

الفصل الأول: التعريف بالزواج والخطبة الثاني). بعد التعريف بالزواج المبحث الأول، تتعرض للخطبة (المبحث المبحث الأول: التعريف بالزواج) نظام قانوني واجتماعي يختلف مفهومه من زمان إلى آخر ومن مكان إلى آخر لارتباطه بالدين في بعض المجتمعات كما هو الشأن بالنسبة للمغرب. ويكتسي الزواج أهمية بالغة يستمدّها من ناحيتين:- من الناحية الاجتماعية: سنّة الحياة وعاصم للنفس البشرية من الرذيلة والفساد، وقد ساد الزواج في أكثر المجتمعات بدائية وأفلّها تطوارا. - ومن الناحية الدينية: جميع الأديان السماوية اهتمت بمسألة تكوين الأسرة، وأكّدت معظمها على الزواج وحثّت عليه، بل إن الشرعية الإسلامية اهتمت به اهتماماً عظيماً وميّزته عن سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة، لا تقتصر على عاقيبه ولا على الأسرة التي ينشئها فحسب، وإنما تمتد إلى البنيان الاجتماعي كله، وقد شرعت من الأحكام ما يكفل هذا العقد نتائجه وأثاره، يقول الله تعالى: "ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجاً وذرية"، وقال عز وجل أيضاً: "وانكحوا الأيامي منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم أن يكونوا فقراء يغනهم الله من فضله والله واسع عليم". وجاء في حديث نبوي شريف كذلك من تزوج أحَرَزَ نصف دينه، فليتق الله في النصف الآخر". وكما نظمت الشريعة الإسلامية، وكذا القوانين الأخذة عنها، الزواج لم يغفل المشرع المغربي كذلك تنظيمه بقواعد وأحكام وردت في مدونة الأسرة وفي نصوص تشريعية أخرى مرتبطة بها. فقد عرف المشرع المغربي الزواج في إطار مدونة الأسرة على أنه: "ميثاق تراضٍ وترتبط شرعاً بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايتها الإحسان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة". ومن خلال المقتضيات المنصوص عليها في هذه المادة المذكورة أعلاه يلاحظ ما يلي: 1- أن المشرع المغربي، على غرار قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية الإسلامية يعرف الزواج بـالميثاق، وهذا فيه إبراز لمكانة الزواج وتمييزه له عن باقي العقود المدنية التي تقوم على الالتزام وتحيل على القانون. 2- أن المشرع المغربي لم يأخذ في تعريفه للزواج بمصطلح "النِّكَاح" الذي استعملته الشريعة الإسلامية وكرسته مدونة الأحوال الشخصية، بل عرف الزواج بالـميثاق، باعتبار أن مصطلح الزوج فيه نوع من الحشمة والوقار بخلاف "النِّكَاح" الذي يقصد به عند عامة الناس العلاقة الجنسية.

3- أن الزواج لا يتم إلا بين رجل وامرأة، فالشرعية الإسلامية والقوانين الأخذة منها تحريم زواج اللواط والسحاق وكذلك الزنا وال العلاقات الجنسية الحرة وتعاقب عليها، وهذا بخلاف التشريعات الغربية التي تبيح هذا النوع من العلاقات. 4- أن القصد من الزواج هو الدوام والاستمرارية وعدم التعاقد على الزواج لمدة معينة. فالشرع المغربي، على غرار المذاهب الأربعية، يحرّم زواج المتعة والزواج المؤقت لتنافيهما مع شرط التأييد في الزواج. 5- أن الغاية من الزواج هو الإحسان والعفاف، أي الإحسان من المزيلة والفساد وليس إشباع الغريزة الجنسية والسعى وراء الاستمتاع. 6- بخلاف مدونة الأحوال الشخصية القديمة التي كانت تضع الأسرة تحت رعاية الزوج وحده، وضعتها مدونة الأسرة تحت رعاية الزوجين وتحت مسؤوليتهم في تسخير شؤون البيت والأطفال واتخاذ القرارات الخاصة بالأسرة والأطفال وبتنظيم النسل. 7- أن المشرع في إطار مدونة الأسرة لم يربط إنشاء الأسرة بإنجاب الأطفال كما فعل ذلك في إطار مدونة الأحوال الشخصية القديمة التي عبرت عن ذلك في المادة الأولى منها بـ"تكثير سواد الأمة". وهذا الموقف الذي اعتمدته المشرع في إطار مدونة الأسرة يتماشى مع سياسة الدولة الهدافة إلى تحديد النسل و من ثم النهوض بالأوضاع الاقتصادية والاجتماعية. المبحث الثاني: الخطبة جرت العادة منذ القدم بأن يسبق انعقاد عقد الزواج مرحلة تمهيدية قد تطول أو تقصير يترعرع خلالها الخطيبان وأسرتيهما على بعضهما البعض، وهذه المرحلة تسمى بالخطبة. ولأهمية الخطبة أشار إليها القرآن الكريم في قوله تعالى: "لَا جَنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَعَضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ". كما حدّ الرسول صلى الله عليه وسلم عليها في كثير من الأحاديث. وإذا كان المشرع لا يهتم بمقومات العقود عموماً، فإنه خرج عن المألوف بالنسبة لعقد الزواج، وخص الخطبة بأحكام وقواعد، باعتبار أن ثمة إشكالات قد تثار بالنسبة للخطبة، نعرض لها في فقرتين: المطلب الأول: شروط الخطبة المطلب الثاني: العدول عن الخطبة المطلب الأول: شروط الخطبة لم يتعرض المشرع المغربي، مدونة الأسرة، لشروط الخطبة. مذهب الإمام مالك الذي يحيل عليه يفيد أن للخطبة شروطاً واجبة وأخرى كمالية. الفقرة الأولى: الشروط الواجبة يشترط الفقه الإسلامي لكي تكون الخطبة صحيحة يعتد بها شرعاً ألا تكون المرأة محمرة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً، وألا تكون مخطوبة من الغير. أولاً لا تكون المخطوبة محمرة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً فإذا كانت المرأة محمرة على الرجل تحريماً مؤبداً سواء بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع كعمته أو خالتة مثلاً، فإن خطبتها تكون محمرة عليه تحريماً مؤبداً، بحيث لا يمكن له أن يخطبها مطلقاً في أي وقت كان. وإذا كانت المرأة محمرة على الرجل تحريماً مؤقتاً فقط كما إذا كانت مشركة أو زوجة الغير، فلا يجوز له أن يخطبها مادام سبب التحرير قائماً، فإذا زال سبب التحرير بأن أصبحت المشركة كتابية أو مسلمة مثلاً أو طلقها غيره وأنقضت عدتها منه، فإنه يصح لمن يريد الزواج منها أن يخطبها ثانيةً. ألا تكون مخطوبة من الغير لقوله

عليه الصلاة والسلام: "المؤمن أخو المؤمن، فلا يحل للمؤمن أن يتبع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر" وأيضاً: "لا يخطب الرجل على خطبة الرجل حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له". وإذا تمت خطبة امرأة كانت مخطوبة من الغير وتم عقد الزواج على الخاطب الثاني، فإن الإمام مالك يميز بين حالتين: إذا لم يتم الدخول بحسب فسخ العقد والتفريق بين الزوجين. أما إذا تم الدخول فإن العقد يتصحّح به ولا يقضى بفسخه. ويبدو أن مدونة الأسرة سارت في نفس الاتجاه، حيث نصت في المادة 60 على أنه: "يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء". أما إن كانت المرأة قد رفضت خطيبها الأول أو عدل هو نفسه عن تلك الخطبة، صح لغيره أن يخطبها لنفسه. الفقرة الثانية: الشروط الكمالية فضلاً عن الشروط المذكورة أعلاه، يشترط الفقه شروطاً أخرى لا يترتب على تخلفها عدم صحة الخطبة، وإنما هي مرغوب فيها فقط، وأهم هذه الشروط هي: أولاً - الدين، ثانياً - البعد قوله عليه الصلاة والسلام: "تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبيها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك". ثانياً - بعد في النسب لقول الرسول (صلى الله عليه وسلم): "اغربوا لا تضرروا"، أي تزوجوا الغريبات ولا تتزوجوا القربيات (بنات الأعمام والأخوال). كما أثبتت الطب الحديث عدم سلامنة التزاوج بين الأقارب بسبب العيوب والتشوهات التي قد تصيب الأولاد المولودين من هذا الزواج. ثالثاً - أن تكون بکرا غير عقيم وقد ورد أن الرسول (صلى الله عليه وسلم) قال: "تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم". غير أن هذين الوصفين لا يمكن أن يكون أساس الاختيار، فكم من ثياباً أفضل من بكر وكم من عقيم أحسن من ولود. المطلب الثاني: العدول عن الخطبة تحدث أولاً عن حق العدول عن الخطبة الفقرة الأولى)، ثم عن الآثار المتربطة على هذا العدول (الفقرة الثانية). الفقرة الأولى: حق العدول عن الخطبة، كما اعتبرتها مدونة الأسرة، وعد بالزواج وليس بزواج. لذلك لا تتمتع الخطبة بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معاً ولو طالت فترة تعارفهما. فالمادة 5 من مدونة الأسرة تنص على أن الخطبة تواعد رجل وإمرة على الزواج. تتحقق الخطبة بتعبير طرفها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا وتنص المادة 16 من قانون الالتزامات والعقود على أن " مجرد الوعد لا ينشئ التزاماً". ولما كانت الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا يترتب عليها وبالتالي أحكام الزواج، يحق لكل من الخطيبين العدول عنها ، لكنه يستعمل حقه الخالص الذي يملكه بنص المدونة، حيث تنص في مادتها السادسة: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، وكل من الطرفين حق العدول عنها". وهذا الموقف الذي تبناه المشرع المغربي يخالف ما يقضي به الرأي الراجح عند مذهب الإمام مالك الذي يقول بـالإلزامية الوفاء بالوعد. وهو عمل حسن من قبل المشرع المغربي، باعتبار أن المصلحة توجب أن يكون لكل طرف عقد الزواج الحرية التامة قبل إبرامه حتى يكون الزواج برضاه صحيح لا يتخذه عيب أو شائبة. الفقرة الثانية: آثار العدول عن الخطبة إذا كان من حق كل من الخطيبين العدول عن الخطبة ما دامت مجرد وعد بالزواج، فإن ثمة إشكالات يمكن أن تترجم عن استعمال أحد الخطيبين لهذا الحق. فقد يتضرر أحد الطرفين من استعمال الطرف الآخر لحقه في العدول عن الخطبة وتطرح مسألة تعويض الطرف المتضرر، إما المخطوبة أو الخاطب، وذلك حسب العادل عن الخطبة. وقد تنفق بعض المصارييف من قبل أحد الخطيبين، كما قد تقدم في فترة الخطبة بعض الهدايا. وقد يسارع الخاطب فيعطي المهر للمخطوبة قبل إبرام عقد الزواج. كما قد يعاشر الخطيبين بعضهما البعض معاشرة الأزواج فينتزع عن ذلك حمل. أولاً التعويض عن الضرر تتساءل في هذا الصدد بما إذا كان بإمكان المتضرر المطالبة بالتعويض لما لحقه نتيجة رجوع الطرف الآخر عن الخطبة؟! لم تكن مدونة الأحوال الشخصية القديمة، كما هو شأن الفقه الإسلامي، تتضمن أي حكم يتعلق بإمكانية أو عدم إمكانية التعويض عن التعسف فياستعمال حق العدول عن الخطبة. غير أن مدونة الأسرة تناولت هذا الموضوع، حيث نصت في مادتها السابعة على أن: " مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض". وعليه فإن مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويضاً، ولكن إذا صدر عن أحد الخطيبين فعل سبب في أضرار للطرف الآخر سواء كانت مادية أو معنوية (كالانقطاع عن الدراسة، أو تجهيز المنزل أو غير ذلك). فإنه يتعين التعويض. وتتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه قبل صدور مدونة الأسرة، أثير نقاش بين اتجاهين فقهيين بشأن هذا الموضوع. فالاتجاه الأول يرى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود فيما يخص هذا الموضوع، ويتعلق الأمر بالفصلين 77 و 78 من هذا القانون. غير أن القضاء المغربي أقر عدم إمكانية تطبيق هذا القانون في مجال الأحوال الشخصية، وهذا رغم تطبيقه من طرف المجلس الأعلى في نزاع آخر حدث بين الزوجين. 13 - معاد العراقي: شرح قانون الزواج المغربي الرباط 1965 عبد النبي ميكو: الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية الجزء الأول، الرباط 1974 ص 432 - قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 11 يناير 1982 مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31 ص 92 محمد الكشبوري: قانون

الالتزامات والعقود وقانون الأحوال الشخصية، التداخل والتضارب، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون العقاري، العدد 16، 1991، أما الاتجاه الثاني، فيرى إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية التقتصيرية بالنسبة للخطبة والحكم بالتعويض، لكن بتوفر شرطين-1- لا يكون للعاقل مبرر ظاهر لإنتهاء الخطبة (الطيش أو التهور أو لأهداف مادية). -2- أن يكون للعاقل دور في وقوع الفعل الضار بالطرف الآخر. وإذا تخلف هذين الشرطين لا يكون ثمة محل للتعويض ولو تحقالضرر. **ثانياً هدايا ومصاريف الخطبة** بالنسبة للهدايا التي قد يتبادلها الخطيبان في مرحلة الخطبة كانت مدونة الأحوال الشخصية السابقة تنص على حق الخطاب في استرداد هداياه إذا كان العدول من المخطوبة، ولم تتعرض لحق المخطوبة في استرداد هداياها إن كان العدول من الخطاب. أما مدونة الأسرة فقد تداركت هذه المسألة ونصت على حق كل من الخطاب والمخطوبة في استرداد الهدايا ما لم يكن العدول من قبله. وهذا الاتجاه الذي سارت فيه مدونة الأسرة هو نفسه الذي سار فيه مذهب الإمام المالك. كما أن مدونة الأسرة أخذت بعين الاعتبار الحالة التي يتعذر فيها رد الهداية بعينها ونصت في المادة الثامنة على أنه: "ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال". غير أنه قد تنكر المخطوبة توصلها بالهداية التي يدعى بها الخطاب، وفي هذه الحالة تعتمد البينة على المدعي واليمين على من أنكر. 2- وثبت أن القضاء المغربي في قرار صادر عن محكمة الاستئناف قضى بأحقية الخطاب في استرجاع هداياه بعدما تبين أن هذا العدول كان بسبب تصرفات المخطوبة المشوبة بسوء نية. وتخلص وقائع هذه النازلة في أن السيد (أ) خطب السيدة (ب) منعائتها قصد الزواج منها، واستجابت الفتاة لهذه الخطبة التي ذاع أمرها بين الناس، وبالمناسبة تبرع الخطاب على مخطوبته بقطعة أرضية مساحتها عشرة هكتارات والتي سجلت باسمها في السجل العقاري. غير أنه أثناء فترة الخطبة قامت الفتاة بالزواج من رجل آخر غير المتبرع (بمعنى أن المخطوبة رجعت عن التزامها الأدبي بالخطبة وفضلت رجلاً آخر عن الواهب)، فرفع الخطاب الأول دعوى على المتبرع عليها يطلب من خلالها الحكم له باسترجاع الهداية وتشطيب عقد الهبة من السجل العقاري. وقد قضت محكمة الاستئناف بمحناس بأحقية الخطاب في استرجاعه لهديته عندما تبين لها أن ما قامت به المخطوبة هو عمل مشوب بسوء نية واستخلصت من ذلك أن العدول كان من جانبها وليس من جانبها. * أما بالنسبة للمصاريف التي قد تنفق من قبل الخطيبين بمناسبة الخطبة، فليس هناك نص لا في مدونة الأحوال الشخصية السابقة ولا في مدونة الأسرة، يعالج هذا الموضوع. وعلى ذلك يذهب جانب من الفقه المغربي إلى القول بعدم المطالبة باستردادها مطلقاً سواء أكان الخطاب أو المخطوبة أو كان العدول من طرفه أو من طرفها، باعتبار أن هذه المصاريف لا تنفق إلا من أجل المباهاة. ثالثاً- الصداق في فترة الخطبة لم تكن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تتضمن أي حكم بخصوص الصداق الذي يكون الخطاب قد منحه لمخطوبته قبل إبرام عقد الزواج. أما مدونة الأسرة، فقد نصت على حكم الصداق في فترة الخطبة في المادة التاسعة على النحو التالي: "إذا قدم الخطاب الصداق أو جزءاً منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فالخطاب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائماً، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه. ربما الحمل في فترة الخطبة قد لا يقتصر على الخطيبان على التعرف على بعضهما البعض في فترة الخطبة، بحيث قد يتعدى ذلك إلى معاشرة بعضهما البعض معاشرة الأزواج، فينتفع عن ذلك حمل، **فما الحكم في هذه الحالة؟ هل ينسب الحكم إلى الخطاب رغم عدم تمام الزواج حماية لأعراض الناس ورغم أن المخطوبة ما تزال أجنبية عنه ولا تعتبر زوجة له، أم أنه لا ينسب إلى الخطاب لكون الزوجة أجنبية عنه ولا يوجب الصداق إلا بعد الزواج؟** بخلاف مدونة الأحوال الشخصية القيمة، تضمنت مدونة الأسرة حكماً يعالج هذا الموضوع، وذلك في إطار المادة 156 منها التي تنص على "في هذه الحالة إلى الخطاب، فقد نصت هذه المادة على أنه: "إذا رفضت المخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخخطوبة، ينسب للخطاب للشبهة إذا توافت الشروط التالية: أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما ووافقولي الزوجة عند الاقتضاء؛ ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛ ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهم. تتم معالجة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن. إذا أنكر الخطاب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب". ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتفع عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه". بمعنى أن المشرع يحمل التبعية لمن صدر منه العدول عن الخطبة. فإن كان الخطاب هو الذي عدل عن الخطبة لزمه تسلم الأشياء التي حول إليها مبلغ الصداق، أما إن كانت المخطوبة هي التي عدلت عن الخطبة فعليها أن ترجع الصداق إلى الخطاب كما دفعه لها أو قيمته، ولا يلزم بأخذ الجهاز أو غيره. وهذا الرأي الذي تبناه المشرع المغربي في إطار مدونة الأسرة هو نفسه الذي أجمع عليه الفقه الإسلامي وقال به كذلك جانب من الفقه المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية السابقة. وقد حذا المشرع المغربي، بنصه على حكم الصداق في فترة الخطبة حذو بعض التشريعات

العربية التي حسمت صراحة في مسألة استرداد الخاطب لما عجله من صداق، كقانون حقوق العائلة في لبنان الذي نص في مادته الثانية على أنه: "بعد تمام الوعد، إذا امتنع أحد الطرفين عن النكاح أو توفي فللخاطب أن يسترد الأشياء التي أعطاها حسابة من المهر عيناً إن كانت قائمة وبخلافاً إن تلفت."، وكذلك القانون العراقي الذي نص في مادته 19 على أنه: "إذا سلم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد مالاً محسوباً، ثم عدل أحد الطرفين عن إجراء العقد أو مات أحدهما فيمكن استرداد ما سلم عيناً وإن استهلاك فبدلاً". وقد يثار النزاع حول الصداق المعجل كما إذا أدعى الخاطب أن كل ما قدمه للمخطوبة كان على سبيل الصداق المعجل وادعى المخطوبة أو ولديها أن ذلك كان على سبيل الهدية مع غياب البيئة أو الحجة عند الطرفين، في هذه الحالة سار أغلب القضاء المغربي على إعمال العرف للتمييز بين الادعاءين، وإذا تعذر ذلك يلجأ إلى أداء اليمين.