الجهود لإصلاح ذات البين".¹

وبالنسبة للعمل القضائي المؤيد لهذا الاتجاه المانع للوكالة في الطلاق نجد الحكم التالي: "... وحيث أنه قد وكلت الزوجة والدها... مما تقرر معه رفض الوكالة وقد تم أشعارها عن طريق النيابة العامة بأنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الطلب في غيابها"²، وفي نفس المنحى ذهبت محكمة التعقيب التونسية حيث اعتبرت حضور المدعي بنفسه أمر ضروري ولا يمكن الاكتفاء بحضور وكيل، وعملت المحكمة حكمها بأن الجلسة الصلحية تهدف تمكين الحاكم الصلحي من مخاطبة شعور المدعي وأحاسيسه على أن يرجع عن طلب الطلاق.³

الفقرة الثانية: الاتجاه المؤيد للوكالة في الطلاق

ويرى أنصار هذا الاتجاه بأن الوكالة جائزة شرعا وقانونا وأن سبب مشروعيتها هي حاجة الناس إليها لقضاء مصالحهم وتسهيل التصرفات القانونية حينما يتعذر القيام بهذه التصرفات بأنفسهم لأسباب وجيهة وهذا ينطبق على التوكيل في الطلاق أيضا أسوة بالمعاملات المدنية الأخرى لأنه في الواقع العملي هناك طلبات ملحة تتطلب السماح بالتوكيل في إجراءات الطلاق⁴ ويرى البعض بأن "...فهي (الوكالة في الطلاق) لا شك تجلب هذه المصلحة في حالات استثنائية كلما ثبت تعذر حضور أحد الأطراف لجلسة محاولة الصلح لظروف قاهرة على الأقل، ولا شك أن هذا

¹ - انظر الدليل العملي لمدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 65.

² - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة ببركان عدد 119 في الملف رقم 08/83 بتاريخ 3/28/أوردته الباحثة آمال الناجي في رسالتها التي أعدتها تحت إشرافنا تحت عنوان: "حدود التوكيل في المادة الأسرية بين التشريع والتطبيق"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، برسم الموسم الجامعي 2008/2009، ص 98.

³ - قرار محكمة التعقيب التونسية رقم 8914 المؤرخ في 8 ماي 1973، نشرة محكمة التعقيب، السنة 1973 ص 136، أورده الأستاذ: ساسي بن حليمة، المرجع السابق، ص 30.

⁴ - عبد الله روحمات: "الوكالة في صلح الزوجين بين النص القانوني والواقع العملي"، مجلة الإشعاع العدد 27، السنة 2003، ص 120.

الحكم سيساهم في حل العديد من مشكلات الجالية المغربية المقيمة بالخارج خاصة التي تعيش ظروف هجرة خاصة".

فالضرورات العملية أبانت عن وجود حالات يتعذر على الزوجين أو أحدهما الحضور شخصيا لجلسة الصلح، وعدم قبول الوكالة يلحق ضررا بأحدهما أو بهما معا خاصة، أن المذهب الفقهية تجيز الوكالة في الطلاق خاصة مذهب الإمام مالك الذي أحالت عليه مدونة الأسرة في المادة 400²، وبالنسبة للعمل القضائي المؤيد لإعمال الوكالة في الطلاق نجد بعض أقسام قضاء الأسرة يأخذ بها ويسير نحو التيسير وتسهيل مسطرة الإنهاء للرابطة الزوجية حيث جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور ما يلي: "...حيث قررت المحكمة الإذن للزوج... بواسطة وكيله بتوثيق عقد الطلاق على زوجته"³، وورد عن نفس المحكمة: "وحيث أدرجت القضية بجلسة الصلح لـ 13/03/2007 حضرتها المدعية، حضر وكيل المدعى عليه وأدلى بوكالة وموافقة على التطبيق مصححي الإمضاء في قنصلية المملكة المغربية ببروكسيل"⁴، ونفس التوجه يسلكه قسم قضاء الأسرة بطنجة حيث يعمل على قبول الوكالة خاصة في الطلاق الإتفاقي والطلاق قبل البناء وكذا مراعاة الوكالة عندما يكون الزوجان بالخارج⁵.

وذهبت ابتدائية الناظور في سردها لوقائع إحدى القضايا "... أنه بجلسة 4/11/2004 حضر وكيل الزوج الأستاذ... بوكالة خاصة للطلاق ملتصقا اعتماد محضر محاولة الصلح على ذمة ملف سابق بين الزوجين طالما أن موكله يستحيل عليه الحضور لغدر قاهر لارتباطه بعمل بالخارج... وأنه في نفس الوقت مصر على الطلاق...

وحيث أن الزوجة التي واكبت أطوار هذه المسطرة التمسست اعتماد المحضر المذكور خصوصا وأنها في وضعية لا تحسد عليها فلا هي مطلقة ولا هي متزوجة، كما صرحت طالما أن الزوج الذي حضر على ذمة ملف سابق يستحيل عليه الحضور بمناسبة هذا الملف كما صرح بذلك وكيله

¹ - عبد الله روحمات ، المرجع السابق، ص 120.

² - راجع رسالة الباحثة أمال الناجي: المرجع السابق، ص 97، وكذلك رسالة الباحث محمد الفلاقي: "الصلح والطرق البديلة لتسوية النزاعات الأسرية (الوساطة الأسرية نموذجا)، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها.

³ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور عدد 20 في الملف عدد 07/69 بتاريخ 07/02/2007، (غير منشور).

⁴ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالناظور عدد: 275 في الملف رقم 07/575 بتاريخ 07/05/15 2007 (غير منشور).

⁵ - جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بطنجة ما يلي: "قررت المحكمة الإذن للزوج بواسطة وكيله قبل البناء لتوثيق عقد الطلاق" حكم عدد 96 في الملف رقم 07/92 بتاريخ 07/11/7 2007 (غير منشور) وفي حكم آخر "التمس الزوج إعفاه من الحضور أمام المحكمة وبعد المداولة قرر إعفاه من الحضور شريطة إسناد التوكيل للغير" حكم عدد 79 في الملف رقم 06/454 بتاريخ 06/07/24 2006 (غير منشور).

بمقتضى وكالة خاصة للطلاق... فإنه لا يسع المحكمة إلا أن تأخذ معطيات المحضر المذكور بعين الاعتبار...".¹

وعلى ضوء كل ما سبق نرى بأن منع الوكالة في الطلاق بصفة نهائية قد يسبب ضررا لأحد أطراف العلاقة الزوجية الراغبة في الإنهاء خاصة عندما تكون هناك مبررات معقولة ومستساعة وموضوعية تستدعي الإنابة كما أن السماح بالوكالة مطلقا عند إنهاء الرابطة الزوجية تتنافى مع فلسفة المدونة الهادفة إلى التقليل قدر المستطاع من حالات انحلال ميثاق الزوجية بالنص صراحة في المادة 73 على أنه لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو التطليق إلا استثناء وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال، كما أن الوكالة في الطلاق تجعل من الصلح الذي أصبح ضروريا في قضايا الإنهاء أمرا شكليا ليس إلا عندما ما نسمح لأحد الزوجين أو لكليهما بالغياب في الجلسات الصلحية ومن هنا نؤيد الاتجاه الوسط الذي يرى بأن: "المشرع قد أحسن صنعا عندما نص على الاستدعاء الشخصي للطرفين لحضور جلسة الصلح حتى يفضي كل طرف بما لديه من أسباب والتي قد يفندها أو يؤيدها الطرف الآخر، وهو ما لا قد يكون في مقدور الوكيل، لكن إذا تعدى طلب الإذن بالطلاق مرحلة الصلح... وما دامت المحكمة قد استخلصت من جلسة أو جلسات الصلح ثبوت السبب الدافع لطلب الإذن بالطلاق..."²، ويتعين أيضا تسهيل مسطرة الوكالة في الطلاق كلما كان هناك عذر مقبول وموضوعي يقدره القاضي كما هو الشأن بالنسبة للجالية المغربية المتواجدة بالخارج عندما تكون هناك أسباب معقولة للوكالة.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الجزائري لم يشير بدوره إلى الطلاق عن طريق الوكالة ولا عن طريق التفويض. كما أنه ألغى الوكالة في الزواج بمقتضى تعديلات 2005.³

المطلب الثاني: تمليك الطلاق للزوجية

للزوج أن يتنازل عن حق الطلاق المخول له شرعا لفائدة زوجته فيملكها هذا الحق سواء كان ذلك عند إبرام عقد الزواج أو بعده.

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بالناظور رقم 04/547 بتاريخ 2004/12/30 (غير منشور).
² - د. أحمد عصبية: "الإذن بالطلاق الذي لا يتم توثيقه من طرف الطالب المأذون له"، مقال منشور ضمن أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة يومي 17 و18 فبراير 2005، سلسلة الندوات رقم 1 ص 197 وما بعدها.
³ - راجع زميلنا: الدكتور بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى 2008، مطبعة دار الخلدونية، الجزائر، ص 72.

ويذهب جمهور الفقهاء إلى أن تملك الطلاق للزوجة يجد سنده الشرعي في قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا النَّجْءُ فَلْإَزْوَاجِكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزَيَّنَّتْهَا قَتَعَالَيْنَ أَمَتَّعَكُنَّ وَأَسْرَحَكُنَّ سَرَّاحًا جَمِيلًا ۝١٨﴾ وَإِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالْدارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا ۝١٩﴾^١ إذ شكت زوجته صلى الله عليه وسلم من قلة النفقة وشظف العيش فأمر الله الرسول أن يخيرهن بين البقاء في عصمته والافتناع بما يجدنه من نفقة، وبين أن يطلقن أنفسهن ويذهبن للبحث عن العيش الرغيد، وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم عليه خيرهن فعلا فاخترن كلهن البقاء في عصمته^٢.

ويميز الإمام مالك بين التوكيل والتمليك والتخير في الطلاق.

أولا - التوكيل أو التفويض في الطلاق: ويقصد به أن يفوض الرجل لزوجته في أن توقع الطلاق على نفسها نيابة عنه وبصفتها وكيلًا عنه في ذلك^٣، ويحق للزوج التراجع عن هذه الإنابة متى أراد قبل توقيع الطلاق. ويستثنى من ذلك حالة واحدة لا يجوز فيها للزوج عزل زوجته عن هذه الوكالة، وهي إذا كان لها في هذه الوكالة، كأن يصرح عند الزواج أنه يوكلها على تطليق نفسها إذا تزوج عليها، وأنه إن فعل فلها أن تطلق نفسها.

ثانيا - التملك: وهو أن يجعل الزوج أمر زوجته بيدها بحيث تصبح مالكة لعصمتها ولها الحق في أن توقع الطلاق متى أرادت. ولا يجوز للزوج أن يرجع في ذلك، وعندما يطلع القاضي على هذا التملك يأمر الزوجة بأن تصرح فورًا بموقفها في الفراق أو في البقاء في عصمة الزوج، فإن لم تصرح يحكم القاضي بسقوط حقها في التملك.

ثالثا - التخير: وهو أن يخير الزوج زوجته بين البقاء معه أو الفراق ولها حرية الاختيار وليس للزوج الرجوع عن هذا التخير ويعتبر اتصالها جنسياً بزوجها بمثابة اختيار البقاء معه، كما أن افتراق الزوجين عن مجلس التخير قبل أن تعبر الزوجة عن موقفها يسقط حقها في هذا التخير^٤.

^١ - سورة الأحزاب، الآية ٢٨ و ٢٩.

^٢ - أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص ٣٢١.

^٣ - محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

^٤ - محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

ولقد نصت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على حق الزوجة في توقيع الطلاق إذا ملكها زوجها هذا بمقتضى الفصل 44 والذي ينص على أن: "الطلاق هو حل عقد النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي".

وجاءت المدونة الجديدة وأفردت للتمليك نصا خاصا حيث ورد في المادة 89 أنه: "إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقا لأحكام المادتين 79 و 80 أعلاه.

تؤكد المحكمة من توفر شروط التمليك المتفق عليها بين الزوجين وتحاول الإصلاح بينهما طبقا لأحكام المادتين 81 و 82 أعلاه إذا تعذر الإصلاح تأذن المحكمة للزوجة بالإشهاد على الطلاق، وتبت في مستحقات الزوجة والأطفال عند الاقتضاء تطبيقا لأحكام المادتين 84 و 85 أعلاه.

لا يمكن للزوج أن يعزل زوجته عن ممارسة حقها في التمليك الذي ملكها إياه".

فالزوج يمكن له أن ينيب عنه زوجته في طلاق نفسها لتصبح مالكة لهذا الحق والذي لا يمكن للزوج بعد ذلك عزل زوجته عن ممارستها.

وقد ناقش الإمام ابن القيم الجوزية مسألة وضع الرجل أمر زوجته في يدها أو توكيلها فيه، واعتبر ذلك مما تقتضيه المصلحة لما فيه من بيان لحقيقة الرابطة الزوجية هل أقيمت على محبة أو أقيمت على كره...

إن مسألة تفويض الزوج وتمليكها حق توقيع الطلاق بإرادتها المنفردة مسألة ثابتة في الفقه الإسلامي حيث انه يجوز للزوج أن يفوض زوجته في طلاقها منه لأن من ملك حقا كان له أن يتصرف فيه بنفسه أو ينيب غيره في التصرف فيه مطلقا أو محددا... وإذا تم التفويض أو التمليك فلا يمكن الرجوع فيه، كما أن الزوجة لا تكون ملزمة بإثبات الضرر وكفها إثبات التمليك، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في القرار الذي جاء فيه بأن: "المحكمة التي قضت بتطليق الزوجة على زوجها لما ... ثبت أن الطاعن ملك المطلوبة في النقض أمرها تكون قد صادفت الصواب و طبقت الفصل 44 من المدونة تطبيقا سليما".¹

والمرأة التي تريد توقيع الطلاق على زوجها بالتمليك يتعين عليها إتباع مسطرة الطلاق بتقديم الطلب إلى المحكمة والإشهاد لدى العدلين المنتصبين للشهادة بدائرة نفوذ المحكمة التي

¹ - قرار عدد: 952 صادر بتاريخ 2000/10/11: منشور بكتاب قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية و العقار من سنة 1957 إلى سنة 2002 للأستاذ عبد العزيز توفيق، ص 367: و ما يلها.

يوجد بها بيت الزوجية أو موطن الزوجة أو التي أبرم فيها عقد الزواج ... وتقوم المحكمة بمحاولة الإصلاح المنصوص عليها في المادتين 81 و 82 من مدونة الأسرة.

والطلاق المملك لا يمثل نسبة هامة في إنهاء الرابطة الزوجية مقارنة مع الأسباب الأخرى للإنتهاء وهذا جدول يوضح ذلك:

السنة	العدد
1999	80
2000	46
2001	31
2002	20
2004	79
2005	145
2006	134
2007	129
2008	246
2009	63
2013	204
2014	18

المبحث الرابع : التطليق بطلب من الزوجة

التطليق هو حكم قضائي بإنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين ولو بغير رضى الزوج وذلك بناء على دعوى تتقدم بها الزوجة أمام المحكمة للمطالبة بالطلاق¹ وتمشيا مع مبادئ الشريعة الإسلامية السمحة فإن الفقه الإسلامي بصفة عامة والفقه المالكي بكيفية خاصة يسمح للزوجة المتضررة من عشرة زوجية لا ترى فيها الأُنس المنشود بأن تلتجأ إلى القضاء ليحكم بتطليقها منه بالرغم من معارضة الزوج²، و بالرغم من أن المشرع المغربي في مدونة الأسرة قد وسع من دائرة الإرادة في إنهاء الرابطة الزوجية لصالح الزوجة من خلال الطلاق الإتفاقي والتطليق بسبب الشقاق والمنظم بالمواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة فإنه وسع أيضا في الأسباب التقليدية الأخرى للتطليق مقارنة مع مدونة الأحوال الشخصية الملغاة³.

أما مدونة الأسرة فقد نصت في المادة 98 على ما يلي: "للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب التالية:

1. إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج

2. الضرر

3. عدم الإنفاق

4. الغيبة

5. العيب

6. الإيلاء والهجر".

ونتناول هذه الأسباب الستة في المطالب التالية:

¹ - عبد الكريم شهبون: المرجع السابق، ص 454.

² - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 99.

³ - الفصول من 53 إلى 58 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة حيث كان التطليق يتم بناء على سبب من الأسباب التالية: 1- عدم الإنفاق، 2- العيب أو المرض، 3- الضرر الذي يستحيل معه العشرة الزوجية، 4- غيبة الزوج أو فقدته، 5- الإيلاء أو الهجر، راجع مؤلفنا " الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لآخر التعديلات"، مرجع سابق ص 255 وما بعدها.

المطلب الأول: إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج

لقد استحدثت المدونة سببا جديدا لتمكين الزوجة من إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق طلب التطليق أمام المحكمة وهو إخلال الزوج بشرط وقع عليه التوافق والتراضي في صلب عقد الزواج أو في اتفاق خاص كالاتفاق على تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية كما تنص على ذلك المادة 49 من مدونة الأسرة.

إن الشروط وفقا لمقتضيات مدونة الأسرة الجديدة أصبحت كلها ملزمة للطرفين طبقا للمادة 47 من المدونة، إلا إذا خالف الشرط قاعدة أمره وجاءت مخالفة لمقاصد وغايات عقد الزواج حيث يلغى الشرط ويبقى العقد صحيحا، وليس من الشروط المخالفة اشتراط الزوجة ممارسة عمل لا يمس الأخلاق والآداب العامة، ومن الشروط المعتبرة أيضا تلك التي تحقق فائدة مشروعة للزوجة إلا إذا كان الشرط مرهقا وطرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط صعبا بحيث يمكن طلب الإعفاء أو التعديل من طرف المحكمة (المادة 48).

وتؤكد المادة 99 القوة الإلزامية للشروط من خلال السماح للزوجة بتقديم طلب التطليق لعدم الوفاء بهذه الشروط حيث يعد ذلك ضررا مبررا، وهذا بخلاف نصوص مدونة الأحوال الشخصية الخالية من أي نص تشريعي يضمن الوفاء بالشروط الصحيحة في عقد الزواج أو في الاتفاقات اللاحقة على إبرام هذا العقد، إن الوفاء بالشروط والاتفاقات وتمتعها بقوة إلزامية تطبيق سليم للقواعد العامة في الشريعة الإسلامية كما في قوله تعالى ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾¹ وفي قول الله سبحانه تعالى ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ أَلْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾² وفي قوله تعالى ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ بَعْدَهُمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾³، وفي السنة النبوية نجد حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج»⁴ وفي قوله

¹ - راجع مداخلتنا في ندوة الرباط حول مستجدات مشروع مدونة الأسرة في الندوة المنظمة من طرف رئاسة جامعة محمد الخامس، السبوسي يومي 19 و 20 نوفمبر 2003. والمنشورة ضمن أشغال ندوة مستجدات مدونة الأسرة، جامعة محمد الخامس السبوسي، نونبر 2003، ص 43.

² - سورة المائدة، الآية 1.

³ - سورة الإسراء الآية 33.

⁴ - سورة البقرة، الآية 177.

⁵ - حديث أخرجه البخاري في كتابه الشروط.

صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم»¹ وهذه المقتضيات تؤكد لها القواعد العامة في قانون الالتزامات والعقود المغربي أيضا كالفصلين 230 و 231.

إن مدونة الأسرة وسعت من دائرة الإرادة في إنهاء عقد الزواج لصالح المرأة المغربية المتزوجة ومكنتها من طلب التطليق لعدم وفاء الزوج بتعهداته والتزاماته وأصبحت الشروط تتمتع بقوة إلزامية هامة على خلاف نصوص مدونة الأحوال الشخصية السابقة.

والمشرع المغربي بالرغم من اختلاف الآراء في الفقه الإسلامي، حول الشروط المقترنة بعقد الزواج بين من يجيزها، ومن لا يجيزها²، فإنه سمح للزوجين بمقتضى المادتين 47 و 48 الاتفاق على تضمين عقد الزواج الشروط المتفق عليها.

إلا أنه بالرغم من ذلك فإن الذي يعاب على هذا المقتضى أنه أعطى للزوجة فقط الحق في التطليق إذا أخل الزوج بشرط من شروط عقد الزواج³، فلم ينتبه إلى أن هذا الإخلال يمكن أن يصدر من الزوجة كذلك عندما لا تلتزم اتجاه زوجها بتنفيذ الشرط المتفق عليه، فلما أقر المشرع لكلا الزوجين الحق في الاشتراط، فإنهما ملزمان معا باحترام ما اتفقا عليه.

هذا وقد نصت الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري⁴ على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، فالمشرع الجزائري اعتبر بأن مجرد الإخلال بالشرط يعطي للزوجة الحق في طلب التطليق حتى إذا لم يوقع هذا

¹ - رواه داود.

² - محمد علي قاسم، "التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط"، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2005، ص 13 وما بعدها ويراجع أيضا: عبد الله بن الطاهر السوسي التتاني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، الكتاب الثاني، الطلاق، مطبعة فنون القرن 21، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1428 هـ / 2007 م، ص 155 وما بعدها.

³ - عبد اللطيف الحاتمي، "المستجدات المسطرية في مدونة الأسرة، بخصوص اخلال ميثاق الزوجية ومدى تحقيقها بمبدأ المساواة بين الزوجين، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 50، طبعة 2004، ص 139.

⁴ - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن لقانون الأسرة الجزائري والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 45 المؤرخة في 1984/6/26 والمعدل والمتمم بأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005 والمنشور بالجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 والموافق بقانون رقم 09-05 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426 الموافق 4 مايو 2005 والمنشور بالجريدة الرسمية رقم 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005.

الإخلال ضررا بها، ويحق للزوجة أن تطلب التعويض عن الضرر الحاصل لها وهو حق ممنوح بمقتضى المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري¹.

المطلب الثاني: التطليق للضرر

إن الشريعة الإسلامية تأمر بحسن المعاشرة وتوطيد أواصر المحبة والرحمة بين الزوجين، والزوجة التي يسيء الزوج عشرتها بالقول أو بالفعل ويضر بها ضررا ماديا أو معنويا يجوز لها أن تطلب من القاضي تطليقها من هذا الزوج² وقد اختلف الفقهاء في التفريق للضرر وسوء العشرة ويمكن إجمالاً رد هذا الخلاف إلى مذهبين:

مذهب الأحناف والشافعية وعندهم أن المرأة ليس لها أن تطلب التطليق للضرر ولها فقط الحق في رفع أمرها إلى القاضي ليأمر الزوج بحسن عشرته لزوجه وقد يؤدبه القاضي بما يراه مناسبا.

أما المذهب الثاني فهو للمالكية والحنابلة ويجوز عندهم للزوجة طلب التفريق إذا أضر الزوج بها وأذاها بما لا يليق بأمثالها، لأن الحياة الزوجية تصبح بالأذى جحيما وبلاء يتحتم معه خلاصها من هذا الشقاء وذلك بإزالة أسبابه، وبهذا الرأي أخذت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، أما مدونة الأسرة فقد نصت في المادة 99 على ما يلي: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق.

يعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مغل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية".

أما الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة فقد ورد فيه ما يأتي: "إذا أدعت الزوجة على زوجها إضراره بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها وثبت ما أدعته وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه.

¹ - راجع رسالة الباحثة صارة بن شويخ، في موضوع: "دور إرادة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بين مدونة الأسرة المغربية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة أعدت تحت إشرافنا لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، برسم الموسم الجامعي: 2009/2008، ص15.

² - راجع رسالة الباحث أحمد اليوسفي: "الإثبات على ضوء العمل القضائي الأسري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص بوحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، الموسم الجامعي: 2008/2007 ص111 وما بعدها.

إذا رفض طلب التطلاق وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً للسداد بينهما.

على الحكمين أن يتفهما أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارها، وإذا عجزا عن الإصلاح رفع الأمر إلى القاضي لينظر في القضية على ضوء تقريرهما¹.

ونجمل الحديث عن التطلاق للضرر فيما يلي:

أولاً: الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم يحدد نوع الضرر المبرر لطلب التطلاق واعتبر كل ضرر لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجة، بينما المادة 99 من مدونة الأسرة أعطت بعض الأمثلة للأضرار التي تجعل الاستمرار في العلاقة الزوجية غير مقدور عليه وذلك بالنص على كل تصرف أو سلوك مشين أو مغل بالأخلاق الحميدة، وسواء كانت الإساءة مادية كالضرب أو معنوية كالسب والقذف والخيانة الزوجية أو الشذوذ... إلخ.

فقد جاء في حكم لقسم قضاء الأسرة بوجدة بأنه: "... تبين للمحكمة من خلال الحكم الأجنبي ... الصادر ... عن محكمة الجنايات بمورسيا بإسبانيا بتاريخ 26 دجنبر 2006 و ترجمته للغة العربية أنه سبق للمدعى عليه وأن أدين من أجل سوء المعاملة داخل المحيط الأسري و التهديد، و خرق عقوبة المنع من الاقتراب من المدعية و ذلك بسبب تعنيفه لها و اعتدائه عليها بواسطة السلاح الأبيض بالإضافة إلى تهديدها بحرقها حية و هو ما يجعل الضرر الذي تدعيه المدعية ثابتاً. و حيث إنه لا ضرر و لا ضرار و الضرر يزال ... و للعلل أعلاه يكون طلب التطلاق للضرر مبنياً على أساس و يتعين الاستجابة له¹."

وهكذا ذهبت ابتدائية مراكش إلى أنه: " طالما أن الزوجة تؤمن بشيء واحد هو أن النزاع الذي قام بينهما وبين زوجها كان السبب الوحيد والأوحد والمباشر في وفاة والدها فإن ذلك يعد ضرراً يمنع من إمكانية استمرار العلاقة الزوجية بينهما، مما يجعل مبررات التطلاق للضرر قائمة مما يتعين معه الاستجابة للطلب وتطبيق المدعية من عصمة زوجها طالقة بئس للضرر²."

ثانياً: المادة 99 اعتبرت الضرر المبرر لطلب التطلاق أمام المحكمة هو ذلك الصادر من الزوج وحده دون غيره... والضرر قد يصدر بكيفية مباشرة من الزوج وقد يصدر بإيعاز ورغبة من

¹ - حكم صادر بتاريخ 2010/11/02 في الملف عدد 07/2761 غير منشور

² - قسم قضاء الأسرة بمراكش حكم عدد 1877 في الملف الشرعي عدد: 04/21/531 بتاريخ 04/21/2004 منشور في مؤلفنا العمل القضائي الأسري، الجزء الأول، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، المرجع السابق، ص 104.

الزوج دون أن يحرك ساكنا كما إذا صدر من أفراد عائلته أو بعض أصدقائه، ونعتقد بأن السب أو الإهانة بحضور الزوج قرينة على قبوله للأذى الذي لحق بزوجه يتعين تمكين الزوجة من مطالبة التطبيق بسببه.

ثالثا: لم يعد هناك أي مبرر للاستمرار في تكريس بعض الاجتهادات القضائية في ظل النصوص السابقة للحيلولة دون الاستجابة لدعوى الزوجة لطلب التطبيق للضرر كاشتراط تكرار الضرر، وأن يكون الضرر ما زال مستمرا وغير منقطع وإثبات عدم مشروعية سبب الضرر، وهذا نموذج لبعض الاجتهادات القضائية التي لم يعد هناك أي مسوغ في ظل المدونة الجديدة الركون إليها لحرمان الزوجة من حقها في إنهاء الرابطة الزوجية للضرر:

أ - ذهبت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء إلى أن: "دعوى الضرر لا تجاب إليها المدعية في أول دعوى حتى يتكرر ذلك..." "يتعين إلغاء طلب التطبيق وحفظ الحق إلى أن يتكرر الضرر".¹

ب - جاء في قرار آخر لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء: "الإضرار من الزوج لزوجته ثبت بأحد أمرين: إما بشهادة عدلين فأكثر أو بالسماع الفاشي المستفيض بأن فلانا يؤدي زوجته فلانة بضرب أو شتم بغير ذنب ارتكبته، ولا بد أن يضمن الشهود في الوجهين أنهم لا يعلمون أن المضرر رجع عن الإضرار بصاحبه وأقلع عنه وإلا لم تعمل، فإن ضربها لموجب ارتكبته ولو ضربا وجيعا أو ضربها خفيفا ولو بغير موجب لا يعد إضرار شرعيا وليس لها القيام بذلك..."²

رابعا: في ظل مدونة الأسرة فإن واقعة الضرر يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات ولا يشترط تكرار الضرر، وهذا ما ذهبت إليه ابتدائية فاس بقولها: "وحيث إن المدعية قد أكدت خلال جلسة الصلح بغرفة المشورة أن المدعى عليه يسيء عشرتها ويعتدي عليها بالسب والشتم والضرب والجرح. . وحيث أن الشاهد خال الزوج المدعي عليه أكد بأن والد الزوجة أحضره إلى بيت الزوجية بعدما أخبرته زوجته بأن زوجها اعتدى عليها... وحيث أنه بناء على ما ذكر ثبوت الضرر حاصل للمدعية يستحيل معه دوام العشرة بين الطرفين خاصة و أن عقد الزواج يقوم على الاحترام المتبادل بين الزوجين مما يكون معه الطلب مؤسسا ويتعين الاستجابة"³.

¹ - حكم محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، بتاريخ 1974/4/11 أشار إليه ذ. أحمد الخمليشي في المرجع السابق، ص 388.

² - قرار صادر بتاريخ 1990/6/20 منشور بمجلة المحاكم المغربية العددان 64 و65، ص 180 وما بعدها.

³ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بفاس رقم 2917 في الملف رقم 04/2/2752 بتاريخ 2005/6/16 أوردته في مؤلفيك "العمل القضائي الأسري" الجزء الأول - الزواج، انحلال ميثاق الزوجية، الطبعة الأولى، 2009، مطبعة الأمنية بالرباط ص 103.

خامسا :واقعة الضرر في ظل المدونة الجديدة يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة طبقا للمادة 100 ، وإذا لم تستطع الزوجة إثبات الضرر وأصررت على طلب التطليق فإن الفقرة الثانية من المادة 100 فتحت أمام الزوجة إمكانية إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق اللجوء إلى مسطرة الشقاق وتطبيق مقتضيات هذه المسطرة الجديدة انطلاقا من المادة 94 وما بعدها، وهذه إمكانية لم تكن متاحة في بنود مدونة الأحوال الشخصية السابقة حيث شكل الإثبات عبئا حقيقيا وعقبة أساسية في وجه العديد من الحالات لصعوبته ولتشدد القضاء في الموضوع خاصة إذا علمنا بأن أغلب حالات الضرر بالزوجة تقع بعيدا عن الشهود وبالأحرى عن الشاهدين العدلين، وأحيانا يرفض القضاء المغربي الإثبات بواسطة اللفيف والذي يشهد فيه الشهود بأنهم سمعوا سماعيا فاشيا أن الزوج يضر بزوجه وهو موقف المجلس الأعلى في بعض قراراته¹.

سادسا :لأول مرة في تاريخ قانون الأسرة المغربي تتحدث المدونة عن تعويض الطرف المتضرر، إذ نصت المادة 101 على أنه " في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر"، إذ يمكن للزوجة بالإضافة إلى الحكم بالتطليق لفائدتها تعويضها عن الأضرار التي أصابتها من جراء إضرار الزوج بها بجميع أنواع الضرر وسواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا فالضرر يزال وفقا للقواعد العامة، ولا ضرر ولا ضرار، وإزالة الضرر لا يتأتى إلا من خلال التعويض العادل الذي تقدره المحكمة.

ومعلوم أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم تكن تتضمن نصا مماثلا يمنح للزوجة تعويضا عادلا عن الضرر الذي أصابها نتيجة انهيار الرابطة الزوجية وكان لها الحق في المتعة فقط وهي مبلغ من المال يحدده قاضي التوثيق وغالبا ما كان هذا المبلغ هزلا ولا يمكن اعتباره تعويضا حقيقيا عن الضرر الذي أصاب الزوجة.

وفي ظل نصوص مدونة الأسرة الحالية أصبحت الزوجة المطلقة للضرر تتمتع بحق المتعة أيضا الذي هو حق ثابت للمطلقة إلى جانب إمكانية المطالبة بالتعويض.

والقضاء المغربي يعمل على تطبيق هذه المقتضيات الجديدة من خلال منح تعويض عادل للزوجة المطلقة من زوج أضر بها متى استطاعت إثبات هذا الضرر، وهكذا ذهبت المحكمة الابتدائية بقسم قضاء الأسرة بطنجة إلى أن: "...حيث أنه بمقتضى المادة 113 من مدونة الأسرة

¹ - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 20 مارس 1984 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 38/37، أشار إليه الأستاذ محمد الكشور: "قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات 1993، الطبعة الثالثة 1996، مطبعة النجاح الجديدة، ص 309.

تبت المحكمة أيضا عند الاقتضاء في مستحقات الزوجة وفق المادتين 84 و 85 من مدونة الأسرة ...
وحيث تطبيقا للمادة 101 من مدونة الأسرة فإنه في حالة التطبيق للضرر للمحكمة أن تحدد في
نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر.

وحيث أن التعويض لجبر الضرر يرجع للسلطة التقديرية للمحكمة التي ارتأت تقديره في
مبلغ ثلاثة آلاف درهم والمتعة في عشرة آلاف درهم¹.

وإذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر فإن المحكمة ترفض طلبها وهكذا ذهبت ابتدائية
بركان إلى أن إدانة المدعى عليه من أجل العنف ضد الزوجة والضرب والجرح وإعطاء القدوة
السيئة للأبناء يعتبر مبررا لتطبيق المدعية منه للضرر، ولكن المدعية لم تثبت الأضرار اللاحقة بها
والتي تطالب من أجلها التعويض، وما إذا كانت هذه الأضرار مادية أو معنوية حتى يتسنى للمحكمة
تقدير التعويض المناسب لجبر الضرر².

ويرى أحد الباحثين³ بأنه من الناحية العملية يلاحظ بأن الزوجة لا تلجأ إلى التطبيق للضرر
إلا في حالات قليلة عندما يكون الضرر الذي تدعيه ثابت أو يسهل إثباته ما دامت مسطرة التطبيق
للسقاق أفضل وأسهل وغالبا ما يكون الضرر في صورة الضرب والجرح والسب والشتم والقذف
وهي جرائم معاقبة بمقتضى نصوص القانون الجنائي ويمكن للزوجة الاستفادة من التعويضات
المدنية عند النظر في الدعوى العمومية من طرف القضاء الجزري وذلك في إطار الدعوى المدنية
التابعة طبقا للفقرة الثانية من المادة 9 من قانون المسطرة الجنائية والتي تنص على أنه: "يمكن
إقامة الدعوى المدنية والدعوى العمومية في آن واحد أمام المحكمة الجزرية المحال إليها الدعوى
العمومية". كما أن التعويضات التي تمنح في نطاق الدعوى المدنية التابعة يجب أن تكون تعويضات
كاملة تغطي الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بالمتضررة من الجريمة مباشرة⁴، وبناء على ما سبق

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية، قسم قضاء الأسرة بطنجة، رقم 659 في الملف عدد 06/285 بتاريخ 2006/3/22 (غير المنشور).

² - حكم المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بركان، الحكم عدد: 04/1091 في الملف عدد: 04/458 بتاريخ 2004/10/14 منشور بمؤلف الأستاذ إدريس الفاخوري العمل القضائي الأسري الجزء الأول الزواج وانحلال ميثاق الزوجية، مرجع سابق ص 111.

³ - فؤاد قريشي: "أحكام المتعة والتعويض عند انتهاء الرابطة الزوجية" - دراسة مقارنة - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعقمة بوحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق جامعة محمد الأول، وجدة للموسم الجامعي: 2007/2008 ص 94.

⁴ - وهذا ما نص عليه الفصل 108 من القانون الجنائي الذي ورد فيه «التعويضات المدنية المحكوم بها يجب أن تحقق للمتضرر تعويضا كاملا عن الضرر الشخصي الحال المحقق الذي أصابه مباشرة من الجريمة»، للمزيد من التفاصيل راجع زميلنا الأستاذ عبد السلام بنحدو "الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية مع آخر التعديلات 2003، مطبعة اسبارطيل بطنجة، الطبعة الخامسة 2005، ص 61 وما بعدها.

فإن الزوجة إذا حصلت على التعويض أمام القضاء الجزري فإنه لا يمكن لها أن تحصل على تعويض آخر أمام المحكمة التي تنظر في دعوى التطلاق للضرر إذ لا يعوض الشخص عن نفس الضرر مرتين كما تقضي بذلك القواعد العامة.

وفي الأخير نشير إلى معدل التطلاق للإخلال بشرط أو الضرر بعد دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق :

السنة	العدد
2005	1162
2006	1361
2007	447
2008	331
2009	247
2013	642
2014	1013

ونلاحظ من خلال لغة الأرقام بأن معدلات التطلاق للإخلال بشرط أو للضرر في تقلص ملحوظ بسبب وجود مساطر أخرى للإلغاء أكثر مرونة خاصة مسطرة التطلاق للشقاق.

والقانون الجزائري يضيف سببا آخر للزوجة لطلب التطلاق وهو: ارتكاب فاحشة مبينة وذلك بمقتضى المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وهي حالة أو سبب من أسباب التطلاق التي يكاد ينفرد بها القانون الجزائري، والمقصود بالفاحشة هو فعل الزنا كما ورد في القرآن الكريم، مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة¹.

هذا وقد نصت الفقرة 10 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم 05-02 لسنة 2005 على حق الزوجة في طلب التطلاق على ما يلي: "10- كل ضرر معتبر شرعا".

ويذهب أحد الفقه إلى أن المشرع الجزائري حسنا فعل في توسيعه في مفهوم الضرر لأن الأضرار عديدة ويصعب حصرها، غاية ما في الأمر أنه يتطلب أن يكون هذا الضرر معتبر شرعا أو عرفا².

¹ - عبد العزيز سعد: "الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري"، الطبعة الثانية 1989، طبع دار البعث بقسنطينة بالجزائر، ص 275.

² - بن شويخ الرشيد: مرجع سابق، ص 207، وانظر أيضا: نصر سلمان وسعاد سطحي: "أحكام الطلاق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وفق التعديلات الجديدة الواردة في الأمر رقم 02-05، مطبعة دار الفجر للطباعة والنشر، طبعة 2006، ص 134.

المطلب الثالث: التطليق لعدم الإنفاق¹

النفقة حق من حقوق الزوجة على زوجها ما دامت الزوجية قائمة بينهما حقيقة أو حكماً، وإذا امتنع الزوج عن الإنفاق جاز للزوجة رفع دعوى أمام المحكمة للمطالبة بها أو تطليقها من زوجها، إلا أن الفقهاء اختلفوا في حكم التطليق لعدم الإنفاق.

ونتحدث في هذا المطلب عن موقف الفقه الإسلامي من التطليق لعدم الإنفاق في الفقرة الأولى، وبعد ذلك نتناول أحكام مدونة الأسرة الخاصة بالتطليق لعدم الإنفاق في الفقرة الثالثة.

الفقرة الأولى: موقف الفقه الإسلامي من التطليق لعدم الإنفاق

يمكن تقسيم رأي الفقه الإسلامي في هذا الموضوع إلى فريقين:

الفريق الأول لجمهور الفقهاء ومنهم الأئمة مالك والشافعي وأحمد، ويقولون بجواز التفريق بين الزوجين إذا امتنع الزوج عن الإنفاق وذلك استناداً إلى قول الله تعالى ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا﴾² فقد نهت الآية الكريمة عن إمساك الزوجة على وجه الإضرار بها، وفي إمساكها مع الامتناع عن الإنفاق عليها إضرار بها واعتداء عليها، وعلى القاضي دفع الضرر بتطليقها إذا طلبت ذلك واستدلوا أيضاً بقوله تعالى ﴿فَإِمْسَاكُكُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُكُمْ بِإِحْسَنٍ﴾³ فالله تعالى أمر الزوج بإمساك الزوجة بالمعروف أو مفارقتها بالإحسان والإمساك بالمعروف لا يتحقق مع الامتناع عن الإنفاق عليها⁴.

أما الفريق الثاني ويمثله الأحناف، وهو يرى عدم جواز التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق ودليلهم قول تعالى ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ. وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ

¹ - راجع رسالة الباحث محمد مسعودي في موضوع "النفقة المؤقتة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، برسم الموسم الجامعي: 2008-2009، وانظر أيضاً رسالة الباحث المراتب عبد الإله: "الحماية القانونية والقضائية للنفقة"، رسالة أعدت تحت إشرافنا لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص بوحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، للموسم الجامعي: 2007/2008.

² - سورة البقرة الآية 231.

³ - سورة البقرة، الآية 227.

⁴ - محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص 447.

لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتِيهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿١﴾ . فقد دلت الآية الكريمة على أن الزوج لا يكلف بالإنفاق على زوجته في حالة فقره، ومن ثم لا يعد أنما بالامتناع عن القيام به . واستدلوا أيضا بقوله تعالى ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴿٢﴾﴾²، والآية تشير إلى أن صاحب الدين عليه أن ينظر المدين المعسر إلى الميسرة، والنفقة لا تعدو أن تكون دينا للزوجة فتكون مأمورة بانتظار الزوج الموسر.

الفقرة الثانية: التطليق لعدم الإنفاق في مدونة الأسرة

أبقت مدونة الأسرة على بعض المقتضيات واستحدثت مقتضيات أخرى بالنسبة لحق الزوجة في طلب التطليق لعدم الإنفاق (المادتين 102 و 103)، ونصت المادة 102 من مدونة الأسرة على الأحكام الخاصة بالتطليق لعدم الإنفاق بقولها: "للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه، وفق الحالات والأحكام الآتية:

1. إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطليق.

2. في حالة ثبوت العجز تحدد المحكمة حسب الظروف إخلال للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي.

3. تطليق المحكمة الزوجة حالا، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز".

يمكن إيجاز المستجدات الخاصة بالتطليق لعدم الإنفاق فيما يلي:

أولا: في حالة ثبوت عجز الزوج عن الإنفاق تحدد له المحكمة أجلا لا يتعدى شهرا (ثلاثين يوما) لينفق خلاله وإلا طلقت عليه زوجته (الفقرة الثانية من المادة 102) ، بينما الفصل 53 من مدونة الأحوال الشخصية. الملغاة كان يمهل القاضي الزوج في مثل هذه الأحوال مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر. و بخصوص هذا الموضوع جاء في قرار للمجلس الأعلى بأن: "...المحكمة التي استخلصت من وثائق الملف و من محضر عدم وجود ما يحجز على الزوج المحكوم عليه بنفقة زوجته و أولادها منه، و بعد أن أمهلته لأداء النفقة مدة ثلاثة أشهر عجز عن الإنفاق على زوجته و أولاده، وقضت بطلاقها منه لعدم الإنفاق تكون قد طبقت الفصل 53 من مدونة الأحوال

¹ - سورة الطلاق، الآية 7.

² - سورة البقرة، الآية 279.

الشخصية تطبيقا سليما".¹ و على ما يبدو أن أجل ثلاثة أشهر طويل نسبيا، ولذلك حسنا فعلت مدونة الأسرة بتحديد مدة الشهر لأن النفقة تقوم بوظيفة معيشية لا تحتل طول الانتظار، وخاصة في حالة وجود أبناء و الزوجة لا تتوفر على دخل أو معيل.

ثانيا : إذا عجز الأب كليا أو جزئيا عن الإنفاق على أولاده وكانت الأم موسرة وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب (المادة 199 من مدونة الأسرة)، ومن ثم ترفض دعوى الزوجة لعدم الإنفاق كما كانت ترفض هذه الدعوى طبقا لأحكام الفصل 129 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والذي يقضي بأنه إذا عجز الأب عن الإنفاق على ولده وكانت الأم غنية وجبت عليها النفقة.

ثالثا: إن المشرع المغربي سواء في المدونة القديمة أو في ظل النصوص الحالية لمدونة الأسرة أخذ بما اتفق عليه الفقه الإسلامي حيث تقاضي المرأة زوجها من أجل الإنفاق عليها، كما يجوز لها أن ترفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق، والمحكمة تقرر الوسيلة المناسبة لتنفيذ نفقة الزوجة عليه² إذا كان له مال ظاهر يمكن استخلاص مبلغ النفقة منه كأن يكون موظفا ذو أجر شهري وفي هذه الحالة لا تستجيب المحكمة لطلب التطليق ما دامت الزوجة تستلم مبلغ النفقة.

ومن التطبيقات القضائية بالنسبة للتطليق لعدم الإنفاق قضت المحكمة الابتدائية بالعرائش بما يلي: " حيث تهدف المدعية من دعواها الحكم بتطليقها من زوجها المدعى عليه لعدم الإنفاق عليها.

وحيث أرجعت المدعية سبب طلب التطليق إلى امتناع المدعى عليه عن تنفيذ الحكم الابتدائي القاضي عليه بالإنفاق عليها لكن حيث إنه بالرجوع إلى محاضر التنفيذ المدلى بها من قبل المدعى عليه والمشار إلى مراجعها أعلاه يتبين أن هذا الأخير قام بأداء النفقة الواجبة عليه بمقتضى الحكم المحتج به من قبل المدعية . . وذلك من الفترة الممتدة من 2004/03/08 إلى متم مارس 2005 وهي المدة التي تغطي الفترة السابقة عن تقديم طلب التطليق لعدم الإنفاق وكذا الفترة اللاحقة عليه .

¹ - قرار عدد 798: صادر بتاريخ 1999/09/21 في ملف الأحوال الشخصية عدد 96/574: منشور بكتاب قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية و العقار من سنة 1957 إلى سنة 2002 للأستاذ عبد العزيز توفيق، ص 339: وما يلها

² - عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 265.

وحيث إنه ما دام قد ثبت للمحكمة أن المدعى عليه يقوم بأداء النفقة الحالة الواجبة عليه، فإن طلب التطلاق لعدم الإنفاق المقدم من قبل المدعية يبقى دون أساس قانوني استنادا لمقتضيات المادة 102 من مدونة الأسرة مما يتعين معه رفضه¹.

ويعتبر التطلاق لعدم الإنفاق طلاقا رجعيا حيث يجوز للزوج مراجعة زوجته بعد أن يثبت يسره واستعداده للإنفاق وذلك طبقا للمادة 122 من مدونة الأسرة التي تعتبر بأن كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن إلا في حالي التطلاق للإيلاء وعدم الإنفاق.

وتطبق أمام التطلاق لعدم الإنفاق في حالة غياب الزوج طبقا لأحكام المادة 103 من مدونة الأسرة إذا كان غيابه في مكان معلوم وبعد توصله بمقال الدعوى الرامية إلى طلب التطلاق لعدم الإنفاق.

أما إذا كان محل غيبة الزوج مجهولا لعدم وجود عنوانه فإن المحكمة تعمل بمساعدة النيابة العامة على التأكد بأنه فعلا غائب في مكان مجهول كما تتأكد من مدى صحة دعوى الزوجة الرامية إلى التطلاق لعدم الإنفاق ثم تبت في الدعوى على ضوء نتيجة البحث.

وبالنسبة لواقع التطلاق بسبب عدم الإنفاق بعد دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق نجد بأنه في تراجع مستمر، وربما يعزى ذلك إلى وجود مساوئ مدنية وأخرى جنحية تساعد على تنفيذ الأحكام القاضية بالنفقة وتسهيل عملية استخلاصها كما هو الشأن بالنسبة لمسطرة اقتطاعها من المنبع وخاصة بالنسبة لمن له دخل قار كما إذا كان الملزم بها موظفا عموميا، وكذا مسطرة إهمال الأسرة التي غالبا ما تلجأ إليها طالبة النفقة بعد امتناع الملزم بها عن الأداء وعدم وجود ما يحجز لاستخلاص مبلغ النفقة منه، كما يمكن تفسير تراجع نسبة التطلاق لعدم الإنفاق ببلجوء الراغبات في إنهاء الرابطة الزوجية لدعاوى أخرى أبسط كدعوى التطلاق للشقاق.

ويمكن أن نستخلص تراجع نسبة التطلاق لعدم الإنفاق من خلال الجدول التالي:

السنة	العدد
2005	1620
2006	10886
2007	703
2008	556
2009	292
2013	525
2014	393

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بالعرائش في الملف عدد 5/04/424 بتاريخ 2005/05/24 منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، العدد 10 فبراير 2009 ص 155.

المطلب الرابع: التطليق لغيبه الزوج أو سجنه أو حبسه

نشير في التطليق للغيبه لموقف الفقه الإسلامي ثم نتعرض لموقف المدونة في الفقرة الأولى ونتعرض في الفقرة الثانية للتطليق بسبب سجن أو حبس الزوج.

الفقرة الأولى: موقف الفقه الإسلامي والمدونة من التطليق للغيبه

أولاً: موقف الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء بصدد هذه المسألة ويمكن رد الخلاف إلى مذهبين:

مذهب الأحناف والشافعية، ويرى هؤلاء بأن الزوجة ليس لها الحق في طلب التفريق بسبب غيبه الزوج عنها ولو طالبت غيبته، وحجتهم في ذلك أنه لم يقم دليل شرعي يدل على أن الغيبه سبب من أسباب التفريق بين الزوجين.

والمذهب الثاني لفقهاء المالكية والحنابلة وعندهم يجوز التفريق بين الزوجين إذا غاب الزوج وتضررت الزوجة من هذه الغيبه حتى ولو ترك لها مالا تنفق منه مدة غيبته، وحجتهم قوله تعالى ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۖ﴾¹ وقوله عز وجل ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۗ﴾² وأن إقامة المرأة بعيدة عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف أمر قد لا تحتمله الطبيعة البشرية وهذا ضرر بالغ بالزوجة والضرر يزال لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»، ورفع الضرر يكون بالتفريق بين الغائب وزوجته إذا امتنع عن الحضور أو نقلها إلى البلد الذي يقيم فيه.³

ثانياً: موقف مدونة الأسرة من التطليق للغيبه

نصت المادة 104 من مدونة الأسرة على الإجراءات الواجب إتباعها من أجل رفع دعوى التطليق للغيبه، كما أن المادة 105 تحدثت عن الغائب المجهول العنوان.

¹ - سورة البقرة، الآية 229.

² - سورة البقرة الآية 229.

³ - راجع محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص 463.

1. إجراءات التطليق للغيبة

تناولت المادة 104 من مدونة الأسرة مسطرة التطليق للغيبة بالنص على أنه: "إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد عن سنة أمكن للزوجة طلب التطليق.

تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل.

تبلغ المحكمة الزوج المعروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة ستحكم المحكمة بالتطليق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو لم ينقلها إليه".

وهكذا يتضح لنا بأن مدونة الأسرة أعطت الحق للزوجة التي غاب عنها زوجها مدة أكثر من سنة بأن تطلب من المحكمة التطليق لهذا السبب سواء كان غياب الزوج بعذر مقبول كالسفر إلى دولة أخرى للعمل بها أو كان الغياب بدون عذر مقبول وهذا خلاف ما كانت تقضي به الفقرة الأولى من الفصل 57 من مدونة الأحوال الشخصية السابقة والتي كانت تشترط عدم وجود المبرر والعذر للغياب¹، وتتأكد المحكمة من حقيقة الغيبة ومدتها الزمنية بجميع وسائل الإثبات فإذا كان للزوج عنوان معروف ومعلوم أو محل إقامة محدد فإن المحكمة تبلغه مقال الدعوى من أجل الجواب عليه مع إشعاره بأنه في حالة الثبوت الفعلي لهذه الغيبة ستحكم المحكمة بالتطليق ما لم يحضر للإقامة مع زوجته أو ما لم يعمل على نقلها إلى المكان الذي يتواجد فيه. وهكذا قضت ابتدائية قسبة تادلة بأن: "غيبة المدعى عليه الزوج غيبة اتصال لأكثر من سنة يجعل من الزوجة محقة في طلبها التطليق استناداً إلى أحكام مدونة الأسرة"²، وفي نفس السياق ذهبت ابتدائية الناظور إلى أنه: "وحيث إن غيبة الزوج عن زوجته أكثر من سنة ثابتة من خلال الإجراءات التي اتخذتها المحكمة للتأكد من هذه الواقعة، بقيامها بمراسلة الإذاعة الوطنية التي أذاعت الإعلان الخاص بالمدعية ثلاث مرات... لكن مع ذلك لم يحضر حسب الثابت من الكتاب عدد... وباستماعها لبعض الشهود بجلوسات البحث المخصصة لهذه الغاية فأكدوا واقعة غيبة المدعى عليه عن زوجته لأكثر من سنة، كما أدت هذه الأخيرة اليمين تأكيداً لواقعة ما تضمنه موجب إثبات الغيبة... تصرح المحكمة بتطليق المدعية من زوجها المدعى عليه طلاقاً بائنة للغيبة"³، كما قضى قسم قضاء الأسرة بالناظور بأنه: "تطبيقاً للمادتين 104 و 105 من مدونة الأسرة عينت المحكمة قيماً للبحث عن

¹ - راجع مقالتنا حول "دور الإرادة في إنهاء عقد الزواج"، مرجع سابق، ص 79 وما بعدها.

² - حكم المحكمة الابتدائية بقسبة تادلة رقم 2005/414 في الملف 2005/9/260 بتاريخ 2005/1/2 منشور في مؤلفنا "العمل القضائي الأسري"، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 147.

³ - حكم المحكمة الابتدائية بالناظور رقم 670 ملف رقم 2002/932 بتاريخ 2006/4/17 منشور في مؤلفنا "العمل القضائي الأسري"، المرجع السابق، ص 153.

المدعى عليه بمساعدة النيابة العامة و السلطات المحلية فأفيد عنه بأنه غير معروف بالعنوان الوارد بمقال المدعية .و حيث تمت إذاعة مقال المدعية عبر أمواج الإذاعة الوطنية ثلاث مرات متتالية ... و اعتبارا لما سلف بيانه تكون غيبة المدعى عليه ثابتة للمحكمة. و بذلك يكون طلب المدعية مبنيا على أساس و يتعين الاستجابة له¹.

وذهب المجلس الأعلى إلى أن الغيبة واقعة مادية يمكن إثباتها بكل وسائل الإثبات وليس من الضروري إثباتها بموجب غيبة واحدة².

2 . الغائب المجهول العنوان

نصت المادة 105 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا كان الغائب مجهول العنوان اتخذت المحكمة بمساعدة النيابة العامة ما تراه من إجراءات تساعد على تبليغ دعوى الزوجية إليه، بما في ذلك تعيين قيم عنه، فإن لم يحضر طلقها عليه".

وفقا للمقتضيات السابقة إذا كان الزوج الغائب لا يعرف عنوانه فيعتبر مجهول العنوان فإن المحكمة تتخذ بمساعدة النيابة العامة التي تتوفر على وسائل تمكنها من معرفة عنوان الزوج وما إذا كان فعلا مجهول العنوان باستعانتها بضباط الشرطة القضائية وكذا السلطة المحلية من أجل تبليغ دعوى الزوجة الرامية إلى طلب التطلاق للغيبة³ والإعلان عبر أمواج الإذاعة الوطنية مع تعيين قيم عنه، حتى يتأتى له إبداء رأيه في الدعوى المقامة ضده قبل إصدار الحكم بالتطلاق فإذا لم يحضر الزوج رغم كل الإجراءات السابقة للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه قضت المحكمة بتطلاق زوجته طلبة بئنه.

وتطبيقا لما سبق ذهبت المحكمة الابتدائية بإيمنتانوت إلى أنه: "حيث تهدف المدعية إلى تطبيقها من زوجها لغيبته عنها، وحيث أدلت كذلك رفقة صحيفة دعواها برسم غيبة يشهد شهوده أنهم يعرفون الزوجين ... وباتصال الزوجية بينهما إلى أن غاب الزوج المذكور عن زوجته المذكورة بعد البناء بها غيبة اتصال وانقطاع بحيث لا يعلم له قرار، ولا رجوع من غيبته سرا ولا جهرا ... ولا قام أحد عنه بنفقتها ... ولا ترك لها كفيلا ...

¹ - حكم صادر بتاريخ 2011/12/19 في الملف عدد 03/894 غير منشور

² - قرار المجلس الأعلى في الملف عدد: 2004/ 1/2/444 بتاريخ 2005/1/26 منشور بكتاب "المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة الصادر عن وزارة العدل منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد 10، فبراير 2009، ص 160.

³ - محمد الأزهر: "شرح مدونة الأسرة"، الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة وتناجها، مطبعة دار النشر المغربية بالدار البيضاء، 2006، ص 293.

وحيث تمت إذاعة خبر رفع هذه الدعوى بالإذاعة الوطنية ثلاث مرات حسب كتاب السيد مدير الإذاعة... وحيث إن إجراءات القيم هي الأخرى لم تأت بنتيجة.

وحيث أن غيبة الزوج عن زوجته منذ أكثر من 12 سنة إلى الآن يتنافى والغايات الشرعية التي توخاها الشارع الحكيم من عقد الزواج ومنها الإنفاق والإحصان والمساكنة الشرعية.

وحيث لم يثبت من خلال وثائق الملف والتحريات التي قام بها القيم وجود المدعى عليه في المكان المعلوم قصد إعداره وفق المسطرة الشرعية المجسدة في المادة 104 من مدونة الأسرة...

وحيث تبعا لما تقدم لا مندوحة من الحكم وفق طلب المدعية على الصيغة الواردة بمنطوق هذا الحكم".

و قبل أن ننهي حديثنا بخصوص التطلاق للغيبة، لا بد من الإشارة إلى أن المشرع المغربي استثنى هذا النوع من التطلاق من مسطرة الصلح، وذلك في المادة 113 من مدونة الأسرة، وهو ما نعتبره خطأ تشريعيًا، ذلك أنه إذا كان من المتعذر إجراء الصلح مع الزوج الذي تعذر الاهتداء إلى عنوانه، فإنه لا مانع من إجراء الصلح إذا حضر الزوج أمام المحكمة، و إلى أن يتدخل المشرع لسد هذه الثغرة نرى بأن تقوم المحكمة بهذه المحاولة وخاصة أنها ترمي إلى حماية الأسرة.

الفقرة الثانية: التطلاق بسبب حبس الزوج أو سجنه

نصت المادة 106 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سنا أو حبسا، جاز للزوجة أن تطلب التطلاق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطلاق بعد سنتين من اعتقاله"، و نفس المقتضى نص عليه المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة.

تعتبر أحكام هذه المادة من المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة لأن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم تكن تتضمن نصا مماثلا يسمح للزوجة طلب التطلاق بسبب حبس أو سجن الزوج² الأمر الذي جعل القضاء المغربي يستجيب أحيانا لطلب الزوجة معتمدا على الضرر كأساس لقبول دعوى التطلاق بسبب سجن الزوج أو الغيبة أو الهجر أو عدم الإنفاق... الخ، فقد سبق

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بإممنتانوت في الملف عدد: 2006/305 بتاريخ 2007/07/24 منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص 165 و 166.

² - تراجع الاجتهادات القضائية التي أشار إليها زميلنا ذ. عبد الخالق أحمدون في مرجعه السابق الهامش 507 ص 401.

للمجلس الأعلى و أن قضى بأن: "...ارتكاب الزوج لجريمة النصب و الاحتيال و انتحال صفة وكيل الملك و التي أدین بسببها بسنتين حبسا نافذا يمثل ضررا معنويا تستحيل معه العشرة يسمح لزوجته برفع دعوى التطليق في إطار الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية"¹، وأحيانا أخرى كان القضاء يرفض طلب الزوجة، حيث اعتبرت بعض المحاكم غياب الزوج عن بيت الزوجية وإخلاله بالمساكنة الشرعية سببا غير كاف للحكم بتطليق الزوجة من زوجها للضرر، وأن مدة أربع سنوات ليس بالأمر الشاق على المدعية، خصوصا وقد قضى منها المدعى حوالي سنتين تقريبا ولم يبق إلا سنتين مما يجعل طلبها غير مبرر بالشكل الكافي والمنسجم مع مقتضيات الفصل 56 مما يتعين معه التصريح بعدم قبوله.²

أما في الفقه الإسلامي فنجد الفقه الحنفي والشافعي يقول بالتطليق بسبب حبس الزوج، ويرى مالك وأحمد رضي الله عنهما أن للمرأة حق طلب التطليق لحبس زوجها لأن حبسه يوقع الضرر بها كما هو الحال في الغيبة.³

وبالرجوع إلى المادة 106 فإن مدونة الأسرة حسمت الخلاف القضائي الذي كان قائما حول أحقية زوجة المسجون في التطليق من عدمها، وأصبح الوضع الحالي يخول لزوجة المحبوس أو المسجون لمدة ثلاث سنوات أو أكثر وكان الحكم نهائيا، ويشترط المشرع لسماع دعوى الزوجة مرور مدة سنة من الاعتقال قياسا على الحكم المتعلق بطلب التطليق للغيبة في إطار المادتين 104 و 105 من مدونة الأسرة.⁴ كما يمكن للزوجة تقديم الطلب بعد مرور سنتين من تاريخ اعتقاله سواء صدر حكم أو لم يصدر.

وهذا النص الذي أوردته مدونة الأسرة تنص عليه المادة 107 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي بالنص على ما يلي: "... لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه". ونص القانون السوري على حكم التفريق للحبس في المادة 109 بقولها: "إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة

¹ - قرار عدد 973: صادر بتاريخ 2000/10/18 في الملف الشرعي عدد 89 / 400: منشور بمجلة المناهج عدد 2:، ص 161 وما يليها

² - حكم المحكمة الابتدائية ببني ملال رقم 88/125 بتاريخ 1989/3/6 أوردته زميلنا ذ. عبد الخالق أحمدون المرجع السابق ص 400.

³ - محمد الأزهر: المرجع السابق ص 294 وانظر المراجع التي اعتمد عليها الهامش.

⁴ محمد الكشور: المرجع السابق ص 131.

من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"¹، ونفس المقتضيات تضمنتها المادة 14 من قانون الأسرة المصري أما القانون الجزائري فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري العدل بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 بمناسبة ذكره لأسباب التطلاق: "4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، ويرى بعض الفقه في الجزائر² بأن الفقرة الرابعة من المادة 53 لم تعتبر الغياب للحبس أو للسجن كسبب للتفريق وإنما اتجهت إلى اعتبار الأسباب التي لأجلها حبس أو سجن الزوج بغض النظر عن مدة الحبس.

وإعمالا لنصوص مدونة الأسرة فيما يخص التطلاق لحبس الزوج ذهب المجلس الأعلى إلى أن: "إن حبس الزوج لمدة ثلاث سنوات من أجل جريمة ما، يحرم الزوجة من حقوقها الشرعية، منها حق المعاشرة والمساكنة، ويسيء إليها ويشكل ضررا يعطيها حق التطلاق لهذا السبب"³.

أما معدلات التطلاق للغيبة بصفة عامة فإن الإحصائيات الصادرة عن وزارة العدل سجلت الأرقام التالية:

السنة	العدد
2005	2254
2006	1943
2007	1562
2008	1656
2009	1113
2013	1846
2014	1605

المطلب الخامس: التطلاق للغيب

خصصت مدونة الأسرة للتطلاق بسبب الغيب خمسة مواد (من المادة 107 إلى المادة 111) وجلها أحكام جديدة بالنسبة لحق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية بسبب غيب في الزوج إذ لم تحدد المدونة عيوباً خاصة بالزوج وأخرى خاصة بالزوجة كما كان عليه الوضع في ظل مدونة

¹ - راجع زميلنا الدكتور: بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية مطبعة دارالخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2008، الجزائر ص 199.

² - راجع بن شويخ الرشيد: المرجع السابق، ص 199.

³ - قرار المجلس الأعلى في الملف عدد: 2005/1/2/555 بتاريخ 2006/11/8 منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، المرجع السابق ص 160.

الأحوال الشخصية الملغاة، وأصبح النص عاما للعيوب والأمراض التي قد تصيب الزوج أو الزوجة على حد سواء ما دامت تؤثر على استقرار الحياة الزوجية.

وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد بأن الفقه قد أطنب في شرح هذه العيوب واختلف حول الأخذ بالتطليق للعيوب فمنه من يجيز الرد للعيوب ومنه من لا يجيز ذلك، وهناك من الفقه من اعتدل واتخذ مذهباً وسطاً.

ونتناول على ضوء نصوص المدونة الأسرة وأحكام الفقه الإسلامي التعريف بالعيوب الزوجية في الفقرة الأولى وشروط التطليق للعيوب في الفقرة الثانية وأثار التطليق للعيوب في الفقرة الثالثة.

الفقرة الأولى: تعريف التطليق بسبب العيب

نصت المادة 107 من مدونة الأسرة على أنه: "تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنهاؤها:

1. العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.
2. الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة".

الزواج في الإسلام مبني على المودة والرحمة والمعاشرة والتساكن بدليل قوله تعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾¹. فإذا كان بالزوجة علة من العلل الخلقية أو مرض من الأمراض البدنية فقد جعل الإسلام للرجل سبيلاً لإنهاء هذه العلاقة بالطلاق، كما جعل الإسلام للمرأة أيضاً سبيلاً على الرجل إذا كان به علة أو عيب من العيوب لا تستطيع المقام معه فمن حقها رفع دعوى للقضاء قصد التطليق لهذا العيب².

¹ - سورة الروم، الآية 21.

² - محمد الأزهري المرجع السابق ص 296، عبد الله ابن الطاهر السوسي الثنائي: مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، مرجع سابق، ص 180.

والمقصود بالعيوب الزوجية هو النقصان البدني أو الخلل العقلي في أحد الزوجين من شأنه أن يجعل الحياة الزوجية مضطربة و غير مستقرة ويمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية .

ذهب الإمام مالك¹ وهو مذهب أهل السنة على أن العيوب الزوجية التي تخول طلب الطلاق ثلاثة أنواع، عيوب خاصة بالرجل وأخرى خاصة بالمرأة وأخرى مشتركة بينهما.

أولا :عيوب خاصة بالرجل :

بالنسبة لعيوب الرجل فهي :الجب والخصاء والعنة.

1 - الجب :وهو قطع الذكر والأنثيين (استئصال العضو التناسلي).

2 - الخصاء :المخصي هو من سلت خصيتاه.

3 - العنين :وهو من لا قدرة له على الجماع أو ارتخاء في العضو يمنع القدرة على الاتصال الجنسي.

ثانيا :عيوب خاصة بالمرأة :

وهي عيوب تمنع من الوطئ أو من لذته وتسمى داء الفرج لدى النساء وهي :الرتق، والقرن، والعفل، والإفضاء والبخر.

1. الرتق :بفتح الراء والتاء هو انسداد موضع الجماع من الفرج بحيث لا يمكن دخول الذكر.

2. القرن :سكون الراء وفتحها وهو عظم أو لحم سميك ينبت في الفرج.

3. العفل :هو لحم يبرز في القبل، وقيل رغبة في الفرج تمنع لذة الوطئ.

4. الإفضاء :وهو اختلاط مسلكي البول ومسلك الجماع.

5. البخر :رائحة كريهة تنبعث من فرج المرأة².

¹ - انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 2/27، ومواهب الجليل للحطاب 3/483.

² - راجع هذه العيوب في كتب الفقه الإسلامي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مرجع سابق، ومواهب الجليل.

ثالثا: عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة

وهذه العيوب حصرتها بعض الفقه في: الجنون، والجذام، والبرص، والعذيفة والعقم.

1. الجنون: مرض يصيب الإنسان ويحدث له اختلال على مستوى قوته العقلية.

2. الجذام: وهو داء يتأكل منه اللحم ويتساقط.

3. البرص: بياض شديد يظهر في الجلد على شكل بقع.

4. العذيفة: وهو خروج الغائط عند الجماع.

5. العقم: عدم الإنجاب.

والملاحظ بأن العديد من العيوب المشار إليها سابقا سواء كانت خاصة بالرجل أو خاصة بالمرأة أو بهما معا أصبح بفضل تطور العلوم الطبية الحديثة وجود علاج ناجع لها إما عن طريق التدخل الجراحي أو الأدوية والعلاجات الأخرى المتطورة. وحسنا فعلت مدونة الأسرة عندما لم تحدد هذه الأمراض واكتفت بالنص على وجود مرض يكون مانعا من المساكنة الشرعية بحيث لا يتأتى أداء الوظيفة الجنسية على الوجه الأكمل أو كون المرض خطيرا على حياة الزوج الآخر أو صحته وما أكثر هذه الأمراض في عصرنا هذا من ذلك مرض فقدان المناعة المكتسبة (السيدا) ومرض الزهري (النوار) ومرض التهاب الكبد الفيروسي أو إن يكون المرض مؤذيا ويدخل في ذلك كل إعاقة ذهنية والمدمن على المخدرات والسكر الطافح، وكذلك الأمراض المانعة من المعاشرة الزوجية بحيث لا يتأتى أداء الوظيفة الجنسية على الوجه المرغوب... الخ.

الفقرة الثانية: شروط التطليق للعييب

نصت على هذه الشروط المادة 108 من مدونة الأسرة بقولها: "يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعييب:

1. ألا يكون الطالب عالما بالعييب حين العقد.

2. ألا يصدر من الطالب ما يدل على الرضى بالعييب بعد العلم بتعذر الشفاء"، وتضيف المادة 111 بأنه: "يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض"، وعلى ضوء ما سبق نستنتج بأنه يتعين توافر الشروط التالية من أجل إنهاء العلاقة الزوجية سواء بطلب من الزوج أو بطلب من الزوجة في حالة وجود العيب بالزوج الآخر.

أولا :يجب أن لا يكون الطالب عالما بالعيب حين العقد

طبقا للمادة 108 من مدونة الأسرة فإنه يشترط بقبول طلب أحد الزوجين بإنهاء العلاقة الزوجية للعيب عدم العلم بالعيب أو بالمرض وهذا حق مشترك بين الزوجين، لأنه إذا علم بالعيب أو المرض فهذا يعتبر رضى به بل وحتى بعد إبرام العقد إذا ظهر ما يفيد بأنه قبل بالعيب بعد العلم به ومعرفة نوعه وتعدر شفاؤه لأن سكوته دليل الرضى¹.

وهكذا أيد المجلس الأعلى قرار محكمة الاستئناف على أساس "... أن الطالب مصاب بالعنة وأن المطلوبة في النقص تضررت من ذلك مما يبرر طلب تطليقها منه ... موضحة في تعليل قرارها أن العيب المدعى به ثابت باعتراف المستأنف في أسباب استئنائه، وعدم حضوره للخبرة الطبية التي سبق للمحكمة الابتدائية أن أمرت بإجرائها عليه وعدم طعنه فيها، وكون المستأنف عليها لا زالت بكرا منذ عقده عليها بتاريخ 1998/9/25 حسب الشهادة الطبية المدلى بها وأن العيب الذي بالمستأنف هو العنة من الأمراض التي لا ينتظر شفاؤها..."².

كما ذهبت ابتدائية مراكش إلى أن الزوج مصاب ببرود جنسي سببه عصبي نفسي مما يعوق واجبه الشرعي وممارسة الجنس، وأن قدراته الجنسية ضعيفة للقيام بهتك البكارة مما يعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية³.

ثانيا :يتعين ثبوت العيب المحتج به

يتعين على الزوج الذي يدعي عيباً أو مرضاً بالزوج الآخر إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات وقد أشارت المادة 111 في مدونة الأسرة إلى استعانة المحكمة بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض أي الإحالة على الخبرة الطبية المتخصصة للتأكد من حقيقة المرض أو العيب ونوعه ودرجة خطورته على الطرف الآخر ومن ثم اعتبار المرض أو العيب مانعاً من المعاشرة الزوجية أو كون المرض يشكل خطورة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، وأنه لا يرجى الشفاء منه داخل مدة سنة كما تقضي بذلك المادة 107 من مدونة الأسرة.

فقد ذهب المجلس الأعلى إلى أن: "...استنتاج العيب من اختصاص الأطباء و لا يحق للمحكمة تقييمه وحدها و يتعين إجراء خبرة..."⁴، كما ذهب إلى أنه: "... إن المحكمة مصدرة القرار

¹ - محمد الكشور المرجع السابق، ص 151.

² - قرار المجلس الأعلى في الملف عدد: 2002/1/2/365 بتاريخ 2002/10/30 مشار إليه في نفس المرجع السابق ص 168 و 169.

³ - حكم المحكمة الابتدائية بمراكش في الملف الشرعي عدد: 2004/8/1177 بتاريخ 2004/12/23 مشار إليه في مؤلفنا "العمل القضائي"، مرجع سابق ص 163.

⁴ - قرار عدد 744: صادر بتاريخ 1987/06/30: منشور بكتاب مدونة الأسرة و العمل القضائي المغربي للأستاذ محمد بفقير طبعة 2006، ص 104.

المطعون فيه قدرت مختلف وثائق الملف المعروضة عليها في نطاق سلطتها واستخلصت منها وجود عيب بفرج الزوج الطاعن يحول دون استمرار العلاقة الزوجية بين الطرفين، واستندت في قضائها على خبرتين طبييتين أنجزتا ابتدائيا واستثنافيا... إن عيوب الفرج سواء كانت بالرجل أو بغيره تثبت بأهل الخبرة من الأطباء، وأن المستأنف امتنع من عرض نفسه على الخبير لفحصه تنفيذا لقرار القضاء، وهذا يؤيد ما أسفرت عنه الخبرة الابتدائية وادعاء المستأنف عليها قيام العيب لديه والاستمتاع بها خارج العملية الجنسية الطبيعية... تكون المحكمة قد أجابت الطاعن عما أثاره في وسيلة النقض... وجاء قرارها معللا تعليلا كافيا".

و رغم أن المشرع المغربي قد تطرق إلى إمكانية لجوء المحكمة إلى الخبرة الطبية للتأكد من وجود العيب من عدمه، إلا أن الأمر لا يخلو من طرح بعض الإشكاليات العملية كما في الحالة التي يرفض فيها الزوج المرفوع ضده دعوى التطلق للعيب الخضوع لهذه الخبرة، فهل يمكن اعتبار رفضه بمثابة إقرار ضمني بوجود العيب الذي يدعيه الزوج الآخر؟

الأكد أنه غالبا ما يتعذر على الزوج المتضرر (طالب التطلق) إثبات وجود العيب وخاصة حينما يتعلق هذا العيب بمرض أو عاهة لا يمكن للعموم الاطلاع عليهما، ولا يمكن الكشف عنهما إلا بعد خلع الثياب أو الخضوع لفحوصات وتحاليل طبية معينة وذلك حسب كل حالة على حدة، ولذلك فإن إلقاء عبء إثبات العيب على كاهل الزوج المتضرر تعسف في حقه، ومادام أن المشرع لم يرتب أي جزاء بخصوص الزوج الذي يرفض الخضوع للخبرة، فإنه يمكن للمحكمة أن تفسر هذا الرفض على أنه إقرار ضمني بوجود العيب.

ثالثا: يتعين تأجيل المريض أو المصاب بالعيب مدة سنة

حددت مدونة الأسرة للمريض أو المصاب بعيب من العيوب الزوجية الذي لا يرجى شفاؤه أجلا وهو سنة وذلك طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 107، وهو مذهب الأئمة الأربع وأصله ما روي عبد الرزاق والبيهقي عن ابن المسيب قال: "قضى عمر بن الخطاب في العنين الذي لا يستطيع النساء أن يؤجل سنة، فإن قدر عليها وإلا فرق بينهما ولها المهر وعليها العدة" وروي ذلك أيضا عن علي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم².

¹ قرار المجلس الأعلى في الملف عدد: 2004/1/2/65 بتاريخ 2006/1/25 منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص 168.

² انظر، حاشية الدسوقي، 2/9/2، والمغني لابن قدامة 152/7، وبدائع الصنائع للكسافي 323/2.

الفقرة الثالثة: آثار التطليق للمرض أو العيب

يترتب عن التطليق للمرض أو العيب مجموعة من الآثار الشرعية والقانونية أوجز أهمها فيما يلي:

أولا: استحقاق الصداق

نصت المادتان 109 و 110 من مدونة الأسرة على أحوال الصداق ومآله حال التطليق للمرض أو العيب، وهكذا نميز بين حالتين

الحالة الأولى: عدم استحقاق الزوجة للصداق

نصت المادة 109 على أنه: "لا صداق في حالة التطليق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء، ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرر به أو كتم عنه العيب قصدا".

وعليه لا تستحق الزوجة صداقا إذا كان التطليق قد حصل للعيب قبل البناء بالزوجة إذا لم يعلم بالعيب قبل العقد وجدير بالإشارة أن مدونة الأسرة تضمنت حكما مماثلا في المادة 32 بمناسبة حديثها عن الصداق في عقد الزواج، إذ نصت في إحدى الفقرات على أنه لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج.

الحالة الثانية: استحقاق الزوجة للصداق

بعد البناء، الزوجة لا تحرم من الصداق، فإذا حصل التطليق بعد العقد والبناء لزمه الصداق كاملا وله أن يرجع بقدره على من غرر به أو كتم عنه العيب قصدا من ولي وغيره... (الفقرة الأخيرة من المادة 109) وهذا هو مذهب الإمام مالك¹ ودليله ما روى مالك والدارقطني والبيهقي وابن منصور أن عمر رضي الله عنه قال: "أيما رجل تزوج امرأة فدخل بها فوجد بها برصا أو مجنونة أو مجذوبة فلها الصداق بمسيسه إياها، وهو له على من غره منها"، وفي رواية عن علي رضي الله عنه قال: "أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن، فزوجها بالخيار ما لم يمسه، إن شاء أمسك وإن شاء طلق، وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها".

¹ شرح التحفة للشيخ ميارة: راجع عبد الله ابن الطاهر السوسي المرجع السابق ص 190.

وطبقا للمادة 110 من مدونة الأسرة فإن الزوجة تستحق نصف الصداق إذا علم الزوج بالعيوب قبل العقد وطلق قبل البناء ففي هذه الحالة تطبق نفس آثار الطلاق قبل البناء .

ومن الأمور التي تثار أحيانا مسألة البكارة وهل تعد من العيوب التي توجب الرد، هذه المسألة أثارت نقاشا مستفيضاً في الأوساط الاجتماعية التقليدية العربية والإسلامية بصفة عامة وفي المجتمع المغربي بصفة خاصة، نجمل الحديث عن هذا الموضوع فيما يلي:

1. لا يوجد نص في مدونة الأسرة يعتبر البكارة من العيوب التي تستوجب الرد، كما أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة سنة 2004 لم تكن بدورها تتضمن أي مقتضى من هذا القبيل.

2. يذهب الإمام مالك بأن فقدان البكارة لا يستوجب رد النكاح مالم يشترطها الزوج في العقد، وليست المرأة متهمه بمجرد فقدان البكارة حملاً لأمرها على الصلاح¹.

فالبكارة مجرد ساتر رقيق على المحل يزول بأدنى سبب مثل القفزة وممارسة الرياضة، ركوب الدابة، وقد يزيلها الزوج دون أن يشعر أو تشعر الزوجة بذلك، فإذا اشترط الزوج البكارة ولم يجدها ردّها لعدم تحقق الشرط وله أن يردها أيضاً إذا كانت بكارتها قد أزيلت نتيجة زواج سابق لم يخبر به كما عن ابن عاصم:

والزوج حيث لا يجدها بكراً *** لم يرجع إلا باشتراط عذرا

ما لم يزل عذرتها نكاحاً *** مكتمت فالرد مستباح

3. أما الاجتهاد القضائي فقد دأب على عدم اعتبار انعدام البكارة بالزوجة عيباً يستوجب الرد ما لم يشترطها الزوج في العقد وهو مذهب المالكية كما سبقت الإشارة إلى ذلك عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقول بأنه " لا خيار بسبب تخلف الظن " و تقتضي هذه القاعدة بأنه يجب على الزوج الذي يظن بوجود صفة معينة في الزوج الآخر أن يشترطها صراحة في عقد الزواج ولا يكفيه مجرد الظن بوجودها .

ومن تطبيقات ذلك قرار محكمة الاستئناف بمراكش الذي ذهب إلى اعتبار "...طلب فسخ عقد الزواج لكون المستأنف عليها غير بكر قول مردود لأن المقصود بعبارة بكر المنصوص عليها في رسم النكاح هو أنه لم يسبق لها زواج قط، وليس المقصود أنها عذراء، والمستأنف لم يشترطها عليه حين العقد..."².

¹ - حاشية ابن عابدين 126/3.

² - قرار محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 18 يوليوز 1968 منشور بمجلة المحامي العدد 10.

وذهبت ابتدائية الحسيمة إلى رفض طلب الزوج الرامي إلى فسخ عقد الزواج لأنه عندما دخل بها فوجئ بأنها قد فقدت بكارتها بقولها « وحيث أن فقدان الزوجة لبقارتها على فرض ثبوته ليست من أسباب الفسخ أو البطلان المنصوص عليه في المادة 60 وما بعد ما من مدونة الأسرة كما أنه لم يثبت للمحكمة بعد إطلاعها على عقد الزواج أن المدعي اشترط على المدعي عليها أن تكون بكر وحيث يكون طلب المدعي تبعا لذلك منعدم الأساس ويتعين التصريح برفضه¹ ».

أما بالنسبة لمعدلات التطلاق بسبب العيب أو المرض فنلاحظ بأنه لا يشكل نسبة مهمة ولعل الشبهة ومتانة الروابط التي جمعت بين الزوج والزوجة تحول دون ذلك خاصة وأن أجل السنة المشار إليه في المادة 107 لا يستقيم في نظرنا مع المغزى العميق للروابط المتينة التي يبني عليها ميثاق عقد الزواج ومع المودة والرحمة والشفقة والمعاشرة بالمعروف ومع المروءة والشهامة التي تقتضي عدم التخلي عن شريك الحياة في وقت أشد ما يكون حاجة إلى الطرف الآخر للتخفيف من وطأة ما نزل به، فطلب التطلاق في مثل هذه الظروف لا شك أنه يزيد المريض ألما وتعاسة ويضيف إلى أوجاعه آلام الفراق، خاصة وأن المشرع لا يشترط حتى مضي أجل السنة بل مجرد أن المريض لا يرجى شفاؤه داخل الحول وربما هذا ما جعل المدونة تتدارك نسبيا هذا الأجل بالنص على أن لا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضى بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء .

وهذا جدول يوضح قلة حالات التطلاق بسبب العيب.

السنة	العدد
2005	40
2006	22
2007	12
2008	20
2009	25
2013	95
2014	99

المطلب السادس: التطلاق للإيلاء والهجر

نقوم بتعريف الإيلاء مع بيان سنده الشرعي (الفقرة الأولى) ثم نحدد شروطه (الفقرة الثانية) وآثاره (الفقرة الثالثة) كما نشير إلى أحكام الظهار (الفقرة الرابعة).

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بالحسيمة رقم 35 في الملف رقم: 04/217 بتاريخ 2005/02/17 (غير منشور).

الفقرة الأولى: التعريف بالإيلاء وبيان سنده الشرعي

الإيلاء لغة الحلف مطلقا سواء كان على فعل شيء أو تركه، وفي الاصطلاح الفقهي هو حلف الزوج بأن لا يجامع زوجته مطلقا أو خلال مدة تفوق أربعة أشهر.

والإيلاء عادة معروفة عند العرب قبل الإسلام حيث كان الزوج يحلف على عدم معاشرة زوجته معاشرة جنسية لمدة زمنية غير محدودة، غايته من وراء ذلك إلحاق الأذى بالزوجة وعقابها رغبة منه في تعليق طلاقها حتى تموت عنده فيرثها. ولما جاء الإسلام حدد للمولى أربعة أشهر فقط حيث يكون الزوج مخيرا بين الرجوع إلى معاشرة زوجته أو الافتراق عنها بعد مضي هذه المدة وذلك في قوله تعالى ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ٢٢٦ وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ٢٢٧﴾^١.

هذا وقد نص الفصل 58 من المدونة الملقاة على حكم الإيلاء بقوله: "إذا آلى الزوج أو حلف على هجر زوجته وترك المسيس جاز للزوجية أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يؤجله أربعة أشهر فإن لم يفئ بعد الأجل طلقها عليه وهذا الطلاق رجعي".

وجاءت المادة 112 من مدونة الأسرة بنفس مقتضيات حينما نصت على أنه: "إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الأجل طلقها عليه المحكمة".

الفقرة الثانية: شروط الإيلاء

طبقا للمادة 112 من المدونة المشار إليها أعلاه، وطبقا لأحكام الفقه الإسلامي، فإن الإيلاء لا يتحقق شرعا إلا بتوافر الشروط الآتية^٢:

1. أن تكون الزوجية قائمة بين المولى والمولى عليها حقيقة أو حكما.
2. أن يكون الزوج مسلما، عاقلا، قادرا على الوطء، إذ لا يقع الإيلاء من المجبوب والمخصي والعنين ولا من المجنون والمعتوه.

^١ - سورة البقرة، الآيتان 226 و227.

^٢ - راجع صلاح الدين زكي، المرجع السابق، ص 259. وفي نفس المعنى راجع، محمد الكشور المرجع السابق، ص 259، محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 138.

3. أن يحلف الزوج على تحريم زوجته على نفسه مدة تزيد عن أربعة أشهر ولو بيوم واحد عند المالكية، ويكتفي الأحناف بأن يكون مداها أربعة أشهر لا أقل.

الفقرة الثالثة: آثار الإيلاء

إذا حلف الزوج على ترك مجامعة زوجته فإن على الزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي الذي يمهل الزوج الحالف الفترة المتبقية من أربعة أشهر ليرجع عن يمينه ويجمع زوجته .

فإذا رجع الزوج المولى عن يمينه واتصل بزوجه سقطت الدعوى وتجب عليه هنا كفارة اليمين، تطبيقاً لقوله تعالى ﴿فَكَفَّرَتْهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَخْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَرَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾¹.

وإذا لم يتراجع بعد الأجل المضروب له طلقها عليه طلاقاً رجعية، ويشترط مالك لصحة الرجعة بعد هذا الطلاق مقارنة الزوج زوجته .

الفقرة الرابعة: أحكام الظهار

الظهار في اللغة مأخوذ من الظهر وهو قول الرجل لامرأته: "أنت علي كظهر أمي".

والظهار في الشرع هو أن يشبه الرجل زوجته بامرأة محرمة عليه تحريماً ألبداً أو بجزء منها لا يحل النظر إليه كالظهر والبطن والفخذ كأن يقول لها: "أنت علي كظهر أمي" أو كظهر أختي أو خالتي².

وكان الظهار في الجاهلية يحرم المرأة على زوجها على التأييد فجاء الإسلام فأبطل هذا الحكم الجائر وجعل الظهار محرماً للمرأة حتى يكفر زوجها، وقد أجمع العلماء على حرمة فلا يجوز الإقدام عليه لقول الله تعالى ﴿الَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ

¹ - سورة المائدة، الآية 91.

² - أحكام الأحكام على تحفة الأحكام للكافي ص 98، وانظر عبد الله ابن الطاهر السوسي التنائي: المرجع السابق، ص 196

أَمَّهُتُهُمْ؛ إِلَّا أَلْيَ وَلَدْتُهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوءٌ
 غَفُورٌ ﴿١﴾ وَالَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِّن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ
 يَتِمَّاسًا ذَٰلِكُمْ تُوَعِّظُونَ بِهِ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٢﴾^١

ويترتب عن الظهار الأحكام التالية:

1. يحرم على الرجل المظاهر الاستمتاع بزوجه، إذ ذهب مالك إلى حرمة الجماع وجميع
 أنواع الاستمتاع حتى يكفر، ويجوز له أن يبقى معها في بيت الزوجية إذا كانا قادرين على الامتناع
 عن الاستمتاع، وقال الشافعي إنما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط.

2. كفارة الظهار هي أحد الأمور الثلاثة حسب الترتيب والاستطاعة:

أ - تحرير رقبة

ب- صيام شهرين متتابعين لمن لا يقدر على تحرير الرقبة أو لعدم وجودها كما هو الحال في
 وقتنا الحاضر.

ج- إطعام ستين مسكيناً لمن لا يطيق الصيام.

وهذه الأحكام منصوص عليها في القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِّن
 نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتِمَّاسًا ذَٰلِكُمْ تُوَعِّظُونَ بِهِ ۚ
 وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿١﴾﴾ فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتِمَّاسًا
 فَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ فَلِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴿٢﴾﴾^٢

3 . الكفارة لا تجب إلا بالعود لقوله تعالى في الآية السابقة ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا

﴿١﴾﴾ والمقصود بالعود عند المالكية والحنفية العزم على الوطء، أما إذا ظاهر الزوجة مرة واحدة
 فلا شيء عليه^٣.

^١ - سورة المجادلة الآية 2 و3.

^٢ - سورة المجادلة الآية 3-4.

^٣ - راجع محمد الكشور، المرجع السابق، ص 179.

وجدير بالذكر بأن القضاء يشترط إثبات الهجر والإيلاء للاستجابة لطلب الزوجة كما ذهبت إلى ذلك ابتدائية الناظور في الحكم التالي: "... أوضحت الطالبة أنها لما زفت إلى زوجها المدعى عليه وجد غشاء بكارتها صلبا جدا يصعب شقه بها وكان ذلك بتاريخ مارس 2003 وأنه منذ ذلك التاريخ لم يظهر ولم يتصل بها وانقطع خبره... .وحيث تهدف المدعية من وراء طلبها إلى الحكم بتطليقها من زوجها المدعى عليه للإيلاء والهجر والضرر معا...

وحيث أن المدعية لم تعزز طلبها بما يثبت إدعاءها وحيث أنه والحالة هذه يتعين التصريح بعدم قبول الدعوى¹.

أما بالنسبة لمعدلات التطليق بسبب الإيلاء والهجر فهو أيضا كالتطليق بسبب العيب لا يمثل نسبة هامة كما تدل على ذلك الأرقام التالية²:

السنة	العدد
2005	42
2006	66
2007	42
2008	24
2009	04
2013	16
2014	16

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بالناظور عدد 762 في الملف الشخصي عدد: 03/1159 بتاريخ 2004/07/26 (غير المنشور).

² - إحصائيات وزارة العدل، مرجع سابق.

الفهرس

3	مقدمة.....
7	الباب الأول: أحكام الزواج.....
9	تمهيد:.....
13	الفصل الأول: التعريف بعقد الزواج والخطبة.....
14	المبحث الأول: ماهية عقد الزواج.....
14	المطلب الأول: الزواج لغة وشرعا.....
15	المطلب الثاني: تعريف مدونة الأسرة لعقد الزواج.....
17	المبحث الثاني: الخطبة.....
17	المطلب الأول: تعريف الخطبة.....
18	المطلب الثاني: شروط الخطبة.....
23	المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة.....
43	الفصل الثاني: أركان وشروط عقد الزواج.....
45	المبحث الأول: أركان عقد الزواج.....
45	المطلب الأول: التعريف بالإيجاب والقبول.....
48	المطلب الثاني: شروط الإيجاب والقبول.....
53	المطلب الثالث: الإيجاب والقبول المشوبين بعيب من عيوب الرضى.....
59	المبحث الثاني: شروط عقد الزواج.....
59	المطلب الأول: الأهلية في عقد الزواج.....
87	المطلب الثاني: يجب أن لا يتم الاتفاق على إسقاط الصداق (الصداق في عقد الزواج).....
117	المطلب الثالث: موافقة الولي على زواج القاصر "الولاية والوكالة في عقد الزواج".....
138	المطلب الرابع: سماع العدلين بالإيجاب والقبول (الإشهاد على عقد الزواج).....
146	المطلب الخامس: انتفاء الموانع الشرعية.....
206	المبحث الثالث: الشروط الخاصة بزواج المغاربة بالخارج.....
207	المطلب الأول: شروط إبرام عقد الزواج بالخارج.....
208	المطلب الثاني: إجراءات تنظيم وضبط وثيقة الزواج.....
210	المبحث الرابع: الشروط الاتفاقية في عقد الزواج.....
210	المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من مبدأ سلطان الإرادة ومن الشروط الاتفاقية في عقد الزواج.....
214	المطلب الثاني: توسيع مجال الإرادة في مدونة الأسرة.....
218	المطلب الثالث: الوفاء بالشروط الاتفاقية في عقد الزواج وإمكانية تعديلها.....
227	المطلب الرابع: الاتفاق حول تدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج.....
255	الباب الثاني: انحلال الرابطة الزوجية.....
258	الفصل الأول: أحكام الطلاق.....
260	المبحث الأول: تعريف الطلاق وحكمة مشروعيته.....
260	المطلب الأول: تعريف الطلاق.....
261	المطلب الثاني: الحكمة من تشريع الطلاق وحكمه في الشريعة الإسلامية.....

264	المبحث الثاني: صاحب الحق في الطلاق وإمكانية تقييده قضاء
264	المطلب الأول: صاحب الحق في الطلاق
265	المطلب الثاني: تقييد الطلاق عن طريق القضاء
268	المطلب الثالث: واقع الطلاق في مدونة الأسرة
305	المبحث الثالث: شروط إيقاع الطلاق
305	المطلب الأول: الشروط الخاصة بالزوج
308	المطلب الثاني: الشروط المتصلة بالزوجة المطلقة
309	المطلب الثالث: الشروط المتعلقة بالصيغة
313	المبحث الرابع: أقسام الطلاق
313	المطلب الأول: الطلاق السني والطلاق البدعي
315	الفصل الثاني: أسباب انتهاء الرابطة الزوجية
318	المبحث الأول: الطلاق بالاتفاق أو بالخلع
318	المطلب الأول: الطلاق بالاتفاق
327	المطلب الثاني: طلاق الخلع
335	المبحث الثاني: التطليق بطلب من أحد الزوجين بسبب الشقاق
340	المبحث الثالث: الوكالة في الطلاق وتمليكه للزوجة
340	المطلب الأول: الوكالة في الطلاق
344	المطلب الثاني: تمليك الطلاق للزوجة
348	المبحث الرابع: التطليق بطلب من الزوجة
349	المطلب الأول: إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج
351	المطلب الثاني: التطليق للضرر
357	المطلب الثالث: التطليق لعدم الإنفاق
361	المطلب الرابع: التطليق لغيبة الزوج أو سجنه أو حبسه
366	المطلب الخامس: التطليق للعيب
374	المطلب السادس: التطليق للإيلاء والهجر
379	الفهرس