مَحمد الأزهـر
دكتور في الحقوق
أستاذ التعليم العالي
كلية الحقوق - المحمدية

شـــرح
مدونة الأسرة

- الـزواج
- انحلال ميثاق الزوجية وآثاره
- الولادة ونتائجها

الطبعة السابعة

Scanned by CamScanner

مَحمـد الأزهــر

دكتور في الحقوق
أستاذ التعليم العالي
كلية الحقوق ـ المحمدية

شـــرح
مدونـة الأسرة

- الـــزواج
- انحلال ميثاق الزوجية وآثاره
- الـولادة ونتائجهـا

الطبعة السابعة : 2015

Scanned by CamScanner

تقديم الطبعة الخامسة

هاهي الطبعة الخامسة تصدر بإضافات جديدة تحليلا وتفصيلا لأهم وأحدث الإجتهادات القضائية، وشرحا لقانون التكافل العائلي الصادر بتاريخ 13 دجنبر 2010.

فإذا كان هذا الكتاب ينفذ كلما أصدرنا طبعة من الطبعات، حيث يستفيد منه الباحث ورجل القانون والمرشحين للمهن القضائية والقانونية، فما هو إلا دليل على يسره وحسن منهجه الرامي إلى شرح وتفصيل كل مادة على حدة، شرعا وقانونا وقضاء، مع إبداء رأينا بكل جرأة وموضوعية، والغوص في مضامينها للوقوف على إرادة المشرع مناقشين موافقاته ومخالفاته، حتى لا تبقى هذه النصوص جامدة من حيث التطبيق لأن السجال الفكري هو الذي يبعث فيها الروح والحيوية، من خلال الفكر القانوني المنشور على وجه الخصوص.

هذا المصنف عبارة عن جدول يصبُّ في نهر، إلى جانب ما جادت به قرائح الأساتذة، ورجال القضاء والقانون من مؤلفات ومقالات.

والله الموفق

محمـــد الأزهـر

الدار البيضاء، في 14 نوفمبر 2011

Scanned by CamScanner

تصدير الطبعة السابعة

تأتي الطبعة السابعة تحت ضغط الطلب من طرف القراء والمهوسين لتلبية الإلحاح الجامح بعد نفاذ نسخ الطبعات السابقة، هذا الالحاح يحفزنا على السير قدما في البحث والتنقيب والنقد وطرح الاشكاليات، في محاولة لاشباع الفهم العلمي عند طلبتنا وعملا على جعله مرجع عملي أساسي لر جال القضاء والقانون والباحثين.

وعلى هذا الأساس بقينا على نفس المنهج الذي استحسنه الجميع نظرا لسهولته واستهدافه شرح النصوص مباشرة.

Scanned by CamScanner

مقدمة عامة

قال سبحانه وتعالى: ﴿ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون﴾(1). كذلك قوله جلت قدرته: ﴿وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى﴾(2). ويقول سبحانه وتعالى: ﴿فاطر السموات والأرض جعل لكم من أنفسكم أزواجا، ومن الأنعام أزواجا﴾(3). ويقول كذلك: ﴿ومن كل الثمرات جعل فيها زوجين اثنين﴾(4). ويقول سبحانه وتعالى في آية أخرى: ﴿سبحان الذي خلق الأزواج كلها. مما تنبت الأرض ومن أنفسهم ومما لا يعلمون﴾(5).

وهي آيات تثبت أن جميع الكائنات تتزاوج فيما بينها، وقد وقف علماء البحث في مجال الإعجاز العلمي في القرآن الكريم على هذا الأمر لدى جميع المخلوقات(6)، ويظهر بشكل واضح في عالم الإنسان والحيوان، حيث يتم تأكيد ذلك عن طريق الاتصال المباشر، استجابة للميل الغريزي الذي خص به الله هذه المخلوقات، يقول جلت قدرته ﴿والله خلقكم من تراب ثم من نطفة ثم جعلكم أزواجا﴾(7)، ويقول تعالى: ﴿ثمانية أزواج، من الضأن اثنين، ومن المعز اثنين، .... ومن الإبل اثنين، ومن البقر اثنين﴾(8).

وعلى هذا الأساس، فإن نظام الزوجية هو سنة كونية كلية مرتبة، اتخذت مكانها في أنواع الكائنات كلها وقسمت أفراد كل نوع قسمين أو زوجين، وحلت في أحد القسمين، بسر يخالف السر الذي حلت به في القسم الآخر، ولا تعطي سنة الله ثمرتها بإيجاد النوع إلا إذا التقى السران، واجتمع الزوجان، على النحو الذي قرره الله سبحانه وتعالى لقيام مجتمع الانسان(9).

---

(1) سورة الذاريات، الآية 49.

(2) سورة النجم، الآية 44.

(3) سورة الشورى، الآية 9.

(4) سورة الرعد، الآية 3.

(5) سورة يس الآية 35.

(6) اثبتت الابحاث أنه في عالم المغناطيس مثلا، خلق الله تعالى الأقطاب الزوجية السالبة، والأقطاب الموجبة، وأودع خاصية التجاذب بينهما بحيث لا يتم الإخصاب المغناطيسي، ولا الفعل الكهربائي إلا في ظل الزوجية القائمة على هذا القانون.
وفي الذرة التي هي أساس الوحدة لبناء الكون. يوجد الإشعاع السالب، والإشعاع الموجب في داخل النواة، حيث يدور الإلكترون السالب، حول البروتون الموجب، والنيترون المتعادل بالاتحاد والزواج.
وفي عالم النبات تقوم الحشرات والنحل، والنمل، والفراش والرياح، بنقل صوب اللقاح وإحداث التزاوج بين كثير من تلك النباتات لانها عاجزة بنفسها عن حركة الاتصال، قال تعالى: ﴿وأرسلنا الرياح لواقح﴾. سورة الحجرات، الآية 22. ولا يزال الإنسان بنفسه يجري هذا الزواج بين ذكور النخيل وبين إناثها، قال تعالى: ﴿والنخل باسقات لها طلع نضيد﴾، سورة (ق)، الآية 10.
- انظـــر:
- رجب سعيد شهوان، الزواج والأسرة الانسانية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة التاسعة، العدد الرابع والعشرون، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، دجنبر 1999، ص. 159 وما بعدها.

(7) سورة فاطر، الآية 11.

(8) سورة الأنعام، الآية 143، انظر كذلك الآية 144.

(9) انظـــر:
- رجب شهيد شهوان، المرجع السابق، ص. 162.
انظر كذلك:
- محمد عبد السلام أبو النيل، حقوق المرأة في الإسلام، مطبوعات الجامعة، الكويت، 1994، ش. 13 وما بعدها.

Scanned by CamScanner

الإنسان فطر على التناسل، والتكاثر عن طريق الزواج الشرعي، قال تعالى ﴿يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها﴾(10). وقال كذلك : ﴿هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها﴾(11). فالله سبحانه وتعالى أسبغ على الذكر والأنثى ما يدفعه إلى الجنس الآخر، فكل منهما يميل للآخر بقوة الطبيعة، وهو ميل سام، بخلاف بقية المخلوقات التي أودع الله في جبلتها قوة وازعة لا تجعلها تتشخص حدود حفظ النوع، من خلال وظيفتها الجنسية. أما الإنسان، فإن ميل كل من الذكر والأنثى للآخر لا تحده حدود ولا يقيده وقت أو فصل معين من فصول السنة، فميلهما دائم وركب الله فيهما الكثير من أسباب الجذب والانجذاب، وذلك لغاية سامية مدنية متحضرة، حيث لا يقف الأمر عند حدود الوطء وقضائه، بل هناك الصلة القلبية والتعلق الروحي، وبناء الأسرة، وأودع في قلبيهما حب الأبناء والإعتناء بهما، وبتعليمهما. وهذا ما أراده الله سبحانه وتعالى للإنسان، عندما كرمه على سائر المخلوقات وأنعم عليه بنعمة العقل واكتساب المعارف والعلوم، وسخر له كثيرا من مخلوقاته.

يقول تعالى : ﴿ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا﴾(12).

وعلى هذا الأساس اقتضت مشيئة الله سبحانه وتعالى تنظيم حياة ومعاملات هذا المخلوق وإحاطته بالعناية الإلهية، عليه بمده بأحكام تضمن نوعية البقاء على الوجه الأكمل(13).

وهكذا، نظمت الشريعة الإسلامية المعاملات إلى جانب العبادات، والعقوبات، فالمعاملات تنظم علاقات الناس بعضهم ببعض من معاملات تجارية ومدنية وعقوبات ومناكحات، هذه الأخيرة التي تنظمها أحكام الزواج والطلاق وآثارهما، أي مادرج على تسميته بالأحوال الشخصية(14) في القوانين الوضعية.

وعلى اعتبار أن المغرب دولة إسلامية فقد عملت على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، حسب الفقه المالكي بالنسبة للمسلمين، وأحكام الشريعة الموسوية لليهود المغاربة، وهي أحكام استمر العمل بها، رغم أن الحماية قد وضعت قوانين عصرية لبعض مناطق المغرب، حيث تأسست في جنوب المغرب محاكم فرنسية، تعمل بالقانون المدني المأخوذ عن القانون المدني الفرنسي، وبشمال المغرب محاكم اسبانية تعمل بالقانون المدني والاسباني، وفي طنجة أسست محاكم مختلطة تعمل وفق قانون مدني اقتبس من القوانين المدنية لكل من فرنسا واسبانيا(15).

---

(10) سورة النساء، الآية 1.

(11) سورة الأعراف، الآية 189.

(12) سورة الإسراء، الآية 70.

(13) محمد عبد السلام أبو النيل، المرجع السابق، ص. 3.

(14) يقول محمد الشافعي:

«...إن عبارة الأحوال الشخصية هي ترجمة حرفية لعبارة Statut personnel المستعملة في اللغات الغربية.. وبخصوص مدلول كلمة الأحوال الشخصية في المجتمعات الإسلامية، فإن الفقهاء المسلمين لم يستعملوا مصطلح الأحوال الشخصية..»

«إن مصطلح الأحوال الشخصية دخيل على الفقه الإسلامي، وأول من استعمله في البلدان الإسلامية محمد قدري باشا (1821-1888) الذي ألف في أواخر القرن الماضي عددا من الكتب الفقهية».

. انظر :

- محمد الشافعي، أحكام الأسرة في مدونة الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، دار وليلي للطباعة والنشر، السنة 1998، ص. 8.

(15) انظـــر :

- عبود رشيد عبود «الأحوال الشخصية، قواعد ونصوص وشروح»، مكتبة الرشاد، الدار البيضاء، فاس، 1965، ص. 19.

Scanned by CamScanner

ولم توضع مدونة الأحوال الشخصية إلا سنة 1957 حين صدور ظهير 22 نونبر 1957، المنظم لأحكام الزواج والطلاق. ثم ظهير 18 دجنبر 1957 المنظم لأحكام الولادة ونتائجها، ثم ظهير 25 يناير 1958 الخاص بأحكام الوصية، وأخيرا ظهير 3 أبريل 1958 الخاص بأحكام المواريث.

ولم يطرأ أي تعديل على مدونة الأحوال الشخصية بعد وضعها إلى غاية 1993 بالظهير رقم 1.93.347 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 الموافق لعاشر شتنبر 1993 المعدل لبعض الفصول المتعلقة بما يلي:

- حق الولاية على الأبناء؛
- الطـــلاق؛
- تنظيم تعدد الزوجات؛
- التحكيم والمصالحة؛
- الحضانـة؛
- النـفـقـــة.

كما تم إحداث مجلس للعائلة بمقتضى المرسوم عدد 2-94-31 بتاريخ 23 رجب 1419 (26 دجنبر 1994).

ومنذ سنة 1993 ، لم تعرف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أي تعديل، رغم المناداة بذلك من طرف الكثير من الجمعيات النسائية، ومن هذه الجمعيات من التجأ إلى فكرة المليون توقيع، علما أن الكثير من الاقتراحات بشأن تعديل هذه المدونة مستمدة من مؤتمر مكسيكو سيتي الذي نظم سنة 1975، ومؤتمر الإسكان والتنمية بالقاهرة 1994، ومؤتمر بكين لسنة 1995، توجت هذه المطالب بخطة ادماج المرأة في التنمية في مارس 1995، وقد ثارت هذه الأخيرة نقاشا حادا بين المؤيدين والمعارضين، وأفرزت صراعا سياسيا محتدما استهلكته وسائل الإعلام بقوة، وترجم من خلال مسيرتي الرباط والدار البيضاء يوم 12 مارس 2000، فكان التحكيم لجلالة الملك محمد السادس، علما أن الملك الراحل الحسن الثاني قد صرح سنة 1991 أن تعديل المدونة مسألة دينية، ومن تم فهي ترتبط بالمجال الخاص بأمير المؤمنين.

وقد بادر جلالة الملك محمد السادس إلى تشكيل لجنة(16) لإعادة النظر في مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية في أبريل 2001 ورسم لها منهاج عملها الرامي إلى احترام أحكام الشريعة الإسلامية، وفق اجتهاد يتلاءم ومتطلبات التوجه «الحداثي»، وقد عملت هذه اللجنة أزيد من سنتين، لتتمكن من تقديم نتائج أشغالها بتاريخ 12 شتنبر 2003 ، ليعلن صاحب الجلالة بعد ذلك عن التعديلات التي خلصت إليها هذه اللجنة، في خطاب افتتاح الدورة البرلمانية يوم 10 أكتوبر 2003 والتي لخصها كالتالي :

---

(16) تكونت اللجنة الاستشارية الخاصة بمدونة الأسرة من الأشخاص الآتية أسماؤهم :

إدريس الضحاك الرئيس الأول للمجلس الأعلى، رئيس اللجنة (سابقا)، امحمد بوستة عضو مجلس رئاسة حزب الاستقلال (عين رئيسا للجنة بتاريخ 22 يناير 2003)، إبراهيم ابن الصديق رئيس المجلس العلمي الإقليمي لطنجة، مصطفى بنحمزة رئيس المجلس العلمي الإقليمي لوجدة، اشبيهنا حمداتي ماء العينين رئيس المجلس العلمي الإقليمي للقنيطرة، أحمد الخمليشي مدير دار الحديث الحسنية، محمد الازرق أستاذ بجامع القرويين، حسن العبادي أستاذ بكلية الشريعة بأكادير، محمد التاويل أستاذ بجامع القرويين، محمد بنمعزوز المزغراني أستاذ بكلية الحقوق بفاس، محمد الدردابي، رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى، محمد الاحراوي رئيس غرفة الأحوال الشخصية (سابقا)، زهور الحر مستشارة بالمجلس الأعلى، رحمة بورقية رئيسة جامعة الحسن الثاني بالمحمدية، نزهة كسوس أستاذة بكلية الطب.

Scanned by CamScanner

هذه بإيجاز الإضافات التي عرفتها المدونة فيما يخص موضوعنا أحكام الزواج وانحلاله وآثارهما.

والذي يهمنا في هذا الكتاب هو أحكام الزواج وانحلاله وآثارهما، من خلال مدونة الأسرة والفقه الإسلامي، علما أن مقتضيات هذه المدونة، أخذت بالمذاهب السنية الاربعة إضافة إلى المذهب الظاهري، وأحالت في الفقه على المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام والعدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف(18)، وكذا إلى الأعراف المستقرة في المناطق، ما لم تخالف هذه الاعراف القواعد الشرعية(19).

وعلى اعتبار أن أساس الزواج هو التناسل، فإن خليته هي الأسرة(20)، التي تسري عليها أحكام الزواج وآثاره، وبناء الاسرة يبدأ بالخطبة إلى إبرام العقد المستوفي جميع أركانه، وشروط انعقاده وصحته، ثم آثار الزواج إلى حين انحلال ميثاق الزوجية.

وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا الكتاب، موضوع ميثاق الزوجية وانحلاله وآثارهما في ضوء الفقه والقانون.

---

(18) انظر المادة 400 من المدونة.

(19) انظر مثلا المادة 58 من المدونة.

(20) عرف التطور التاريخي للإنسانية عدة أنماط من الأسر، فهناك :

1 - الأسرة البدائية، وهي مرحلة حيوانية، وقد كانت فيها العلاقة الجنسية مشاعة بين الإنسان بلا قيد، والتكاثر يجري بصورة عشوائية.

2 - ثم أسرة الأمومة، حيث تطورت الأسرة من مرحلة السذاجة وضياع الأنساب، إلى مرحلة أرقى، فبينما كان الأباء والأمهات مجهولين في الأسرة البدائية، بدأت الأم تعرف في هذه المرحلة، والأولاد ينتسبون إليها وتولدت لديها سلطة القوامة.

3 - أسرة القبيلة، تطورت أسرة الامومة بسبب ظهور المجتمع القبلي إلى أسرة القبيلة، وفيها تحولت العلاقات من الإباحية الجنسية المطلقة، إلى حصر ذلك في أبناء القبيلة مع تنظيم خاص بين الاجيال، فيها أيضا، ولهذا تسمى أسرة الاجيال ايضا، لان تصنيف المجموعات الزوجية فيها، كان يجري تبعا لوحدة الاجيال.

4 - أسرة العشيرة، حيث تم تقييد الامر وبدأ التحريم النسبي لزواج الأقارب، وبدأ الأب يعرف وتظهر سلطته.

5 - الأسرة الزوجية، وهي الأسرة المتعارف عليها، القائمة على اختصاص الزوجين والعيش في كنف بيت واحد مستقل.

- للتعمق في مفهوم الاسرة، انظر:

- مفلى خليل عمر، علم اجتماع الأسرة، دار الشروق، عمان الأردن، 1994.

- انظر كذلك :

- رجب شهيد شهوان، المرجع السابق، ص. 164.

Scanned by CamScanner

بـــاب تمهيـــدي

أحكام عامـــة

■ المادة 1 :
اسم مدونة الأسرة.

على هذا القانون اسم مدونة الأسرة، ويشار إليها بعده باسم المدونـــة.

عرفت أحكام الأسرة في القانون المغربي ثلاثة مراحل.

* **المرحلة الأولى :**

وهي مرحلة تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية أخذا بالمذهب المالكي بالنسبة للمسلمين، والشريعة اليهودية بالنسبة لليهود المغاربة، وتطبق على الاجانب قواعد بلدانهم، هذا رغم وجود تنظيم قضائي عصري بعد سنه سنة 1913 بموجب بنود الحماية.

* **المرحلة الثانية :**

وتأتي بعـد الاستقلال، تم وضع قانون لأحكام الأسرة تحت عنوان الأحوال الشخصية منذ سنة 1958، وهو قانون اعتمد على الشريعة الإسلامية وأحال على الفقه المالكي والاعراف السائدة، وقد عرف تعديلات(1) سنة 1993.

* **المرحلة الثالثة :**

وهي المرحلة الحالية التي وضعت فيها مدونة جديدة للأسرة، حاولت أن تعتمد على الفقه الحديث ومستجدات العصر، وضعت تحت عنوان : « مدونة الاسرة»، ويشار إليها باسم « المدونة».

* **لماذا مدونة الأسرة ؟**

إن تسمية الأحوال الشخصية غريبة عن الفقه الإسلامي، وهي ترجمة حرفية لعبارة Statut personnel المتداولة عند الغرب، فهي تسمية دخيلة على الإصطلاح العربي، واول من استعمل هذا الإصطلاح في العالم الإسلامي محمد قدري باشا. 1821-1888 في مؤلفاته من بينها « الأحكام الشرعية في مدونة الأحوال الشخصية»(2).

---

(1) عرف تعديل « مدونة الأحوال الشخصية» عدة محاولات :
- الاولى سنة 1961، كان الهدف منها توحيد قانون الاحوال الشخصية بالنسبة لجميع المغاربة مسلمين كانوا أم يهود.
- الثانية سنة 1965.
- الثالثة سنة 1981.
هذا، إضافة إلى بعض الاقتراحات التي قدمت إلى البرلمان، لكن كل هذه المحاولات باءت بالفشل إلى غاية 1993، حيث عرفت مدونة الاحوال الشخصية بعض التعديلات.

(2) انظـــــر :

Scanned by CamScanner

وقد نادى بعض الفقه بتغيير هذا الاصطلاح على اعتبار أنه ينبع من اللائكية[3]، إضافة إلى أن مفهوم مدونة الأحوال الشخصية روماني، الأصل[4]، ولا يستقيم ومقتضيات أحكام الأسرة في الإسلام، فالشريعة الإسلامية تنظم أحكام الاسرة بصفة عامة، بداية من ميثاق الزوجية وانحلاله، ومرورا بالنسب والنفقة والعدة والحضانة، والوصية والميراث وغيرها.

وفي ذات الموضوع جاء بدليل مدونة الاسرة[5] الصادر عن وزارة العدل ما يلي :

« لقد اختير للقانون الجديد اسم مدونة الاسرة، لإبراز الصفة المؤسساتية للاسرة، وما يترتب عن ذلك من التركيز عليها بهدف حفظ كيانها وصيانة حق كل فرد منها، وإشعاره بالواجبات الملقاة على عاتقه داخلها في إطار من التوازن بين الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهم».

من هذا المنطلق كان لابد من تغيير هذه التسمية إلى مدونة الاسرة.

وتيسيرا على الباحث والعامل في المجال القضائي، بحيث يمكن الإشارة إليها فيما بعد بالمدونة. سواء في قانون الأسرة ذاته، أو في غيره حيث يمتد هذا المصطلح إلى الاحكام القضائية ومذكرات المحامين ومرافعاتهم، وتتميز المدونة بصيغة التعريف عن بقية المدونات الاخرى التي يرتبط فيها اسم « مدونة » بصيغة النكرة مع اسم القانون المطلوب « مدونة التجارة » مثلا.

■ المادة 2 :

نطاق سريان المدونة من حيث الأشخاص

تسري أحكام هذه المدونة على :

1) جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى ؛

2) اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية طبقا لاتفاقية جنيف، المؤرخة في 28 يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين ؛

3) العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا ؛

4) العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية.

- محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، طبعة ثالثة، دار وليلي للطباعة والنشر، مراكش، 1998، ص. 7 وما بعدها.

انظر كذلك :

- معوض عبد التواب موسوعة الأحوال الشخصية، توزيع منشأة المعارف، الأسكندرية، 1986، ص. 11.

(3) د. عبد الهادي بوطالب في بعض محاضراته.

(4) عند وضع مدونة الأحوال الشخصية من طرف اللجنة التي أحدثت بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 19 غشت 1957، والتي سهرت على وضع أول تشريع للأحوال الشخصية بالمغرب. فكر هؤلاء في تسمية هذا التشريع واستقر رأيهم على مدونة الأحوال الشخصية بعد استعراض تسميات كثيرة لبعض الدول الإسلامية وهي كالتالي:

- الدولة العثمانية، قانون حقوق العائلة، الصادر سنة 1917.

- سوريا، حقوق العائلة العثماني، ثم الأحوال الشخصية الذي صدر بعد سنة 1953 .

- الأردن، قانون العائلة، الصادر سنة 1927.

- العراق، قانون الأحوال الشخصية.

- تونس، مجلة الاحوال الشخصية، الصادر في 17 غشت 1956، والتي دخلت حيز التطبيق في فاتح يناير 1957.

(5) انظر :

- منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004، دليل عملي لمدونة الأسرة، ص. 3

Scanned by CamScanner

لم تتطرق مدونة الأحوال الشخصية الملغاة إلى نطاق التطبيق، خصوصا عندما يتعلق الأمر بالمغاربة غير المسلمين، لكن أحكام ذلك نص عليها الفصل الثالث من قانون الجنسية(6)، خلاف مدونة الأسرة الذي نصت على نطاق التطبيق من حيث الأشخاص في المادة الثانية، ومقتضياتها تؤكد ما جاء في الفصل الثالث من قانون الجنسية مع بعض الإضافات، ولو أن هناك نقاشا فيما يخص إلغاء الفقرة الثانية من الفصل الثالث من قانون الجنسية، وهكذا، يمكن تحديد نطاق تطبيق المدونة من حيث الأشخاص كالآتي :

أولا ـ المغاربة ولو كانوا يحملون جنسية أخرى :

تسري أحكام المدونة على جميع المغاربة، سواء كانوا حاملين للجنسية المغربية، الأصلية أو المكتسبة، أو حاصلين على جنسية أخرى إضافة إلى الجنسية المغربية، دون تحديد الديانة، مما يطرح السؤال هل تطبق أحكام هذه المدونة على المغاربة الذي يعتنقدون ديانات أخرى؟

ويستنتج هذا من قراءة المقطع الرابع من نفس المادة الذي ينص على تطبيق هذه المدونة عن العلاقات التي تكون بين مغربيين احدهما مسلم، مما يؤكد أن نية المشرع تنصب على المغاربة المسلمين، أو أحدهما مسلم دون أن تتكلم عن العلاقة التي تربط بين مغربيين غير مسلمين، مما يؤكد ضرورة الاحتكام إلى الفقرة الثانية من الفصل الثالث من قانون الجنسية، خصوصا المقطعين الاول والثاني المتعلقين بتعدد الزوجات وبالرضاعة، أما المقطع الثالث الرامي إلى ضرورة الالتجاء إلى القضاء قصد الطلاق، فإن مدونة الأسرة تنص عليه، مما يؤكد عدم إلغاء هذه الفقرة(7)، صراحة لان القانون يلغى بقانون، وقد حدد الفصل 397 من المدونة الاحكام التي نسختها هذه الاخيرة دون الإشارة إلى الفقرة المذكورة، ولا يمكن القول بإلغاءه ضمنيا لغياب مقتضيات تنظم هذه الاحكام.

ثانيا ـ اللاجئـــــون :

تسري أحكام مدونة الأسرة كذلك على اللاجئين ولو كانوا عديمي الجنسية طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة في 28 يوليوز سنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين والتي تنص في الفصل 12 منها على انه تطبق على اللاجيء مقتضيات قانون الاحوال الشخصية للبلد الذي اتخذه موطنا له بعد مغادرته لوطنه الاصلي(8). أما عديموا الجنسية التي تحكمهم معاهدة نيويورك المؤرخة في 28 شتنبر

---

(6) ينص الفصل الثالث من قانون الجنسية على ما يلي :

« يطبق قانون الاحوال الشخصية والميراث الخاص بالمغاربة المسلمين، على جميع المواطنين باستثناء المغاربة المعتنقين الديانة اليهودية، فانهم يخضعون لقانون الاحوال الشخصية العبري، غير أن المقتضيات الآتية فيما بعد تطبق على المغاربة غير المسلمين وغير اليهود.

1 ـ يحرم عليهم تعدد الزوجات.

2 ـ لا تطبق عليهم القواعد المتعلقة بالرضاع.

3 ـ يجب أن يصرح بتطليقهم بطريقة قضائية، بعد إخفاق محاولة التوفيق بين الزوجين، وإجراء بحث حول أسباب طلب الفراق، وفي حالة الخلاف يرجع قانون الزواج أو الإب.

(7) جاء دليل وزارة العدل لمدونة الاسرة في معرض تحليله للمادة الثانية ما يلي :

« بمقتضى عبارة "جميع المغاربة" الواردة في المقطع 1 والفقرة الثانية من هذه المادة يكون المشرع قد تبنى أحكام الفقرة الأولى من المادة 3 من قانون الجنسية المؤرخ في 6 غشت 1958 والغى فقرتها الثانية المتعلق بالاستثناءات التي كانت مقررة للمغاربة غير المسلمين وغير اليهود».

(8) في هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء مما يلي :

« القانون الواجب التطبيق على إقرار بالبنوة صادر عن لاجئ، وعلى تركته هو القانون المغربي بوصفه القانون المنظم للأحوال الشخصية والميراث، لهذا اللاجيء على إقامته بالمغرب».

- قرار صادر في 16 دجنبر 1980، منشور بالمجلة المغربية للقانون، العدد 1، 1986، ص. 49.

Scanned by CamScanner

1954، يلاحظ أن المشرع المغربي جعلهم يخضعون لمقتضيات مدونة الأسرة بنص المادة الثانية من المدونة، رغم أنه لم يصادق عليها بعد.

ثالثا ـ الزواج المختلط بالنسبة للمغاربة

كما جاء بالمادة الثانية «العلاقات الزوجية التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا».

والزوج المختلط يجمع بين رجل وامرأة من جنسيتين مختلفتين سواء أبرم داخل المغرب أو خارجه، لكن الامر هنا يتعلق بالزواج المختلط الذي يكون أحد طرفيه مغربيا، كان يتزوج مغربي بمصرية أو بفرنسية مسلمة أو كتابية، أي احترام مقتضيات المقطع الرابع من المادة 36 الذي ينص على :

« ... 4 ـ زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية».

وفي جميع الاحوال يتعين الرجوع إلى مقتضيات ظهير 4 مارس 1960 الخاص بإبرام الزيجات المختلطة بين المغاربة والاجانب.

لكن، في حالة الخلاف يمكن تسجيل الملاحظة التالية فالنص جاء على إطلاقه، حيث تطبق مدونة الأسرة مهما كانت جنسية أحد الطرفين مغربيا «الرجل أو المرأة » وهنا يمكن أن نقول بان هناك إلغاء ضمني للفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من قانون الجنسية « ... في حالة الخلاف يرجع قانون الزوج أو الأب » التي دأب الكثير من الفقه على اعتبار هذه الفقرة تتعلق بالزواج المختلط(9).

■ اليهود المغاربة

يلاحظ أن المادة الثانية استثنت اليهود المغاربة من تطبيق مدونة الأسرة، حيث تسري عليهم قواعد الاحوال الشخصية العبرية المغربية(10)، وهي عبارة عن مجموعة من الاحكام التقليدية أصبح العرف جاريا بها يطبقها اليهود المغاربة عن طواعية(11)، ويأخذ هذا القانون طابعا دينيا يضم بعض التفاسير الفقهية التي انصبت على الكتب الخمسة الأولى في التوارة وإضافة إلى التعاليم الصادرة عن الأحبار المغاربة.

وهكذا، فإن زواج اليهود يتم توثيقه عن طريق العدول العبريين «الصوفريم» وهم متمكنون من هذه الاعراف والتعاليم، وفي العمق نجد بعض الإجراءات تقترب مما نظمته مدونة الاسرة مثلا:

ـ كتابة العقد مستوفيا لكافة الشروط القانونية بما فيها ذكر المهر(12) وحقوق وواجبات الزوجين.

ـ شهادة شاهدين يهوديين مشهود لهما بالاستقامة.

ـ يعتبر الصداق ركن من اركان الزواج.

---

(9) انظـــر :

ـ محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، دار وليلي للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، مراكش، ص. 23.

ـ محمد الكشبور، الوسيط في قانون الاحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999، ص. 27.

(10) تعرف الكثير من الدولة العربية نسبة تتفاوت من بلد إلى بلد من اليهود والمسيحيين وغيرهم، توضع لهم قوانين مستقلة خاصة بالأسرة كالجمهورية المصرية مثلا التي تضم نسبة لا باس بها من المسيحيين الأقباط، وتحكمهم مجموعة الاحوال الشخصية للأقباط الارتودكس الصادر في سنة 1938.

كذلك الجمهورية التونسية التي وضعت القانون المؤرخ في 12 يوليوز 1956 المتعلق بضبط الأحوال الشخصية للتونسيين غير المسلمين وغير اليهود.

(11) عبود رشيد عبود، الأحوال الشخصية، قواعد ونصوص وشروح، مكتبة الرشاد، الدار البيضاء، فاس، 1956، ص. 21.

(12) محمد الكشبور، المرجع السابق، ص. 28.

Scanned by CamScanner

يحدد العقد في سجل مرقم ومؤشر عليه من طرف القاضي المبرز بالمحكمة الابتدائية ويؤرخ بالتقويم العبري والتقويمي الهجري والميلادي(13).

■ المادة 3 :

تدخل النيابة العامة

تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة.

لا يمكن تصور دعوى، دون مدعي ومدعى عليه، سواء في شقيها الجنائي أو المدني، والمدعي في الدعوى المدنية « شخصية طبيعة كانت أو معنوية »، همه الأول في دعواه مصلحته الشخصية، إلا أن الأمر يختلف في الدعوى العمومية (الجنائية)، حيث يكون المدعي دائما المجتمع ممثلا في النيابة العامة، فهي النائب القانوني للمجتمع عن المدعي وليست المدعي نفسه، علما أن المشرع قد رخص لبعض الأشخاص تحريك الدعوى العمومية كالمدعي المدني، إلا أن صفة الإدعاء تبقى للنيابة العامة، فهي التي تستأثر بمباشرة الدعوى العمومية(14)، حيث يبقى للمدعي المدني تمثيل الإدعاء في الدعوى المدنية.

من هذا المنطلق، فإن النيابة العامة تعتبر طرفا رئيسا في الدعوى العمومية، فهي التي تقيم الدعوى العمومية وتمارسها وتراقبها(15).

أما دور النيابة العامة أمام المحاكم المدنية فلا تنتصب دائما كطرف رئيسي إلا إذا نص القانون على ذلك، فقد تكون طرفا رئيسيا عندما يتطلب الأمر حماية مراكز قانونية جديرة بذلك، حماية للمصلحة العامة أو النظام العام(16) وهي بهذا المعنى تتقمص وضعيتها في تحريك الدعوى العمومية.

والأصل في مهام النيابة العامة أمام القضاء المدني أن تكون طرفا منضما، بحيث لا تنتصب كخصم أو طرف، وإنما تتدخل لتبدي رأيها في الدعوى بهدف تطبيق القانون وتحقيق العدالة، فهي تساعد القضاء والخصوم المنضمة إليهم دون تمتعها بصفة الخصم، الأمر الذي يحول دون إعطاءها حق الطعن في الأحكام، ويعتبر حضورها للجلسات غير إلزامي، ما دامت طرفا منضما، ما لم يكن حضورها محتم قانونا(17).

---

(13) محمد الشتوي، الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج، مكتبة الحارة، الطبعة الأولى، مراكش، 2004، ص. 110.
- انظر كذلك :
- عمر النافعي، نظام الحالة المدنية بالمغرب - أشكال التعميم والضبط، ص. 26.

(14) فرج علواني هليل، النيابة العامة والتعليمات الصادرة عنها، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 1996، ص. 5.

(15) المادتان : 3 و36 من ق.م.ج.

(16) أحمد شهيد، تدخل النيابة العامة في ظل مدونة الأسرة، مجلة المحامي، عدد مزدوج 44-45، هيئة المحامين، مراكش، صفحة 167.

(17) انظر الفصلين 8 و10 من ق.م.م.

Scanned by CamScanner

وهكذا، فإن المشرع حدد الحالات التي تكون فيها النيابة العامة طرفا رئيسيا وهي كالتالي:

* التصريحات المتعلقة بالحالة المدنية(18).
* قضايا الغيبة والتمويت(19).
* قضايا الشركات الشاغرة وأهلية الدولة للإرث(20).
* في حالات التعرض على مطالب التحفيظ العقاري للمحجورين والغائبين والمفقودين وغير الحاضرين(21).
* القضايا المتعلقة بدعاوى الجنسية(22).
* قضايا حل الجمعيات(23).
* في الأحكام المحالة على رئيس المحكمة الابتدائية في محاكم الجماعات والمقاطعات(24).
* متابعة العدول وإحالتهم علي غرفة المشورة للتأديب(25).
* تحريك الدعوى ضد الاعوان القضائيين(26).
* بعض القضايا المتعلقة بالمحاماة كالطعون المقدمة ضد انتخاب مجلس الهيأة أو النقيب.

هذا، إضافة إلى مقتضيات مدونة الأسرة خصوصا الفصل الثالث لهذه المدونة الذي يعتبر النيابة العامة طرفا أصليا، في جميع القضايا الرامية إلى تطبيقها.

هذه هي الحالات التي تكون فيها النيابة العامة طرفا رئيسا وتكون طرفا منضما في جميع القضايا التي يأمر القانون بتبليغها إليها وكذا في جميع الحالات التي تتطلب فيها التدخل بعد إطلاعها على الملف، أو في حالة إحالة الملف عليها تلقائيا من طرف المحكمة(27)، وقد حدد الفصل 9 من ق.م.م. الدعاوى التي تبلغ إليها وهي كالآتي :

1 - القضايا المتعلقة بالنظام العام والدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والهيآت، والوصايا لقانون المؤسسات الخيرية وممتلكات الاحباس والأراضي الجماعية(28).

---

(18) الفصول من 217 إلى 219 ق.م.م.
(19) الفصل 263 من ق.م.م.
انظـــر كذلك :
- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2 يوليوز 1979 وقد جاء فيه :
« حضور النيابة العامة في الجلسة غير إلزامي، إلا إذا كانت طرفا رئيسيا أو وجد نص خاص يوجب ذلك.
والفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية يوجب أن تبلغ إلى النيابة العامة بعض الدعاوى في حالات معينة ولا يوجب حضور ممثلها بالجلسة».
- منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 26، أكتوبر 1980، ص. 100.
(20) الفصل 267 من ق.م.م.
(21) الفصلان 26 و29 من ظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 1913/08/16.
(22) ظهير 16 شتنبر 1958 بمثابة قانون الجنسية المغربي.
(23) ظهير 15 نوفمبر 1958 الذي تم تعديله وتتميمه.
(24) طبقا للفصل 20 من ظهير 15 يوليوز 1974.
(25) طبقا لظهير 16 ماي 1982 بشأن خطة العدالة.
(26) انظر القانون رقم 41.80 بإحداث تنظيم هيئة الأعوان القضائيين في 25 دجنبر 1980.
(27) الفصل 8 من ق.م.م.
(28) ذهب المجلس الاعلى في القرار عدد 146 الصادر في 9 مارس 1976، ملف الأحوال الشخصية، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 127، صفحة 116 إلى ما يلي :
« إذا كانت النازلة تتعلق بالنظام العام أو الدولة أو البلديات أو المؤسسات العمومية ومكاتب الدولة والهيئات، فإنه يجب تحت طائلة البطلان أن تبلغ النيابة العامة.

Scanned by CamScanner

2 - القضايا المتعلقة بالأسرة.

3 - القضايا المتعلقة بفاقدي الأهلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائبا(29) أو مؤازرا لأحد الأطراف.

4 - القضايا التي تتعلق وتهم الأشخاص المفترضة غيبتهم.

5 - القضايا التي تتعلق بعدم الاختصاص النوعي.

6 - القضايا التي تتعلق بتنازع الإختصاص، وتجريح القضاة والإحالة بسبب القرابة أو المصاهرة.

7 - مخاصمة القضاة.

8 - قضايا الزور الفرعي.

وحالات تدخل النيابة العامة كطرف رئيسي أو منضم المحددة أعلاه تخص محاكم الموضوع، أما فيما يخص المجلس الاعلى، فإن النيابة العامة يتعين عليها أن تقدم مستنتجاتها(30) ويستمع إليها في جميع القضايا(31) ويعتبر الإشارة إلى اسمها في القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى من البيانات الإلزامية(32) تحت طائلة تطبيق مقتضيات الفصل 379 من ق.م.م المتعلق بالطعن في القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى(33)، إذا صدر القرار دون مراعاة لمقتضيات الفصول 371 و372 و375، وكما سبقت الإشارة فإن الفصل 372 يشير إلى ضرورة الاستماع إلى النيابة العامة والفصل 375 يشير إلى إلزامية الإشارة إلى اسم ممثل النيابة العامة في القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى.

■ في مدونة الأسرة:

ناقشنا، فإن تدخل النيابة العامة قد يكون باعتبارها طرفا رئيسيا أو منضما، لكن مشرع مدونة الأسرة اعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام المدونة (المادة 3)، وقد حدد في كثير من المواد حالات تدخل النيابة العامة، الامر يثير إشكالا عميقا، إذا رجعنا إلى منطوق الفصل 9 من المسطرة المدنية، الذي يحتم تبليغ النيابة العامة بعض الدعاوى من بينها قضايا الاسرة، حيث تعتبر طرفا منضما، كما نص على ذلك الفصل 8 من ق.م.م. الذي جاء به :

« ... تتدخل النيابة العامة كطرف منضم في جميع القضايا التي يأمر القانون بتبليغها... ».

من هذا المنطلق، هل نعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا، أو عندما تكون خصما ؟ وهذه مسألة مستبعدة لأنه لا يمكن تصورها كذلك في جميع القضايا، أم أن الأمر يختلف حسب طبيعة القضايا، حيث تكون طرفا أصليا في البعض ومنضما في أخرى ؟

---

(29) ذهب المجلس الأعلى في إحدى قراراته إلى ما يلي :

« في الحالة التي يكون فيها احد أطراف الدعوى قاصرا يمثله نائبه القانوني، فإنه يجب أن يبلغ ملف القضية إلى النيابة العامة، ويشار في الحكم إلى إيداع مستنتجاتها أو تلاوتها بالجلسة وإلا كان الحكم باطلا ».

- قرار المجلس الاعلى بتاريخ 4 أبريل 1979، منشور بمجلة المحاماة، ع 16، غشت 1979، ص. 151.

(30) الفصل 366 من ق.م.م.

(31) الفصل 272 من ق.م.م.

(32) الفصل 375.

(33) ينص الفصل 379 من ق.م.مخ. على ما يلي :

« لا يجوز الطعن في القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى إلا في الأحوال الآتية :

أ - يجوز الطعن بإعادة النظر... إذا صدر القرار دون مراعاة لمقتضيات الفصول 371 و372 و375.

Scanned by CamScanner

ونميل إلى الطرح الثاني لأنه لا يمكن تصور ذلك في الواقع، فتدخل النيابة العامة في قضايا الأسرة يختلف حسب طبيعة القضايا كما سنرى، إلا انه ولا يمكننا تصورها خصما في كل هذه القضايا، فلو أراد المشرع اعتبارها كذلك وبشكل مطلق لما عدل الفصل 9 بمقتضى القانون رقم 03.2 عند صدور مدونة الاسرة وغيَّر في فقرته الثامنة « مدونة الأحوال الشخصية » و« مدونة الأسرة »، بحيث انصبت نيَّتَهُ على إبقاءها كطرف منضم في جميع الدعاوى التي لها علاقة بمدونة الأسرة التي تبلغ إليها، حيث تقدم مستنتجاتها بكل حياد لمساعدة القضاء، ولا يمكن تصورها طرفا أصليا لانعدام الخصومة، أي أنها لا تنتصب كمدعي أو مدعى عليه، مما يؤهلها تتبع الدعوى وحضور الجلسات والتزام الترتيب المفروض على الخصوم، وسلوك طرق الطعن، حيث تنعدم الصفة والمصلحة مادامت لم تمارس الدعوى كمدعي أو مدعى عليه، كما نص على ذلك الفصل 7 من ق.م.م. ولو أراد المشرع أن يعطي للنيابة حق الطعن باعتبارها طرفا منضما لما أغفل ذلك(34). هذا الخلط الذي وقع فيه المشرع سيشوش على القضاء من حيث تدخل النيابة العامة، مما جعل بعض الفقه يصف صياغة المادة الثالثة بعد توفيق المشرع فيها، ويقترح «أن النيابة العامة تكون طرفا في جميع القضايا » دون تحديد صفة الطرف(35). ونساند هذا الاتجاه إذا علمنا أن تطبيق الفصل التاسع من م.م. قبل تعديله الرامي إلى تبليغ النيابة العامة القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية، أثار نقاشا واسعا، ولم يستقر فيه المجلس الاعلى على رأي، حيث يمكن استنتاج ذلك من قراراته المتضاربة، فيما يخص تحديد مجال الاحوال الشخصية، وهكذا ذهب في إحدى قراراته(36) تطبيقا للفصل التاسع من قانون م.م. إلى ما يلي :

«إن المقصود من الأحوال الشخصية المنصوص عليها في الفصل المشار إليه، هو القضايا التي يكون فيها نزاع جوهري متعلق بالحالة الشخصية كادعاء الزوجية أو الأولاد من أحد الطرفين وإنكاره من الطرف الاخر.

وحيث إن النزاع في هذه النازلة مقتصر على النفقة وتوابعها، وإن الطاعن لا ينكر الزوجية مع المطلوبة في النقض ولا الأولاد المطالب بنفقتهم، مما تكون معه القضية غير متعلقة جوهريا بالاحوال الشخصية وبالتالي غير خاضعة لتطبيق الفصل التاسع من ق.م.م. ».

وربما تأثر المجلس الاعلى هنا بما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية(37)، التي أخرجت الأمور المالية الاسرية من دائرة الاحوال الشخصية.

وهذا ما حذا بالمشرع المصري إلى تحديد الأحوال الشخصية من خلال الفصل 13 من قانون نظام القضاء الصادر سنة 1949، حيث يتضمن حتى القضايا الأسرية التي لها صبغة مالية.

---

(34) العربي المجبود، مجلة الملحق القضائي، عدد 3 صفحة 13.

(35) أحمد نهيد، تدخل النيابة العامة في مدونة الأسرة، مجلة المحامي، هيأة المحامين بمراكش، عدد مزدوج 44-45، ص. 177.

(36) قرار 6 مارس 1977، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 126، ص. 134.

(37) قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 21 يونيو 1934 وقد جاء به ما يلي :

« الاحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات ككونه ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو إما بشرعيا أو كونه تام الاهلية او ناقصها لصغر إلسن أو عتة او جنون أو كونه مطلق الاهلية او مقيدها بسبب من أسبابها القانونية. أما الإمور المالية فكلها بحسب الأصل من الاحوال العينية، إذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الاحوال العينية. غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية وكلها من عقود التبرعات يقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة فالجاه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الاحوال الشخصية، الامر الذي يخرجها من إختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحتوي عنصرا دينيا، ذا اثر في تقرير حكمها، على إن أية جهة من جهات الاحوال الشخصية إذا نظرت في شيء، مما تختص به من تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الانظمة المقررة قانونا لطبيعة الاموال الموقوف والموهوبة والموصى بها ».

- انظر مجلة المحاماة المصرية، السنة 15، ص. 87.

Scanned by CamScanner

من بين القرارات الرامية إلى تحديد قضايا الأحوال الشخصية التي تبلغ للنيابة العامة نجد القرار الصادر في 24 مايو 1971 الذي حددها كالتالي:

« المقصود بقضايا الأحوال الشخصية، فيما يخص تبليغ النيابة العامة بها، عملا بالفصل 9 من ق.م.م. أن يوجد نزاع جوهري في الحالة الشخصية مثل إنكار الزوجية أو إنكار النسب، فالحكم بإيقاف النفقة ضد الزوجة الناشز تدبير مؤقت، وأن المحكمة بما لها من سلطة في التقدير اعتبرت أن الظروف التي كان قد اتخذ فيها ذلك التدابير قد زالت، وعليه فإدعاء الزوجية أو الأولاد من أحد طرفي النزاع أو إنكار من الطرف الآخر، أو حق الحضانة على المحضون تعتبر من قضايا الاحوال الشخصية عدا قضية النفقة وغيرها، والتي تخضع لمقتضيات الفصل 9 من ق.م.م. لتعلقها بالنظام العام ولذلك يجب تبليغها إلى النيابة العامة حتي تقدم فيها مستنتجاتها الكتابية أو الشفوية وإلا اعتبر الحكم باطلا(38).

هذا يؤكد الإضطراب الذي عرفه، تطبيق الفصل التاسع، فيما يخص قضايا الأحوال الشخصية وكأني بالمشرع في الفصل 3 من مدونة الأسرة أراد حسم الامر بالنسبة لتدخل النيابة العامة، حيث تكون طرفا في جميع القضايا الخاصة بمدونة الأسرة حتي ولو تعلقت بالقضايا المالية، كالنفقة والميراث وغيرها لحسم هذا النقاش والإضطراب في هذا الباب، وترك الباب مفتوحا بالنسبة لبقية قضايا الأسرة للإجتهاد فيها من خلال الفصل 9 من ق.م.م.، بعد تعديل الفقرة الثانية التي نصت على القضايا المتعلقة بالأسرة بشكل مطلق، أي كل ما تعلق بالمدونة ليحدد فيما بعد، من خلال المادة الثالثة وكذلك بقية القضايا الغير المدرجة في مدونة الاسرة، كقضايا الحالة المدنية مثلا، وجملة كل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة، حيث ينظر فيه كذلك قضاء الأسرة(39).

حددت مدونة الأسرة حالات تدخل النيابة العامة، التي تنصب فيها كمدعي أو مدعى عليه، أو كطرف منضم، أو تتكلف ببعض الإجراءات الإدارية، أو إجراء بحث أو مساعدة المحكمة في التبليغ، أو التأكد من محل عيبة الزوج إن كان مجهولا، أو الإخطار، أو تطبيق الاحكام القضائية، أو إرجاع أحد الزوجين إلى بيت الزوجية إذا قام احدهما بإخراج الآخر دون مبرر.

من هذا المنطلق يتبين أن المشرع جعل للنيابة العامة حضورا قويا في قضايا المدونة بهدف حماية الأسرة، وللمساعدة في الإسراع بالبت في القضايا، واستغلال إمكانياتها القانونية(40) في مساعدة القضاء في إخطار وتبليغ وإلقاء القبض إن استدعت الضرورة ذلك.

وهكذا، فإن المدونة قد نصّت على حالات تدخل النيابة العامة وهي كالتالي :

التدخل الإداري للنيابة العامة

(الزواج/الطلاق)

يتعلق الأمر بالزواج الذي يتم بين المغاربة طبقا للقانون المحلي لبلد إقامتهم، حيث تنص المادة 15 من مدونة الاسرة على وجوب إيداع نسخة من عقد الزواج بالمصالح القنصلية المغربية

(38) قرار المجلس الأعلى بتاريخ 24 مايو 1977، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 26 الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 1979، ص. 151.

(39) ينص الفصل الثاني في فقرته الثالثة من ظهير التنظيم القضائي المعدل بالقانون رقم 73.03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف المؤرخ في 3 فبراير 2004 الذي ينص على ما يلي :

« ... تنظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الاحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة ... ».

Scanned by CamScanner

التابع لها محل إبرام العقد، أو الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية في حالة عدم وجود هذه المصالح، وذلك داخل أجل ثلاثة (3) أشهر، حيث تقوم هذه الوزارة بإرسال نسخة من العقد إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين، لكن في حالة عدم وجود إقامة للزوجين أو لأحدهما، فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط (الفقرة الأخيرة من المادة 15).

ونفس الإجراء يتم إذا وقع الزواج بالمغرب، للزوجين اللذين ولدا خارج المغرب (المادة 68).

وللمزيد من ضبط مسطرة الطلاق نص المشرع على توجيه ملخص لوثيقة الطلاق أو الرجعة أو الحكم بالتطليق أو بفسخ عقد الزواج أو ببطلانه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، فإذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب، فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الإبتدائية بالرباط (المادة 141).

ويلاحظ أن وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط، هو الجهة التي تبعث إليها في جميع الأحوال نسخة من وثيقة الزواج، أو ملخص إنحلال ميثاق الزوجية، إذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب، وهو إجراء يتوخى ضبط حالات زواج المغاربة، من خلال إجراء مسطري توثيقي، وليس ارتباط باختصاصات النيابة العامة في قضايا الحالة المدنية كمراقبة ضباط الحالة المدنية وسجلاتها، حيث تنص الفقرة الاولى من المادة 7 من ظهير 2002/10/3(40م) على ما يلي:

«يراقب وكلاء الملك لدى المحاكم الابتدائية أعمال ضباط الحالة المدنية داخل وخارج المملكة...».

كما تخضع سجلات الحالة المدنية الممسوكة لدى مكتب الحالة المدنية داخل المملكة لإذن وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية المختصة (المادة 12) ويقوم بمراقبة السجلات عند إيداعها في المحكمة، كما يقوم بالإجراءات اللازمة لمتابعة ضباط الحالة المدنية أو غيرهم من الاعوان الذين ثبت لديه من خلال المراقبين إرتكابهم أفعالا يعاقب عليها القانون (المادة 13)، ثم المادة 15 التي تنص على ما يلي:

«يقوم وكيل لدى المحكمة الابتدائية بالرباط بالإجراءات التي تخضع لها سجلات الحالة المدنية الممسوكة من طرف المراكز الديبلوماسية والقنصليات المغربية بالخارج قبل إستعمالها، وكذا بالمراقبة التي تمارس عليها بعد إنتهاء العمل بها.

وهكذا، يتبين الإرتباط الوثيق بين أهمية النيابة العامة في الإشراف والمراقبة على سجلات الحالة المدنية توجه نسخة من عقد الزواج الذي يتم بين مغاربة ليس لهم محل ولادة بالمغرب، علما أن المادة 15 تعطي لوكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالقيام بالإجراءات التي تخضع لها سجلات الحالة المدنية الممسوكة من طرف المراكز الديبلوماسية والقنصليات المغربية بالخارج.

هذا إذا علمنا أن المادة 22 من القانون رقم 99-37 المتعلقة بتضمين البيانات الأساسية للزواج وانحلال ميثاق الزوجية يتم تحت مراقبة وكيل الملك(40م1).

فالنيابة العامة لها أهمية بالغة في قضايا الحالة المدنية، وعلى اعتبار أن زواج المغاربة بالخارج يخضع لمسطرة محددة تحتم إيداع نسخة من عقد الزواج، تتولى المصالح الديبلوماسية او القنصلية لترسل إلى محل الولادة، حيث تتم جميع الإجراءات التي يقوم بها ضابط الحالة المدنية

(40) انظر الفصول 16 و17 و18 من ق.م.ج.

(40م1) تنص الفقرة الأخيرة من المادة 22 من قانون رقم 99-87 على ما يلي:

«يسجل ضابط الحالة المدنية بيان الزواج أو إنحلاله المدرج بطرة رسم ولادة الزوجية على وكيل الملك ليضمنه في نظير السجل المحفوظ بالمحكمة، كما يحيل عليه لنفس الغاية الإعلام بوفاة أحد الزوجين.

Scanned by CamScanner

تحت مراقبة وكيل الملك، وإذا لم يكن لأحدهما أو لكلاهما محل ولادة بالمغرب، فإن نسخة العقد توجه إلى قسم قضاء الاسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

تدخل النيابة العامة لمساعدة القضاء

التعدد - الطلاق

تنص الفقرة الثانية من المادة 43 على ما يلي:

«...كما يمكن البت في الطلب في غيبة الزوجة المراد التزوج عليها إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه...».

المشرع حاول تنظيم التعدد وتحصينه بضرورة حضور الزوجة المراد التزوج عليها، وحتى إذا امتنعت أو لم تتوصل، فلا يمكن البت في طلب التعدد، إلا بعد استنفاد جميع السبل الرامية إلى حضورها. وإذا تعذر استدعاؤها بعدم الحصول على موطن أو محل إقامة، يمكن استدعاؤها فيه بعد إفادة من النيابة العامة، التي تكون قد استنفذت جميع الوسائل والإمكانيات التي تتوفر عليها والرامية إلى ضرورة حضورها، حينذاك يمكن البت في طلب التعدد، فالقاضي لا يمكنه أن يبت في هذا طلب، إلا بحضور الزوجة المراد الزواج عليها أو إنذارها عن طريق كتابة الضبط، وإذا لم يتيسر ذلك وتعذر الحصول على عنوان لها بإفادة من النيابة العامة ما لم يكن الزوج قد قدم العنوان أو الاسم غير صحيحين بسوء نية، تحت طائلة تطبيق مقتضيات الفصل 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة المتضررة، حيث تتدخل النيابة العامة كطرف رئيسي ولا يمكن لها في هذه الحالة أن تتدخل من تلقاء نفسها، رغم أن الأمر يتعلق بجنحة، بل المشرع قيّد يدها إذ اشترط ضرورة تقديم طلب من طرف الزوجة المتضررة.

الإشهاد على الطلاق

أما بالنسبة للإشهاد على الطلاق، فإن المادة 81 تنص على أن الزوجة إذا توصلت شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة أنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الملف.

وإذا تبين أن عنوان الزوجة مجهول استعانت المحكمة بالنيابة العام للوصول إلى الحقيقة، وإذا ثبت تحايل الزوج طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة.

الملاحظ أن النيابة العامة تنهج نفس الإجراء بحيث تعطي إفادة بعدم الحصول على موطن أو مكان إقامة في حالة تعذر الإستدعاء عند طلب تعدد الزوجات، بينما في حالة الإشهاد على الطلاق، تستعين المحكمة بالنيابة العامة إلى الوصول إلى الحقيقة إذا تبين أن عنوانها مجهول.

التطليق لعدم الإنفاق

لا يمكن للمحكمة أن تصدر حكما بالتطليق لعدم الإنفاق، إلا بعد سلوك مسطرة حددتها المادة 102، حيث تطبق كذلك على الزوج الغائب في مكان معلوم ولا ينفق، أما إذا كان محله مجهولا، فإن

Scanned by CamScanner

طلب إلى المحكمة في الموضوع بإصدار قرار بإثبات كونه باقيا على قيد الحياة، خصوصا إذا لم يتقدم أي شخص بطلب في الموضوع، وذلك حماية لمصالح المفقود.

* **المادة 76 : ثبوت التاريخ الحقيقي لوفاة المفقود**

بصدور الحكم بوفاة شخص مفقود، تكون المحكمة قد حدد تاريخا افتراضيا بالموت الحكمي، لكن قد يثبت التاريخ الحقيقي للوفاة، في هذه الحالة، فإنه يتعين على النيابة العامة وكل من يعنيه الأمر طلب إصدار حكم بإثبات هذا التاريخ. وبطلان الآثار المترتبة عن التاريخ غير الصحيح للوفاة ما عدا زواج المرأة.

* **المادة 121 : التدابير المؤقتة**

قد تتعذر المساكنة بين الزوجين في حالة عرض النزاع على المحكمة، حيث تتخذ المحكمة التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة للزوجة والاطفال بناء علي طلب الزوجة، التي ترى صعوبة بقائها إلى جانب الزوج في مسكن واحد، خوفا من الاضرار بها مثلا، وهكذا فإن هذه التدابير الوقتية التي تتخذها المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الزوجة وذلك في انتظار صدور الحكم في الموضوع تنفذ فورا على الأصل عن طريق النيابة العامة، فإذا تم اختيار السكن مع اقارب الزوج او الزوجة مثلا، فإن النيابة العامة تتدخل فورا لتنفيذ ذلك، فرغبة المشرع الرامية إلى السرعة في التنفيذ جعلته يخص النيابة العامة بذلك، نظرا لما لها من مؤهلات كتسخير القوة العمومية مثلا.

اختيار الحاضن (المادة 165)

المشرع في المادة 165 أعطى للنيابة صلاحية التدخل لإختيار من يستحق الحضانة، إذا تبين أن مستحقيها لم يقبلوها، أو لم تتوفر فيهم الشروط، حيث يرفع من يعنيه الامر او النيابة العامة الامر للمحكمة لتختار من تراه للحضانة من اقارب المحضون، أو المؤسسات الخاصة بالحضانة، لان الاساس هو اعتبار مصلحة الطفل في إسناد الحضانة وتشمل هذه المصلحة، في من يعمل على تربية الطفل تربية سليمة وأن يعتني بصحته البدنية والنفسية، آخذا بملاءمة التشريع الوطني مع نصوص اتفاقية الامم المتحدة لحقوق الطفل.

تدخل النيابة العامة للحفاظ على حقوق المحضون (المادة 177)

الأصل أن المحضون يجب المحافظة عليه وعلى حقوقه المنصوص عليها في (المادة 54) والنيابة العامة هي الساهر على تنفيذ هذه الحقوق تبعا للمادة 54، وإذا ما تبيّن لها أن الطفل يتعرض إلى مخاطر، فهي ملزمة بالتدخل من تلقاء نفسها لحماية حقوق المحضون باعتباره طفل، وزيادة في الحرص أوكل المشرع لاب أو أم المحضون والاقارب وغيرهم إخطار النيابة العامة، بكل الاضرار التي يتعرض لها المحضون لتقوم بواجب الحفاظ على حقوقه، بما فيها المطالبة بإسقاط الحضانة.

وارى ان النيابة العامة يجب عليها أن تتحرى في الامر جيدا وان تستعين بالمساعدين الاجتماعيين، لأن الصراعات بين الاباء في حالة الافتراق قد تشتد وقد تأخذ معابر الافتراءات والكذب نصيبها بهدف إسقاط الحضانة عن الام الحاضنة مثلا، كما أن حماية الطفل وحراسته واجبة فإلى جانب الأضرار البدنية أو عدم الإهتمام بالتغذية والصحة، فإن هناك من يزج بالاطفال في بعض الحرف الخطيرة أو التصرفات

Scanned by CamScanner

غير الأخلاقية، بل إن حرمانه من تعليم يعتبر ضررا جسيما، ودور النيابة العامة يجب أن ينشط على المستوى العملي، نظرا للتدخل السريع، وانتشال المحضون من هذه الاخطار.

منع السفر بالمحضون

* المادة 179 : منع السفر بالمحضون إلى خارج المغرب

سفر المحضون خارج المغرب يثير الكثير من المشاكل الاجتماعية أو النفسية التي قد تلحق الأم في حالة سفر الاب بالمحضون دون عودته، والشيء نفسه بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج، فكم من رجل ترك زوجته وهاجر بأبنائه دون عودتهم، الامر الذي جعل المشرع يوكل للنيابة العامة أن تقدم طلبا مستقلا أو أن تضمن قرار إسناد الحضانة، او في قرار لاحق مستقل منع السفر بالمحضونإلى خارج المغرب دون موافقة نائبه الشرعي.

فالمسألة أصبحت تثار بحدة، خصوصا بعد تنامي ظاهرة الهجرة، واستقرار أحد الوالدين خارج المغرب، وكذا الزواج المختلط، وحتى لا ينفصل الطفل عن جذوره وحفاظا على هويته، خصوصا الدينية منها في حالة الزواج المختلط، فإن النيابة العامة أعطاها المشرع منع سفر المحضو دون موافقة نائبه الشرعي بناء على طلب للمحكمة سواء في قرار إسناد الحضانة أو قرار لاحق عنه، حيث تتولى تبليغ الجهات المختصة مقرر المنع، قصد اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ ذلك.

الحفاظ على ممتلكات الدولة

* المادة 374 : الحفاظ على ممتلكات الدولة

هناك من ممتلكات الدولة، المنقولة منها والعقارية الموجودة رهن إشارة بعض الأشخاص كالمساكن الحكومية، أو السيارات، أو غيرها من الاليات، إما بمناسبة الوظيفة، أو في إطار عقد مقاولة وغيره، وقد يموت الحائز على هذه الممتلكات وحفاظا عليها من التلف، أو الضياع، أو انتقالها إلى الاغيار، فإن لقاضي المستعجلات بناء علي طلب النيابة العامة، او من يمثل الدولة أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل الحفاظ على تلك الممتلكات.

* المادتان 245 و251 : تعيين مقدم وتقدير نفقة المحجور

قد لا يكون للمحجور أم وصي ، فتعمل المحكمة على تعيين مقدم عليه، بعد أن تحيل الملف على النيابة العامة لإبداء رايها، وهذا له ارتباط بالمادتين 246 و247 من المدونة اللذان يحددان الشروط الواجب توفرها في الوصي او المقدم، لانهما بصدد تسيير وتدبير شؤون المحجور عليه، والنيابة العاملة ملزمة بإبداء رايها في الامر، وتبقى المحكمة السلطة التقديرية في ذلك.

كما تشارك النيابة العامة في تقدير نفقة المحجور إلى جانب كل من النائب الشرعي ومجلس العائلة، أو عضو أو أكثر من الأقارب عند الإنتهاء من الإحصاء (المادة 251)، الذي تكون قد اخبرت به النيابة العامة، بعد الإنتهاء منه (المادة 252).

وفي حالة وجود ورثة قاصرين للمتوفي أو وفاة الهالك أو المقدم، فإن النيابة العامة يتعين عليها إبلاغ القاضي المكلف بشؤون القاصرين بواقعة الوفاة إلى جانب السلطات الإدارية المحلية والاقارب الذين كان يعيش معهم خلال فترة لا تتعدى ثمانية أيام من تاريخ الوفاة، وتمتد إلى شهر في حالة فقدان القريب أو الوصي أو المقدم للأهلية (المادة 266).

Scanned by CamScanner

القضايا المتعلقة بالأهلية والنيابة الشرعية

* المادة 221 : الحكم بالتحجير أو برفعه

للنيابة العامة أن تتقدم بطلب التحجير عندما تجتمع عناصره، كنقصان الأهلية أو فقدانها، أو برفعه إذا انتفت، أو زالت هذه العناصر، حماية لمصالح المحجور عليه والاغيار.

المادة 226 : حالة سوء تدبير المأذون له

قد يأذن القاضي للصغير المميز أن يتسلم جزءا من أمواله لإدارتها بقصد الإختبار، وقد يتبين عدم حسنه للتدبير، وخوفا من ضياع أمواله وحفاظا على مصلحته، فإن للنيابة العامة أن تتدخل بتقديم طلب بإلغاء القرار بالإذن، ونفس الإمكانية أعطيت للوصي أو المقدم اللذان قد يحجمان عن تقديم طلب إلغاء الإذن إما عن حسن نية أو سوءها، حيث أعطى للنيابة العامة صلاحية تقديم هذا الطلب، شخصيا لمصالح الصغير، وهو أمر مشترك مع المحكمة التي يمكنها أن تلغي الإذن تلقائيا.

* المادة 270 : عزل الوصي أو المقدم

قد يهمل الوصي أو المقدم تدبير أموال المحجور، أو يخلان بمهامهما، أو إذا لم يتبين الإستجابة لطلب القاضي المكلف بشؤون القاصرين بتقديم ايضاحات او الحسابات حول اموال المحجور، او في حالة عجزه عن القيام بعمله او منعه مانع، فإن المحكمة قد تعزله تلقائيا بعد الاستماع إليه او بطلب من النيابة العامة، او ممن يعنيه الامر. فالنيابة العامة تتدخل بتقديم الطلب حماية لمصالح المحجور، حتى إذا لم تأخذ المحكمة المبادرة بالإعفاء، او بالعزل التلقائي، او لم يتدخل من يعنيه الامر، لانها قد ترى بعض الاخطار تهدد مصلحة القاصر، خصوصا إذا تبين او الوصي، والمقدم:

- حكم عليه في جريمة سرقة، او إساءة إئتمان، او تزوير، او في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق.
- أو تم الحكم عليه بالإفلاس، أو التصفية القضائية.
- او بينه وبين المحجور نزاع قضائي، او خلاف عائلي يخشى منه مصلحة المحجور(41).

كما تعمل النيابة العامة على تبليغ قرار المنع إلى جميع الجهات المختصة لتنفيذ ذلك حماية للمحضون وللاسرة وتاكيدا لمبدإ المساواة بين الزوجين الذي اعتمدته المدونة، وحفاظا على هوية المحضون وقيمه.

الحضـانـــة

* المادة 165 : عدم توفر شروط الحضانة أو رفضها

المادة 171 من مدونة الأسرة حددت مستحقي الحضانة، حسب الترتيب الوارد بهذه المادة، لكن هؤلاء قد يرفضوا، او ان من بينهم من لا يستحق الحضانة، حماية للمحضون ماديا ومعنويا من الإنفاق والتربية، او انتفت فيه شروط الحاضن، فإن النيابة العامة، او من يعنيه الامر يرفع الامر إلى المحكمة لتقرر من تراه صالحا من اقارب المحضون، او غيرهم، أو إحدى المؤسسات المؤهلة لذلك.

(41) انظر المادة 247 من مدونة الأسرة.

Scanned by CamScanner

الكتاب الأول
القسم الأول
الخطبة والزواج

■ المادة 4 :
تعريف الزواج

✓ الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان و العفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة.

1ـ معنى الزواج :

لا يمكن فصل تعريف عقد الزواج عن الزواج بصفة عامة، فالزواج يعني بناء العقد بكامل أركانه وشروطه.

أ ـ في اللغة :

الزواج لغة الاقتران، قال تعالى : ﴿أحشروا الذين ظلموا وأزواجهم وما كانوا يعبدون﴾(43)، أي أحشروهم وقرناءهم من أهل السوء.

ويطلق لفظ التزويج على النكاح، كما يطلق النكاح في اللغة على العقد، ويأتي بمعنى الوطء(44) والضم، يقال تناكحت الأشجار، إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض(45).

لكن هل يعنى بالنكاح العقد أم الوطء؟ اختلف العلماء، هل النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء(46)؟ أو أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد؟ أم أنه حقيقة في كليهما؟ وقد ذهب غالبية الفقهاء إلى اعتبار النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء.

ب ـ في الاصطلاح :

هو عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا قبل صاحبه وواجبات عليه، فهو من عقود التمليك، والمالك فيه وارد قصدا على كل واحد من الزوجين بالآخر(47).

---

(43) الصافات، الآية 22.
(44) المعجم الوسيط 2/960 مجمع اللغة العربية، إخراج مجموعة من العلماء، مصر 1960.
(45) عبد الرحمان الجزيري كتاب الفقه (ج 4)، دار الكتب العلمية، بيروت 1986، صفحة 1.
(46) الشافعية والحنابلة، انظر فتح الوهاب (302) شرح نهج الطلاب للشيخ يحيى زكرياء الأنصاري 945هـ، دار المعرفة بيروت.
(47) عبد الوهاب خلاف «أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية» دار القلم، الكويت 1990، صفحة 15.

Scanned by CamScanner

ويجمع الكثير من الفقهاء، على أن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع، لكن لا نعتقد أن الغرض من الزواج يقف عند هذه الحدود، بل إن الهدف الأسمى من الزواج هو التناسل وحفظ النوع الانساني(48)، وأن يجد كل من المتعاقدين «الزوج والزوجة» في صاحبه الانس الروحي، وأن يتآلفا ويتعاونا على بناء اسرتهما على ما يرضي الله سبحانه وتعالى، بأن يتحمل كل منهما ما عليه من واجبات اتجاه الآخر واتجاه الأسرة والمجتمع ولذلك قال تعالي: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها، وجعل بينكم مودة ورحمة﴾(49).

وعلى هذا الاساس يعرفه الإمام أبو زهرة كالتالي(50): «إنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، وتعاونهما، ويتحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات»(51).

2 ـ التعريف القانوني :

من بين التشريعات التي تصدت إلى تعريف الزواج، نجد التشريع المغربي في المادة الرابعة حدده كالتالي: «الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة، على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف، مع إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لاحكام مدونة الاسرة».

يلاحظ أن المشرع المغربي استعمل مصطلح ميثاق عوض عقد، الامر الذي يؤكد أهميته هذا العقد، حيث لا يقف عند حدود العلاقة التعاقدية، بل يتعداها إلى مالا تستطيع مقتضيات العقد تنظيمه كالتجاوب الروحي، والتعلق بالأسرة وحمايتها وصيانتها وقد جاء في القرآن الكريم: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا، أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا، وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا﴾(52).

وهكذا، فإن ميثاق الزواج :

* عقد رضائي فوري :

عبر عنه المشرع «بميثاق تراض» حيث ينبني أساسا على تقابل إرادتي الرجل والمرأة، عن طريق اقتران الإيجاب بالقبول، ويكون هذا التعبير بمحض إرادة الطرفين وهو من العقود الفورية حيث تسري آثاره على الطرفين بمجرد إبرامه.

وهو ميثاق تراضي، فلابد من توافق الإرادتين ليقوم الزواج، وهي مسألة حتمية، لأن الزواج عقد، بل إن المشرع عبر عليه بميثاق، فيكفي إقتران الإيجاب بالقبول ليحصل التراضي في العقد، علما أن تكوين عقد الزواج وانعقاده يتم بتحقق أركانه، وشروط انعقاده وهي شروط نجد مرجعها في تحقق التراضي بين الطرفين(53).

---

(48) الإمام محمد أبو زهرة «الأحوال الشخصية»، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة 1957، صفحة 17.

(49) سورة الروم الآية 20.

(50) الإمام محمد ابو زهرة، المرجع السابق، ص 17.

(51) زكي الدين شعبان، يعرف الزواج كالتالي :

«الزواج هو ارتباط يتم بعقد يبرم بين الزوجين أو من يمثلهما، يباح بمقتضاه لكل من الرجل والمرأة، الاستمتاع بالآخر على الوجه المشروع، وهو ما تقضي به الفطرة السليمة، وتترتب عليه حقوق وواجبات لكل من طرفيه، وتنشأ عنه تبعات لما يكون بين الزوجين من نسل وما يتصل بهما بقرابة أو مصاهرة».

انظـــر :

- زكي الدين شعبان، «الزواج والطلاق في الإسلام».

(52) سورة النساء، الآيتان : 20 و21.

(53) عبد الوهاب خلاف، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، ص. 2، الكويت، 1990، ص. 26.

Scanned by CamScanner

يقول تعالى :

﴿إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾(54).

ويقول عز وجل كذلك :

﴿ ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ﴾(55).

ويقول تعالى في سورة البقرة :

﴿فإن أراد فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما ﴾(56).

فالزواج لحمته وسداه التراضي في ممارسة حقوقهما وواجباتهما(57)، وتدبير شؤون أسرتهما، ولا أدل على ذلك الآيات السابقة التي تؤكد على التراضي في الزواج بدل الفصل، وكذا ما تعلق بالاتفاق على الصداق، والتشاور فيما يخص الفطام من الرضاعة .

* أطراف العقد (بين رجل وإمرأة) :

تحرزا من الخنثى المشكل الذي لا يَنكح ولا يُنكح، وبعيدا عن أي تبرير أو شرح يفيد غير ذلك، خصوصا لما أصبحت تعرفه بعض المجتمعات بإباحة الزواج بين رجل ورجل أو إمرأة بإمرأة بدعوى الحرية الجنسية.

* زمنه (على وجه الدوام) :

وقد تغيرت هذه الصيغة التي «كانت على وجه البقاء» والهدف من ذلك منع كل تأقيت لعقد الزواج، أو انتشار بعض الأنكحة التي أبطلها الإسلام، كزواج المتعة أو الزواج المؤقت.

وعلى هذا الاساس فإن النية تكون منصبة على ديمومة الزواج، ما لم ينحل هذا الميثاق بالوفاة أو الافتراق.

والاصل ان الزواج يصون الأفراد ويبعدهم عن الفحشاء، الأمر الذي يحتم على الطرفين «الرجل والمرأة» صيانة نفسيهما من المنزلقات، حفاظا على أسرتهما وصحتهما وبناء أسرة سليمة مستقرة برعايتهما معا كل حسب طاقاته وبما وهبه الله من عاطفة وعقل، وكذا تنفيذا لمقتضيات المدونة خصوصا الفصول من 1 إلى 5.

كما أن المشرع جعل المسؤولية مشتركة بين الزوجين في رعاية الأسرة، خلاف مدونة الأحوال الشخصية التي كانت تقتصر على رعاية الزوج للأسرة.

ومبدأ المساواة هذا الذي اعتمده المشرع من خلال هذا التعريف سيكون له أثر على جميع مراحل بناء المدونة، مثال ذلك الزواج الذي حددته المدونة في 18 سنة للزوجين (المادة 4). كذلك في التراضي على إبرام عقد مستقل لتدبير الأموال المشتركة (المادة 49)، وكذا بالنسبة لوضع شروط في العقد (المادة 48)، هذا إضافة إلى الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما، وكذا إجراءات إنهاء رابطة الزواج.

(54) سورة البقرة، الآية رقم 232.
(55) سورة النساء، الآية، رقم 24.
(56) سورة البقرة، الآية 233.
(57) عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، طبع ونشر مطبعة فضالة، المحمدية، سنة 1999، ص. 66.

Scanned by CamScanner

■ حكمة ومشروعية الزواج

لا يمكن تصور استمرار للإنسان دون تناسل، فالطبيعة ألزمت التكاثر والتناسل بين سائر الكائنات بما في ذلك الانسان، هذا الأخير الذي كرمه الله على سائر المخلوقات، بأن أخضعه إلى أحكام خاصة تؤمن حياته وتوجه تصرفاته. بما في ذلك الزواج.

فالزواج ثابت بكتاب الله وسنن نبيه فالله سبحانه وتعالى يقول: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾(58).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ : «إن المرأة تقبل في صورة شيطان، وتدبر في صورة شيطان، فإذا رأى أحدكم من امرأة ما يعجبه فليأت أهله فإن ذلك يرد ما في نفسه»(59).

وهكذا، فإن الفقهاء وضعوا للزواج أوصافا وأحكاما فرضا أو واجبا، أو مندوبا، أو مكروها، أو حراما.

1 ـ الفرض والواجب :

الشخص ملزم بالزواج وهو واجب عليه، متى كان قادرا على تحمل أعبائه المادية والمعنوية من صداق ونفقة(60)، وغيرها من الاعباء المالية، مع خوفه من سقوطه في فاحشة الزنا إذا لم يتزوج، فإن تاقت نفسه إليه وعجز عن الانفاق على الزوجة فإنه يسعه قوله تعالى: ﴿وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله﴾(61) وليكثر من الصيام لقوله : «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء».

2 ـ المباح :

إذا كان الشخص لا يخاف على نفسه الزنا، ويكون أولى من التخلي للعبادة فإن الرهبانية ليست في الاسلام في شيء، روى الطبراني عن سعد بن أبي وقاص أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله أبدلنا بالرهبانية الحنفية السمحة» لانها مخالفة لطبيعة الانسان، وما كان الله ليشرع إلا ما يتفق مع طبيعته(62).

3 ـ المكروه :

وهو ما طلب الشارع تركه دون الزام به، فمتى خاف الرجل ظلم زوجته أو إلحاق الضرر بها فإنه يكون مكروها.

---

(58) سورة الروم، الآية 20 .

(59) انظر :

ـ السيد سابق، المرجع السابق صفحة 108.

(60) محمد الكشبور، «الوسيط في قانون الأحوال الشخصية» دار النجاح الطبعة الرابعة، الدار البيضاء 1999، ص 88.

(61) سورة النور، الآية 33 .

(62) انظر :

ـ السيد سابق، المرجع السابق صفحة 11.

Scanned by CamScanner

4 ـ الحـــرام :

وهو ما نهى الشارع عن فعله البتة(63) ويكون الزواج حرامه إذا كان الرجل يعلم أنه سيلحق اضرارا بزوجته، أو لا يستطيع الإنفاق عليها.

قال القرطبي: « فمتى علم الزوج أنه يعجز عن نفقة زوجته أو صداقها أو أي شيء من حقوقها الواجبة عليه، فلا يحل له أن يتزوجها حتى يبين لها أو يعلم في نفسه القدرة على أداء حقوقها»(64).

الباب الأول
الخطبـــة

■ المادة 5 :
تعريف الخطبة

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 .

■ المادة 6 :
الطبيعة القانونية للخطبة :

يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ولكل من الطرفين حق العدول عنها .

* الخطبـة :

الأصل أن جميع العقود تبرم بمجرد إقتران الإيجاب بالقبول، حتى لو ولم تسبقه مقدمات أو مفاوضات سابقة للتعاقد، والامر نفسه بالنسبة لعقد الزواج، والخطبة ليست ركنا ولا شرطا من شروط الزواج، حيث يمكن إبرام العقد دونها.

والصورة الشائعة، أن يتقدم رجل إلى إمرأة غير محرمة عليه طالبا الزواج بها، وهي تعطي للخاطبين الفرصة والوقت للتروي قبل الإقدام على الزواج، بعيدا عن التسرع الذي يولده الإعجاب

(63) انظـــر:
- زكي صلاح الدين، المرجع السابق، صفحة 20.
(64) انظـــر :
- السيد سابق، المرجع السابق صفحة 111.

Scanned by CamScanner

بفعل الحالة الاقتصادية للطرف الآخر أو جاذبيته أو طمعا في مصلحة معينة، أو الإبتعاد عن مشاحنات الأسرة وغيرها وقد تتبخر كل الاحلام فيصطدم أحد الطرفين بواقع مرير، أو احتمال مدمر.

وتاسيسا على ذلك نقول إن فترة الخطبة مهمة للخطيبين، للتفاهم أكثر، والإتفاق على جوانب كثيرة، كما تهيئهما نفسانيا للانفصال على العائلة في أفق الإستقلال بحياتهما.

والخطبة في هي القنطرة المؤدية لإبرام عقد النكاح، وحكمها الإباحة عند أكثر العلماء، والمعتمد عند الشافعية أن الخطبة لفعله ﷺ، حيث خطب عائشة بنت أبي بكر، وخطب حفصة بنت عمر ولعل هذا القول هو الراجح، لما فيه من الاستئناس بالنبي ﷺ، ولانه يعطي الخاطبين الفرصة والوقت للتروي والتثبت فيما هو مقدم عليه من الإرتباط برباط الزواج مع الطرف الآخر، فيفسخ الخطبة والغاؤها إذا رأى أحد الطرفين العدول عن الزواج أسهل وأخف ضررا من الطلاق أما النساء اللائي لا يجوز للرجل خطبتهن فهن: النساء اللائي يحرم على الرجل التزوج بهن مؤبدا أو مؤقتا؛ وذلك لان الخطبة وسيلة للزواج، والزواج بهؤلاء النساء محرم على الرجل، إليه كما هي الخطبة محرمة كذلك(65).

1 ـ الخطبة في اللغة والإصطلاح

الخِطْبَة بكسر الخاء وسكون الطاء : الذي يخطب المرأة وهو أيضا المرأة المخطوبة، والعرب تقول فلانَ خطب فلانة، إذا كان يخطبها ويقول الخاطب خطب ! فيقول المخطوب إليهم نكح، وهي كلمة كانت العرب تتزوج بها(66).

والخطبة هي طلب الرجل المرأة للزواج، يقال للراغب « خاطب » وللمرغوب فيها "مخطوبة"(67). وعادة ما يرسل الرجل من يخطب له، فإذا وقع الاتفاق المبدئي على الزواج تكون بصدد خطبة، ويتبادل الخطيبان الهدايا، وقد تقام حفلة بالمناسبة، ويتم الإتفاق على مبلغ المهر وكتابة العقد وليلة الزفاف إن إتفقا عليها(68)، وهذا ما جرت عليه العادة، الا أنه لا مانع يمنع من إن تخطب المرأة الرجل بدليل قوله تعالى : ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن اراد النبي ان يستنكحها﴾(69)، كما ان خديجة بنت خويلد رغبت فيه زوجا لها فعبرت عن ذلك قائلة:

ـ يا إبن عم ! إني رغبت فيك، لقرابتك وسلطتك في قومك وأمانتك وحسن خلقك وصدق حديثك(70).

---

(65) محمد سليمان النور، م. الخليج.

(66) انظر لسان العرب، كلمة (خطب).

(67) يكاد يجمع الفقهاء على نفس التعريف وإن اختلفت صيغته وهكذا فإن القرطبي في تفسيره، مثلا يعرفه كالآتي :

« ...الخطبة هي فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول... ».

ـ انظر : الجامع لاحكام القرآن للقرطبي، ج. الثالث، ص. 189، بيروت، 1985.

(68) محمد بن معجوز المزغراني، احكام الاسرة في الشريعة الإسلامية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 1977، ص. 20.

(69) سورة الاحزاب، الاية 50.

(70) عمل النبي ﷺ في التجارة قبل البعثة وعرف عنه الصدق والأمانة، وقد أدى ذلك لمعرفته بالسيدة خديجة بنت خويلد وهي سيدة شريفة ولاسرة عريقة في التجارة وبعثته إلى تجارة لها في الشام، فربحت كثيرا وضاعفت له الاجر، ثم عبرت عن رغبتها في الزواج منه بواسطة صديقتها (نفيسة بنت منيّة)، وكانت ارملة في الاربعين من عمرها وهو في الخامسة والعشرين... ثم خطبها ودفع صداقه عمه ابو طالب، وشهدها حمزة بن عبد المطلب الذي قال في حقه، وكان ذلك قبل نزول الوحي : « الحمد لله الذي جعلنا من ذرية إبراهيم وزرع إسماعيل وجعل لنا بيتا محجوجا وبلدا حراما، وجعلنا الحكام على الناس، ثم إن محمدا بن عبد الله ابن اخي من لا يوازن به فتى من قريش إلا رجح عليه برا وفضلا، وكرما وعقلا ومجدا ونبلا، وإن كان المال قل، فإنما المال ظل زائل وعارية مسترجعة، وله في خديجة بنت خويلد رغبة، ولها فيه مثل ذلك. وما احببتم من الصداق فعليّ ».

انظـــر :

ـ ابن إسحاق (أبو بكر محمد)، السيرة النبوية.

انظر كذلك :

حسن إبراهيم حسن، تاريخ الإسلام، دار الجيل، بيروت، 1996، ص. 66.

كذلك :

ـ محمد سعيد رمضان البوطي، فقه السنة النبوية، موجز لتاريخ الخلافة الرشيدة، دار السلام، دمشق، 1994، ص. 52.

Scanned by CamScanner

2 ـ من تباح خطبتها(71):

الأصل أن من يحرم على الرجل الزواج منها، لا تجوز خطبتها، وهكذا فلكي تباح خطبتها يجب أن تكون خالية من الموانع الشرعية، التي تحرم الزواج بها في الحال، وأن لا تكون مخطوبة لغيره.

أ ـ المحرمات :

كما هو الشأن بالنسبة للزواج، فإن الخطبة لا تجوز على المرأة المحرمة على الرجل من النسب أو المصاهرة أو الرضاعة، ومن من المحرمات على سبيل التابيد مصداقا لقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت...﴾.(72) أما المحرمة عليه مؤقتا فيمكن خطبتها بمجرد زوال المانع.

ب ـ المعتدة :

وهي من المحرمات على سبيل التأقيت، فلا يمكن خطبة المعتدة من طلاق رجعي أو بائن، أو المعتدة من وفاة، لكن بمجرد زوال المانع يمكن للرجل التقدم لخطبتها.

* المعتدة من طلاق رجعي:

تعتبر في حكم الزوجة. ولزوجها الحق في أن يراجعها في أي وقت شاء خلال مدة العدة، دون عقد أو صداق، لكن إذا انتهت العدة. أصبح الطلاق بائنا حينها يمكن للرجل خطبتها.

---

(71) عندما يريد الرجل أن يتزوج لابد أن يبحث عن المرأة الخالية من الموانع الشرعية، ذات الأخلاق الحسنة والمحافظة على دينها، وذات العرق السليم فالنبي ﷺ، في حديث رواه الجماعة عن أبي هريرة «تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك». ويقول في حديث رواه ابن ماجة «تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس».

وقبل الإختيار، فإن لكليهما أن ينظر للآخر وهذا ماجازه جمهور الفقهاء، بشرط أن يكون ذلك بمحضر أحد المحارم ويقول ﷺ في هذا الباب «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلو بامرأة ليس بينها وبينه محرم»، فالنظر إلى المخطوبة يؤكده قوله ﷺ «إذا أوقع الله في قلب أحدكم خطبة إمرأة، فله أن ينظر إليها كي يؤدم بينهما». انظـــر المتن الكبرى للبيهقي، وقد ورد في حكم النظر إلى المخطوبة أحاديث كثيرة، وجاء في صحيح مسلم كتاب النكاح. باب النظر إلى وجه المرأة وكفها، لمن يريد تزويجها 2/1040 . وهذا ما قال به الكثير من الفقهاء.

وللإختيار أسس من بينها :

أ ـ الدين : للدين أهمية بالغة في تكوين النشء وفي استقرار الأسرة. وقد جاء عن النبي ﷺ : «تنكح المرأة لأربع : لمالها وجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك »، أخرجه البخاري عن أبي هريرة.

ب ـ تفضيل الزواج بالمرأة الولود : كثرة النسل من المقاصد العامة للشارع، وهو أساس الزواج والهدف منه. ويقول ﷺ في هذا الباب : «تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم ».

ـ انظر : تفسير القرطبي، الجزء التاسع، ص. 328.

وفي حديث آخر : « فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة»، رواه أحمد وأبو حاتم.

ج ـ الأصل والشرف : لقوله ﷺ : «تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم»، أخرجه ابن ماجه، كذلك: «إياكم وخضراء الدمن»، قالوا : وما خضراء الدمن. قال: «المرأة الحسناء في المنبت السوء».

د ـ الإغتراب : ونعني به الزواج بالغريبات بعيدا عن الأسرة والقبيلة لقوله تعالى : ﴿ يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ﴾، الحجرات، الآية 13.

ولن يكون هناك تعارف إن انغلق الكل على قبيلته أو عشيرته. والإغتراب يؤدي إلى إنجاب نسل قوي معافى. وقد روي عن الرسول ﷺ : « لا تنكحوا القرابة القريبة، فإن الولد يخلق ضاويا »، أي نحيفا وضعيفا... وقد أكد هذا الطب الحديث، لأن الخصائص الوراثية المرضية تنتقل بسرعة فتؤثر على الأبناء، بخلاف إذا كان هناك صراع بين هذه الخصائص، حيث تظهر الخصائص القوية وتضمر الخصائص الضعيفة.

(72) سورة النساء، الآية 23.

Scanned by CamScanner

* المعتدة من طلاق بائن :

رغم أن مطلقها لا يمكنه مراجعتها، فلا يجوز لأي شخص خطبتها إلا حين انتهاء عدتها. وهذا ما أجمع عليه الفقه، فالخطبة يتبعها الزواج، وخوفا من الإثم باختلاط الانساب، من الأفيد الإنتظار إلى حين إنتهاء مدة العدة، بل إن فترة العدة قد يراجع فيها المطلق نفسه ويطلب العقد على زوجته من جديد، فإن رضيت به فله ذلك، حتى ولو داخل العدة لأن الماء ماؤه.

* المعتدة من وفاة :

لا يجب خطبة المعتدة من وفاة إلا بعد انتهاء مدة العدة، لأن الحزن يكون مخيما على الأسرة من جراء الموت، كذلك لما قد تثيره الخطبة من عداوة، وإذا كانت الخطبة تصريحا غير جائزة في حالة الاعتداد من وفاة، فإنها ممكنة تعريضا لقوله تعالى : ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا، فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف، والله بما تعلمون خبير، ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله(73) أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا﴾.

والفرق بين التصريح والتعريض، أن التصريح يكون واضح الدلالة برغبة الخطبة من غير احتمال سواها، والتعريض يكون حمال أوجه كأن يقول الخاطب وددت لو يسرت لي زوجة صالحة

وهكذا، فإن التصريح بالخطبة للمعتدة من وفاة فيه جناح وإثم لان الآية الكريمة خصصت التعريض في الخطبة ولا جناح على الخاطب في هذه الحالة(74).

3 ـ الخطبة على الخطبة :

يقول ﷺ : «المؤمن أخ المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبته حتى يذر»(75). وعلى هذا الاساس لا يصح للرجل أن يتقدم لخطبة امرأة مخطوبة، إذا كانت قد قبلت خطبها وركنت إليه، ما إذا لم تجد خطبته القبول، ففي هذه الحالة اتفق الفقه على جواز تقدم الخاطب الثاني لخطبتها، وقد جاء في مختصر الطحاوي « ومن خطب إمرأة فلم تركن إلى خطبته إياها، لم يكن على غيره بأس في خطبتها. وإنما يكره له خطبتها بعد خطبة غيره إياها إذا كانت ركنت إلى خاطبها الاول»(76).

ويرى بعض الفقهاء أنه متى خطب شخص على خطبة رغم علمه بها، وتم إبرام عقد الزواج نتيجة الخطبة الثانية، فإن هذا العقد يعتبر صحيحا ومنتجا لآثاره، وان كان الخاطب الثاني آثما. في حين يرى داود الظاهري أن هذا العقد غير صحيح ويجب فسخه في الحين، لأن مضمون الحديث ينصب نهيه إلى الزواج لا الخطبة في ذاتها(77).

---

(73) سورة البقرة، الآيتان 232 و 233.

(74) عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن الرجل يقول للمرأة وهي في عدتها من وفاة زوجها: إنك علي لكريمة وإني فيك لراغب، وإن الله لسائق إليك خيرا ورزقا ونحو هذا القول.

ـ انظـــر :

ـ الموطأ للإمام مالك بن أنس، منشورات دار الثقافة الجديدة، الدار البيضاء 1996، صفحة 468.

(75) رواه أحمد ومسلم.

(76) مختصر الطحاوي، طبع دائرة المعارف، ص 178.

(77) انظـــر :

ـ نيل الأوطار، الجزء السادس، صفحة 108.

Scanned by CamScanner