

عبد المجيد غميحة

رئيس غرفة بالمجلس الأعلى

مدير الدراسات والتعاون والتحديث بوزارة العدل

موقف

المجلس الأعلى

من مدونة الأحوال الشخصية

(من خلال اجتهاداته المنشورة)

أصل هذا العمل الصادرة قدمت سنة 2000

جامعة محمد الخامس - أكادال

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

الرباط

موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقہ في مسائل الأحوال الشخصية

أطروحة لنيل الدكتوراة في الحقوق

تقدم بها عبد المجيد غميحة

تحت إشراف الدكتور أحمد الخليلي

تمت مناقشة هذه الأطروحة يوم 28 يوليوز 2000

أعضاء اللجنة :

رئيسا ومشرفا.

عضوا.

عضوا.

عضوا.

عضوا.

الدكتور أحمد الخليلي

الدكتور سعيد الدغيمر

الدكتور عبد السلام فيغو

الدكتور أحمد ادريوش

الدكتور محمد ناصر المتوي مشكور

قررت اللجنة منح هذا العمل ميزة مشرف جدا مع التوصية بالنشر

بسم الله الرحمن الرحيم

أقدم بجزيل الشكر والامتنان

إلى أستاذتي

وإلى كل من ساعدني في إنجاز هذه الدراسة

مدخل

تعتبر دراسة الاجتهاد القضائي عملية بالغة الأهمية في ميدان البحث القانوني، سواء بالنسبة للدارس أو الممارس، وكذلك بالنسبة للمؤرخ أو عالم الاجتماع. إذ تعتبر هذه الدراسة ومن الناحية العلمية الصرف، ذات أهمية كبرى في التكوين القانوني للقاضي ورجل القانون عموماً، بواسطتها يقع الاحتكاك المباشر مع التطبيق القضائي للنصوص القانونية، وبواسطتها أيضاً يؤرخ لعمل القضاء في لحظات قوته وضعفه. وتزداد أهمية مثل هذه الدراسات، كلما تعلق الأمر بالعمل القضائي لحاكم النقض والحاكم العليا، وذلك بالنظر لدورها في توحيد تطبيق القانون، وسد ثغراته عن طريق الاجتهاد القضائي.

انطلاقاً من هذا الاعتبار، سنتناول في هذه الدراسة جانباً من أهم جوانب العمل القضائي للمجلس الأعلى، هو الجانب المتعلق بالأحوال الشخصية. وذلك عن طريق البحث في كيفية تعامل المجلس الأعلى مع المقتضيات القانونية والفقهية، التي تنظم مؤسسة اجتماعية بكاملها هي الأسرة. هذه المؤسسة التي تخضع لمنظومة قانونية وفقهية، تنظم فضاء الأسرة في ظل تحولات اقتصادية واجتماعية وتربوية متلاحقة، تؤثر على بنية الأسرة المغربية وطبيعة العلاقات فيها. بحيث يثور التساؤل - في وضع كهذا - عن دور قاضي الأحوال الشخصية، في خلق لحظة انسجام بين العامل القانوني الذي يقيد، والعامل الاجتماعي المطروح أمامه أمر معالجته. وهي مهمة لا تخلو من صعوبة، خاصة إذا كانت بنية المنظومة المؤطرة لمسائل الأحوال الشخصية، بنية متداخلة العناصر ومتعددة الأبعاد.

ذلك أن النص القانوني الفاعل في مجال الأحوال الشخصية، والمتمثل في مدونة الأحوال الشخصية، تضارعه في التأثير قواعد فقهية، اقتضت تقنية التشريع والخلفية التاريخية لمادة الأحوال الشخصية، أن تربط النص القانوني بالمصدر الفقهي الذي استمد منه ذلك النص. وهو ما جعل مجال الأحوال الشخصية محكوماً بثنائية من حيث القواعد والأحكام التي تنظم مسائله، حيث يتقاسم مادة الأحوال الشخصية مجال فقهي متشعب ومجال قانوني مركب.

وهذه الثنائية التي تخضع لها مسائل الأحوال الشخصية، والمتجلية في حدي القانون والفقه المالكي، تلقي بظلالها كذلك على قضاء الأحوال الشخصية وتطبعه بطابع خاص، سواء من حيث

طرق إجراءاته المسطرية، أو من حيث كيفية تطبيقه للنصوص الموضوعية التي تحكم المادة. وهي مادة تطبق بشأنها تقنية تشريعية متميزة تتمثل في ((آلية)) الإحالة على نصوص الفقه المالكي، حيث يعتبرها القضاء أحيانا مبررا للرجوع إلى الفقه مباشرة ولو مع وجود النص القانوني. وهو ما يجعل عمل قضاء الأحوال الشخصية يؤثر بدوره في صيرورة تلك المنظومة.

فمن هذا كله انبثق الاهتمام بالبحث في هذا الموضوع، الذي بقدر ما تطبعه الصبغة التقنية أو العملية، من حيث اهتمامه بعمل قضائي مجسد في قرارات قضائية، بقدر ما تتجاذبه مواقف الفقه والقانون، باعتبارهما محددات الثنائية المسيطرة على مجال الأحوال الشخصية، وهو المجال المطبوع كذلك بتأثير عوامل اجتماعية لا يمكن إغفالها.

وتهدف هذه الدراسة إلى استجلاء موقف القضاء المغربي ممثلا في المجلس الأعلى، من كيفية التعامل مع هذه الوضعية، تبعا لما للقضاء من دور في تفعيل النصوص القانونية الموجودة، وإيجاد الحلول للمشكلات العملية، عن طريق الاجتهاد القضائي. بحيث يهدف هذا البحث إلى بيان كيفية تعامل المجلس الأعلى مع النصوص القانونية التي جاءت بها مدونة الأحوال الشخصية، وكيفية تطبيقه لقواعد الفقه المالكي التي تحيل عليها تلك النصوص، وما إن تحصل من كل ذلك اجتهاد قضائي في الموضوع، من شأنه حل بعض المشكلات الاجتماعية الحادثة. ولذلك كانت القرارات القضائية المستدل بها في هذه الدراسة ليست وسيلة عمل تقنية فحسب، بل هي أيضا مرآة لقضايا اجتماعية، ودليل يحمل بعناصر الجواب على السؤال الذي يطرحه عنوان البحث، وهو بيان : موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية.

وبذلك تأخذ هذه الدراسة بعدها العملي والتطبيقي، لأنها تهتم بدراسة القانون المطبق من قبل القضاء، باعتبار القانون الحي، هو القانون الذي تطبقه المحاكم. فهي دراسة في فقه قضاء الأحوال الشخصية في بلادنا، تستوجبها الضرورة المعرفية والمهنية كذلك.

وقبل بسط أوجه دراستنا لهذا الموضوع، يتعين أولا ضبط المفاهيم الجوهرية المكونة لمجال البحث، ذلك أن عناصره تتقاطع في عدة جوانب أو أبعاد عامة يرتسم معها مجال الدراسة، وتتعلق هذه الأبعاد العامة، بجدي الثنائية المهيمنة على مجال الأسرة والأحوال الشخصية من جهة (الفقرة الأولى)، وبمؤسسة المجلس الأعلى ودورها في الاجتهاد القضائي من جهة أخرى (الفقرة الثانية)، وسنبين في الختام المنهجية التي تم التعامل بها مع القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى موضوع الدراسة، وكذا خطة الدراسة التي تم سلوكها، بحثا عن تقييم عام لموقف المجلس الأعلى من الثنائية التي تتجاذب الموضوع (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى - تحديد مجال البحث:

تتمثل الثنائية التي تحكم مجال الأحوال الشخصية، في كون المقتضيات التي يخضع لها هذا المجال تتوزع بين نصوص القانون المدونة، وقواعد الفقه غير المقننة. أي مجموعة النصوص القانونية المكونة لمدونة الأحوال الشخصية من جهة، والراجح والمشهور وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك من جهة أخرى. ولذلك فإن الأمر يقتضي بيان مركز المذهب المالكي في المنظومة القانونية المغربية (أولاً)، ثم التعرض لسياق وضع مدونة الأحوال الشخصية، كإطار قانوني لتنظيم الأسرة المغربية (ثانياً) مع الإشارة إلى موضوع تعديل مدونة الأحوال الشخصية (ثالثاً).

أولاً - مكانة المذهب المالكي في المغرب :

دون أن نتطرق للتفاصيل المتشعبة، المتعلقة بكيفية دخول وانتشار المذهب المالكي⁸²⁶ في المغرب، واختلاف العلماء حول ذلك⁸²⁷. يكفي التذكير بأن

⁸²⁶ - ينسب المذهب المالكي إلى ((الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث بن غيمان بن خثيل بن عمرو بن الحارث وهو ذو أصبح)) المولود سنة 93 هجرية (713 ميلادية) وقيل سنة 94 هـ أو 96 هـ وقيل غير ذلك. وقد نشأ بالمدينة المنورة ودرس بها، متخذاً له مجلساً بالمسجد النبوي. وتوفي صبيحة يوم الرابع عشر من شهر ربيع الأول سنة 179 هـ 795 م أثناء خلافة هارون الرشيد. انظر حول المترلة العظيمة للإمام مالك بين علماء المسلمين: ابن فرحون (إبراهيم بن نور الدين): الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب. دراسة وتحقيق: مأمون بن محيي الدين الجنان. الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت 1996، ص 56 وص 78. وشجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الفكر د. ت. م. ط. ص 48 و ص 52 وما بعدها. وعمر الجليدي - محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي - منشورات عكاظ، البيضاء 1987، ص 10 وما بعدها.

⁸²⁷ - يعتبر الدكتور محمد بن شريفة، أن البحث في بداية الفقه المالكي بالمغرب وتطوره خلال العهد الإدريسية والزناية مازال في حاجة إلى الدرس، وأن ما يقال عن كون أبي ميمونة دراس بن إسماعيل، أو خير الله الفاسي، هما أول من أدخل الفقه المالكي إلى المغرب كلام غير دقيق. خاصة مع ضياع وثائق تتعلق بالفترة المذكورة. ولقد تساءل الدكتور بن شريفة حول ما إن كان قاضي المولى إدريس الثاني عامر بن محمد بن سعيد القيسي، يقضي -

هو وغيره من قضاة ذكرهم - طبق المذهب المالكي أم لا ؟ (محمد بن شريفة، في تقديمه وتحقيقه لكتاب نوازل القاضي عياض وولده محمد - مذاهب الحكام في نوازل الأحكام - ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1990، ص 5 وما بعدها). وهو ما يؤكد الأستاذ عبد العزيز بن عبد الله، الذي يعتبر أن المولى إدريس الأكبر، أقام أصل الأخذ بمذهب مالك، وذلك بإسناد منصب القضاء لمحمد بن سعيد القيسي، تلميذ الإمام مالك وسفيان الثوري (عبد العزيز بن عبد الله - الفقه المالكي والوحدة المذهبية بين المغرب وصحرائه . بندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 1، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية، ص 112).

وبالفعل فإن آراء الباحثين تتضارب حول أول من أدخل الفقه المالكي إلى إفريقيا والمغرب والأندلس : فالمرحوم علال الفاسي، يرى أن أول من أدخل المذهب المالكي إلى الأندلس والمغرب هو شبطون أبو عبد الله زياد بن عبد الرحمان القرطبي (ت 193 هـ) وقد سمع الموطأ من مالك، وله كتاب معروف بسماع زياد أحذه عن مالك . أو أن أول من أدخله هو الغازي بن قيس، الذي يؤكد ابن القاطية أنه أدخل الموطأ إلى الأندلس، في عهد عبد الرحمان الداخل (علال الفاسي : نضالية الإمام مالك، بجريدة الرسالة عدد 100 بتاريخ 06 / 06 / 1985). وهذا هو رأي الشيخ محمد بن الحسن الحجوي (ت 1376 هـ / 1956 م) الذي يرى أن شبطون هو أول من أدخل الموطأ إلى الأندلس (محمد بن الحسن الحجوي - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي - ج 1، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت 1995، ص 523). بينما ورد في كتاب نوازل الشيخ عيسى بن علي الحسين العلمي - الذي حققه المجلس العلمي بفاس (ج 1، نشر وزارة الأوقاف، المحمدية 1983، ص 7، هامش 1): أن أول من أدخل المذهب المالكي (المدونة) إلى المغرب الأقصى هو المحدث الحافظ أبو ميمونة دراس بن إسماعيل الجراوي الفاسي دفين فاس (ت سنة 357 هـ). وقد أورد محمد بن مخلوف (شجرة النور الزكية في طبقات المالكية . مرجع سابق. ص 103) أن أبا ميمونة دراس بن إسماعيل الفاسي هو أول من أدخل مدونة سحنون إلى مدينة فاس، وبه اشتهر مذهب مالك هناك وبها توفي سنة 357 هـ.

غير أنه كثيرا ما يجري الحديث عن يحيى بن يحيى بن كثير وسلاس الليثي (ت 234 هـ / 848 م) كأول من أدخل المذهب المالكي إلى الأندلس والمغرب . ولقد ولي يحيى بن يحيى الليثي القضاء وكان ذا حظوة لدى أمير الأندلس، وكان لا يولي غير الفقهاء المالكيين، وذلك على غرار ما تم مع أبي يوسف - الحنفي - عندما ولي منصب كبير القضاة بالدولة العباسية. وفي هذا يقول ابن حزم: "مذهبان انتشرا في بداية أمرهما بالرياسة والسلطان: الحنفي في المشرق والمالكي بالأندلس". (انظر : محمد أبو زهرة " تاريخ المذاهب الإسلامية "، ط 1965، ص 224. وانظر محيي الدين عزوز "التطور المذهبي بالمغرب"، تونس 1976، ص 22-23، وبصفحة 24 منه: مذاهب أخرى بالمغرب قبل المذهب المالكي). ويرى آخرون أن دخول المذهب المالكي لإفريقية كان سنة 150 هـ / 766 م على يد أبي الحسين بن علي بن زياد العيسبي الطرابلسي النشأة، وعلى يد تلميذه أسد بن الفرات (ت 213 هـ / 827 م)، وعلى يد سحنون بن سعيد (ت 240 هـ / 850 م). (انظر حول انتشار المذهب المالكي بالمغرب : عمر الجيدي -محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي- مرجع سابق، ص 29). ويرى غيرهم، أن المذهب المالكي، أصبح في حياة صاحبه، المذهب الرسمي للدولة الإسلامية في الأندلس، في عهد هشام بن عبد الرحمان الداخل، الذي توفي سنة 180 هـ (محمد إبراهيم أحمد علي - اصطلاح المذهب عند المالكية - بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة (المملكة العربية السعودية)، عدد 15، السنة الرابعة، أكتوبر / دجنبر

المغرب تنازعته - منذ الفتح الإسلامي وإلى حين قيام الدولة الإدريسية - عدة مذاهب فقهية .
 فعرف كلا من المذهب الحنفي والمذهب الشافعي ومذهب الأوزاعي والمذهب الشيعي، وبعض
 الاتجاهات الخارجية والرافضية. وذلك إلى نهاية القرن الرابع الهجري⁸²⁸، حيث كانت الغلبة في
 الأخير للمذهب المالكي⁸²⁹، خاصة مع توطد حكم المرابطين (430 / 571 هـ - 1038 /
 1156 م) فغدا محور حركتهم الإصلاحية وخطا إيديولوجيا ساروا في دعوتهم عليه⁸³⁰، بل
 واشتروطوا في المرشح للقب أمير المسلمين أن يكون على مذهب الإمام مالك⁸³¹. ورغم سيادة
 المذهب المالكي وجدت - في بعض الفترات - محاولات للتراجع عن المذهب المالكي، مثلما
 حدث في عهد الموحدين، بدءا من المهدي (محمد بن تومرت) الذي نادى بمذهب جديد هو
 مزيج من الأشعرية والأمامية ومن الظاهرية ومن آراء الغزالي، بل وحتى من الاعتزال⁸³²،
 ومرورا بعهد عبد المؤمن الموحي ويعقوب بن يوسف بن عبد المؤمن بن علي الذي تولى سنة

1992، ص 39 وما بعدها) . إذ أن هشام بن عبد الرحمان الأموي، ألزم الأندلس بمذهب مالك، وذلك بدعوة
 من يحيى بن يحيى الليثي النفزي .

⁸²⁸- انظر :

الناصري - الاستقصا في أخبار المغرب الأقصى - ج 1، دار الثقافة، الدار البيضاء 1954 ص 1136.
 - عبد العزيز بن عبد الله - الفقه المالكي والوحدة المذهبية بين المغرب وصحرائه . مرجع سابق، ص 111 و 112 .
 - عباس الجيراري - أسباب انتشار المذهب المالكي واستمراره في المغرب . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)،
 ج 1، مرجع سابق، ص 171 وما بعدها .
⁸²⁹- عباس الجيراري - وحدة المغرب المذهبية خلال التاريخ - دار الثقافة، الدار البيضاء ، ط 1، 1976، ص 11.

⁸³⁰- عباس الجيراري - وحدة المغرب المذهبية خلال التاريخ - مرجع سابق، ص 17.

⁸³¹- عبد اللطيف أكنوش - تاريخ المؤسسات والوقائع الاجتماعية بالمغرب - الدار البيضاء 1987، ص 71.

وحول انتشار المذهب المالكي في المغرب، انظر :

- الشيخ المكي الناصري - المذهب المالكي : مذهب المغاربة المفضل . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 1،
 مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية، ص 67 - 83 .

- عبد الهادي التازي - المذهب المالكي كشعار من شعارات الدولة المغربية . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)،
 ج 1 مرجع سابق، ص 87 - 108 .

- عبد العزيز بن عبد الله - الفقه المالكي والوحدة المذهبية بين المغرب وصحرائه . مرجع سابق، ص 111 - 122.
 - عباس الجيراري - أسباب انتشار المذهب المالكي واستمراره في المغرب . مرجع سابق، ص 169 - 197 .
 - محمد الورياعلي - أثر الشخصية المغربية في فقه مالك . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 1، مرجع
 سابق، ص 285 - 307 .

⁸³²- عباس الجيراري - وحدة المغرب المذهبية خلال التاريخ - مرجع سابق، ص 19 .

580-590 هـ، حيث تم إحراق كتب الفروع المعتمدة على المذهب المالكي، في محاولة لتركيز مذهب آخر هو المذهب الظاهري⁸³³، وحَمَلُ الناس على الظاهر من الكتاب والسنة. غير أن المذهب المالكي المشهور بالمحافظة، وبالاكتفاء على الحديث بوجه خاص، وباقي الأدلة الشرعية⁸³⁴، عاد ليتكسر بصفة رسمية على عهد المرينيين⁸³⁵، فأصبح وإلى الآن هو المذهب الرسمي في

⁸³³- ابن جزى- القوانين الفقهية. ط 3، مطبعة الأمنية، الرباط 1962، ص 309.

- سعيد أعراب - موقف الموحدين من كتب الفروع وحمل الناس على المذهب الحزبي . بمجلة دعوة الحق، عدد 249، ص 26.

- محمد أبو زهرة - " تاريخ المذاهب الإسلامية"، مرجع سابق، ص 403.

- عمر الجيدي -محاضرات في تاريخ المذهب . مرجع سابق، ص 41 وما بعدها.

وقد أشار الشيخ محمد بن الحسن الحجوي، إلى اختلاف بعض المؤرخين، حول ما تم على عهد الموحدين، وما إن كان يشكل دعوة لإحلال المذهب الظاهري محل المذهب المالكي، أم أن الأمر كان يتعلق بتترك الحرية للفقهاء في الاجتهاد . وقد انتصر المرحوم الحجوي إلى القول بأن القصد كان إحلال المذهب الظاهري محل المذهب المالكي (انظر : محمد بن الحسن الحجوي - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي - ج 2، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت 1995، ص 196 وما بعدها). ويرى الدكتور عباس الجيراري (وحدة المغرب المذهبية، مرجع سابق، ص 21) : أن اضطهاد الموحدين للفقهاء المالكيين لم يكن بسبب الخلاف المذهبي الفقهي، بقدر ما كان بسبب الموقف السياسي المعارض، الذي كان لهؤلاء الفقهاء من الدولة الموحدية.

⁸³⁴- تتلخص أصول المذهب المالكي في الأخذ بالكتاب والسنة والإجماع، وعمل أهل المدينة وقول الصحابي، والاستحسان، ومراعاة الخلاف، وسد الذرائع، والعرف والعادات، والاستصحاب، والمصالح المرسله بصفة خاصة (انظر : أبو إسحاق الشاطبي- الموافقات في أصول الشريعة. دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.ط. وكذلك محمد المختار ولد أباه: مدخل إلى أصول الفقه المالكي. الدار العربية للكتاب تونس. 1987، ص 55 وما بعدها).

و أصول المذهب، هي مصادر الاستنباط فيه وطرائقه، وقوة الأدلة الفقهية ومراتبها وكيف يكون الترجيح بينها عند تعارضها . أما القواعد : فهي ضوابط كلية توضح المنهاج الذي انتهى إليه الاجتهاد والروابط التي تربط بين مسائله الجزئية . فالقواعد مثارة في وجودها الذهني والواقعي عن الفروع . أما الأصول فالفرض الذهني يقتضي وجودها قبل الفروع، لأنها القيود التي أخذ الفقيه بها، عند استنباطها، ككون ما في القرآن مقدم على ما في السنة (بتصرف يسير عن : عبد الغفور الناصر - أصول مالك في الموطأ . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 2، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية، ص 187، وانظر ص 177 - 188 حول أصول المذهب) .

و انظر كذلك:

- محمد بن الحسن الحجوي - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي - ج 1، مرجع سابق، ص 453 وما بعدها.

- عبد الله الداودي: "أصول المذهب المالكي" بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، عدد 1، ص 27.

- محمد المختار ولد باه - محجة عن أصول فقه مالك . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 2، مرجع سابق، ص 69 - 97) .

المغرب⁸³⁶، تمسكا بالوحدة المذهبية للبلاد⁸³⁷، سواء في المعاملات أو العبادات، مما يجعل الوحدة المذهبية متكاملة⁸³⁸. ولذلك فإن اعتماد المذهب المالكي بالمغرب، يرتبط بأسباب معنوية، وتاريخية، وسياسية⁸³⁹.

- يوسف الكتاني - المصالح المرسله في المذهب المالكي وبقية المذاهب الأخرى . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 2، مرجع سابق، ص 277 - 288 .

- عبد الكريم التواتي - المنهجية في مدرسة مالك بن أنس وفي أصول مذهبه . بندوق الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 2، مرجع سابق، ص 291 - 354 .

- عمر الجيدي في محاضراته عن المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها .

- حمزة أبو فارس - ((بعض المصطلحات في كتب الفقه المالكي)) . منشور بندوق الدراسة المصطلحية والعلوم الإسلامية، نشر جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس - كلية الآداب العلوم الإنسانية / فاس سايس -، ج 2، الرباط، د.ت.ط، مطبعة المعارف الجديدة، ص 651 - 665.

⁸³⁵ - عبد اللطيف أكنوش - تاريخ المؤسسات - مرجع سابق، ص 93 و 94 .

⁸³⁶ - ينص الفصل السادس من دستور المملكة على أن الإسلام هو دين الدولة الرسمي . ويلاحظ أنه لا ينص في الدساتير على المذهب الفقهي المتبع. وقد سبق أن أعلن الوزير الأول الأسبق (السيد عز الدين العراقي) في التصريح الحكومي أمام مجلس النواب في دورة الخريف لسنة 1986 يوم 03-11-1986 أن المذهب المالكي والوحدة المذهبية من المبادئ الأساسية للمملكة المغربية. انظر: بجريدة "الرسالة"، عدد نونبر 1986 مقالا بعنوان: الإسلام في التصريح الحكومي.

⁸³⁷ - فمن الأقوال المأثورة لدى الفقهاء، ما ورد عن الإمام الشاطبي من أن ترك الانضباط إلى أمر معروف، يؤدي إلى انحراف قانون السياسة الشرعية (انظر: الشيخ المكي الناصري - المذهب المالكي : مذهب المغاربة المفضل . مجلة الملحق القضائي، عدد 4، ص 10).

⁸³⁸ - بخلاف بعض الدول التي تأخذ بمذهب في العبادات يغير مذهبها في المعاملات، فتركيا رغم علمانيتها في مجال المعاملات يتبع المسلمون فيها، المذهب الحنفي في العبادات. وفي لبنان الذي يعرف طوائف متعددة، يخضع أكثر المسلمين السنة للمذهب الشافعي في العبادات، وللمذهب الحنفي في القضاء الشرعي، وقد كان في لبنان سنة 1960 مفتي الجمهورية الشافعي وأمين سره المالكي يفتيان ويقضيان رسميا حسب المذهب الشافعي في العبادات والمذهب الحنفي مبدئيا في قضاء الأحوال الشخصية (انظر : صبحي محمصاني: الأوضاع التشريعية في الدول العربية - ط 3، 1965، ص 121).

⁸³⁹ - من ذلك، أنه ومع دولة الحكم بن هشام بن عبد الرحمان الداخل (ثالث ولاية الأندلس) انتقلت الفتوى لرأي مالك وأهل المدينة. وكذلك رحلة علماء الأندلس للمدينة، ومدح الإمام مالك الملك الأندلس الأموي، بخلاف موقفه مع العباسيين. انظر:

- أبو محمد مولاي التهامي كنون الإدريسي الحسني: قرة العيون بشرح نظم ابن يامون في النكاح الشرعي وآدابه، مصر 1933، ص 45.

- عبد الله العمراني: البيئة وأثرها في صياغة مذهبنا المالكي . مجلة دعوة الحق عدد 245 ص 7-20.

إلا أنه ورغم سيادة المذهب المالكي بالمغرب، فقد عرفت البلاد تنوعاً تشريعياً، حيث كانت بعض الجهات تخضع للفقهاء المالكي في كل الأحوال والمعاملات. في حين كانت بعض الجهات الأخرى تخضع للفقهاء والعرف في نفس الوقت. وكان التنزع بينهما، يحل على يد القاضي، اعتماداً على فتاوى الفقهاء والعلماء. وفي حالة استمرار النزاع أو ظهور التعسف، كان الأمر يرفع إلى جلسة المظالم (قضاء المظالم)، أمام السلطان نفسه، أو من يوكل ذلك إليه مثل قاضي الجماعة⁸⁴⁰. وكان القاضي - قبل فرض الحماية على المغرب - هو صاحب الولاية العامة في القضاء، وكان يعين بظهير⁸⁴¹ يلزم بمقتضاه بالحكم وفق المذهب المالكي وبالراجح منه أو المشهور أو ما جرى به العمل⁸⁴². وهو الشرط الذي يضعه فقهاء المالكية بالنسبة للقاضي المقلد. وكان القضاة يرجعون في ذلك إلى أمهات الكتب الفقهية في المذهب⁸⁴³ وكتب الفتاوى⁸⁴⁴ والنوازل⁸⁴⁵.

- علال الفاسي: نضالية المذهب المالكي، مرجع سابق .
 - محمد المكي الناصري: المذهب المالكي مذهب المغاربة المفضل . مرجع سابق .
 - عباس الجيراري: وحدة المغرب المذهبية مرجع سابق .
⁸⁴⁰ - مشيش العلمي الإدريسي - القانون الوضعي واسترجاع الصحراء - بالجلية المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 3، ص 76.

⁸⁴¹ - وهو التقليد الذي لا يزال متبعاً لحد الساعة بنص الدستور، حيث ينص الفصل 84 من دستور سنة 1996 : ((يعين الملك القضاة بظهير شريف باقتراح من المجلس الأعلى للقضاء)) .
⁸⁴² - جاء في ظهير تعيين أحمد بن الطالب بن سودة (1293 هـ) قاضياً على مدينة طنجة من قبل السلطان الحسن الأول: "وأذنا له في تصفح الرسوم والفصل بين الخصوم والحكم من مذهب مالك بالمشهور". انظر محمد الحبيب التجكاني - النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية - ط البيضاء 1965، ص 124.
 وجاء في ظهير صادر عن السلطان سيدي محمد بن عبد الله ((نأمر سائر القضاة بسائر إبالتنا، أن يكتبوا الأحكام التي يوقعونها بين الناس في كل قضية، ولا يهملوا كتابة الحكم في شيء من القضايا . وليكن المكتوب رسمين، يأخذ المحكوم له رسماً يبقى بيده حجة على خصمه، إذا قام عليه يوماً ما . ويأخذ المحكوم عليه رسماً، ليعلم أن القاضي حكم عليه بالمشهور ويجب على كل قاضي من القضاة أن يعمل بموجب ما ذكرناه ويقف عند ما رسمناه)) (أورده : مولاي عبد الرحمان بن زيدان - إتخاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس - ج 3، ط 1، المطبعة الوطنية بالرباط (1349 هـ - 1939 م) ، ص 188 - 189) .

⁸⁴³ - إن الكتب والمراجع الفقهية المعتمدة في الغالب من طرف قضاة مادة الأحوال الشخصية والعقار غير المحفوظ (أو ما يطلق عليه في لغة القضاة والمحامين والمتقاضين المادة الشرعية) تفوق ثلاثين مرجعاً من مراجع الفقه المالكي، وكانت ولا تزال معتمدة حتى بعد صدور المدونة، ورغم وجود أمهات كتب المذهب (الموطأ، المدونة، الموازية، العتبية، الواضحة...) فإن الكتب المتداولة غالباً أمام القضاة، حسبما يظهر من الأحكام، تتعلق بكتب الفقهاء المتأخرين، ومن الكتب الشائعة لدى القضاة المغاربة:

- متن مختصر الشيخ خليل بن إسحاق (ت 767 هـ) وشروحه المختلفة (الخطاب، الزرقاني، الدردير، الدسوقي، الأزهرى، الخرشى...) بالإضافة لأصحاب الحواشي على المتن والشروح المذكورة.
- تحفة ابن عاصم وشروحها (التسولي، ميارة، العراقي، الكافي، المهدي الوزاني...) مع الحواشي.
- لامية الزقاق وشروحها (التاودي، الهواري، الشدادى، ميارة، أبو عمر الفاسي، المهدي الوزاني...) مع الحواشي.
- تبصرة الحكام في أصول الأفضية والأحكام، لابن فرحون .
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد.
- القوانين الفقهية لابن حزي.
- الرسالة لأبي زيد القيروان.
- منظومة العمل الفاسي لعبد الرحمان الفاسي وشروحها (المهدي الوزاني، السجلماسي الرباطي، وعبد الصمد كنون...) مع الحواشي.
- كتب النوازل: كالمعيار للونشريسي، ونوازل المهدي الوزاني (الكبرى والصغرى) ونوازل عبد القادر الفاسي ونوازل الشريف العلمي.

وانظر جردا لكتب فقهاء المالكية في مختلف العصور لدى :

- أبو الزبير عبد السلام أحمد فيغو: أمهات الكتب الفقهية. نشر دار الكلمة للنشر والتوزيع (مصر). د.ت.ط.
- محمد رياض - أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، ط 1، الدار البيضاء 1996، ص 593 وما بعدها . - محمد إبراهيم أحمد علي - اصطلاح المذهب عند المالكية - بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة (المملكة العربية السعودية)، عدد 15، السنة الرابعة، أكتوبر / دجنبر 1992 . وبالأخص تنمة البحث بالعدد 41 (أبريل 1999) من نفس المجلة، ص 20 وما بعدها .
- المختار ولد أباه: مدخل إلى أصول الفقه المالكي. الدار العربية للكتاب تونس. 1987، ص 135 وما بعدها خاصة البحث الذي أفرده المؤلف للمدونة.
- ⁸⁴⁴- تعرف الفتوى، بأنها ((الإخبار بالحكم الشرعي على غير وجه الإلزام)) . وقد قيدت بعدم الإلزام لتمييزها عن القضاء، وذلك - فقط - من حيث أن المفتي ليست له سلطة تنفيذ ما أفتى به، خاصة عند التنازع . وإنما يبين المفتي حكم الشرع في المسألة (انظر : محمد رياض - أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 6 وما بعدها) . فالفتيا تعتمد الأدلة، والقضاء يعتمد الحجاج (وسائل الإثبات)، لكن كلا من القضاء والفتيا جزء من الإمامة (انظر : شهاب الدين القرافي - الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ط 1، القاهرة 1989، ص 28 وما بعدها) . فالمفتي إنما يبين حكم الشرع في المسألة، بينما القاضي يحكم على وجه القطع والفصل في القضايا، وهي الحوادث التي يقع فيها التخاصم . وحكم القاضي عند المالكية هو ((الإخبار بالحكم الشرعي على وجه الإلزام لما فيه من فصل الخصومات، وإقامة الحدود، ونصرة المظلوم)) (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي : لغة واصطلاحا . ط 2، دار الفكر، دمشق، 1988، ص 97) . ولم تعد الفتوى تلعب الدور الذي كان لها سابقا .

- ⁸⁴⁵- وقد لعبت كتب النوازل دورا هاما في تكريس الحلول الفقهية بالنسبة لبعض القضايا التي لا نص فيها. ومن كتب النوازل المشهورة : المعيار المعرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب - لأحمد بن يحيى الونشريسي (

فلم يكن هناك مرجع واحد وموحد يعتمد عليه القضاة في عملهم . ولذلك وفي سبيل توحيد الآراء الناجم اختلافها عن تعدد المصادر الفقهية، بدأت محاولات تدوين الفقه بالمغرب مع بعض خلفاء الدولة الموحدية (يوسف ابن عبد المؤمن الموحدية)⁸⁴⁶ ، كما دعا أبو سالم العياشي⁸⁴⁷

ت 914 هـ / 1508 م) والنوازل الكبرى للشيخ محمد المهدي الوزاني (ت 1342 هـ / 1923 م) . ونوازل علي بن عيسى العلمي وهو من علماء القرن 12 الهجري . (انظر جردا لأهم كتب النوازل المعتمدة في الفقه المالكي، لدى : محمد رياض - أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي مرجع سابق، ص 599 - 600 . وكذلك لدى : عبد العزيز بن عبد الله - القضاء المغربي وخواصه (الفتاوى والنوازل والوثائق) - بندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ط 1، ج 3، مطبعة فضالة، 1981، نشر وزارة الأوقاف المغربية، ص 227 - 257 . وكذلك لدى : محمد بن شريفة، في تقديمه لكتاب نوازل القاضي عياض وولده محمد - مذاهب الحكام في نوازل الأحكام - مرجع سابق، ص 11 وما بعدها . وكذلك لدى : رضا الله إبراهيم الألفي - فتاوى النوازل في القضاء المالكي المغربي - بندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ط 1، ج 3، مرجع سابق، ص 179 - 191 . وحول معيار الونشريسي : محمد حجي - المذهب المالكي في الغرب الإسلامي وموسوعته الكبرى معيار الونشريسي . بندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ط 1، ج 3، مرجع سابق، ص 127 - 132) .

ويلاحظ أن هناك اهتماما في المدة الأخيرة بفقه النوازل بالمغرب، كميدان للبحث السوسولوجي بصفة خاصة، حيث عقدت ندوات في الموضوع، مثل ندوة كلية أصول الدين بتطوان (1988)، وندوة الجمعية المغربية للبحث التاريخي، وشعبة التاريخ بكلية الآداب بالرباط (1990).

وأشير إلى أن مصطلحات نوازل، أو أسئلة، أو أجوبة، أو مسائل الفقيه فلان، هي مصطلحات بمعنى واحد. رغم أنه يبدو، أن الفتاوى تتعلق بالعبادات والإرشادات والنصائح والبحوث النظرية، بينما تتعلق النوازل بالقضاء والمحاكم . هذا وإن كان في بعض الأقطار الإسلامية يغلب لدى فقهاءها استعمال أحد المصطلحات دون الأخرى . انظر : الحسن العبادي - خصائص فقه النوازل في سوس ونماذج مختارة منها . بمجلة " دار الحديث الحسنية"، عدد 12، س 1995، ص 185 .

⁸⁴⁶ - عبد النبي ميكو - الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية . ج 1 . ط 1 . ص 48.

ويشير الأستاذ عبد العزيز بن عبد الله - نقلا عن دو كاستير في كتابه (السعديون) إلى أنه في ربيع الثاني عام 918 هـ الموافق يونيو 1512 م، أصدرت قبيلة الحارث بناحية آسفي - التي كانت خاضعة آنذاك للبرتغال - وبقرار من يحيى بن تعففت - أصدرت مدونة جنائية، ومما جاء فيها بعد بيان أن أصل التشريع هو حكم التنزيل : ((من حكم عليه الشرع بالحكم، ثم رجع للخصام بعد الحكم، فعليه عشرون دينارا أو ثور)) (عبد العزيز بن عبد الله - القضاء المغربي وخواصه . مرجع سابق، ص 255) .

⁸⁴⁷ - وقد اشتهر الفقيه العياشي بإدخال بعض التعديلات على الأحكام في العصور المتأخرة، حيث كان الناس يقصدونه بزواية سيدي حمزة بالأطلس الكبير. كما أن بعض القبائل دونت مختصر الشيخ خليل وغيره من كتب الفقه بالأمازيغية. انظر : عمر الجيدي - العرف والعمل في الفقه المالكي - ط 1984، ص 220.

ومثله أبو علي الحسين بن مسعود اليوسي (ت عام 1111 هـ) بالأطلس الكبير - إلى تدوين المشهور في المذاهب الأربعة .

ثانيا - سياق وضع مدونة الأحوال الشخصية :

نادت أولى الحركات الدستورية بالمغرب بتدوين الفقه الإسلامي⁸⁴⁸ . ومع فرض الحماية (1912)، عرف المغرب و ابتداء من سنة 1913، عملية تقنين هامة، تجلت في إصدار مجموعات من القوانين المدنية، والتجارية، والجنائية، وقوانين التحفيظ العقاري، والوضعية المدنية للأجانب بالمغرب، بالإضافة لنصوص خاصة أخرى . وهي القوانين التي كانت تعتمد عليها المحاكم العصرية بالمغرب في عملها القضائي، بخصوص القضايا ذات العنصر الأجنبي. لكن مادة الأحوال الشخصية والميراث بالنسبة للمغاربة المسلمين وقضايا العقار غير المحفظ، لم تعرف عملية تقنين مماثلة . وظلت أحكام المواد المذكورة خاضعة لأحكام الفقه المالكي، تبعا للراجح والمشهور وما جرى به العمل، مما كان يفتح مجالا واسعا لتعدد الآراء وتشعبها بخصوص المسألة الواحدة .

ولقد كان لنظام الحماية دور في عدم تدوين أحكام الأحوال الشخصية، إذ كان نظام الحماية متشعبا ومتأثرا بأفكار أول مقيم عام بالمغرب الجنرال (ليوطي)، الذي كان ينادي باحترام التقاليد المغربية، مادامت لا تتعارض مباشرة مع المصالح الفرنسية بالمغرب ((ولذلك فإن النظام المتبع في ملكية الأرض، والمستمد من قواعد الفقه الإسلامي، قد تم تفكيكه بشكل كامل، لأنه

⁸⁴⁸ - جاء في مذكرة مرفوعة للسلطان مولاي عبد العزيز ((المادة الخامسة - وأول عمل يبدأ به انتخاب أربعة من أفاضل العلماء الذين سبق لهم خدمة في القضاء، وكانوا متصفين بالاستقامة مع أربعة آخرين يكونون بالغاية القصوى من العلم، بشرط أن يكونوا ملمين بأحوال الوقت ويكلفون بكتاب يقتصر فيه على قول مذهب الإمام مالك رضي الله عنه بعبارة سهلة يفهمها العالم والجاهل كما فعلت الدولة العثمانية (كتاب مجلة الأحكام العدلية) . وبعد إتمامه يعرض على مجلس الملة ثم على المجلس الأعلى . وبعد الاتفاق على مواده ولو بغلبة الرأي، يصدر أمر سيدنا نصره الله تعالى بالعمل فيه لدى جميع القضاة)) . انظر علال الفاسي - حفريات عن الحركة الدستورية في المغرب قبل الحماية - مذكرة مرفوعة للسلطان مولاي عبد العزيز من طرف مجهول. د ت و د م ط. ولقد اكتشف الأستاذ محمد المنوني الباحث المغربي رحمه الله، أن الكاتب المجهول هو الشيخ عبد الكريم مراد، السوري الأصل والذي أقام بفاس ودرس بها . انظر محمد المنوني - مظاهر يقظة المغرب الحديث. ط 1، ج 2، ص 505. وكذا محمد عابد الجابري - المغرب المعاصر - سلا، ط 1، 1988، ص 19) .

كان مناقضا لهذه المصالح⁸⁴⁹. في حين غدت البنية العائلية المغربية، المؤطرة وفق قواعد الشرع، والتي لم تكن تشكل خطرا على المصالح الفرنسية - غدت موضع احترام وتبجيل مطبوع بسمه الغرابة⁸⁵⁰.

وهذا الوضع الذي عرفه المغرب، على صعيد تأخير تقنين أحكام الأحوال الشخصية، هو وضع عرفته باقي الدول الإسلامية تقريبا. فقد جاءت عملية تقنين أحكام الأحوال الشخصية متأخرة عن عملية التقنين في الميدان المدني والتجاري والجنائي. فحتى عند وضع مجلة الأحكام العدلية من طرف الدولة العثمانية (1876) فإنها لم تتناول سوى أحكام المعاملات فقط، وبقيت مسائل الأحوال الشخصية محكومة بأحكام الفقه الإسلامي، إلى أن سن قانون العائلة العثماني في وقت لاحق (1917)، الذي اختص بمسائل الزواج والطلاق، وأخذ الكثير من الأحكام من غير المذهب الحنفي. ثم بعد ذلك تم الأخذ في وضع تقنينات لمادة الأحوال الشخصية في مختلف البلاد العربية والإسلامية⁸⁵¹.

وفي غمرة توجهات عهد الاستقلال بالمغرب، تم إحداث لجنة لوضع مدونة⁸⁵² لأحكام الفقه الإسلامي، وذلك بمقتضى الظهير الشريف المؤرخ في 18 غشت 1957، ثم صدر مرسوم

⁸⁴⁹ - وتم ذلك بإنشاء نظام التحفيظ العقاري، كأداة لتركيز الاستعمار الرسمي للأرض، فبمجرد خضوع العقار لنظام التحفيظ يصبح خاضعا لسلطة المحاكم العصرية إذك، ويخرج عن اختصاص المحاكم الشرعية. انظر بهذا الصدد: محمد بن عبود - "مركز الأجانب بالمغرب"، ط 3، الرباط، ص 121 و 129.

⁸⁵⁰ - فاطمة المريني - الجنس كهندسة اجتماعية - ترجمة فاطمة الزهراء زربول، الدار البيضاء 1987، ص

140.

⁸⁵¹ - حول تقنين التشريعات في الدول العربية، خاصة ما يتعلق بالأحوال الشخصية، انظر:

- وهبة الزحيلي - جهود تقنين الفقه الإسلامي، ط 1، بيروت 1987.

- صبحي محمصاني - الأوضاع التشريعية في البلاد العربية. مرجع سابق.

- ومحمد عبد الجواد - مباحث في الشريعة الإسلامية، مصر 1977 بالمبحث الأول من الكتاب.

- علال الفاسي - الأحوال الشخصية - مطبوع على أستا نسيل، دون بيان تاريخ الطبع، ص 8 و 9.

- عبد السلام أحمد فيغو - ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي. بالجلد المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 16، خاص بموضوع "الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، ص 43 - 73.

- إدريس العلوي العبدلاوي - الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لمشروع القانون المدني العربي الموحد. بالجلد المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد. عدد 3، دجنبر 1977، ص 39 - 72.

⁸⁵² - تميز المشرع المغربي بأخذه باسم المدونة، ولربما تأثرا بأهم مصدر في الفقه المالكي، وهو المدونة المروية عن الإمام مالك. ويطلق لفظ المدونة في المغرب على عدة مجموعات قانونية: كمدونة التجارة، مدونة الجمارك، مدونة

21 غشت 1957 بتعيين أعضاء اللجنة المذكورة⁸⁵³ وهم من كبار علماء الشريعة الإسلامية بالمغرب، وعددهم عشرة أعضاء⁸⁵⁴ : ستة منهم كانوا يمارسون مسؤوليات بالسلك القضائي . ولقد اهتمت هذه اللجنة ابتداء بوضع مدونة لأحكام الأسرة المغربية⁸⁵⁵ . فعرضت وزارة العدل مشروع المدونة على اللجنة المذكورة، مع المذكرة التوضيحية للمشروع⁸⁵⁶ ، ثم وضع المقرر العام للجنة ، المرحوم علال الفاسي، تقريره عن مشروع المدونة المقدم من طرف وزارة العدل⁸⁵⁷

الشغل . كما يمكن إرجاع، أخذ المشروع التونسي بتسمية "مجلة الأحوال الشخصية" (1957) لتأثره بالمجلة العثمانية.

⁸⁵³ - الظهير والمرسوم المذكوران منشوران بالجريدة الرسمية عدد 2341 بتاريخ 06-09-1957. وقد جاء في أسباب ظهير إحداث اللجنة المذكورة ((إنه ونظرا للمرحلة الحافلة بالإصلاحات في سائر الميادين التي تجتازها المملكة المغربية الشريفة، ولاسيما في الميدان التشريعي -وحيث إن مادة الفقه الإسلامي بغزارتها ودقتها وتشعبها يمكن أن يؤدي النظر فيها إلى تأويلات عديدة- وحيث أصبح من الضروري التأكيد جمع أحكام الفقه الإسلامي في مدونة تيسر تعليمه وتسهيل إجراء العمل به وتطبيق مقتضياته، ورعا لما ذكر من الفائدة للمتحاكمين والنتيجة الحسنة لضمان سير القضاء...)).

⁸⁵⁴ - وهم السادة : محمد بن العربي العلوي (وزير مستشار بمجلس التاج) - المختار السوسي (وزير مستشار بمجلس التاج) - علال الفاسي (مقرر اللجنة) - محمد داود (عضو المجلس الاستشاري) - أحمد البدراري (رئيس مجلس الاستئناف الشرعي) - عبد الرحمان الشفشاوي (خليفة رئيس مجلس الاستئناف الشرعي) - مولاي المهدي العلوي (العضو المستشار بمجلس الاستئناف الشرعي) - مولاي عبد الواحد العلوي (رئيس القسم الإقليمي لاستئناف أحكام القضاة بالدار البيضاء) - الحسن بن البشير (رئيس القسم الإقليمي لاستئناف أحكام القضاة بفاس) - حماد العراقي (المستشار بالمحكمة العليا الشريفة) .

⁸⁵⁵ - لم يصدر من أعمال اللجنة سوى نص مدونة الأحوال الشخصية، غير أن اللجنة وضعت مشروعاً لقانون الأموال قدم لوزارة العدل سنة 1959 وهو يبدأ بالفصل 298 تكملة لما انتهى إليه نص المدونة (الفصل 297) . مما كان يدل على أن اللجنة كانت في طريق وضع مدونة عامة للفقه الإسلامي طبق ظهير إنشاء اللجنة. ويضم مشروع قانون الأموال: تعريف الأموال والحقوق العينية، وينتهي المشروع بالفصل 367 الذي يجيل على المذهب المالكي في الراجح والمشهور وما جرى به العمل -انظر نص المشروع بمجلة رابطة القضاة، السلسلة القديمة، عدد 4، لسنة 1964، ص 60.

⁸⁵⁶ - لقد تم وضع مشروع المدونة الذي عرض على اللجنة، المرحوم حماد العراقي، وهو من الأطر العليا بالسلك القضائي، إذك، كما أنه كان من أعضاء اللجنة المذكورة. انظر كتابه : شرح قانون الزواج المغربي. الدار البيضاء ، دون بيان تاريخ الطبع، ص 6.

⁸⁵⁷ - انظر نص التقرير بمجلة القضاء والقانون، عدد 5 لسنة 1958، الخاص بمدونة الأحوال الشخصية .

متضمنا تعديلات أدخلت على المشروع المذكور⁸⁵⁸. وبعد ذلك صدر النص النهائي لقانون الأحوال الشخصية المغربي في 297 فصلا تحت عنوان "مدونة الأحوال الشخصية" ⁸⁵⁹، متضمنة لستة كتب: الكتاب الأول في الزواج - والكتاب الثاني في انحلال ميثاق الزوجية وآثاره⁸⁶⁰ - والكتاب الثالث في الولادة ونتائجها⁸⁶¹ - والكتاب الرابع في الأهلية والنيابة الشرعية⁸⁶² - والكتاب الخامس خاص بالوصية⁸⁶³ - والكتاب السادس خاص بالميراث⁸⁶⁴. وابتدأ العمل بها (

⁸⁵⁸ - مثال ذلك إضافة فقرة ثلاثة للفصل الخامس من المدونة بخصوص جواز سماع دعوى الزوجية اعتمادا على البيئة الشرعية استثناء من شرط الإشهاد. والإبقاء على نظام الولاية في الزواج الذي جاء المشروع بخلافه، وقد اعتمد المقرر على اعتبارات اجتماعية للإبقاء على المؤسسة المذكورة. وتم إلغاء ما نص عليه المشروع بخصوص رقابة القضاء على مبدأ تعدد الزوجات. وتم إلغاء إمكانية التطليق لسجن الزوج. وإلغاء ما جاء به المشروع من سقوط نفقة الناشز. كما تم إلغاء تسلسل أرقام فصول المدونة، حيث كان كل كتاب يتضمن ترتيبا خاصا به، وتم بدل ذلك اعتماد تسلسل عام يمتد من أول فصل في المدونة إلى آخر فصل في ترتيب فصول كتب المدونة ككل. كما أنه وبدل ما كان ينص عليه الفصل الأخير من المشروع بخصوص الإحالة على المذهب المالكي، فإن النص الرسمي والنهائي للمدونة تضمن مبدأ الإحالة المذكور متفرقا على بعض كتب المدونة فقط (الكتاب الثاني- ف 82، الكتاب الرابع- ف 172، الكتاب الخامس- ف 216، الكتاب السادس- ف 297). وبالمقابل لم يتم النص على مبدأ الإحالة في كل من الكتائين الأول والثالث، وهو ما خلق بعض التأويلات - كما سنرى- التي تذهب إلى أن الكتب التي لا تتضمن مبدأ الإحالة المذكور لا يرجع فيها إلى الفقه.

⁸⁵⁹ - نص الفصل الأول من الظهير المنفذ للكتاب الأول والكتاب الثاني من مدونة الأحوال الشخصية على أنه ((ستنشر سلسلة كتب في موضوع أحكام الأحوال الشخصية، ويتألف من مجموعها مدونة تحمل اسم "مدونة الأحوال الشخصية")) . ويلاحظ أن المشرع المغربي أخذ بمصطلح -الأحوال الشخصية- ولم يأخذ مثلا بمصطلح قانون الأسرة أو العائلة، الذي ينادي به البعض نظرا للأصل الغربي لمصطلح الأحوال الشخصية، ولكون الأسرة هي محط اهتمام هذا النوع من التشريعات .

⁸⁶⁰ - صدر الكتاب الأول والثاني دفعة واحدة، وصدر الظهير المنفذ لهما تحت رقم 343 - 57 - 1، بتاريخ 22-11-1957 (جريدة رسمية عدد 2354، بتاريخ 06-12-1957) .

⁸⁶¹ - نفذ الكتاب الثالث بالظهير الشريف رقم 379 - 57 - 1، بتاريخ 18-12-1957، ج. ر. عدد 2358 بتاريخ 03-01-1958.

⁸⁶² - نفذ الكتاب الرابع بالظهير الشريف رقم 019 - 58 - 1، بتاريخ 25-01-1958، ج. ر. عدد 2363 بتاريخ 07-01-1958.

⁸⁶³ - نفذ الكتاب الخامس بالظهير الشريف رقم 073 - 58 - 1، بتاريخ 20-02-1958 ج. ر. عدد 2367 بتاريخ 07-03-1958.

⁸⁶⁴ - نفذ الكتاب السادس بالظهير الشريف رقم 112 - 58 - 1، بتاريخ 03-04-1958 ج. ر. عدد 2371 بتاريخ 04-04-1958.

بدءاً من الكتاب الأول والثاني) في فاتح يناير 1958⁸⁶⁵. ويلاحظ من خلال احتساب المدة الزمنية ما بين إعداد مشروع المدونة، وما بين صدور آخر كتاب من كتبها، أن نص مدونة الأحوال الشخصية قد أعد في وقت وجيز⁸⁶⁶.

وهكذا تسنى لأول مرة جمع شتات الكثير من القواعد الفقهية المتعلقة بمادة الأحوال الشخصية، والمبعثرة في كتب الفقه في نص تشريعي واحد وموحد، وإن لم يتناول جميع الأحكام التي تم الموضوع. وقد جاء مضمون هذا النص متمسكاً بالفقه المالكي عموماً، وملزماً للعمل بذلك الفقه فيما لم ينص عليه ذلك النص، وذلك طبق قاعدة الإحالة المنصوص عليها في الفصول: 82 و 172 و 216 و 297 من المدونة، حيث تضمنت تلك الفصول قاعدة وردت بصيغة واحدة هي: " كل ما لم يشملها هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك".

ولقد تمت ترجمة خمسة كتب من المدونة بصفة رسمية إلى اللغة الفرنسية، ماعدا الكتاب السادس المتعلق بالميراث. وقد ترجمه السيد أندري كولمير: ANDRE COLOMER: Droit Musulman, Rabat - Paris, 1968. T. 2, P. 16/38. انظر: مدونة الأحوال الشخصية، طبعة عربية فرنسية، تقديم فرنسوى بول بلان و راجحة زدكي، سوشيريس، 1986، ص 96، هامش 15.

⁸⁶⁵ - وفق ما نص عليه الفصل الثاني من الظهير رقم 57-343 - 1، بتاريخ 22-11-1957 (جريدة رسمية عدد 2354، بتاريخ 06-12-1957).

وقد نص الفصل الثالث من نفس الظهير المطبق بموجبه الكتابان الأول والثاني من المدونة، على: ((إن جميع القضايا المعروضة على محاكم القضاة قبل صدور هذا الظهير، تطبق فيها الأحكام الفقهية المعمول بها سابقاً، إلى نهاية البت في الدعوى)) . كما نص الفصل الرابع من نفس الظهير، على أنه: ((يلغى العمل بجميع مقتضيات المخالفة أو التي لا تتلاءم مع نصوص المدونة))، وقد نصت الظهائر اللاحقة المطبقة لباقي كتب المدونة، على إعمال نفس المقتضيات السابقة.

⁸⁶⁶ - فتاريخ إنشاء اللجنة هو يوم 19-08-1957، وتم تعيين الأعضاء يوم 21-08-1957، ثم صدر الكتاب الأول والثاني من المدونة يوم 22-11-1957، وبدئ العمل بهما يوم 01 / 01 / 1958. لتعقبهما بعد ذلك باقي كتب المدونة، وآخرها كان بتاريخ 04-04-1958. بل إن مشروع المدونة نفسه والموضوع من طرف المرحوم حماد العراقي وضع كذلك باستعجال، فلقد قدم المرحوم لوزير العدل دراسة فقهية أعرب فيها عن وجهات نظره، وشرع في العمل، فكان كلما مرت فترة خمسة عشر يوماً يقدم لوزير العدل (السيد عبد الكريم بنجلون) كتاباً كاملاً. حتى أتم في ظرف ثلاثة أشهر ستة كتب. ويلاحظ أن المشروع المذكور الموضوع من طرف القاضي كان أكثر جرأة من موقف الفقهاء الذين أشرفوا على وضع النص النهائي للمدونة، فقد تضمن المشروع: إلغاء الولاية على زواج المرأة، وإقرار رقابة القضاء على تعدد الزوجات، والإشهاد على الزواج بدون استثناء يعطل هذا الشرط؛ وهو ما تم التراجع عنه عند التحرير النهائي لنص المدونة.

وباعتبار الارتباط الدائم بين قضاء الأحوال الشخصية وقواعد الفقه الإسلامي، ونظرا للظروف المواكبة للاستقلال، ولكون الأعضاء المكونين للجنة وضع المدونة، من علماء الشريعة خريجي جامعة القرويين، فإن نصوص المدونة جاءت أكثر ارتباطا بالفقه المالكي. فقد جاء في تقرير المقرر العام للجنة، المرحوم علال الفاسي: ((إذا أردنا أن ندون الفقه في المغرب لتقريبه للمحاكم المغربية وجب أن نراعي المذهب المالكي بقدر الإمكان، مع اعتبار الأصول العامة وخصوصا المصلحة المرسله))⁸⁶⁷ وطبعي أن يكون الأمر بذلك الشكل، مادام المذهب المالكي هو المذهب الرسمي للدولة المغربية منذ عهد طويلة، ويشكل وجها من أوجه النظام العام في المغرب⁸⁶⁸، بل وشعارا من شعارات الدولة المغربية⁸⁶⁹، وبذلك اقتضت عليه المدونة بصفة عامة⁸⁷⁰. وكما جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى⁸⁷¹ في بداياته: ((ليس ظهير 22 نونبر 1957، إلا تقريبا متعلقا بالأحوال الشخصية والميراث، المأخوذ من مقتضيات الشريعة الإسلامية)).

⁸⁶⁷ - انظر مجلة القضاء والقانون، عدد 5، ص 461. وكما نبه على ذلك المرحوم عبد النبي ميكو، فإن مصدر الأفكار التي جاءت في الأعمال التحضيرية للمدونة هو المقرر العام علال الفاسي، وقد سبق له ذكرها في كتابه النقد الذاتي. انظر عبد النبي ميكو: الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية. مرجع سابق، ج 1، ص 63.

⁸⁶⁸ - محمد الكشور: قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، ط 3، الدار البيضاء 1996، ص 21.

⁸⁶⁹ - عبد الهادي التازي - المذهب المالكي كشعار من شعارات الدولة المغربية. مرجع سابق، ص 87 - 108.

⁸⁷⁰ - بخلاف بعض الدول الإسلامية، فتركيا الحديثة وضعت قانونا وضعيا صرفا للأحوال الشخصية. وبالمقابل فإن أغلب الدول في الخليج العربي تعتمد على قواعد فقهية غير مدونة بشكل رسمي. وهناك من يمزج بين مختلف المذاهب ويأخذ علاوة على ذلك بالقانون المقارن (تونس). وتعتمد الأردن وسوريا المذهب الحنفي. وفي لبنان يسود نظام الطوائف الملية (حول قضاء الأحوال الشخصية في لبنان، انظر: إبراهيم طرابشي - قضاء الأحوال الشخصية / الواقع والتطوير. بمجلة أبعاد، المركز اللبناني للدراسات، عدد 5 / 1996، ص 69 وما بعدها). ((ولاشك أن هذا التعصب المذهبي ليس ناشئا عن العقيدة الدينية، وإنما منشؤه التقليد الأعمى)) كما يقول الدكتور أحمد الخمليشي (التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1، ط 1، الرباط 1984، ص 18-20). وتجدد الإشارة إلى أن المدونة تأثرت بالقانون المصري لسنة 1920 وتعديلاته، وبالقانون السوري لسنة 1953، الذي أخذت عنه نصوصا حرفية؛ لكن المدونة لم تتأثر بمجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة 1956 رغم صدورهما في فترة متقاربة.

⁸⁷¹ - المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 63، بتاريخ 02 / 01 / 1963، منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة في المادة المدنية (1958 - 1996)، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربعين، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 1997، ص 25. وقد صدر هذا القرار بمحضر مستشارين فرنسيين إذاك.

إن هذه المرجعية الفقهية كانت تحتمها الظروف والملابسات التاريخية والاجتماعية التي واكبت وضع المدونة، كنص معد للأسرة المغربية المسلمة⁸⁷²، مما تحتم معه الرجوع إلى صياغة قانون الأسرة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي⁸⁷³، ممثلاً في تطبيقات المذهب المالكي السائدة بالمغرب لأحقاب طويلة. فالحصول على الاستقلال ولد شعوراً سائداً بضرورة إحلال تشريعات مستمدة من الشريعة الإسلامية، وإلغاء التشريعات التي أقرها المستعمر⁸⁷⁴ بما في ذلك التشريعات التي تقرر مبدأ سيادة العرف في مناطق العرف المؤسسة بمقتضى ظواهر السياسة

⁸⁷² - ((أي دراسة للمدونة في بعدها السياسي والاجتماعي والاقتصادي، يستدعي بالضرورة وضعها في الإطار التاريخي . دون إغفال المعطيات الاجتماعية، ومراعاة كليات الشريعة الإسلامية وجزئياتها)) خديجة صبار : المرأة بين المدونة والفناء الإسلامي - بأشغال ندوة : مدونة الأحوال الشخصية : أي تغيير ؟. منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط . ص 35 .

⁸⁷³ - ولذلك ترتبط مسائل الأحوال الشخصية بالمفاهيم الدينية بشكل وثيق: فالزواج مثلاً فيه معنى العبادة والمعاملة، إلا أنه - من وجهة نظر الفقه - أقرب إلى العبادات. و أن الطلاق أبغض الحلال عند الله. كما أنه وبخصوص مسائل الزواج والطلاق تبدو فكرة الحلال والحرام بارزة بشكل قوي. ولذلك فإن بعض الأحكام القضائية تبرز هذه الفكرة في حيثياتها . فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بخصوص زواج ثاني لمطلقة تم ارتجاعها من قبل زوجها الأول، إلا أنه لم يتم إعلامها بالرجعة : ((لاسيما والقضية فيها حق من حقوق الله، لا ينبغي التهاون فيه)) (انظر قرار المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 1573 . بتاريخ 27 مايو 1988، ملف شرعي عدد 87/6758، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44، ص 101).

وتظهر آثار هذا الارتباط بالقواعد الدينية في : الأخذ بمبدأ شخصية قوانين الأحوال الشخصية، في مجال القانون الدولي الخاص . وفي اعتبار هذه القوانين من المسائل المرتبطة بالنظام العام . خاصة ما كان منها، ذا مصدر نصي ديني قطعي ومباشر، كالميراث مثلاً . بل لقد تضمن الفصل 72 من المدونة مثلاً النص القرآني الوارد في سورة الطلاق، آية 4، بحرفيته : ((أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن)) . وجاء في الفصل 176 ((لا وصية لوارث)) وهي عبارة وردت في حديث مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم (أخرجه النسائي - الحديث رقم 3583) كما أن الأحكام القضائية في مادة الأحوال الشخصية، تحمل أحياناً في حيثياتها نصوصاً من القرآن الكريم، والسنة النبوية . فقد جاء في قرار للغرفة الشرعية ((نصيب الطاعنة باعتبارها الوارث الوحيد لوالدها هو النصف... لقوله تعالي " وإن كانت واحدة فلها النصف ")) (المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 805 ، بتاريخ 28 / 05 / 1985، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 37 / 38، ص 122) . وكثيراً ما يتم اعتماد قاعدة الإثبات ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر)) المستمدة من حديث نبوي ((شاهدك أو يمينه)).

⁸⁷⁴ - ولاشك أن إنشاء لجنة أخرى لمراجعة التشريع الجاري به العمل بالمملكة طبق ظهير 28-01-1958 يترجم

هذا الشعور.

البربرية خاصة ظهر 16-05-1930⁸⁷⁵، وهي السياسة التي كانت تهدف من جملة ما تهدف إليه ضرب القضاء الشرعي المرتبط بالشعور الديني للمغاربة، والمرتبط كذلك بالسلطان الساهر على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية⁸⁷⁶.

وفضلا عن هذه الجوانب التاريخية والمذهبية المؤثرة في مرجعية المدونة، فإن طبيعة البيئة الاجتماعية التي كانت تعيش فيها الأسرة المغربية إذاك، فرضت السير بنصوص المدونة في حدود الإطار الذي صدرت فيه⁸⁷⁷، وهو الارتباط بالنظرة التي ينظر بها الفقه لمسائل الزواج والطلاق، حيث يسود الاحتياط فيها، طبق المقرر في الفقه المالكي. إذ السائد عند فقهاءه هو: أن مذهب الإمام مالك أوسع من مذاهب مصر والشام والعراق، إلا في مسائل النكاح والعتق والطلاق⁸⁷⁸. وهكذا فالمدونة ليست نسقا قانونيا معزولا عن ظروف وضعه الاجتماعية والتاريخية، لكنها مع ذلك، فقد اعتبرت في البداية مرحلة متقدمة في تنظيم أحكام الأسرة المغربية، وشكلت بذلك عملا إصلاحيا على العموم. فكانت بذلك مرحلة في طريق تحرير الرجل والمرأة من برائن

⁸⁷⁵ - فقد نص الفصل الثاني من هذا الظهير على أن المحاكم (العرفية) تنظر في جميع القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية، أو بأمور الإرث. وتطبق في كل الأحوال العوائد المحلية.

⁸⁷⁶ - ترجع مقدمات السياسة البربرية للحماية الفرنسية بالمغرب، إلى سنة 1914 (ظ 11-09-1914) بشأن استثناء بعض القبائل البربرية من القضاء الشرعي، ثم ظهير نونبر 1921، وظهير 15-7-1922 ثم ظهير 16-05-1930 الذي توج السياسة البربرية، والذي قوبل بمقاومة وطنية شديدة. ومع الاستقلال تم إلغاء الظهائر المذكورة بمقتضى الظهائر ذات التواريخ التالية: (04-03-1956)، (09-03-1956)، (21-06-1956). وحول السياسة البربرية، انظر: إبراهيم كردية "السياسة البربرية للحماية الفرنسية بالمغرب" البيضاء 1985 ص 35. وابن شنهو "البيان المطرب"، ص 120. ومحمد عابد الجابري "المغرب المعاصر" مرجع سابق، ص 80.

⁸⁷⁷ - حول ظروف وضع المدونة، انظر:

- أحمد الخلميوشي وعبد الرزاق مولاي رشيد- مدونة الأحوال الشخصية بعد 25 سنة من صدورها - بالجملة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 10، ص 33 وما بعدها.

- Abderrazak MOULAY R'CHID, Le droit de la famille entre la politique de l'état et le changement social, in DROIT ET ENVIRONNEMENT SOCIAL AU MAGHREB, Casablanca 1989, p. 237.../.

- فريدة بناني - قانون الأحوال الشخصية مرآة للمجتمع المغربي. ضمن كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993) الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويسي بالرباط، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فردريك إبيرت FRIEDRICH EBERT حول ((تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظهائر 10 شتنبر 1993 - حصيلة أولية))، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، 1997، ص 41 ../.

⁸⁷⁸ - عبد الله كنون - العمل هذه القاعدة المحكمة - جريدة الرسالة - (المغرب) عدد 100 بتاريخ 06-06-

التقاليد وشوائب الأعراف البالية، وتنظيم الأسرة المغربية وفق نموذج محدد على الأقل، وموحد على صعيد التشريع، بحيث إن المدونة أغنت في كبير من المسائل عن تضارب الآراء.

وعلى ذلك يمكن القول، أن قانون الأحوال الشخصية المغربي، كما جاءت به المدونة ينتظم

على المحددات الأساسية التالية:

أ- الشريعة الإسلامية المستقاة من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة .

ب- المذهب المالكي كفقته تأويل واجتهاد.

أي أن المدونة تحيل على قواعد الفقه الإسلامي، بتوسط قواعد الاجتهاد الفقهي المالكي⁸⁷⁹ أساسا، بالرغم من أن المدونة أخذت في بعض المسائل بقواعد من خارج المذهب المالكي . وبناء على ذلك يكون المصدر التكميلي لنصوص المدونة -المستقاة أساسا من الفقه المالكي⁸⁸⁰ - هو الفقه المالكي نفسه مادامت تحيل عليه، وهو بذلك، من مكونات الإطار العام للمدونة، الذي يشمل بالإضافة إلى ذلك باقي نصوص القوانين الوضعية التي تتقاطع مع المدونة، بخصوص مادة الأحوال الشخصية .

فالمرجعية الفقهية لمدونة الأحوال الشخصية مرجعية متنوعة، ما دامت نصوصها تتضمن قواعد مستقاة من مذاهب فقهية أخرى، من غير المذهب المالكي الذي هو قاعدة ارتكاز نصوص المدونة. فقد نصت المذكرة الإيضاحية لمشروع المدونة المقدم من طرف وزارة العدل على أنه ((ليس هناك مانع شرعي من الأخذ بأقوال الفقهاء سواء كانوا من أصحاب المذاهب الأربعة أو غيرهم، خصوصا إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدي إلى جلب صالح عام أو رفع ضرر عام، بناء على ما هو الحق من آراء علماء أصول الفقه))⁸⁸¹. فلا غرو أن تضمنت المدونة حلولاً من غير المشهور من مذهب الإمام مالك، أو أنها خالفت ما جرى به العمل من مذهبه ، أو أخذت بحلول مستقاة من مذاهب فقهية سنية أخرى. بل إن المدونة نصت على مسائل لا سند لها في الفقه أصلا، كما أنها تضمنت أحكاما تنظيمية مستقاة من القانون المقارن⁸⁸².

⁸⁷⁹ - كتر العلو لمراي - الأسرة المغربية ثوابت ومتغيرات، الرباط 1986، ص 47.

⁸⁸⁰ - ولذلك فإن البعض يعتبر المذهب المالكي مصدرا مباشرا، ومصدرا تكميلا لنصوص مدونة الأحوال الشخصية. انظر : فريدة بناني - تقسيم العمل بين الزوجين (في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي - الجنس معيارا -)، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، 1993، ص 6 .

⁸⁸¹ - انظر المذكرة الإيضاحية، بمجلة القضاء والقانون عدد 5 مرجع سابق، ص 452.

⁸⁸² - انظر أمثلة لكل ما ذكر في مطلع الفصل الأول من القسم الأول من هذا البحث.

غير أنها وفي مقابل ذلك لم تنص على عدة مسائل⁸⁸³ خاصة فيما يتعلق بنطاق تطبيق المدونة من حيث الأشخاص⁸⁸⁴ وعدم تأييد أحكام المدونة بالمؤيد الجزائي رغم ارتباط أحكامها بالنظام العام، وهو ما جعل البعض يتساءل عن مؤهلات إدخال المدونة ضمن القواعد القانونية⁸⁸⁵. ولقد بذلت عدة محاولات لتعديل المدونة لتلافي بعض نقصها، فأدخلت عليها بعض التعديلات سنة 1993، لكن الحديث لا زال جاريا عن إجراء تعديلات أخرى.

⁸⁸³ - مثال ذلك: الردة والموت كسببين استثنائيين لانحلال الزواج . -والظهار. -و اللعان، الذي لم تعالجه المدونة إلا كسبب مانع للزواج ولم تفصل أحكامه كسبب لنفي النسب -التطليق لخرق الالتزامات التعاقدية بين الزوجين- تسجيل الطلاق بكناش الحالة المدنية . انظر:

ABDERRAZAK MOULAY R'CHID Le dissolution du mariage, (sur stencil) p. 2, 4, 11, 28. .

-طلاق السفية -والهزل -والمخطئ -والغافل -والساهي - زواج وطلاق المريض مرض الموت (وهي نفس الملاحظات على القانون المصري. انظر محمد محي الدين عبد الحميد -الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط 2- 1958 ص 261 و 294). كما لم تنص المدونة على: -أحكام الوكالة في الزواج المنصوص عليها في المدونة -عيوب الرضا في الزواج -وعقد الزواج مع الاتفاق على إسقاط المهر -وسبب ملكية المرأة للمهر هل بالعقد أم بالدخول -وتلف المهر أو تفويته عند حدوث الطلاق قبل الدخول -الإجراءات الكفيلة بحصول المطلقة على حقوقها بعد الطلاق -متى يكتسب الطلاق القضائي الصفة النهائية خاصة بالنسبة للتطليق للغبية، هل بمجرد صدور الحكم الابتدائي أم باكتسابه قوة الشيء المقضي به -وعدم النص على إجراءات منح الإذن بالرجعة بالنسبة للمعسر بالنفقة (انظر أحمد الحليمي -التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 73، 75، 79، 127، 136، 280، 304، 326، 351).

⁸⁸⁴ - إذ لم يتم ذلك إلا بمقتضى قانون الجنسية (ظهير 06-09-1958) حيث نص الفصل الثالث منه على أنه "يطبق قانون الأحوال الشخصية الخاص بالمغاربة المسلمين على جميع المواطنين باستثناء المغاربة المعتنقين الديانة اليهودية فإنهم يخضعون لقانون الأحوال الشخصية المغربي العبري. غير أن المقتضيات الآتية فيما بعد لا تطبق على المغاربة غير المسلمين وغير اليهود : 1- يجرم عليهم تعدد الزوجات. 2- لا تطبق عليهم القواعد المتعلقة بالرضاع. 3- يجب أن يصرحوا بتطليقهم بطريقة قضائية بعد إخفاق محاولة التوفيق بين الزوجين وإجراء بحث عن أسباب طلب الفراق. وفي حالة الخلاف يرجح قانون الزوج أو الأب". . وكذلك الأمر بالنسبة للأجانب المسلمين، إذ اعتبر القضاء أن ظهير 24-04-1959 المتعلق أساسا باختصاص المحاكم الشرعية بقضايا المسلمين الأجانب - هو مبرر خضوع الأجانب المسلمين لمدونة الأحوال الشخصية .

⁸⁸⁵ - حماد العراقي - كفاح من أجل العدل - ط 1 . الدار البيضاء 1975 . ص 74 و 75 . ويضرب أمثلة بالفصول: 10 من المدونة بخصوص عدم جواز تزويج القاضي نفسه ممن هي تحت ولايته . والفصل 19 بخصوص منع الولي من أخذ مقابل ممن تزوج بمن هي تحت ولاية ذلك الولي -والفصل 30 الخاص بمنع تعدد الزوجات إذا خيف عدم العدل. فهذه الفصول تفتقر لعنصر الجزاء، الذي هو الشرط الأساسي لأية قاعدة قانونية وهو ما يشل يد القضاء تجاه المحالفين.

ثالثا - تعديل نصوص مدونة الأحوال الشخصية:

منذ صدور مدونة الأحوال الشخصية في سنة 1957 لم يشملها أي تغيير⁸⁸⁶ وذلك إلى حدود سنة 1993، رغم أن نص المدونة كان محل مطالبة بالتغيير منذ مدة ومن طرف عدة فعاليات اجتماعية وتنظيمات نسائية مختلفة، تبعاً للتطورات التي عرفتها الأسرة المغربية منذ عهد الاستقلال إلى الآن⁸⁸⁷.

ولالإشارة فإن الفقه الإسلامي يقرر مبدأ جواز الجزاء الزجري، في مادة الأحوال الشخصية : إذ يقرر الحنفية تعزيز الزوج الذي يظلم في القسم بين زوجاته، والزوج الذي يؤدي زوجته بالضرب . (انظر : محمد محيي الدين عبد الحميد - الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 316) .

⁸⁸⁶ - وإن كانت قد صدرت عدة نصوص ، تم ميدان الأحوال الشخصية ، منها :

- ظهير 06 / 09 / 1958 المتعلق بالجنسية .

- ظهير 04 / 03 / 1960 بشأن الزواج المختلط .

- ظهير 29-10-1962 (ج ر عدد 2612 بتاريخ 16 نونبر 1962) ، والمتعلق بتخلي بيت المال عن حقوقه الإرثية . (انظر منشور وزير العدل عدد 4 ، بتاريخ 12 / 01 / 1964 . بمجموعة مناشير وزارة العدل - لسنة 1964 .

- ظهير 08-10-1977 (ج. ر. عدد 3888 بتاريخ 10-10-1977) الذي أدخل بعض الإصلاحات بخصوص نظام الأوقاف (الأقباس المعقبة) .

- ظهير المسطرة المدنية (28 / 09 / 1974) الذي تضمن عدة مقتضيات خاصة بالأحوال الشخصية . هذا بالإضافة لعدة مناشير وزارية .

ويرى الدكتور أحمد الخليلي، أن البوادر التشريعية التي أخذت تلامس قواعد من الأحوال الشخصية،

في إطار العصرية ، ولم تمس صلب مقتضيات المدونة ، تتمثل في :

1 - قانون الجنسية (الفصل 3 من ظهير 06 / 09 / 1958) .

2 - الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966 ، والتي وافق عليها المغرب في 18 / 11 / 1979 (ج. ر. عدد 3525 ، ص 636) .

3 - الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي (10 / 08 / 1981) وقد صودق عليها بظهير 14 / 11 / 1986 (ج. ر. عدد 3910 ، ص 931 ، بتاريخ 07 / 10 / 1987) . انظر : أحمد الخليلي - الثلاثي المتحكم في تطور قانون الأحوال الشخصية . بمجلة الميادين ، عدد 3 ، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي ، ص 90 - 91 .

⁸⁸⁷ - ويذهب البعض ، إلى أنه كان ينظر إلى المدونة على أساس أنها نص قانوني مؤقت ، لا من طرف واضعيها فقط بل أيضا من طرف الممارسين ، لأنه مباشرة بعد أربع سنوات على دخولها حيز التنفيذ شرع في التفكير في تغييرها . بدءا من اللجنة المكونة من طرف رؤساء المحاكم سنة 1961 . انظر : عائشة لحماس - في مداخلتها في

ولقد بذلت عدة محاولات لإعداد التغييرات المطلوبة. وكانت المحاولة الأولى في سنة 1961 عن طريق وضع مشروع لقانون الأحوال الشخصية من طرف لجنة مكونة من رؤساء المحاكم. كما أنه وفي أعقاب سن قانون توحيد القضاء (26-01-1965) صرح وزير العدل آنذاك بأن التجربة أبانت عن ضرورة تعديل بعض نصوص مدونة الأحوال الشخصية⁸⁸⁸. وتم من أجل ذلك إنشاء لجنة لوضع مشروع جديد. كما أن اللجنة الملكية للتدوين (يونيو 1979) هيأت مشروعاً جديداً لأحكام الأحوال الشخصية، وأعلن عن كونه جاهزاً منذ سنة 1981⁸⁸⁹ غير أن أياً من هذه المشاريع لم يتم إقراره.

أشغال ندوة : مدونة الأحوال الشخصية : أي تغيير ؟. منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب) ، د. ت. ط. ص 41 .

⁸⁸⁸ - خاصة ما يتعلق بالخطبة والولاية وموانع الرضاع والأعمال الإدارية التي تسبق الزواج ودار الثقة والتزويل والنفقة والوصية. انظر: خطاب وزير العدل ، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 72 ، الخاص بقانون التوحيد لسنة 1965. ص 10 و 37 وما بعدها .

⁸⁸⁹ - حول المشروع المذكور (1981):

- Abderrazak MOULAY R'CHID, « Le projet de code de statut Personnel » , in «LE PARLEMEYNT ET LA PRATIQUE LEGISLATIVE AU MAROC» Ed. TOUBKAL-Mouhamadia- 1985. p. 145-174.

- Abderrazak MOULAY R'CHID« Le droit de la famille entre la politique de l'état et le changement social », in « Droit et environnement social au MAGHREB », ed. CNRS - Paris et Fondation du roi ABDUL AZIZ AL SAOUD pour les études islamiques et les sciences humaines - Casablanca, 1989, p. 244.

- أحمد الخليلي: بين مدونة الأحوال الشخصية ومشروع 1981 . بكتاب "البرلمان والممارسة التشريعية بالمغرب- المحمدية. ط 1 1985 صفحات 31-39.

- ندوة مجلة "لاماليف" . Lamalif, n° 140. Novembre 1982. p. 34-41.

بمشاركة مجموعة من الأساتذة المختصين.

- غولين جمال - الأسرة المغربية بين مدونة الأحوال الشخصية والمشروع الجديد لقانون الأحوال الشخصية ، بجريدة "8 مارس" ، عدد شتنبر 1986 ، ص 4.

- أمينة ثريا: مراجعة المدونة - الثوابت والتغيرات. جريدة "نساء المغرب" ، عدد مارس 1989.

- يوسف الفاسي: الأسس الدستورية لمراجعة الأحوال الشخصية. جريدة الاتحاد الاشتراكي، عدد يوم 07-07-1990. ولقد وضع المشروع المذكور من طرف رجلي قضاء وأستاذ بكلية الحقوق بالرباط. ودون مشاركة

القطاعات المهتمة الأخرى. انظر :

- La femme mineure. in Lamalif. n° 140. Novembre 1982. p 34.

وبالإضافة لهذه المحاولات الرسمية⁸⁹⁰، فقد ساهم بعض النواب البرلمانيين بتقديم مقترحات قوانين لتغيير بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية، لكنها لاقت بدورها نفس المصير⁸⁹¹. وتثير محاولات تغيير المدونة الكثير من المناقشات⁸⁹² والتكهنات بمحدود التعديل⁸⁹³، حيث تبرز المناقشات الحادة والاجتهادات المتضاربة المثارة بصدد كل تعديل، خطابا متعددًا ومتباينًا حول ما يههم شؤون الأسرة في بلادنا.

⁸⁹⁰- يؤكد الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد، أن وزارة العدل هي التي تولت إعداد مشاريع تعديل المدونة: (1957 - 1958، 1960، 1965، 1970، 1974، 1979، 1981)، وعند تعديل المدونة سنة 1993 خص القضاة بمكانة متميزة عند إعداد التعديل. انظر:

- Abderrazak MOULAY RCHED, La magistrature marocaine et l'évolution de la Moudaouana. jurisprudence de la Cour suprême. n°49 - 50, 19 ème année, juillet 1997, p 29.

⁸⁹¹- يشار هنا بالخصوص لمقترح النائبين البرلمانيين السيد عبد الواحد بنمسعود والدكتور جلال السعيد، والمتعلق أساسا بإصلاح مسطرة الطلاق وتدخل القضاء في الموضوع.

⁸⁹²- ويكفي الإطلاع على الأدبيات التي كتبت إبان فترة إعداد التعديلات التي أدخلت على المدونة (ظهر 10-09-1993): الدعوة لجمع مليون توقيع لتغيير المدونة بمبادرة من عدة فعاليات نسائية وحزبية، والأدبيات التي كانت تصدر بالجزائر الناطقة باسم الجمعيات الدينية؛ ومواقف بعض العلماء المغاربة.

وانظر سردا للأبحاث الجامعية حول مواقف الأحزاب السياسية من التعديل. لدى: خالد برجواي - تعديل المدونة في شتنبر 1993، وردود فعل المجتمع المدني. مداخلة في الندوة التي نظمتها كلية الحقوق - السوييس بالرباط (8 مارس 1997) حول تعديلات قانون الأحوال الشخصية: حصيلة أولية. بالفقرة 2 من المداخلة.

ونشير هنا أيضا إلى يضاف إلى ذلك النقاشات التي صاحبت الإعلان عن الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية، التي تضمنت بعض المقترحات المتعلقة بالأحوال الشخصية. وكذلك الأمر بالنسبة للضجة التي أثارها المؤتمر العالمي حول السكان والتنمية الذي انعقد بالقاهرة (شتمبر 1994) بخصوص بعض توصياته، والمؤتمر العالمي الرابع حول المرأة بيكين (سبتمبر 1995)، وكذا النقاشات التي رافقت تعديل قانون الأحوال الشخصية بمصر والجزائر. حيث يعكس كل ذلك حساسية تناول موضوع المرأة والأسرة والعلاقات الجنسية، ويبرز بالفعل صعوبة التقنين في ميدان الأحوال الشخصية ودقته، حتى إنه ليقال: "إن سن قانون يتعلق بالتأميم، أهون من سن فصل واحد يتعلق بالأحوال الشخصية". وما ذلك إلا لأن قانون الأحوال الشخصية قانون متميز. انظر:

Nouzha SKALI, La MOUDAWANA : Une loi pas comme les autres ? in ALBAYANE, N° 8066 du 04/01/2001.

⁸⁹³- قبل إجراء تعديلات 1993، وضع الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد، عدة سناريوهات حول قانون العائلة بالمغرب:

1. استمرار النموذج القانوني للعائلة القائم، في اتجاه. واستمرار التحولات الاجتماعية، في اتجاه آخر.
2. أو تدخل الدولة بإصلاح قانوني، باعتبار القانون محفزا للتطور.

ولقد تم تعديل بعض فصول المدونة سنة 1993، و" يتضح من الكيفية التي تم بها تغيير وتتميم مدونة الأحوال الشخصية مؤخرا بواسطة الظهير بمثابة قانون الصادر بتاريخ 10 شتنبر 1993 أن مجال مدونة الأحوال الشخصية ، ولطابعها الإسلامي، يظل مجالا محفوظا لصاحب الجلالة " ⁸⁹⁴، حيث تم تشكيل لجنة ملكية من طرف المغفور له الملك الحسن الثاني ⁸⁹⁵ قصد مراجعة بعض أحكام المدونة، وأسندت رئاستها إلى المستشار الملكي السيد عبد الهادي بوطالب. وقد استمرت المشاورات بين ممثلات النساء وأعضاء اللجنة لمدة سنة . وقد استقر الأمر على سبع نقط جديرة بالتعديل . وبعد رد ممثلات النساء وبعد مداوات عميقة للجنة تم رفع أعمالها لجلالة الملك فوافق عليها جلالتة ⁸⁹⁶، فصدر بتاريخ 22 ربيع الأول عام 1414 موافق 10 شتنبر 1993 الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون تحت عدد 1-93-347 ⁸⁹⁷ بتغيير وتتميم بعض فصول المدونة ⁸⁹⁸، كما صدرت نصوص أخرى تتعلق بمادة الأحوال الشخصية ⁸⁹⁹.

3. أو إعطاء دور أكبر للحرية التعاقدية ، في تنظيم الروابط العائلية Un modèle de la famille à la carte .

4. مشروع مستقبلي للعائلة (العائلة الالكترونية) كما نادى به السيد عبد الملك الشرقاوي . انظر تفصيلا لكل ما ذكر ، لدى :

- Abderrazak MOULAY R'CHID « Le droit de la famille entre la politique de l'état et le changement social », in « Droit et environnement social au MAGHREB », op. cit. p. 254-255.

ويبدو أن تعديلات 1993 تدخل ، جزئيا ، في إطار الاختيار الثاني .

⁸⁹⁴ - محمد الكشور - قانون الأحوال الشخصية - مع تعديلات 1993 ط 2. الدار البيضاء 1994 ص 19-

20.

⁸⁹⁵ - تألفت اللجنة المذكورة من الأعضاء التالية أسماؤهم . وهم السادة :

محمد حكم - طاهر البعاج - عبد العالي العبودي - عبد الكريم الداودي - محمد ميكو - شبيها حمداتي - عز الدين السقاط - محمد العثماني - محمد البوسوغي - أحمد أفراز - محمد البراوي - أحمد بن سودة - محمد بن معجوز المزغراني - حسن السايح - أحمد الخليلشي - عبد الهادي بوطالب - عبد الوهاب التازي سعود - مولاي إدريس العلوي العبدلاوي - عبد الكبير العلوي المدغري - مولاي مصطفى بلعربي العلوي (انظر جريدة الاتحاد الاشتراكي ، عدد يوم الخميس 10 / 09 / 1992) .

⁸⁹⁶ -Abdelhadi Boutalab: La réforme du code de Statut Personnel, renforce l'institution familiale et consolide les droits de l'homme- le Matin du SAHARA, N. 14-10-1993.

⁸⁹⁷ - الجريدة الرسمية عدد 4222 ، بتاريخ 29-09-1993 صفحة 1833.

⁸⁹⁸ - وتناولت التعديلات الفصول التالية من مدونة الأحوال الشخصية:

الفصل 5 بخصوص رضی المرأة في الزواج.

- والفصل 12: حيث أصبح للمرأة الرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء.
- الفصل 30: بخصوص إذن القاضي التعدد.
- الفصل 41: بخصوص الوثائق المتطلبة بالزواج خاصة إذن القاضي بالتعدد والشهادة الطبية المتعلقة بالخلو من الأمراض المعدية.
- الفصل 48: بخصوص مسطرة إيقاع الطلاق لدى قاضي التوثيق.
- الفصل 99: بخصوص إسناد الحضانة للأب بعد الأم مباشرة.
- الفصل 102: بخصوص سن الحضانة يجعلها 12 سنة للذكور و 15 سنة للإناث وتخيير المحضون بعد ذلك في الإقامة مع من يشاء من أقاربه.
- الفصل 119: بخصوص تقدير النفقة على يد خبير ومفعول الحكم القاضي بالنفقة.
- الفصل 148: بخصوص إسناد الولاية على الأبناء لفائدة الأم بعد وفاة الأب أو فقد أهليته ولا تفوت الأم أملاك القاصر إلا بإذن القاضي.
- وتمت إضافة الفصل: 52 مكرر: مراعاة الطلاق غير المبرر عند تقدير المتعة.
- و تمت إضافة الفصل : 156 مكرر: بشأن إحداث مجلس للعائلة بمساعدة القاضي في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة .وقد صدر المرسوم المنظم لهذا المجلس بتاريخ 26 دجنبر 1994 ، بالجريدة الرسمية عدد 4292 ، بتاريخ 01-02-1995 .
- كما تم إلغاء الفصل 60 الذي عوضت أحكامه بالفصل 52 مكرر المذكور أعلاه .
- حول مضمون هذه التعديلات ، والموقف منها ، انظر :
- نشير أولا لمجموعة من المقالات التي نشرها رئيس لجنة تعديل المدونة السيد عبد الهادي بوطالب بجريدة **Le Matin du SAHARA et du Maghreb** تحت عنوان:
- La Reforme du code de Statut Personnel, Renforce l'institution familiale et consolide les droits de l'homme.**
- انظر: أعداد الجريدة المذكورة للأيام من : 14-11-1993 إلى : 20-11-1993.
- كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993) الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويسي بالرباط ، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فردريك إبيرت FRIEDRICH EBERT حول ((
- تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظواهر 10 شتنبر 1993 - حصيلة أولية)) ، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط ، 1997 ، ص 11 .. /.
- أشغال ندوة : مدونة الأحوال الشخصية : أي تغيير ؟. منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب) ، د. ت. ط .
- محمد الكشور - الطلاق وتبعاته المالية (دراسة في نطاق الظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتنبر 1993) ، مجلة المحامي ، عدد 25 - 26 ، ص 46 - 73 .
- فاطمة الزهراء بونو - حقوق المرأة على ضوء التعديلات اللاحقة بمدونة الأحوال الشخصية . مجلة " المعيار " ، عدد 21 ، يناير 1996 ، ص 56 - 64 .

وقد أثير من جديد تعديل بعض فصول المدونة بمناسبة الإعلان عن الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية سنة 1999، حيث أثير نقاش قوي حول مضمونها، وتباينت الرؤى حول ما جاءت به من مشاريع تتعلق بالأخص بمادة الأحوال الشخصية. وقد استقبل صاحب الجلالة الملك محمد السادس يوم 05 مارس 2001 ممثلات عن الهيآت السياسية والمنظمات والجمعيات النسوية، وصدر بلاغ بالمناسبة عن إحداث لجنة لإعداد مشروع مراجعة مدونة الأحوال

- بشرى العاصمي - دراسة نقدية للوضعية القانونية للمرأة المغربية ، مع التركيز على قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته . بمجلة المحامي ، عدد 25 - 26 ، ص 13 - 45 .

- وهناك عدة أبحاث بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الرباط-أكدا حول مواقف مختلف الهيآت الحزبية بخصوص التعديلات المقررة.

⁸⁹⁹- وتجب الإشارة أولا إلى أنه سبق التعديل المقرر بظهير 10-9-1993 تعديل آخر بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 11 يونيو 1992 (الجريدة الرسمية عدد 4155 بتاريخ 17 يونيو 1992 ص 700) عدلت بمقتضاه الفقرة الثانية من الفصل 137 من المدونة ، حيث تم تحديد سن الرشد القانوني في 20 سنة شمسية كاملة بدل 21 سنة .

ومن جانب آخر ، تم تعديل بعض المقتضيات المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية والمنصوص عليها في نصوص أخرى:

فقد تم تعديل الفصل 179 من ق م م بخصوص مسطرة الطلاق أمام قاضي التوثيق وكذا أمر تحديد توابع الطلاق. وكذلك الفصل 494 من ق م م بخصوص الحجز لدى الغير المنجز بخصوص دين النفقة. وقد تم تعديل الفصلين المذكورين بمقتضى الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 346-93 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 موافق 10 شتنبر 1993 (الجريدة الرسمية عدد 4222 بتاريخ 29 شتنبر 1993 ص 1832) .

كما تم تميم الفصل 1248 من ق م م بخصوص تقرير حق الامتياز للديون الناشئة عن مهر الزوجة ومتعتها ونفقتها والأولاد والأبوين. وذلك بمقتضى الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 345-93-1 بتاريخ 22 من ربيع الأول 1414 موافق 10 شتنبر 1993 (الجريدة الرسمية عدد 4222 بتاريخ 29 شتنبر 1993 ص 1832).

ولقد صدرت عدة ظهائر أخرى يوم 10-09-1996 يمكن أن يكون لها اتصال بمساطر الأحوال الشخصية وتعلق بنظام القضاء الجماعي، وقانون المحاماة، كما أنه صدر بنفس التاريخ 10-09-1996 الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 165-93-1 يتعلق بالأطفال المهلين. انظر بهذا الصدد الجريدة الرسمية عدد 4220 بتاريخ 15 شتنبر 1993 والجريدة الرسمية عدد 4223 بتاريخ 6 أكتوبر 1993.

كما تم تغيير أحكام الفصل 2 م الملحق 1 بالمرسوم المؤرخ في 24-12-1958 بتدوين النصوص المتعلقة بالتسجيل والتمير حيث تم إعفاء طلبات النفقة من الرسوم المقرر (الظهير الشريف رقم 321-91-1 بتاريخ 30-12-1991 بتنفيذ قانون المالية لسنة 1992 رقم 91-38. الجريدة الرسمية عدد 4131 بتاريخ 101-01-1992).

الشخصية، وبتاريخ 27 أبريل 2001 عين صاحب الجلالة الملك محمد السادس، أعضاء اللجنة الاستشارية الخاصة بمدونة الأحوال الشخصية، برئاسة السيد إدريس الضحاك الرئيس الأول للمجلس الأعلى ورئيس المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان⁹⁰⁰، حيث كلف جلالته أعضاء اللجنة بالنظر في الآليات والمساطر التي تضمن تطبيقا سليما لمدونة الأحوال الشخصية، وكذا الانقلاب على إعداد مشروع مراجعة لها، في إطار الحفاظ على مقاصد الشريعة الإسلامية ومراعاة الضرورة والمصلحة العامة.

الفقرة الثانية – المؤسسة القضائية المعنية قرارها بالبحث:

اتخذ هذا البحث مادته الأولية من القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى، باعتبارها الوسيلة الكفيلة بالتعريف بموقف المجلس الأعلى من ثنائية الفقه والقانون التي تحكم مجال الأحوال الشخصية، وما إن كان هذا الموقف يحمل اجتهادا قضائيا في الموضوع. ولذلك يقتضي الأمر التعرض لهذه المؤسسة القضائية، التي عني البحث بقرارها (أولا)، ثم الإشارة إلى موضوع الاجتهاد القضائي باعتباره من المهمات المنوطة بالحاكم العليا (ثانيا).

أولا – إحداث المجلس الأعلى وتجربة المجالس الشرعية العليا السابقة :

كان من الأمور الملحة بالنسبة للمغرب غداة الاستقلال، أمر تنظيم ناحية هامة من نواحي السيادة، ألا وهي القضاء . ويبدو هذا الاهتمام جليا من خلال النصوص المتواترة بخصوص النظام القضائي في السنوات الأولى للاستقلال، والذي توج بصدور قانون التوحيد والمغربنة والتعريب في ميدان القضاء⁹⁰¹. إلا أن أهم خطوة تمت في سبيل الإصلاح القضائي، وكان لها أثرها الكبير على التنظيم القضائي المغربي، هي إنشاء هيئة قضائية عليا تتربع على هرم الهيآت القضائية بالمغرب . وقد تحقق ذلك بصدور

⁹⁰⁰ – وتتكون اللجنة من علماء وأساتذة وقضاة، وهم السيدات والسادة: إبراهيم بن الصديق، مصطفى بنحزمة، اشبيها حمداتي ماء العينين، أحمد الخمليشي، محمد الأزرق، حسن العبادي، محمد التاويل، محمد بنمعزوز المزغراني، محمد الدردابي، عبد العالي العبودي، محمد الأجرابي، محمد الصقلي، زهور الحر، رحمة بورقية، نزهة جسوس.

⁹⁰¹ – وهو القانون الذي وافق عليه مجلس النواب (02-06-1964) ومجلس المستشارين (17-06-1964) وذلك بالإجماع، ثم صدر الأمر الملكي بتنفيذه في يوم 26 يناير 1965، وتم نشره بالجريدة الرسمية عدد 2727 بتاريخ 03-02-1965 . وبخصوص القانون المذكور انظر العدد الخاص بقانون التوحيد . بمجلة القضاء والقانون ، عدد 72، أكتوبر 1965.

الظهير الشريف رقم 1. 57. 233 بتاريخ 27 شتمبر 1957 المتعلق بإحداث " المجلس الأعلى" ⁹⁰²، حيث تم في يوم 23 أكتوبر 1957 ⁹⁰³ حفل افتتاح دورة المجلس الأعلى، بحضور المغفور له الملك محمد الخامس، وأعضاء الحكومة، والسلك الدبلوماسي، والهيئات القضائية، وممثلين عن المحكمة العليا الإسبانية، ومجلس شورى الدولة الفرنسي. ولقد كان إنشاء المجلس الأعلى، استجابة لما تطلبه تدعيم التنظيم القضائي المغربي الجديد بمؤسسة قضائية عليا، يعهد إليها بمراقبة تطبيق القانون أمام مختلف المحاكم الوطنية، وتناط بها مهمة السهر على توحيد القانون وسلامة تفسيره. فخول للمجلس الأعلى بذلك، وحده، حق النظر في طلبات النقض، وطلبات الإلغاء للشطط في استعمال السلطة. فأصبح القضاء المغربي بذلك مستقلا عن المحاكم العليا الأجنبية التي كان يخضع لها في بعض الحالات إبان عهد الحماية.

وهكذا حل المجلس الأعلى محل بعض الهيئات القضائية العليا المشابهة، والتي كان من أهم اختصاصاتها، النظر في استئناف أحكام قضايا الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ، التي يصدرها القضاء الشرعي. حيث كان يعرف هذا القضاء بعض الهيئات العليا سواء قبل الحماية، كقاضي القضاة أو قاضي الجماعة، أو قاضي الرد ⁹⁰⁴. أو بعد الحماية كالمجلس الأعلى للعلماء المؤسس بالرباط بمقتضى ظهير 7 يوليوز 1914 المتعلق بالنظام الأساسي للمحاكم الشرعية ⁹⁰⁵، أو مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى الذي أسس بالرباط بمقتضى ظهير 22 -

⁹⁰² - ج. ر عدد 2347 بتاريخ 27-09-1957.

⁹⁰³ - وهو اليوم الذي حدده مرسوم وزير العدل (13-10-1957) لبداية عمل المجلس الأعلى.

وقد قرر المجلس الأعلى ((أن الفصل 55 من الظهير المتعلق بإحداث المجلس الأعلى، يلغي جميع النصوص التي تمنع طلب النقض، لكن مقتضياته لا تنطبق، إلا على الأحكام الصادرة بعد تاريخ إجراء العمل بالظهير المذكور)) (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 17، بتاريخ 29 / 04 / 1958، بمجلة القضاء والقانون، عدد 13، ص 169).

⁹⁰⁴ - انظر: رشيد العراقي - تطور القضاء العالي ببلادنا. بالمجلة المغربية لقانون اقتصاد التنمية، ع 17، مرجع سابق، ص 15.../.

- موسى عبود - مبدأ فصل السلطات بالمغرب. بمجلة القضاء والقانون. عدد 12، ص 3 و ص 4.
- إبراهيم حركات - الأوضاع القضائية بالمغرب قبل الحماية - بمجلة رابطة القضاة، ع 6-7 ص 37.
- محمد الكشور - وضعية المجلس الأعلى بين محاكم النقض في التشريعات المقارنة - بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية. عدد خاص بـ "المجلس الأعلى بعد ثلاثين سنة" العدد 17، ص 24. ولنفس الباحث: " نظام التصدي ووظيفة المجلس الأعلى". بمجلة القضاء والقانون، ع 139، ص 53.

⁹⁰⁵ - وقد خضعت المحاكم الشرعية لمقتضى الظهير المذكور، مدة أربعين سنة. حيث كان المجلس الأعلى للعلماء هو جهة الاستئناف بالنسبة للمحاكم الشرعية لقضاة المدن. فكانت أحكام هؤلاء القضاة تستأنف لدى وزير

1921-08⁹⁰⁶ . وقد أصبح اختصاص القاضي الشرعي منحصرًا في الدعاوى العقارية العادية والأحوال الشخصية والميراث، أما باقي القضايا فكانت تعرض على المحاكم المخزنية التي أنشئ لها بدورها محكمة عليا هي المحكمة العليا الشريفة (ظهير 1918-08-04)⁹⁰⁷ وهي تقابل من حيث اختصاصاتها اختصاص مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى بالنسبة للمحاكم الخاضعة لها، وقد أنشئت بها غرفة للتعقيب والنقض والإبرام سنة 1953 . ونظرا للوضعية التي آل إليها القضاء الشرعي، فإنه وبمجرد الحصول على الاستقلال، صدر ظهير 1956-12-08 بشأن تنظيم المحاكم الشرعية (محاكم القضاة) ، وأحدثت مجالس إقليمية للاستئناف الشرعي تابعة لمجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، حيث أصبح الطعن بالنقض يمارس أمام المجلس المذكور . واستمر

العدل الذي لا يصدر حكمه إلا بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للعلماء . وكانت المسطرة تجري أمام المجلس المذكور بدار المخزن بالرباط . وكان هذا المجلس يتركب من ثلاثة من كبار الفقهاء ؛ الذين، وبعد دراستهم للقضية دراسة موضوعية، يرفعون تقريرا مفصلا بما ظهر لهم : بصحة الحكم المطعون فيه أو بطلانه ، اعتمادا على القواعد الفقهية الواجبة التطبيق في النازلة والتنصيص عليها . وإذاك يصدر وزير العدالة عن إذن الجلالة الشريفة حكمه النهائي في النازلة . ولقد استمر هذا المجلس في عمله إلى أن تم إلغاؤه في سنة 1921، وحل محله مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى (رشيد العراقي -تطور القضاء العالبي. مرجع سابق . ص 15) . وانظر حول ائلقضاء الشرعي:

- الحسن بن عبد الوهاب: تاريخ القضاء في شمال المغرب، في جزأين، ضمن منشورات جمعية تطاوين أمشير، تطوان، 2000.
- Mohamed El habib Fasi Fihri: l'itinéraire de la Justice Marocaine, Rabat 1997, p. 46 – 49 et p. 85 – 94 et p. 145 – 147 et p. 158 –162.
- FRANCOIS-PAUL BLANC, LA JUSTICE AU MAROC sous le règne de MOULAY YOUSSEF in HISTOIRE DES GRANDS SERVICES PUBLICS AU MAROC (DE 1900 A 1970), TOULOUSE 1984. P 24.
- P. Louis REVIERE, Traité de Droit Marocain. Op. Cit. p. 98.

⁹⁰⁶ - وكان هذا المجلس يعتبر كدرجة ثانية لاستئناف أحكام المحاكم الشرعية الابتدائية . وكان الاستئناف يرفع بواسطة المندوبين المخزنيين والمراقبين المدنيين، وذلك إلى الإدارة الشريفة التي ترفعها بدورها، بعد مراقبتها، إلى المجلس المذكور . وقد لعب هذا التنظيم الإداري دورا خطيرا في عرقلة القضايا والأحكام التي تصدرها محاكم الشرع؛ إذ تخلف لدى المجلس المذكور عدة قضايا ناهزت 5000 قضية مرت عليها سنوات طوال دون فصل فيها (حماد العراقي -القضاء المغربي بين الأمس واليوم . ط 1 ، 1975 . ص 33) . وانظر العدد الخاص بنشاط وزارة العدل، من مجلة القضاء والقانون، العدد الأول . مرجع سابق . ص 16.

⁹⁰⁷ - وقد أضاف ظهير 1934-04-08 قسما خاصا لهذه المحكمة، خاصا بقضايا ما كان يعرف ببلاد العرف البربري، التي كانت من اختصاص المحاكم العرفية المنشأة بظهير 1930 / 05 / 16 : أي ما يعرف بالظهير البربري.

ونشير إلى أن المنطقة الشمالية من المغرب والتي كانت خاضعة للحماية الإسبانية كانت توجد بها المحكمة العليا للاستئناف المخزني وذلك على غرار المحكمة العليا الشريفة بمنطقة الحماية الفرنسية .

عمل هذا المجلس إلى أن ألغي دوره، بمقتضى الفصل 53 من ظهير تأسيس المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 27 شتنبر 1957 .

وبإلغاء التنظيمات السابقة وإنشاء المجلس الأعلى، تجسد مفهوم جديد لقضاء النقض بالمغرب، يعتبر معه المجلس الأعلى محكمة قانون، وهو بذلك لا يشكل درجة ثالثة للتقاضي، والقرارات التي يصدرها لا تلغي الأحكام المطعون فيها بالنقض بالنسبة للجوهر، ولكنها تتجه، للبت، لا في القضية نفسها، ولكن في الصحة ذاتها : صحة الحكم المعروض على المجلس الأعلى⁹⁰⁸ . ومن ثم فالجلس الأعلى يحكم على الحكم في علاقته بالقانون، ولا يحكم على الدعوى. وقد تضمن ظهير تأسيس المجلس الأعلى 57 فصلا بينت تنظيمه وإجراءات التقاضي أمامه، وقد غير هذا الظهير وتم بعدة ظهائر ونصوص لاحقة له، أهمها ظهير المسطرة المدنية (28-09-1974) . وليس غرضنا هنا، استعراض المقتضيات المتعلقة بسير المجلس الأعلى، أو دوره في توحيد العمل القضائي والاجتهاد القضائي ببلادنا . لكن تجب الإشارة إلى أن المجلس الأعلى وفي بداية عمله، وجد نفسه في وضعية عصبية نظرا للمخلفات التاريخية التي كانت تمم مادة النقض والطعون الإدارية بالمغرب. ولمساندة عمل المجلس الأعلى، تولى خمسة عشر مستشارا فرنسيا، تسيير الغرف الثلاث التالية : الغرفة المدنية، الغرفة الجنائية، والغرفة الإدارية . وتولى المستشارون المغاربة تسيير غرفة واحدة هي الغرفة الأولى بأقسامها الثلاثة⁹⁰⁹ : الشرعي، المدني والجنائي . ولهذا الغرفة فقط، كانت ترجع أحكام المحاكم العادية والشرعية. وقد تم توسيع عدد غرف المجلس الأعلى الآن إلى ست غرف : غرفة مدنية تسمى الغرفة الأولى، وغرفة الأحوال

⁹⁰⁸ - أدولف ريولط - "الإجراءات المدنية أمام المحل الأعلى" ترجمة: إدريس ملين وعبد الله الداودي. الرباط 1984 ص 8 و 9 من القسم المغرب .

وتجدر الإشارة إلى أنه وبخلاف قانون المسطرة المدنية، فإن قانون المسطرة الجنائية بين مهمة قاضي النقض المغربي، فنص الفصل 568 من ق . م . ج . على أنه " تناط بقاضي النقض مهمة السهر على مراعاة القانون بدقة من لدن المحاكم الجزرية "، هذا وإن كان الفصل 381 من ق . م . م . يبرز دور المجلس الأعلى في السهر على احترام تطبيق القانون، عندما حول الحق للنباية العامة أمام المجلس الأعلى - وبصفة استثنائية - طلب النقض، ولمصلحة القانون فقط، ضد حكم انتهائي صدر على وجه مخالف للقانون أو لقواعد المسطرة، ولم يتقدم أحد من الأطراف بطلب نقضه في الأجل المقرر قانونا، وعلى أن لا يكون للأطراف إمكانية الاستفادة من النقض في هذه الحالة ، ليتخلصوا من مقتضيات الحكم المنقوض .

⁹⁰⁹ - تم هذا التقسيم بمقتضى قرار وزير العدل بتاريخ 23-12-1957 ج.ر. عدد 2360 بتاريخ 17-01-1958 .

الشخصية والميراث، وغرفة جنائية، وغرفة اجتماعية، وغرفة إدارية، وغرفة تجارية⁹¹⁰. ويمكن تقسيم كل غرفة إلى أقسام، كما يمكن لكل غرفة أن تبحث وتحكم في جميع القضايا المعروضة على المجلس أيا كان نوعها. ويصدر المجلس الأعلى قراراته من طرف خمسة قضاة بمساعدة كاتب الضبط ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويعتبر حضور النيابة العامة إلزاميا في سائر الجلسات.

فهذه الهيئة " المجلس الأعلى " هي التي سنهتم بعملها، بخصوص موقفها من ثنائية القانون والفقهاء التي تطبع مسائل الأحوال الشخصية، وذلك من خلال قراراتها المنشورة بالأساس. مستقرين هذه القرارات لا لبيان كيفية تعامل المجلس الأعلى مع هذا الموضوع الحساس فحسب، بل وكذلك للبحث عن اجتهاد قضائي في الموضوع، باعتبار ذلك من مهام محاكم النقض.

ثانيا - الاجتهاد القضائي:

من مجموع الحلول القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة، والتي تسلك فيها فضلا عن تطبيق النص القانوني، مسلك تفسيره متى كان غامضا، أو تكميله متى كان ناقصا - من مجموع ذلك وخاصة قرارات محكمة النقض، تتكون مجموعة القواعد المقررة أصلا من طرف القضاء، والتي تعتبر أساس الاجتهاد القضائي، وهو فضلا عن معناه الفني هذا، يعتبر من الناحية الفلسفية عملية عقلانية، تبني على المعرفة⁹¹¹. وللاجتهاد القضائي جوانب تاريخية مرتبطة بتطور مختلف الأنظمة القانونية، الأنكلوسكسونية أو اللاتينية، أو الفقه والقضاء الإسلاميين اللذين سادتهما فكرة إغلاق باب الاجتهاد منذ القرن الرابع الهجري⁹¹². ودون الخوض في هذه الجوانب، تتعين الإشارة إلى أن السمة الغالبة الآن في

⁹¹⁰ - ولمواجهة كثرة القضايا الرائجة أمام المجلس الأعلى، فقد أحدثت عدة أقسام بالغرف: 8 بالغرفة المدنية، وقسمين بكل من غرفة الأحوال الشخصية والميراث، والغرفة التجارية، والغرفة الإدارية، و11 قسما بالغرفة الجنائية (المجلس الأعلى - نشرة خاصة بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2001، ص 21).

⁹¹¹ - انظر :

Alain SERIAUX, Le commentaire de textes juridiques. Op. Cit. p. 4 - 5 .

وانظر: الحلالي الكتاني - مدى مساهمة السلطة القضائية في خلق القاعدة القانونية - رسالة دبلوم الدراسات العليا في الحقوق. الرباط 1984-1985، ص 8.

- موسى عبود - الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي - بمجلة المحاماة، عدد 3، ص 15 .

- Frédéric ZENATI - La jurisprudence, éd. DALLOZ, 1991.

- Marie-Noël JOBARD et autres - La Technique de Cassation, 4 e. éd. DALLOZ, 1998.

⁹¹² - ودون أن ندخل في مباحث الاجتهاد وفق أصول الفقه الإسلامي، أو التعرض للمراجع العامة في هذا الميدان،

وما إن كان باب الاجتهاد قد أغلق منذ القرن الرابع الهجري، أم لا ومن هي الجهات التي يمكن أن يعهد إليها

معظم الأنظمة القانونية الحديثة، هو سيادة التشريع المقنن . بحيث يبدو أنه، لم يعد للقاضي نفس دوره القديم في خلق القاعدة الحقوقية. فنمط التشريع يفرض على القاضي، تطبيق النص القانوني، ولذلك أصبح يتعذر بشكل أكبر أن يكون الاجتهاد القضائي مصدرا للحق في أغلب النظم القانونية المعاصرة⁹¹³ . لكن رغم ذلك تبقى الحاجة - الاجتماعية - قائمة للاجتهاد . لأن الحق الذي هو بطبيعته متحرك، يصبح بالتقنين المعبر عنه ثابتا، بالنظر للاحترام الذي تكتسبه القاعدة المدونة على مر السنين، مما يصعب معه تعديل القواعد القانونية المدونة ، والتي تصبح صياغتها غير ملائمة لواقع التنظيم الاجتماعي . وهذا يطرح على المكلف بتطبيقها وهو القاضي، مشكلة وجدانية يمكن أن تأخذ في بعض الأحيان وضعاً مأساوياً، لأنه خاضع مهنيًا لواجبين، كلاهما إلزامي كالآخر : إذ عليه أن يقضي بإيجاد حل عادل للقضية المعروضة عليه، وفي نفس الوقت مقيد بنص القاعدة القانونية التي يجب اتخاذها أساساً لقراره . والحال أن القاعدة المذكورة أصبحت غير ملائمة . إن القاضي في مثل هذه الحالات، لا يسعه إلا اللجوء للتأويل والتفسير، لتحويل معنى القاعدة القانونية القائمة نحو حل عادل، فالقاضي هو أعظم مفسر للقانون، والتفسير هو وسيلة القضاء في خلق القاعدة القانونية وإبراز الاجتهادات القضائية . ذلك أن التشريع لا يحتوي كل الحقوق، وكثير من الأحكام القانونية تشكل قوانين قابلة للموت، ومرد ذلك إلى فقدان ميزة التوقع عند التشريع⁹¹⁴ ، إذ وكما يقول الإمام الشاطبي النص متناه والحوادث لا متناهية⁹¹⁵ . ومن هنا كان مشكل الثغرات القانونية ومشكل الحاجة إلى ملاءمة

بالاجتهاد حالياً . وذلك من أهم المباحث الفقهية - نكتفي بالإشارة إلى أنه، وحسب بعض الفقهاء، فإن إغلاق باب الاجتهاد إنما يعني الاجتهاد الاستقلالي فقط، لأن الحال أثبت عدم خلو عصر من مجتهدينا انظر كتاب ((الاجتهاد المطلق)) لزين الدين محمد بن محمد بن محمد بن عبد الرحمان البكري الصديقي (ت 1028 هـ). تحقيق سليم فهد شعبان دار المعرفة، دون بيان تاريخ ومكان الطبع، ص 20 وما بعدها). على أنه وفي جميع الأحوال فإن ((الاجتهاد، لا ينشئ حكماً وضعياً، وإنما يكشف عن الحكم الشرعي . وهو حكم الله الذي نصب الشارع أمارات عليه، وهدى إلى الطرق المعتمدة للوصول إليه)) - محمد الحبيب بن الخوجة - مستقبل الاجتهاد الفقهي . مجلّة دعوة الحق، عدد 271، أكتوبر 1988، ص 32 .

⁹¹³ - هـ. ليفي برونل - سوسولوجيا الحقوق - ترجمة نسيم عصفور، ط 3، منشورات عويدات باريس/ بيروت 1982، ص 92.

⁹¹⁴ - المدخل لدراسة نقد الحقوق - لمجموعة من المؤلفين: ف. دارسي، م. بورجول، ف. دو جاردان، ج. بيليزال، أ. جموم، مياي - ترجمة سليم حداد، ج 1، بيروت، ط 1. 1981، ص 45.

⁹¹⁵ - يقول الإمام الشاطبي: ((الوقائع في الوجود لا تنحصر، فلا يصح دخولها تحت الأدلة المنحصرة. ولذلك احتيج إلى فتح باب الاجتهاد من القياس وغيره. فلا بد من حدوث وقائع لا تكون منصوصاً على حكمها، ولا

التشريع وتطويره، من أهم المشاكل التي تلازم التشريع⁹¹⁶، والتي يلعب الاجتهاد القضائي دورا في حلها .

ويعتمد القاضي في الاجتهاد باعتباره عملية عقلانية، على معطيات الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه، فيخرج القاضي بذلك من وضع المنفذ الآلي للقانون، إلى دور منشئ القاعدة القانونية التي يريد تطبيقها، ولو كان ذلك في حدود ضيقة، الأمر الذي يصل به إلى تكوين مجموعة من القواعد المستلهمة من الواقع المعيش وليس من النظريات والأفكار المجردة⁹¹⁷ .
وكم هي معبرة هنا مقولة الشيخ محمد عبده : ((القاضي المتحرر من قيود النص، وأعباء المراجع، التي تحد من إدراكه وتقديره للواقعات، غير مُبَق على كتاب، يصرفه عن تكوين رأي أو تأسيس نظر، هو قاضينا ومجتهدنا، إذن فاعطني قاضيا ولا تعطيني قانونا))⁹¹⁸ .

إن دور الاجتهاد القضائي في خلق القواعد القانونية يختلف بحسب النظم القضائية، فبخلاف خصوصيات نظام السوابق القضائية في الأنظمة الأنكلوسكسونية، ينحصر الاجتهاد القضائي كمصدر لبعض القواعد القانونية بالنسبة للأنظمة اللاتينية- في الحلول القانونية الصادرة عن المحكمة العليا، أما المحاكم الأدنى درجة فليس لحلولها سوى قيمة توجيهية⁹¹⁹ . فطبيعة تكوين المحكمة العليا، وتقنية عملها المتميز على الصعيد القضائي، كمحكمة مؤهلة لاتخاذ الريادة، فيما يتعلق بترسيخ الاجتهاد القضائي وتوحيد الحلول القانونية، يفترض تسليما لها بهذا الدور، ودون صعوبات على الأقل، على صعيد الجهاز القضائي نفسه . غير أن الوضع ليس كذلك عمليا، فهناك صعوبات تعترض المبدأ المذكور : سواء من حيث مشكل تضارب الحلول القانونية بين

يوجد للأولين فيها اجتهاد...فإذن لا بد من الاجتهاد في كل زمان، لأن الوقائع المفروضة لا تختص بزمان دون زمان)) (الموافقات-ج 4، مجلد 2، مرجع سابق، ص 75).

⁹¹⁶ - حول المشاكل التي تلازم التشريع انظر : أحمد ادريوش - الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود . مرجع سابق، ص 13 وما بعدها .

⁹¹⁷ - أحمد الخليلي - كيف نقرأ قانون الالتزامات والعقود؟- بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 7، ص 20.

⁹¹⁸ - نقلا عن : أنور العمروسي -أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية - ط 3 ، مصر، دون بيان تاريخ الطبع، ص 3.

⁹¹⁹ - وبطبيعة الحال فإن هذا لا يعني عدم أهمية الاجتهاد القضائي الصادر عن محاكم الموضوع. لأن دور القاضي الابتدائي، حاسم في رسم مسار أية قضية. وقد يكون هو صاحب الاجتهاد الأصلي في موضوع معين. فرغم أن الاجتهاد القضائي عام، إلا أن إلزامية الأحذ به في قضايا مماثلة، هو الذي يجعل الاهتمام منصبا على حلول المحاكم العليا. وهذا كله طبعاً في الأنظمة التي لا تعتمد على نظام السوابق القضائية.

مختلف الغرف والأقسام على مستوى المحاكم العليا ذاتها⁹²⁰ من جهة، أو من حيث مشكل مدى إلزامية اجتهاد المحاكم العليا لباقي المحاكم الدنيا، من جهة ثانية⁹²¹، هذا فضلا عن مشكل حدود سلطة القاضي في خلق القاعدة القانونية، تبعا لعدة مبادئ واعتبارات مرتبطة بالأخص بمبدأ فصل السلطات، من جهة ثالثة.

وإذا كان المشكل الأول يبدو قابلا للحل، بإتباع بعض التقنيات في العمل أمام المحاكم العليا، خاصة مسطرة البت بجمع الغرف لدى تلك المحاكم، بالنسبة للقضايا موضوع الخلاف . فإن المشكل الثاني يبدو عسير الحل أمام الادعاء بتفرد القضايا ووقائعها، بل وحتى التقليل من أهمية القاعدة التي يسنها القضاء لافتقادها لمجمل عناصر القاعدة القانونية، مما يفتح الباب للقول بعدم إلزامية الاجتهادات القضائية . وإن التزام المحاكم الدنيا بالحلول المقررة من طرف المحاكم العليا (خارج نطاق الإحالة بعد النقض)، لا يستند على مبدأ قانوني بل يستند فقط على مبدأ عملي، يتعلق أساسا بمبدأ استقرار المعاملات لأن ((محاكم النقض - وهي من أكثر الهيآت محافظة - تقدر دورها المرشد وتشبث بمبدأ استقرار المعاملات، ما لم تدع أسباب وجيهة إلى العدول عما استقرت عليه))⁹²² . وقد يتدخل المشرع فيتنى الحل القضائي أو لسن قانون خلافه. غير أن ما يصعد من حساسية الموقف بهذا الصدد، هو أن المحاكم الدنيا، ليست وحدها التي تخرج عن الاجتهاد القضائي الذي تقره المحاكم العليا، بل إن المحاكم العليا نفسها يكون بإمكانها تغيير اجتهادها - هذا إن لم تتضارب قرارات مختلف غرفها بخصوص المسألة الواحدة -

⁹²⁰ - انظر على سبيل المثال بالنسبة للمجلس الأعلى بهذا الصدد : الأمراني زنطار الحسن - الاجتهاد القضائي في المادة المدنية، بين الثبات وعدم الاستقرار - بمجلة المحامي، عدد 16، سنة 1990، ص 52.../.

⁹²¹ - لا نقصد بالطبع، حالة إلزامية ما بت فيه المجلس الأعلى بخصوص نقطة معينة، بالنسبة لمحكمة الإحالة بعد النقض (الفصل 369 من ق.م.م) وإنما نقصد مطلق اجتهادات المجلس الأعلى بالنسبة لعموم المحاكم الأدنى درجة.

⁹²² - موسى عبود - الاجتهاد القضائي - مرجع سابق، ص 45.

ويضاف إلى مبدأ استقرار المعاملات، الالتزام المعنوي بالاحترام اللازم تجاه قرارات أعلى هيئة قضائية. ويضاف إلى ذلك مبدأ عملي آخر (إن لم يكن مهنيا) وهو أن المحاكم الأدنى درجة تأخذ بالحلول الاجتهادية لمحكمة النقض، مخافة تعرض حكمها المخالف للنقض من طرف المحكمة المذكورة. فلقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية (نقض 02-04-1851) أنه من صور الشطط في استعمال السلطة، إقدام محكمة على انتقاد اجتهاد محكمة النقض بلهجة تأنيبية ووصفها هذا الاجتهاد بأنه مخالف للمنطق ولتقتضيات القانون نصا وروحا. قرار أورده مامون الكزبري وإدريس العلوي العبدلاوي "بشرح قانون المسطرة المدنية" ج 3، مرجع سابق، ص 400. وانظر : طرق الطعن - نشر وزارة العدل المغربية . الرباط، د. ت. ط. ص 63 .

مما يقوي حجج من يترع أية صفة رسمية عن القاعدة القانونية المقررة من طرف القضاء، ويُدخل القضاء من جراء ذلك في عداد المصادر الأدبية للقانون⁹²³ لا غير، رغم أن القضاء يعتبر في الواقع من المصادر التفسيرية للقانون.

أما المشكل الثالث، فيطرح إشكالية عويصة تتعلق بحدود سلطة القاضي في خلق القاعدة القانونية، أو بعبارة أخرى حدود السلطة القضائية في خلق وصنع القوانين - هذا إن اعترف لها بهذا الحق . وأساس المشكل يكمن في البحث عن الأساس الذي يخول للقاضي تفسير القانون حسبما تمليه عليه قواعد العدالة والإنصاف، أكثر مما تمليه عليه النصوص المفروض عليه أمر تطبيقها . حيث يثور التخوف مما يسمى في القانون المقارن ب (تحكم القضاة) أو (نظام حكومة القضاة) وتجاوزهم في سلطتهم لخلق القاعدة القانونية، فيبدو (التشريع القضائي) كأمر يخالف المبدأ الاجتماعي، الذي تكون بمقتضاه القاعدة القانونية تعبيراً عن الإرادة الاجتماعية، التي تعبر عنها هيئة منتخبة، وليس هيئة مهنية مهما بلغت من العلم والتجرد⁹²⁴ ، لأن الحق يصدر عن الهيئة الاجتماعية، وأما القضاة فيستندون إلى سلطتهم التقديرية التي تكونت لديهم، حتى كادت أن تجعل منهم مشرعين. ولذلك فإن المنكرين لحلول القضاة محل السلطة التشريعية الأصلية، يعتبرون أنه تم استبعاد القضاة من التشريع، بفضل النصوص القانونية التي منعت القضاة من التدخل في صلاحية هذه الوظيفة التشريعية⁹²⁵ . وعلى ذلك يتحقق في الواقع، أن القاضي يستمد سلطته في "خلق القواعد القانونية" من الناحية العملية فقط، وليس من الناحية الدستورية .

إن هذا التخوف الذي يبديه الكثير من الباحثين، من تمكين القضاة من ((التشريع)) عن طريق الاجتهاد، يجد مبرره لديهم، في احتمال إرهاب المتقاضين بالتزامات لم يحتمها عليهم القانون، لأن إطلاق العنان لسلطة القاضي في خلق القانون، يؤدي به إلى الانسياق وراء قناعاته السياسية والفلسفية والدينية . مما يؤدي بدوره إلى زعزعة الثقة في القضاء والمبدأ الديمقراطي⁹²⁶ . فضلاً

⁹²³- عبد النبي ميكو - المدخل لدراسة القانون - مرجع سابق، ص 128.

فعلى صعيد المحاكم الأدنى درجة، وأمام غياب النص القانوني الملزم بالتقيد بالاجتهاد القضائي للمحكمة الأعلى درجة - محكمة النقض بصفة خاصة - لا يوجد ما يمنع محاكم الموضوع، عن التنكب عن حلول المحكمة العليا، وقد يثور مشكل هام هنا : ألا وهو مسألة التدرج بعدم العلم بالاجتهادات القضائية لأسباب مرتبطة بمشكل آخر وهو قلة المنشور منها، أو عدم انتظام صدور ما يتم نشره منها. فبمثل هذه التعليقات، تسير بعض محاكم الموضوع في خط مخالف تماماً للحلول المقررة من طرف محكمة النقض.

⁹²⁴- هـ ليفي برول - سوسيولوجيا الحقوق - مرجع سابق، ص 82.

⁹²⁵- الحلابي الكتاني - مدى مساهمة السلطة القضائية - مرجع سابق، ص 74.

⁹²⁶- هـ ليفي برول - سوسيولوجيا الحقوق - مرجع سابق، ص 104.

عن كون كل قرار قضائي خارج عن التماثل المنطقي بتأسيسه على مبادئ، كالغاية الاجتماعية، أو الأخلاقية، أو العدل، أو الملاءمة - يكون مؤسسا على « شرعية خارجية -EXTRA LEGAL »⁹²⁷ . وفي النهاية يمكن أن يتحول القانون إلى نوع من التخمين بما ستقرره المحاكم. إلا أنه، ورغم ما يثور بصدد سلطة القاضي في إنشاء القاعدة القانونية بواسطة الاجتهاد القضائي، فإنه ولا اعتبارات كثيرة، يتم التسليم بضرورة تحويل القضاء خلق قواعد ومبادئ قانونية، كما يظهر ذلك استقراء العمل القضائي في الواقع، وكما هو سائد في الأنظمة التي تعتمد السوابق القضائية. غير أن التساؤل الذي يطرح هنا هو: في أي أفق ستمارس هذه السلطة؟ ووفق أي معايير ستمارس؟ وإلى أي حد يُسمح بذلك؟ ذلك أن تحويل القضاء حق ابتكار بعض القواعد القانونية، ناجم عن كون المشرع يفتقد لميزة توقع مشاكل مستقبلية، مما يجعله يلجأ - عمليا- إلى تقنية ((التفويض)): أي تفويض سلطة وضع القانون للقاضي في حالات نقص التشريع أو غموضه. إذ يكتفي المشرع بوضع ما يسمى الأفكار - الأطر Notion - Cadres وهي أفكار عامة وغامضة، يُترك للقاضي أمر تحديدها، وذلك بإكمالها عن طريق التحديد الذاتي Auto - Limitation⁹²⁸ . وإن كان وضع كهذا، يترك جانب التساؤل عن المذهب الذاتي في القضاء قائما، ويلقي بظلاله أيضا على المسائل المتعلقة بتأهيل القاضي وثقافته . ولعل كل هذا يعتبر مما يزيد في تعميق الخلاف حول الموضوع .

ولاشك أن العديد من الأفكار السابقة، قابلة لأن تكون صالحة للمناقشة بشأن دور أي محكمة نقض عليا في ميدان الاجتهاد القضائي وخلق القواعد القانونية . وعلى ضوء ذلك تشور مسألة دور المجلس الأعلى في ميدان الاجتهاد القضائي وتوحيد الحلول القانونية، وما إن كانت هناك أدوات ووسائل تمكنه من أن يقوم بدوره كاملا في هذا المجال . وإذا كان المقام لا يسمح بالتوسع في هذا الموضوع الشائك، فإن من جملة أهداف هذا البحث، هو الإجابة عن بعض جوانب هذا التساؤل، على الأقل في ميدان العمل القضائي للمجلس الأعلى في ميدان الأحوال الشخصية، وفق ما ستبينه محاور هذا البحث .

⁹²⁷ - اللورد دينس لويد - فكرة القانون - مرجع سابق، ص 311 .

وفيما يتعلق بالبناء على السياسة العامة واعتماد القاضي عليها في حلوله، يورد المؤلف، وصف أحد القضاة البريطانيين (القرن 19) للسياسة العامة بأنها " حصان جامح يحمل راكبه إلى حيث لا يعرف " . وأشار المؤلف إلى أن مقولة السياسة العامة، أساس غير مستقر وخطر جدا، وليس مأمونا البناء عليه (انظر المرجع السابق ص 322) .

⁹²⁸ - حول مسألة تفويض سلطة وضع القانون من طرف المشرع لفائدة القاضي وأثر ذلك ؛ انظر: مدخل إلى نقد الحقوق - لجماعة من المؤلفين. مرجع سابق، ص 45 .

الفقرة الثالثة - المنهجية المتبعة في البحث وخطة الدراسة:

لقد تم الاهتمام في هذا البحث بالأحوال الشخصية في مفهومها الضيق، وهو المرتبط بصفة خاصة بمسائل الزواج والطلاق والنسب والحضانة والنفقة. إن اعتماد هذا المفهوم الضيق لا يجد أساسه في أن تلك المسائل تعتبر الأكثر رواجاً أمام قضاء الأحوال الشخصية فحسب، بل لأنها تعتبر كذلك من المسائل الأكثر حساسية من الناحية الاجتماعية، ومن ناحية المعالجة القضائية. وهذه المسائل هي التي يبرز فيها اتجاه القضاء، حيث يخصص بالنصيب الأكبر من قراراته، مما يفترض معه أن تتضمن جوانب من الاجتهاد القضائي في الموضوع.

أما أدوات البحث التي تم اعتمادها في الدراسة، فترتكز على استقراء القرارات القضائية المنشورة من جهة، والوقوف على نصوص الفقه المالكي من جهة ثانية، ومقارنة النصوص الفقهية والنصوص القانونية من جهة ثالثة. ثم تحليل تفاعل هذه العناصر كلها، وتركيب خلاصاتها ونتائجها. فهذه هي المنهجية التي تم الحرص على اتباعها في معالجة العمل القضائي الخاص بمسائل الأحوال الشخصية. بحيث تم الابتعاد ما أمكن، عن اعتبار هذا البحث مجرد تعليقات على القرارات موضوع الدراسة، أو مجرد توثيق لنص المدونة بقواعد الفقه وأحكام القانون والقضاء ومتطلبات المناشير. فذلك أسلوب بقدر ما هو سهل ومغري في بحث مثل هذا، بقدر ما أنه لا يضيف جديداً عما في كتب شروح المدونة والتعليق عليها.

ذلك أن البحث في العمل القضائي أو الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، وفق المنهجية المذكورة أعلاه، يبرز أن هذا الميدان يتميز بميزات خاصة، تعتبر في الواقع تحديات وصعوبات منهجية تعترض الباحث، ويتعين عليه مواجهتها من نواحي مختلفة، وهو ما يؤثر حتماً على المنهج العام المتبع في الدراسة:

أولاً - فمن الناحية الموضوعية:

أ - يختلف اجتهاد القاضي في مادة الأحوال الشخصية، عن الاجتهاد القضائي في باقي المجالات الأخرى. وذلك نظراً لخصوصية القواعد المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية، وارتباطها بمؤسسة الأسرة ومشاكلها المتجددة.

ب - إن صيغة المشكل كما يطرح أمام محاكم الموضوع، تخالف الصيغة التي يطرح بها أمام المجلس الأعلى، نظراً لاعتبار المجلس الأعلى محكمة قانون. ولذلك فإن قاضي النقض ((يغربل)) الوقائع، بحيث لا يذكر منها إلا ماله تأثير في القضية. ولهذا قد لا يحمل القرار جميع وقائع النزاع.

ج - في وجود علاقة أحادية الجانب بين القرار، والجواب القانوني الذي يقدمه عن المشكل المطروح، حيث يتم الاهتمام بالجانب القانوني أساساً، مع إغفال للسياق الاجتماعي والأخلاقي والاقتصادي للمشكل الأسري. مما يستوجب من الباحث، محاولة الإمام بالمشكل في مجمل أبعاده، عن طريق استجماع جميع عناصر الجواب من القرار نفسه وليس من الملف، الذي يعتبر ككل، هو المرآة الحقيقية للمشكل المطروح.

د - في طبيعة علاقة القرار بوقائعه وقانونه، باعتبار أن الواقع والقانون هما قطبا أي قرار قضائي، أي العلاقة بين القاعدة القانونية وواقعة معينة، سواء تعلق الأمر بنص قانوني أو نص فقهي. حيث تتخذ وقائع القرار القضائي في مادة الأحوال الشخصية، طابع مشكل أو معطى اجتماعي، بينما يتخذ النص القانوني أو النص الفقهي المعتمد، طابع معطى قيمي أو معياري، يؤثر في حل المشكل الاجتماعي. بما يطرحه ذلك من ضرورة البحث في القرارات القضائية، عن مواطن الاجتهاد في خلق القواعد أو المبادئ القانونية الملائمة، والتعرض لمواطن الحلول التي قد تبدو غير ملائمة. خاصة وأن اللحظات التاريخية للاجتهاد القضائي، تؤرخ في الواقع للحظات اجتماعية. بل وكذلك لأن الاجتهاد القضائي يحمل المشرع على تبني مواقف معينة، وهو ما يطرح هنا التساؤل عما إن كانت لحلول المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، صدى في عملية تعديل المدونة التي تمت سنة 1993.

ج - من حيث تأثير تكوين قاضي الأحوال الشخصية، أو نوعية الغرفة التي صدر عنها القرار (شرعية، اجتماعية، مدنية) - في الكثير من الحلول القضائية المتخذة في ميدان الأحوال الشخصية.

د - ويضاف إلى كل ذلك، عدم استقرار غرف المجلس الأعلى على مبدأ واحد بخصوص بعض المشاكل القانونية. مما يوجد صعوبة في تفعيد المبادئ التي يقرها المجلس الأعلى، نظراً لعدم توحيد العمل القضائي.

هـ - تعدد المواضيع المقررة كمجال للبحث واختلاف أحكامها، يفرض أحيانا ضرورة المعالجة التجزئية للموضوع. ورغم ذلك فقد انصب الاهتمام ما أمكن على عدم تغييب منهج التحليل واستنباط النتائج والخلاصات العامة.

و - تعدد المراجع الفقهية، وما تغري به وفرقتها من إيراد مكثف للنصوص، ومع ذلك تم الحرص على الرجوع أساساً للمراجع الفقهية التي كثيراً ما يعتمد عليها القضاء، وإيراد ما له فائدة في البحث. ونفس الأمر بالنسبة لما يجره موضوع مدونة الأحوال الشخصية، وتعدد الرؤى المتعلقة بواقعها أو تعديلها، بحيث لم يتم التطرق بهذا الصدد، إلا لماله صلة وثيقة بالموضوع.

ثانيا - ومن ناحية نوعية القرارات موضوع البحث :

يطرح التعامل مع العمل القضائي، صعوبة من حيث المعنى الذي يتعين إعطاؤه للاجتهاد القضائي :

* هل هو الاجتهاد القضائي، بمعناه المعياري، المتمثل في خلق القواعد القانونية عن طريق القضاء ؟

* أم هل هو الاجتهاد القضائي، بمعناه الكمي، المتمثل في المنشور من القرارات القضائية، التي يمكن مراجعتها بخصوص موضوع ما ؟

* أو هل هو الاجتهاد القضائي، بمعناه المستقل عن خلق القاعدة القانونية، والمهتم فقط بطريقة الحكم في موضوع ما (تقدير نفقة، أو تقييم ضرر الزوجة، أو تقدير موجب سقوط الحضانة) تبعا للاتجاه الذي يفضله السوسيولوجيون، الذين يهتمون بالاجتهاد القضائي في حالته الخام قبل إقراره لقاعدة قانونية ؟

* أم هل هو الاجتهاد القضائي، بمعناه المطلق، المتمثل في اعتباره كمنهجية للبحث عن الحل الصائب المؤسس على مقارنة ديباليكتيكية، وليس مجرد شبكة قواعد أو علما للحلول القانونية المتخذة، حيث يفرض هذا المعنى، البحث عن جوهر الاجتهاد القضائي في فعل الحكم نفسه وليس فيما ينتج عنه من قواعد ؟

وأعتقد، أن تقييم موقف المجلس الأعلى المطلوب، يستلزم الأخذ بعين الاعتبار كل معاني الاجتهاد القضائي المذكورة : سواء من الناحية الكمية (المنشور من القرارات) أو من ناحية الطريقة التقنية لعمل المجلس الأعلى (في تعامله مع مبدأ الإحالة، وثنائية الفقه والنص، وتضارب القرارات) مع التركيز على الجانب المعياري للاجتهاد القضائي : أي البحث عن قواعد قانونية تم خلقها من طرف المجلس الأعلى، بخصوص المادة موضوع البحث، ومن ثم تقييم موقف المجلس الأعلى على ضوء كل ما ذكر . وعلى ذلك كان يتعين في هذه الدراسة التعامل مع المعطيات التالية :

أ - إن العمل القضائي الذي ارتكز عليه البحث، هو عمل المجلس الأعلى أساسا، دون إغفال لأحكام وقرارات محاكم الموضوع، لما في ذلك من بيان لتأثير قرارات المجلس الأعلى على قرارات محاكم الموضوع .

ب - اهتم البحث أساسا بالقرارات والاجتهادات القضائية المنشورة⁹²⁹ . على أساس أن نشر قرار ما، خاصة من قبل الجهة المصدرة له، يعتبر دليلا على أهميته في الغالب⁹³⁰ . ولا يخفى

⁹²⁹ - حول نشر الاجتهاد القضائي ، انظر :

ما لعملية النشر هاته من إغناء للبحث القانوني، عن طريق التعريف بالأحكام القضائية والتعليق عليها وتوثيقها، و إطلاع العموم على مجريات العمل القضائي وتطوره⁹³¹.

- خطاب المغفور له صاحب الجلالة الملك الحسن الثاني أمام رؤساء الغرف بالمجلس الأعلى، وأعضاء المجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 24 / 06 / 1995 . منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 47، ص 3 وما بعدها .
- تقرير لجنة الحياة القضائية المرفوع إلى صاحب الجلالة، وما تضمنه بخصوص استمرار وزارة العدل في نشر مجلات: ((القضاء والقانون))، ((الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب))، ((قضاء المجلس الأعلى)) و ((ودادية القضاة)) . وهو منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 48، ص 33 وما بعدها .
- أحمد ادريوش - الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود . ط 1، سلسلة كتب المعرفة القانونية، الكتاب (4)، مطبعة الأمنية، الرباط 1996، ص 15 و ص 54 وما بعدها .

- Abderrazak MOULAY RCHED, La magistrature marocaine et l'évolution de la Moudaouana. jurisprudence de la Cour suprême. n°49 - 50, 19 ème année, juillet 1997, p. 42...
وتجدر الإشارة إلى أن إمكانية النشر القانوني، قد تعززت بالنسبة للمجلس الأعلى، إذ تم أخيرا إحداث مركز للنشر والتوثيق القضائي في حظيرة المجلس الأعلى . فصدر مرسوم بإنشاء مركز للنشر والتوثيق القضائي في حظيرة المجلس الأعلى (مرسوم 440 . 98 . 2 بتاريخ 27 / 08 / 1998 . الجريدة الرسمية عدد 4622 ص 2487) . كما صدر قرار مشترك بين وزير العدل ووزير الاقتصاد والمالية بشأن تحديد أسعار الأجرة عن الخدمات المقدمة من طرف المركز (قرار عدد 98 / 1593 ، بتاريخ 28 / 09 / 1998 . منشور بالجريدة الرسمية عدد 4630، ص 2917).

⁹³⁰- وإن كان يطرح دائما مشكل معيار نشر قرارات دون أخرى، وكذا طريقة صياغة المبادئ القانونية الواردة في القرارات المنشورة . ولعل وجود مكتب في له ضوابط محددة لنشر العمل القضائي، سيسهل عملية النشر القانوني، وتحسين طريقة عرضه وفق قوالب تمكن من سهولة البحث خاصة على صعيد استخدام المعلومات. التي يهتم المجلس الأعلى بتعميمها في رحابه . انظر حول استعمال المعلومات بالمجلس الأعلى: النشرة الداخلية للمجلس الأعلى، عدد 2، السنة 1997، ص 40 . وكذا النشرة الخاصة التي أعدها المجلس الأعلى. بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2001 التي ترأسها صاحب الجلالة الملك محمد السادس، يوم 20/01/2001. وكذا الكتاب الذي أصدره المجلس الأعلى، بنفس المناسبة تحت عنوان: تحديث الإدارة القضائية بالمجلس الأعلى (1997-2000). د. ت. ط.

⁹³¹- فإذا كانت مختلف القوانين يتم نشرها حتى ((لا يعذر أحد بجهله للقانون)) . فإن القرارات القضائية لا تنشر بصفة رسمية في الجريدة الرسمية (ماعدا مقررات المجلس الدستوري). فكيف يمكن مؤاخذة المتقاضين بالجهل بها . ومن هنا تظهر أهمية النشر القضائي . وهناك الآن عدة جهات تتولى هذه المهمة . يبقى أهمها ما ينشر من قبل وزارة العدل بواسطة المجلات التالية : قضاء المجلس الأعلى، القضاء والقانون، نشرة المجلس الأعلى . بالإضافة طبعا للمجلات والدوريات التي تصدر عن كليات الحقوق، وهيئات المحامين في جميع أنحاء المملكة .

وتجدر الإشارة إلى أن عملية نشر القوانين والاجتهادات القضائية أضحت تتم في عدة دول متقدمة على صعيد الأنترنت، ووضعت قواعد لكيفية نشر هذه الأحكام والتأكد من صحتها، كما وضعت قواعد لكيفية الاستشهاد بالأحكام و الأبحاث القانونية المنشورة على دعائم إلكترونية (انظر مداخلتنا: المعلومات في ميدان البحث القانوني

ج - شمل استقراء القرارات المنشورة، المدة الممتدة من تاريخ بداية عمل المجلس الأعلى إلى الآن، دون إغفال بعض القرارات القضائية الصادرة في الموضوع، قبل إنشاء المجلس الأعلى، حيث اتخذت هذه القرارات الأخيرة كوسيلة للمقارنة بخصوص الفقه الذي كانت تطبقه المحاكم الشرعية سابقا . وهذه الفترة من العمل القضائي تغطي نفس الحقبة الزمنية من عمر المدونة، بما عرفته هذه المدة من تغييرات طالت التنظيم القضائي والمسطرة المدنية، وحتى مدونة الأحوال الشخصية ذاتها .

د - لم يهتم البحث فقط بـ ((القرارات الكبرى))⁹³² الصادرة في الموضوع . بل تم الاهتمام أيضا بكل القرارات المنشورة سواء كانت قرارات عادية، أم قرارات مكرسة لمبادئ جديدة في مادة الأحوال الشخصية، أو كانت قرارات تراجع عن اجتهاد سابق⁹³³ . وسواء كانت قرارات نقض، أو قرارات رفض⁹³⁴ .

والقضائي والاتصال. عرض مقدم بمناسبة اليوم الدراسي الذي نظّمته وزارة العدل بالمعهد الوطني للدراسات القضائية بالرباط، يوم 24 أبريل 2001، حول موضوع: "المعلومات وسيلة لتحديث القضاء والرفع من أدائه".

⁹³² - يقصد بالقرارات الكبرى ((Grands arrêts))، القرارات التي تسجل مرحلة مهمة في ((خلق)) القاعدة القانونية من طرف القضاء . ويكون لتاريخ كل قرار فائدته . انظر :

Alain SERIAUX, Le commentaire de textes juridiques, op. cit, p. 8.

⁹³³ - يقصد بالقرارات العادية ARRETS D'ESPECE : القرارات المطبقة لنصوص قانونية، وهي ذات أهمية أقل في ميدان الاجتهاد القضائي . أما القرارات المؤسسة لمبدأ قانوني ARRETS DE PRINCIPE : نظرا لانعدام النص القانوني، فإنها توضع لأول مرة قاعدة قانونية مهمة . ولذلك أهمية مزدوجة تتمثل في :
أ - الغنى الكامن في القاعدة المبتكرة، بما يستدعيه ذلك من تمحيصات لاحقة .

ب - وما ترسمه من وجهة نظر خاصة، لترسيخ النظام القانوني، في المستقبل، في اتجاه معين دون آخر .
أما القرارات التي تتراجع عن اجتهاد سابق Arrêts de revirement : فهي التي تتضمن تحولا عن المبادئ المقررة من طرف المحكمة . فتظهر أهميتها في تبيان دوافع العدول عن اجتهاد قار، لدواعي استلزمها الأمر .
- انظر المرجع السابق، ص 8 وما بعدها .

⁹³⁴ - يلاحظ أن قرارات النقض Arrêts de cassation غالبا ما تتضمن مناقشة صريحة لنص قانوني أو فقهي أو مبدأ قانوني عام، وعلى هذا الأساس يبني القرار . أما قرارات رفض طلب النقض Arrêts de rejet : فيلاحظ أنها لا تتناول بالتحليل نصوصا قانونية أساسا، ولكن تركز على مناقشة وسائل النقض على ضوء القانون . و تستعمل فيها عادة عبارة ((لكن حيث))، أو عبارة ((خلافا لما جاء في الوسيلة))، قصد نقد مستندات الطعن بالنقض، وهي عبارات مهمة في قرارات رفض طلب الطعن بالنقض . وتعتبر عبارة ((لكن حيث)) عبارة نموذجية، كثيرة الاستعمال في قرارات المجلس الأعلى القاضية بالرفض . ويقصد بها معارضة ما سبق تأكيده، على لسان الطاعن . أو نقد ما ورد في الحكم المطعون فيه .

هـ - تعبر القرارات القضائية محل البحث، عن عمل قضائي أو اجتهاد قضائي مغربي صرف . لأن هذا العمل أو الاجتهاد لا يعرف مشكلة ما إن كان الاجتهاد القضائي بخصوص الأحوال الشخصية مغربيا أم لا . على خلاف الوضع بالنسبة للقانون الدولي الخاص أو قانون الالتزامات والعقود أو القانون التجاري أو حتى القانون العقاري، إبان فترة الحماية⁹³⁵ . فالاجتهاد القضائي المغربي في مادة الأحوال الشخصية، سواء قبل الحماية أو بعدها، هو اجتهاد مغربي صرف⁹³⁶ ، لا من حيث القواعد الموضوعية المطبقة : الفقه المالكي أو مدونة الأحوال الشخصية . ولا من حيث أشخاصه : حيث كان قضاة مغاربة يتون في قضايا تم المجتمع المغربي . ولا من حيث الجهة القضائية العليا (المجالس الشرعية العليا) التي كان ينتهي إليها أمر البت النهائي في قضايا الأحوال الشخصية . وهذا ما لم يكن متوفرا بالنسبة لقضاء مختلف المحاكم العصرية بالمغرب إبان عهد الحماية، حيث كان المتقاضون وقضاة تلك المحاكم الأجنبية أجنبيا عموما . هذا مع مراعاة خصوصية قضاء الأحوال الشخصية العربي المغربي .

ثالثا - ومن حيث التعامل مع القرارات القضائية، فرضت شروط البحث :

- أ - جرد القرارات القضائية، وتبويبها، ثم استقراؤها . قصد جمع جميع معطياتها قبل التفكير في قيمتها .
- ب - تحليل القرار، بعد قراءته وفهم موضوعه . مع الأخذ بعين الاعتبار - فضلا عن المشكل القانوني الذي يعالجه - أهمية تاريخ القرار، والإجراءات المسطرية المتخذة، ونوعية الدفوع المثارة، ووسائل الإثبات والحجج المعتمدة . ثم الوجة التي أخذها القرار .
- ج - التكيف مع طريقة صياغة قرارات المجلس الأعلى، حيث يخضع تحرير قرار المجلس الأعلى لتقنية خاصة، تتميز غالبا بالإيجاز والتركيز . وأحيانا يلاحظ في بعض القرارات إغفال لعلامات الفصل، ونقط السكت مما ينعكس على فهم القرار . حيث إن السمة الغالبة في

⁹³⁵ - حول موقف الفقه المغربي من اجتهاد المحاكم الفرنسية في المغرب بخصوص ظهير الالتزامات والعقود . وما إن كان يتم اعتباره اجتهادا مغربيا أم لا ؟ انظر : أحمد ادريوش - الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود . مرجع سابق، ص 40 وما بعدها .

⁹³⁶ - مما يدل على أن القاضي الشرعي المغربي، لم يكن من مكونات السلك القضائي الفرنسي في المغرب . هو ما أثير بخصوص وضعية القضاة الشرعيين عقب سن ظهير 30 / 05 / 1937 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة الشرعيين . فقد تساءل الفقه الفرنسي بالمغرب آنذاك عما إن كان هؤلاء القضاة يعتبرون موظفين لدى الحماية الفرنسية بالمغرب . حتى يمكنهم الاستفادة من مقتضيات قانون 21 / 11 / 1928، الذي حول للموظفين الفرنسيين بالمغرب، حق الطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة الفرنسي بخصوص القرارات الإدارية التي تضر بهم . انظر : P. Louis REVIÈRE, Traité de Droit Marocain. Ed OZANNE, CAEN, sans date, p.100.note 1.

بعض القرارات المهمة، هو اعتماد الأسلوب التقليدي في التحرير، الذي يجعلها قريبة من صياغة الأحكام القضائية المغربية القديمة . مما فرض حتى على المجلس الأعلى نفسه، التفكير في توحيد صياغة قرارات غرفه⁹³⁷ .

د - اتباع طريقة للتعامل مع وقائع القرار وتعليقاته، من أجل حسن استغلالها . سواء بذكرها كاملة، أو بما يفي بالحاجة لفهم القرار، وإيرادها في المتن أو إيرادها في الهامش .

رابعا - خطة الدراسة :

لمعالجة الموضوع في ظل أبعاد الثنائية التي تحكم مادة الأحوال الشخصية، وتأثير القضاء فيها، ولتجسيد هذه الثنائية وبيان موقف المجلس الأعلى منها، تم تقسيم البحث إلى قسمين رئيسيين :

- القسم الأول يتعلق بموقف المجلس الأعلى من نصوص مدونة الأحوال الشخصية، حيث تم في إطار هذا القسم معالجة موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة المخالفة للمذهب المالكي، وذلك في فصل أول، بينما تناول الفصل الثاني من هذا القسم بيان موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة التي جاءت موافقة في عمومها لقواعد الفقه المالكي. وكان الهدف من هذا القسم، هو بيان ما إن كان المجلس الأعلى في تعامله مع نصوص المدونة المخالفة أو الموافقة للفقه، يرجع بهذه النصوص إلى المصدر الفقهي للمدونة، أم أنه يتعامل معها باستقلال عن هذا المصدر .

- أما القسم الثاني فتناول موقف المجلس الأعلى من تطبيق القواعد الفقهية في مادة الأحوال الشخصية . حيث تم في إطار هذا القسم، معالجة موقف المجلس الأعلى من تطبيق قاعدة

⁹³⁷ - فلأن مختلف غرف المجلس الأعلى لا تتبنى طريقة موحدة في صياغة قراراتها، تم تناول هذه القضية في اجتماع مجلس الرؤساء الرابع بالمجلس الأعلى . وعهد إلى لجنيتين بالبحث في الأمر، الأولى مكلفة بالمادة المدنية، والثانية بالمادة الجنائية الأعلى (انظر محضر الاجتماع الرابع لمجلس الرؤساء بتاريخ 20 / 12 / 1995، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 49 / 50 ، ص 344 - 345) . وحول صياغة قرارات المجلس الأعلى . انظر :

- محمد شيلح - محاولة قراءة منهجية في كيفية استخلاص المبادئ القانونية من قرارات المجلس الأعلى . بمجلة القانون والاقتصاد، الصادرة عن كلية الحقوق بفاس، لسنة 1986، ص 127 وما بعدها .

- محمد العربي المجدوب - كيف نحرر الأحكام . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، ص 5 وما بعدها .

- أحمد العلمي : كراسة تدريسية وتدريبية حول تقنية تحرير الأحكام والتعليق عليها . - نشر مجلس وزراء العدل العرب (المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية)، الرباط، 1987) .

- الطيب برادة - إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية (في ضوء الفقه والقضاء) . الرباط 1996، ص 51 وما بعدها .

- أحمد ادريوش - الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود . مرجع سابق، ص 56 وما بعدها .

الإحالة على المذهب المالكي، بخصوص ما لم تنص عليه المدونة، وذلك في فصل أول . وتناول الفصل الثاني من هذا القسم، تقييماً لأهم القواعد الفقهية التي يطبقها المجلس الأعلى في مواضيع معينة . وكان الهدف من هذا القسم، هو بيان الكيفية التي يتعامل بها المجلس الأعلى مع النصوص والقواعد الفقهية، بدءاً من قاعدة الإحالة على المذهب المالكي، مروراً بالمجال الذي تطبق عليه هذه القواعد، أي دعوى الأحوال الشخصية في أبعادها الفقهية، وانتهاءً بتقييم تطبيقات المجلس الأعلى للقواعد الفقهية . فكان اهتمام هذا القسم هو السعي إلى الوصول إلى خلاصة حول تطبيقات القواعد الفقهية، كاستعمال قواعد الفقه المالكي باعتبارها مجرد مصدر مكمل لنصوص المدونة في مواضع معينة يتم بواسطتها سد النقص، أو استعمالها كمقيد لنصوص المدونة، أو الأخذ بقواعد فقهية لكنها تخالف المشهور تحقيقاً لبعض الغايات المبررة لذلك، أو استبعاد تطبيق قواعد الفقه رغم عدم النص في المدونة.

- وفي الختام كان لا بد من رصد الخلاصات الأساسية لهذا البحث، على ضوء كل المواضيع التي تم التطرق إليها .
- وعلى ذلك فمخطط البحث يشمل ما يلي :

- القسم الأول - موقف المجلس الأعلى من نصوص مدونة الأحوال الشخصية .
- . الفصل الأول - موقف المجلس الأعلى من نصوص مدونة الأحوال الشخصية المخالفة للفقه المالكي.
- . الفصل الثاني - موقف المجلس الأعلى من نصوص مدونة الأحوال الشخصية الموافقة للفقه المالكي.

- القسم الثاني - موقف المجلس الأعلى من تطبيق القواعد الفقهية .
- . الفصل الأول - موقف المجلس من قاعدة الإحالة على المذهب المالكي .
- . الفصل الثاني - تطبيق المجلس الأعلى لقواعد الفقه المالكي في مسائل الأحوال الشخصية .

- خاتمة عامة .

القسم الأول

موقف المجلس الأعلى
من نصوص مدونة الأحوال
الشخصية

لقد سبق الحديث عن المرجعية الفقهية المتنوعة لمدونة الأحوال الشخصية، إذ كان توجهه واضعي نصوص المدونة، هو عدم الاقتصار على الأخذ بمشهور الفقه المالكي في مسائل الأحوال الشخصية، ولذلك تضمنت المدونة حلولاً من غير المشهور من مذهب الإمام مالك، أو أنها خالفت بعض ما جرى به العمل في مذهبه، أو أنها أخذت بحلول مستقاة من مذاهب فقهية سنية أخرى، فضلاً عن أنها قررت أحكاماً لا سند لها في الفقه أصلاً، وذلك بخصوص عدة مسائل سنشير إليها لاحقاً. لكن رغم ذلك بقي المذهب المالكي هو الإطار العام لأحكام المدونة، التي تعد في عمومها تدوينا لأحكام الفقه المالكي بخصوص بعض مسائل الأحوال الشخصية.

وإذا كان يثور التساؤل عن القيمة القانونية للنصوص التي خالفت فيها المدونة قواعد المذهب المالكي، وأثر ذلك على تنظيم الأسرة المغربية، فإن التساؤل يثور أيضاً حول القيمة القضائية، التي يمكن استخلاصها من تطبيق تلك النصوص المخالفة للفقه المالكي، وما إن كان المجلس الأعلى في تطبيقه لها يرجع إلى قواعد الفقه التي استمدت منها تلك النصوص، أم أنه يرجع بها إلى قواعد الفقه المالكي، مما يجد من أثر تلك المخالفة؟

أما بالنسبة لنصوص المدونة التي جاءت في عمومها موافقة للفقه المالكي، فيطرح التساؤل عما إن كان المجلس الأعلى يميل في عمله بشأنها، إلى تأويلها تأويلاً يخرج عن إطار الفقه، أم أنه لا يخرج في ذلك عن الإطار الفقهي الذي استمدت منه تلك النصوص.

وفي سبيل إبراز موقف المجلس الأعلى بكل وضوح من هذه القضايا، فإننا سنقسم هذا الفصل إلى فصلين، الأول يتناول موقف المجلس الأعلى من تطبيق نصوص المدونة المخالفة لقواعد الفقه المالكي، ثم نتناول في الفصل الثاني موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة الموافقة في عمومها لأحكام الفقه المالكي، وذلك كما يلي:

– الفصل الأول: موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة المخالفة للفقه المالكي.

– الفصل الثاني: موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة الموافقة للفقه المالكي.

الفصل الأول

موقف المجلس الأعلى

من نصوص المدونة المخالفة للفقهاء المالكي

سبق أن بينا أن مدونة الأحوال الشخصية، تضمنت حلولاً من غير المشهور من مذهب الإمام مالك⁹³⁸، كما أنها خالفت بعض ما جرى به العمل من مذهبه⁹³⁹، وأخذت بحلول

-
- ⁹³⁸ - مما أخذت فيه مدونة الأحوال الشخصية، بأقوال غير مشهورة في المذهب المالكي، المواضيع التالية :
- جواز بعض الشروط من قبل الزوجة في عقد الزواج (الفصول 30 و 31 و 38) وذلك أخذاً بقول شاذ في المذهب المالكي .
 - وجوب النفقة على الزوجة الغنية إذا عجز الأب عن النفقة على أولاده منها (الفصل 129) أخذاً بقول ابن المواز وتأثراً بالمذهب الحنفي، مع أن المشهور هو جعل نفقة الولد عند عجز الأب عن الإنفاق في بيت مال المسلمين أو على جماعة المسلمين .
 - عدم سقوط نفقة الزوجة الناشز (الفصل 123) .
 - سقوط نفقة المطلقة رجعيًا إذا خرجت من بيت عدتها بدون عذر ولا رضى زوجها (الفصل 122) .
 - وجوب المتعة للمطلقة (الفصل 60 الملغى بمقتضى تعديل 1993، والآن بعد التعديل المذكور، الفصل المضاف للمدونة وهو الفصل 52 مكرر، الذي أضاف أيضاً ضرورة مراعاة الضرر اللاحق بالزوجة، عند تقدير المتعة، إذا تبين أن الزوج طلق بدون ميرر مقبول) . وكل هذا جاء خلافاً لمشهور المذهب المالكي الذي يعتبر المتعة مستحبة لا

مستقاة من مذاهب فقهية سنية أخرى⁹⁴⁰، كما أن المدونة نصت على مسائل لا سند لها في الفقه أصلاً⁹⁴¹، وتضمنت أحكاماً تنظيمية مستقاة من القانون المقارن⁹⁴².

واجبة، وتأثراً بالمذهب الشافعي . قال القاضي عبد الوهاب : ((وتستحب المتعة لكل مطلقة ومن جرى مجراها، كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، إلا المطلقة المسمى لها قبل الدخول، والمختلعة، والملاعبة . ولا يجبر عليها من أبائها)) (القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت 422 هـ) - التلقين - نشر وزارة الأوقاف المغربية، مطبعة فضالة (المحمدية)، 1993، ص 89) .

- اعتبار الطلاق المقترن بعدد لا يقع إلا واحداً (الفصل 51) .

- الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق (الفصل 50) .

- الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع (الفصل 52) .

- عدم وقوع طلاق السكران الطافح والغضبان إذا كان غضبه مشتداً (الفصل 49) .

انظر : البحث الهام الذي أعده الدكتور عبد السلام العسري - اختيارات مدونة الأحوال الشخصية من أحوال وروايات المذهب المالكي غير المشهورة، واختياراتها من خارج المذهب المالكي - بمجلة دار الحديث الحسنية، العدد 8، لسنة 1990، ص 75 - 112 .

⁹³⁹ - فقد خالفت المدونة ما جرى به العمل في المذهب المالكي بخصوص احتساب عدة المطلقة التي تحيض، بثلاثة أشهر بدل ثلاثة قروء . فنصت المدونة في الفصل 73 على أن ((المطلقة بعد المسيس غير الحامل إذا كانت تحيض، عدتها ثلاثة أطهار)) .

⁹⁴⁰ - من الأحكام التي جاءت بها مدونة الأحوال الشخصية، خلافاً لقواعد المذهب المالكي:

- سماع العدلين في مجلس واحد للإيجاب والقبول (الفصل 5)، رغم أن الإمام مالك يجيز السماع من عدل واحد وآخر بعده، وقد تأثرت المدونة في ذلك بالمذهب الشافعي .

- إلغاء ولاية الإيجاب بالنسبة للولي (الفصل 12) في نصه القديم حيث لم يترك الإيجاب إلا للقاضي في حالة الخوف على الفتاة، أما بعد تعديل ظهير 10 / 09 / 1993 فإن الفقرة الأخيرة من الفصل 12 ألغيت، وبذلك سحب حق الإيجاب حتى بالنسبة للقاضي .

- جعل الكفاءة حقاً خاصاً بالزوجة (الفصل 12)، في حين يحدد الإمام مالك الكفاءة في عدة أمور كالنسب، والدين، والحرية ... ورغم أن الكفاءة حق للزوجة، فإن للولي رفع الأمر إلى القضاء إذا عارض في كفاءة الزوج (انظر - الأستاذ عبد الواحد العلوي (أحد أعضاء لجنة وضع المدونة) في تدخله، أمام الحلقة الدراسية الخاصة بمركز المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية (القاهرة، 2 - 5 أكتوبر 1972) . بمجلة القضاء والقانون عدد 123، ص 125) .

- تحديد عدد الرضعات المحرمة في خمس رضعات (الفصل 28)، تأثراً بالفقه الشافعي . وإن كان البعض يعتبر أن هذا الحكم وإن كان مخالفاً للثابت في المذهب المالكي من أن الرضاع ليس له قدر معلوم، فإن ما أخذت به المدونة مبني عما روي عن عائشة رضي الله عنها من أنهن خمس رضعات، أي أنه مستند إلى نص حديثي أو قول الصحابي وكلاهما من أدلة المذهب المالكي (انظر : محمد رياض - أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 270، هامش 93) .

- قسمة متاع البيت المشترك (الفصل 39)، فخالفت المدونة الفقه، لما نصت على اقتسام متاع المشترك عند عدم الإثبات، والفقه يقرر انه للزوج مع يمينه (ابن جزري، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 142).
- إلغاء الطلاق بصيغة اليمين، واحتساب الطلاق واحدا ولو تعدد لفظا، وإلغاء الطلاق المعلق (الفصل 50-52)
- ونفاذ الطلاق في العدة (الفصل 45) .
- طلاق التملك الذي يخضع عمليا لمذهب أبي حنيفة، اعتبرته المدونة طلاقا بائنا وهو في المذهب المالكي طلاق رجعي (الفصل 44 و 67) .
- ربط العيوب المحولة لطلب التطليق في الضرر والمرض وعدم البرء خلال سنة، بخلاف تحديد المذهب المالكي (الفصل 54) .
- واعتبار الغيبة بدون سبب كمبرر للطلاق على مذهب ابن حنبل (الفصل 57)، حيث جمعت المدونة بين المذهب الحنبلي، والمذهب المالكي فيما يتعلق بمدة الغيبة وهي سنة .
- واعتبار اللعان (الفصل 90) في نفي النسب، لا يوقع الفرقة إلا بتدخل القاضي، وهو رأي أبي حنيفة . خلافا لرأي الإمام مالك الذي يرى أن اللعان يوقع الفرقة من غير تدخل القاضي .
- اعتبار نشوز الزوجة غير الحامل، مما لا يسقط النفقة (الفصل 123) .
- تحديد أقصى مدة الحمل في سنة (الفصل 84)، في حين يحددها الفقه المالكي في خمس سنوات .
- وإجبار الأم الموسرة على النفقة على الأولاد في حالة عجز الأب عن الإنفاق (الفصل 129)، تأثرا بالمذهب الحنفي . في حين لا يجبرها المالكية ولو كانت موسرة .
- تخصيص وصية واجبة للأحفاد إذا مات أبوهم قبل أصله أو معه بمقدار وشروط محددة قانونا (الفصل 267) .
- وحول ما جاءت به المدونة خلافا للمذهب المالكي، انظر :
- أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، صفحات 5 و 103 و 304 و 310 و 345 و 352 و 364 و 386 .
- أحمد الخليلي وعبد الرزاق مولاي رشيد - مدونة الأحوال الشخصية بعد خمسة وعشرين سنة من صدورها . منشور بكتاب الأستاذ أحمد الخليلي : وجهة نظر مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1988، ص 15 وما بعدها . حيث بين الباحثان أن المدونة أخذت بعض الأحكام المخالفة للمذهب المالكي من القانون السوري الصادر سنة 1953 (ص 18، هامش 19 من المرجع السابق) .
- عبد السلام العسري - اختيارات مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 112 - 138 .
- عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية - ج 1، تطوان، دون بيان تاريخ الطبع، ص 29 . و ج 2، تطوان، دون بيان تاريخ الطبع، ص 28 .
- محمد بن معجوز المزغراني - بعض المآخذ على مدونة الأحوال الشخصية . بمجلة الميادين، عدد 3، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي، ص 95 - 113 .
- عبد النبي ميكو: الوسيط في الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 428 .

ويتناول هذا الفصل بيان موقف المجلس الأعلى، من نصوص مدونة الأحوال الشخصية، التي جاءت مخالفة للفقهاء المالكي في عدة مواضيع، وليس هدفنا دراسة جميع المواضيع التي خالفت فيها المدونة الفقه المالكي، لأن هذا يخرج بالبحث عن موضوعه. بل سيتم الاختصار على ما له ارتباط بالعمل القضائي للمجلس الأعلى، وهذا هو مبرر معالجتنا فقط لأربعة مواضيع، سنتناولها

هذا وتجب الإشارة إلى أن مشروع المدونة، كان بدوره قد خرج عن أحكام الفقه المالكي، وأخذ بحلول فقهية مستقاة من مذاهب أخرى، لكن المدونة لم تأخذ بها. ومن ذلك ما بينه أستاذنا أحمد الخليلي وعبد الرزاق مولاي رشيد، في بحثهما الآنف الذكر، ص 16 :

- السماح للمرأة الرشيدة بعقد زواجها دون ولي، تبعاً لمذهب أبي حنيفة .
 - صحة عقد الزواج الذي تبرمه الفتاة دون موافقة وليها متى كان الزوج كفئاً لها، تبعاً لرأي أبي حنيفة .
 - منع الولي من معارضة الزواج الذي ترضى فيه الفتاة بأقل من مهر المثل، تبعاً لرأي أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، لكن اللجنة قصرته على الرشيدة وحدها طبق مذهب الإمام مالك .
 - سقوط نفقة المرأة الناشز تبعاً لرأي أبي حنيفة .
 - إيجاب نفقة الفروع على الأصول وإن سفل الفرع، وإيجاب نفقة الأصول على الفروع وإن علا الأصل، تبعاً لرأي الشافعي. لكن المدونة قصرت النفقة المذكورة على الأبوين وأبنائهما، أخذاً برأي الإمام مالك .
- 941 - مثال ذلك:

- اشتراط المدونة سناً معينة للزواج (15 سنة فتاة/ 18 سنة فتى) (الفصل 8).
 - امتداد ولاية الأب على شخص القاصر وأمواله حتى تكمل أهليته ببلوغه سن الرشد القانوني (الفصل 149)، مع أن الأصل في الفقه الإسلامي أنه بالبلوغ يكون القاصر حراً في شخصه لحين رشده بالنسبة لأمواله.
 - الإشهاد بمحضر عدلين رسميين منتصبين للإشهاد في الزواج والطلاق، إذ الأصل هو مجرد شاهدين (الفصل 5).
 - اشتراط موافقة الولي على زواج الزوج القاصر الذي لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني (الفصل 9).
- فهذه الأمور كلها مستحقة، وتحلفها يقتضي وطبق الفصل 37 مدونة فق 1 فساد العقد، غير أن المدونة خالفت في ذلك إجماع الأئمة بخصوص صحة زواج البالغ الذي أبرم زواجه دون موافقة الولي، وكذلك الأمر بالنسبة للسنة. وقد عدلت المدونة عن الإجماع دون مبرر. (انظر أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 160 و ص 245).
- فرض قيود على تعدد الزوجات (الفصل 30 و 41 / 5) .
 - تحديد سن الرشد القانوني في 20 سنة شمسية كاملة (الفصل 137) .
- (انظر : عبد السلام العسري - اختيارات مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 125 - 130) .
- 942 - كفرض أوراق إدارية والشهادة الطبية، بالنسبة للمقبلين على الزواج (الفصل 41) وإرسال نسخ عقد الزواج إلى إدارة الحالة المدنية (الفصل 43) .

في هذا الفصل، بعدما وجدت لها تطبيقاً أمام المجلس الأعلى⁹⁴³، هذا فضلاً عن أهمية هذه المواضيع العملية، التي تستدعي إبراز القيمة القانونية والقضائية التي اتسمت بها تطبيقات تلك المواضيع.

وسنبحث حدود مخالفة نصوص المدونة لقواعد الفقه المالكي في المواضيع محل البحث، وما إن كانت هذه المخالفة كلية أم جزئية، أي البحث عن علاقة نصوص مدونة الأحوال الشخصية - كنص قانوني - بالقواعد الفقهية التي تنظم المواضيع المذكورة. ثم البحث في كيفية تعامل المجلس الأعلى مع تلك النصوص، من خلال التطبيقات العملية المرتبطة بها. وذلك من أجل بيان ما إن كان المجلس الأعلى يميل في عمله بشأنها، إلى الاقتراب من الحلول الفقهية التي خالفها تلك النصوص، أم إن عمله بقي محصوراً في حدود النصوص المخالفة، دون أن يرجع بشأنها إلى الفقه المالكي، أي البحث عن الأهمية القانونية والقضائية التي اتسم بها التطبيق القضائي بخصوص المواضيع محل الدراسة. وعلى ذلك سيتم التعرض للمواضيع التالية، التي خالفت فيها مدونة الأحوال الشخصية المذهب المالكي، واتخذ المجلس الأعلى بشأنها مواقف معينة :

المبحث الأول : وجوب الإشهاد على عقد الزواج .

المبحث الثاني : جواز الشروط الاتفاقية في عقد الزواج .

المبحث الثالث : عدم سقوط نفقة الزوجة الناشز غير الحامل .

المبحث الرابع : تحديد سن معينة لاكتساب أهلية الزواج .

⁹⁴³ - من المسائل الهامة التي خالفت فيها المدونة مذهب الإمام مالك، ولم أقف على تطبيق لها أمام القضاء المغربي، مسألة وجوب إنفاق الأم الغنية على ولدها في حالة عجز الأب عن الإنفاق عليه، طبق ما يقضي به الفصل 129 من مدونة الأحوال الشخصية، المستمد من المذهب الظاهري . حيث يكتفي القضاء بفرض نفقة ولو رمزية على الأب الفقير لصالح ابنه، دون بحث عما إن كانت أمه غنية فتجب عليها إذاك النفقة، وهذا يترجم موقف الحرص على نموذج الأب المثالي كما تصوره المدونة، كما يبدو أن الأزواج ربما لا يستسيغون صدور حكم على الأم الغنية بالنفقة، لما يشعرون به من انتقاص في دورهم، رغم أنها تقوم بذلك في الواقع مع قيام الزوجية أو بعد انحلالها ولو مع قدرة الأب على الإنفاق . فعدم تفعيل هذا النص القانوني يرجع لاعتبارات اجتماعية، أكثر مما هي قانونية، إذ لا تحتمل القواعد الاجتماعية الضاغطة، فكرة مطالبة الزوج زوجته بالإنفاق عند عجزه . وهذه حالة، من حالات تأثير الممارسة الاجتماعية على القواعد القانونية المؤسسة للمساواة بين الجنسين . ويثور بصدد الفصل المذكور كذلك، عدة مشاكل : مدى مساهمة الزوجة في الإنفاق، ومدة هذه النفقة، لأن طولها يشجع الأب على الاتكال على الزوجة ما لم يكن عجزه لعذر مقبول، وهل تعد الزوجة مهملة لأسرتها إن رفضت الإنفاق إسوة بالأب، تبعاً لعمومية الفصل 480 من القانون الجنائي.

خلاصة الفصل الأول .

المبحث الأول

وجوب الإشهاد على عقد الزواج

ومقتضيات الفقرة الرابعة من الفصل الخامس من المدونة

خالفت مدونة الأحوال الشخصية، المبدأ المقرر في الفقه المالكي بخصوص الإشهاد على الزواج . لكنها عادت وأخذت ببعض تطبيقات الفقه المالكي، المرتبطة بحالة عدم الإشهاد على الزواج . فمن خلال هذا الوضع يتعين البحث عن موقف المجلس الأعلى من الموضوع . وفي سبيل ذلك سيتم بيان أحكام الفقه المالكي بخصوص الإشهاد على الزواج (المطلب الأول)، ثم بيان موقف المدونة من الموضوع (المطلب الثاني)، وأخيرا بيان موقف المجلس الأعلى من تطبيق المقتضيات القانونية والفقهية المرتبطة بالإشهاد على الزواج (المطلب الثالث) .

المطلب الأول

الإشهاد على الزواج في الفقه المالكي

إن الإشهاد على الزواج، محل خلاف في الفقه الإسلامي، فبينما يعتبره الجمهور شرطاً في النكاح⁹⁴⁴، يذهب البعض الآخر إلى عدم لزوم الإشهاد فيه⁹⁴⁵. وقد ذهب الإمام مالك إلى أن

944 - يقول ابن رشد: ((اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح . واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد . واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر . واختلفوا إذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان، هل هو سر أو ليس بسر؟ فقال مالك هو سر ويفسخ، وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس بسر)) (ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد) ت سنة 595 هـ) : (بداية المجتهد ونهاية المقتصد . ج 2، ط دار الفكر، د. ت. م. ط. ص 13) . وقال الكاساني: ((فقد اختلف أهل العلم فيه (الإشهاد)، قال عامة العلماء: إن الشهادة شرط جواز النكاح . وقال مالك ليست بشرط، وإنما الشرط هو الإعلان حتى لو عقد النكاح، وشرط الإعلان جاز، وإن لم يحضره شهود . ولو حضرته شهود وشرط عليهم الكتمان لم يجز . ولا خلاف في أن الإشهاد في سائر العقود ليس بشرط، ولكنه مندوب إليه ومستحب . قال الله تعالى في باب المداينة: { يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه } (البقرة / 282) . والكتابة لا تكون لنفسها بل للإشهاد)) (الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . ج 1، ط 1، دار الفكر، بيروت 1996، ص 376) . وجاء في سنن الترمذي في الحديث رقم 1022: ((حَدَّثَنَا يُوسُفُ بْنُ حَمَّادٍ الْبُصْرِيُّ حَدَّثَنَا عَبْدُ الْأَعْلَى عَنْ سَعِيدٍ عَنْ قَتَادَةَ عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ الْبُعَايَا اللَّاتِي يُنْكَحُنَّ أَنْفُسَهُنَّ بغيرِ بَيِّنَةٍ قَالَ يُوسُفُ بْنُ حَمَّادٍ رَفَعَ عَبْدُ الْأَعْلَى هَذَا الْحَدِيثَ فِي التَّفْسِيرِ وَأَوْفَقَهُ فِي كِتَابِ الطَّلَاقِ وَلَمْ يَرْفَعَهُ حَدَّثَنَا قُتَيْبَةُ حَدَّثَنَا عُندَرٌ مُحَمَّدُ بْنُ جَعْفَرٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي عَرُوبَةَ نَحْوَهُ وَلَمْ يَرْفَعَهُ وَهَذَا أَصَحُّ قَالَ أَبُو عِيْسَى هَذَا حَدِيثٌ غَيْرُ مَحْفُوظٍ لَّا نَعْلَمُ أَحَدًا رَفَعَهُ إِلَّا مَا رُوِيَ عَنْ عَبْدِ الْأَعْلَى عَنْ سَعِيدٍ عَنْ قَتَادَةَ مَرْفُوعًا وَرُوِيَ عَنْ عَبْدِ الْأَعْلَى عَنْ سَعِيدٍ هَذَا الْحَدِيثُ مَوْفُوعًا وَالصَّحِيحُ مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَوْلُهُ لَّا نِكَاحَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ هَكَذَا رَوَى أَصْحَابُ قَتَادَةَ عَنْ قَتَادَةَ عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ لَّا نِكَاحَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ وَهَكَذَا رَوَى غَيْرُ وَاحِدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي عَرُوبَةَ نَحْوَهُ هَذَا مَوْفُوعًا وَفِي هَذَا الْبَابِ عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ وَأَنْسِ وَأَبِي هُرَيْرَةَ وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَمَنْ بَعْدَهُمْ مِنَ التَّابِعِينَ وَغَيْرِهِمْ قَالُوا لَّا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ لَمْ يَخْتَلَفُوا فِي ذَلِكَ مَنْ مَضَى مِنْهُمْ إِلَّا قَوْمًا مِنَ الْمُتَأَخِّرِينَ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ وَإِنَّمَا اختلف أهل العلم في هذا إذا شهد واحدٌ بعد واحدٍ فقال أكثر أهل العلم من أهل الكوفة وغيرهم لا يجوز النكاح حتى يشهد الشاهدان معاً عند عقدة النكاح وقد رأى بعض أهل المدينة إذا أشهد واحدٌ بعد واحدٍ فإنه جائزٌ إذا أعلنوا ذلك وهو قول مالك بن أنس وغيره هكذا قال إسحاق فيما حكى عن أهل المدينة وقال بعض أهل العلم يجوز شهادة رجلٍ وامرأتين في النكاح وهو قول أحمد وإسحاق)) .

أما الظاهرية فيرون أنه ((لا يتم النكاح إلا بإشهاد عدلين فصاعداً، أو بإعلان عام، فإن استكتم الشاهدان، لم يضر ذلك شيئاً)) (ابن حزم (أبو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي) ت 456 هـ /

الشهادة ليست شرطاً لإنشاء العقد⁹⁴⁶ بل الشرط الإعلان⁹⁴⁷ ((فلا تكفي الشهادة عن الإعلان، فلو تواصلوا بالشاهدان بالكتمان⁹⁴⁸ لا يوجد العقد . وروي عنه أن الإعلان وحده كاف

1063 م) - المحلى بالأثار . تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري . ج 9، دار الفكر، بيروت . د. ت. ط. ص، ص 48) .

⁹⁴⁵ - فيعتبرون أن الشهادة لا تلزم في الزواج ولا تشترط، بحيث يصح الزواج ولو لم يحضره أحد سوى الزوجين، مستدلين بقوله تعالى: ((فانكحوا ما طاب لكم من النساء)) (سورة النساء / 3)، ومن أنصار هذا الرأي : ابن أبي ليلى، وأبو ثور، وأبو بكر الأصب . استناداً لورود لفظ النكاح مطلقاً غير مقيد بالشهادة في الآية المذكورة، ولأن الأحاديث الواردة في الموضوع ليست صالحة لتقييد القرآن لأنها أحاديث أحادية (بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والجعفري والقانون -، ج 1 بيروت 1967، ص 61 وما بعدها) . فعندهم ((ليس الشهود من شرط النكاح، لا شرط صحة ولا شرط تمام . وفعل ذلك الحسن بن علي، روي عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح)) (ابن رشد - بداية المجتهد . ج 2، مرجع سابق، 13) . وقد ورد في المدونة عن ابن وهب : ((ابن وهب) عن يزيد بن عياض عن إسماعيل بن إبراهيم عن عباد بن سنان عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ألا أنكحك أميمة بنت ربيعة بن الحارث ؟ قال : بلى . قال : قد أنكحتكها . ولم يشهد)) (المدونة الكبرى - للإمام مالك رواية الإمام سحنون عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم . ج 2 - ط دار صادر، بالأوفست عن طبعة مطبعة السعادة - 1323 هـ، ص 193) . وفيها روايات أخرى من هذا القبيل .

⁹⁴⁶ - جاء في المدونة ((رأيت إن تزوج رجل بغير بينة وأقر المزوج بذلك أنه زوجه بغير بينة أيجوز أن يشهدا في المستقبل وتكون العقدة صحيحة في قول مالك ؟ قال : نعم ، كذلك قال مالك : قال : وقال مالك في رجل تزوج امرأة فلما أراد أبوها أن يقبض الصداق قالت : زوجتي بغير شهود فالنكاح فاسد ، قال مالك : إذا أقر أنه تزوج فالنكاح له لازم ويشهدان فيما يستقبلان قلت : وسواء إن أقر جميعاً أنه زوجها بغير بينة أو أقر أحدهما ؟ قال : نعم ، ذلك سواء عند مالك إذا تزوج بغير بينة ، فالنكاح جائز ويشهدان فيما يستقبلان وإنما الذي أخبرتك مما سمعت من مالك أنهما تقاررا ولا بينة بينهما . قلت : رأيت الرجل إذا زوج عبده أمته بغير شهود ولا مهر ؟ قال: قال مالك : لا يزوج الرجل عبده أمته إلا بشهود وصداق قلت : فإن زوجه بغير شهود ؟ قال : أخبرتك أن مالكا قال في رجل تزوج بغير شهود فقال الرجل بعد ذلك أنكحتني بغير شهود فهو نكاح مفسوخ فقال مالك : إذا أقر أنه زوجه قال فليشهدان فيما يستقبل وهذا إذا لم يكن دخل بها)) (المدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 2 ، ص 192 وما بعدها).

⁹⁴⁷ - جاء في المدونة ((ابن وهب: عن شمر بن نمير الأموي عن حسين بن عبد الله عن أبيه عن جده عن علي بن أبي طالب ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، مر هو وأصحابه ببني زريق فسمعوا غناء ولعبا، فقال : ما هذا؟ فقالوا نكاح فلان يارسول الله. فقال: كمل دينه، هذا النكاح لا السفاح ولا نكاح السر، حتى يسمع دف أو يرى دخان)) (المدونة الكبرى، ج 2 ، مرجع سابق، ص 194).

⁹⁴⁸ - جاء في المدونة ((قلت: رأيت الرجل ينكح بينة ويأمرهم أن يكتموا ذلك أيجوز هذا النكاح في قول مالك ؟ قال : لا ، قلت : فإن تزوج بغير بينة على غير استسرار ؟ قال : ذلك جائز عند مالك وليشهدان فيما يستقبلان

لإنشاء العقد، من غير حاجة مطلقاً إلى تعيين الشهادة . وإليه ذهب الشيعة الجعفرية، فقد قالوا لا يشترط الإشهاد على العقد بل يستحب دفعا للإنكار))⁹⁴⁹ .

فحسب الإمام مالك لا يعتبر الإشهاد شرط صحة في عقد الزواج⁹⁵⁰ ، بل الشرط عنده هو الإعلان، ويتحقق بالإشهاد وغيره كالضرب بالدفوف⁹⁵¹ . وقد اعتبر متأخرو فقهاء المالكية، أن الإشهاد شرط في الدخول، وذلك بعد أن كان الاعتبار بالشهرة، التي هي خاصية الزواج في نظر الأقدمين، فلم تكن أنكحة السلف بالإشهاد⁹⁵² . فأصبح الإشهاد واجبا عند الدخول، فإن تم بدون إشهاد، فسخ العقد . وعلى ذلك فإن الإشهاد في الفقه المالكي يعتبر شرط صحة انتهاء، لا ابتداء، ولذلك لا يتطلب إلا عند الدخول . فهو ليس من شروط الصحة التي يلزم بها العقد، وحضور الشاهدين عند العقد، إنما هو مندوب فقط⁹⁵³ . وعلى هذا فإذا كانت الشهادة شرطا

قلت : لم أبطلت الأول ؟ قال : لأن أصل هذا الاستسرار ، فهو وإن كثرت البينة إذا أمر بكتمان ذلك أو كان ذلك على الكتمان فالنكاح فاسد)) (المدونة الكبرى - ج 2 ، مرجع سابق، ص 193) .

⁹⁴⁹ - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية . مرجع سابق ، ص 61 .

⁹⁵⁰ - يقول ابن فرحون : ((حكم الإشهاد في النكاح : ... والإشهاد على عقد الزواج، ليس بواجب على مذهب مالك رضي الله تعالى عنه، وإنما يجب الإشهاد عند الدخول لنفي التهمة والظنة عن نفسه . ومعنى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل"، أي لا يكون وطء النكاح إلا باجتماع هذه الأشياء لأن النكاح حقيقة، إنما يقع على الوطاء، وإنما سمي العقد نكاحاً لأن النكاح الذي هو الوطاء يكون به فسمي باسم ما قرب منه . ولا يصح أن يحمل الحديث على العقد، لأنه قد ذكر فيه الصداق، وذلك مما لا يفتقر إليه العقد بإجماع، لأن القرآن جوز نكاح التفويض)) (برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن فرحون - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام . ج 1، ط 1، المطبعة العامرة الشرفية، مصر 1301 هـ - نسخة مصورة صدرت عن دار الكتب العلمية بيروت)، ص 167 وما بعدها) .

⁹⁵¹ - استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم : ((أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف)) خرجه داود . وقد أفتى ابن لب (فقيه مالكي توفي سنة 782 هـ) عندما سئل عما إن كان الفشو والشهرة تغني عن الإشهاد ؟ أفتى بكفاية الشهرة .

⁹⁵² - النوازل - للشيخ عيسى بن علي الحسيني العلمي، ج 1، مرجع سابق، ص 47 .

ويقول علال الفاسي : ((فقد خلط فقهاؤنا بين الشهرة وبين الإشهاد. فالشهرة ليست شرطا في النكاح وإنما الإشهاد هو الشرط. ويرى ابن حزم أن الشهرة تقوم مقام الإشهاد لأن المشهور عندهم أن النكاح يشهرون به فيعتبرون شهودا)) (علال الفاسي - التقريب - شرح مدونة الأحوال الشخصية، الرباط 1986، ص 115) .

⁹⁵³ - علال الفاسي - التقريب - مرجع سابق، ص 114 .

قال القاضي عبد الوهاب البغدادي : ((والإشهاد من شروط كمال النكاح وفضيلته، دون نفوذه وصحته، وكذلك الإعلان . والتراضي بكتمان العقد يفسده)) (القاضي عبد الوهاب البغدادي - التلقين - نشر وزارة الأوقاف المغربية، مطبعة فضالة (الحمدية)، 1993، ص 86) .

لصحة الزواج عند الأحناف ومن ظاهرهم فإنها ((شرط حل الدخول عند المالكية))⁹⁵⁴ . وقد
 خص ابن عاصم ما استقر عليه الفقه المالكي بخصوص الإشهاد بقوله في التحفة :
 وفي الدخول الختم للإشهاد وهو مكمل في الانعقاد

قال الشيخ ميارة في شرحه للنظم المذكور : ((يعني أن الإشهاد بالنكاح شرط صحة في
 الدخول و شرط كمال في الانعقاد، فإن دخل بها بغير إشهاد فسخ))، وأورد قول الإمام مالك في
 الواضحة : ((ومن نكح ولم يشهد لم يضره، ولكن لا يبني حتى يشهد))⁹⁵⁵ . وقال الشيخ
 التسولي في شرحه للنظم المذكور أيضا : ((فعلم منه أن الإشهاد ليس شرطا في صحة النكاح،
 ولا ركنا فيه . لوجود العقد وصحته، بحصول الإيجاب من الولي والقبول من الزوج . وإنما هو
 شرط في الدخول))⁹⁵⁶ . وقال الشيخ خليل مختصرا أحكام المذهب المالكي في الموضوع : ((
 وإشهاد عدلين غير الولي بعقده، وفسخ إن دخل بلاه، ولا حد إن فشا))⁹⁵⁷ . وقال عبد الله

فازواج ينعقد صحيحا إذا تم بغير شهود حسب المالكية ((على أن يظل العقد موقوفا بحيث يمتنع على
 الزوج الدخول بزوجه إلى حين تمام الإشهاد، ومتى تحقق ذلك نفذ العقد وحل الدخول . وغني عن البيان أن
 الزواج ينعقد صحيحا نافذا عند المالكية إن وقع الإشهاد عليه عند إبرامه، فترتب عليه جميع آثاره في الحال بما فيها
 حل الدخول)) (صلاح الدين زكي : أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي . ط 1، مطبعة
 النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1985، ص 103 - 104) .

⁹⁵⁴ - صلاح الدين زكي : أحكام قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 103 - 104 .

⁹⁵⁵ - الشيخ ميارة - الإتيان والأحكام في شرح تحفة الحكام . ج 1، طبعة دار الفكر، دون بيان تاريخ الطبع،
 ص 153.../

⁹⁵⁶ - التسولي - البهجة في شرح التحفة . ج 1، ط 1، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1998، ص 409 - 410
 . والتاودي على التحفة نفس المرجع والصفحة .

⁹⁵⁷ - ومعنى قول الشيخ خليل المذكور : أنه يندب إشهاد شاهدين عدلين غير فاسقين عند العقد، فلو أشهد غير
 العدلين لم يأتيا بالمدوب ولو عدلا عن البناء، ويجب أن يكون الشاهد من غير الولي . ويفسخ العقد إن دخلا بلاه
 أي بلا إشهاد، لأن الإشهاد قبل البناء واجب، ويكون الفسخ بطلقة بائنة، سدا لذريعة الفساد ممن يجتمعان على
 فساد في خلوة، ويدعيان سبق عقد بينهما من غير إشهاد . وإذا لم يتم الإشهاد على الدخول، ولكن فشا الدخول
 بوليمة أو ضربك دف فلا حد عليهما . انظر مختلف شراح خليل، عند نص متنه المذكور . وتجب الإشارة إلى أن
 أبا حنيفة لا يشترط عدالة الشاهدين . وإنما شرطها المالكية لأن الفاسق لا يقبل خبره .

وذكر عن ابن عرفة : إن ما وقع فيه الدخول بلا شاهدين فإنه يفسخ بطلقة . والطلاق فرع ثبوت
 النكاح وهذا تناقض كما يظهر في بادئ الرأي. والجواب على ذلك هو ما ذكره ابن رشد في المقدمات من أن
 الطلقة ألزمتها له لأنه يقول تزوجت بشاهدين عدلين فهو مقر بصحة النكاح والإنسان يؤاخذ بإقراره . وفسخناه
 حيث لم نصدقه. ودريء عنه الحد للفشو، لحديث ادعوا الحدود بالشبهات . والفشو شبهة . انظر : الحسن بن
 رحال المعداني في حاشيته على شرح ميارة على التحفة - الإتيان - مرجع سابق، ج 1، ص 152 .

بن أبي زيد القيرواني : ((ولا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، فإن لم يشهدا في العقد فلا يبيح حتى يشهدا))⁹⁵⁸ . وعلى مقتضى هذه القواعد كان عمل القضاء بالمغرب إلى حين صدور المدونة
959

المطلب الثاني

الإشهاد على الزواج في مدونة الأحوال الشخصية

ينص الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية، كما غير وتمم بالظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1/93.347 بتاريخ 10 شتنبر 1993⁹⁶⁰ :

⁹⁵⁸ - رسالة عبد الله بن أبي زيد القيرواني . دار الكتب الإسلامية (القاهرة / بيروت) د. ت. ط. ص 90 .
⁹⁵⁹ - فيمقتضى القواعد الفقهية المذكورة، خاصة ما يتعلق بإقامة الحد : قرر القضاء المغربي قبل صدور المدونة، فسخ نكاح تم دون إشهاد، لكونه وفي ليلة البناء بالزوجة، حضر أناس تجمعوا على طعام أحضر بالمناسبة فقط، وقد حكم بفسخ النكاح المذكور بطلاق بائن، وبلحوق الولد، وبسقوط الحد عن الزوجين لفشو نكاحهما، ومجئهما مستفتيين عن وضعهما (حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي)، بتاريخ 01 ربيع الأول 1363 هـ - موافق 26 / 02 / 1944 ، بمجموعة الأحكام الشرعية، مراجعة وتقديم وتعليق : الأستاذ عبد العلي بن محمد العبودي، ط 1، المركز الثقافي العربي - بيروت / الدار البيضاء 1991، ص 177) . كما قرر أنه إن عاشر رجل امرأة بغير إشهاد، ولو كانا اتفقا على الزواج برضى والد المرأة، فإن ذلك، يعتبر محض زنا، ويوجب الحد (حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي)، بتاريخ 11 ربيع الثاني 1362 هـ - موافق 17 / 04 / 1943، بمجموعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 128) .

وحديثا قرر القضاء المغربي، بخصوص قضية تتعلق بجرمة مشاركة في الخيانة الزوجية : ((حيث إن الظنينة عاشرت م. م. (المتزوج من أخرى) الذي تقدم لخطبتها وأقام حفل الزفاف لمدة تزيد عن سنة، كان يعاشرها خلالها معاشرة الأزواج، دون كتابة العقد، مدعيها بأنه لا يزال ينتظر حصول موافقة إدارة الجمارك على زواجه . وحيث إن الظنينة كانت تعتبر نفسها خلال فترة معاشرتها للمدعو م. م. زوجة شرعية له، خصوصا وأنه قام بخطبتها وإقامة حفل الزفاف، وأنه كان يعولها واكترى لها بيت الزوجية . وحيث إن نية الظنينة لم تكن هي معاشرة م. م. معاشرة جنسية غير شرعية، الأمر الذي يجعل جنحة المشاركة في الخيانة الزوجية غير قائمة، لانعدام الركن المعنوي للجرمة، مما يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد ببراءة الظنينة)) (محكمة الاستئناف بالدار البيضاء - قرار جنحي عدد 690، بتاريخ 24 / 01 / 1991، قضية رقم 834 / 89 . بمجلة المحاكم المغربية، عدد 66، ص 198) .

⁹⁶⁰ - منشور بالجريدة الرسمية عدد 4222، بتاريخ 29 شتنبر 1993، ص 1833 .

وكان الفصل الخامس قبل التعديل ينص : ((1 - يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزوج أو نائبه ومن الولي بعد موافقة الزوجة وتفويضها إليه . 2 - لا

((1- لا يتم الزواج إلا برضا الزوجة وموافقتها وتوقيعها على ملخص عقد الزواج لدى العدلين. ولا يملك الولي الإيجار في جميع الحالات مع مراعاة باقي مقتضيات الفصلين 12 و 13 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 من تسمية مهر الزوجة ولا يجوز العقد على إسقاطه.

4- يجوز للقاضي - بصفة استثنائية - سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها ((.

فتبعاً لمقتضيات هذا الفصل، يعتبر الإشهاد من الشروط الشكلية لصحة الزواج . ومرجع إقرار هذه الشكلية، يكمن في تميز عقد الزواج عن باقي العقود، فيما يتعلق بآثاره والحقوق المتولدة عنه، حيث يتحتم الاستيثاق لهذه الحقوق، بواسطة هذا الإجراء الشكلي، الذي يضمن عدم الاستهانة بمؤسسة الزواج ذاتها، وتلافي مآسي إنكار العلاقة الزوجية، بناء على بينات لا يطمئن لصدقها . مما حتم اشتراط الرسمية في الإشهاد عن طريق عدلين منتصبين للإشهاد⁹⁶¹ .

بد من تسمية مهر للزوجة ولا يجوز العقد على إسقاطه. 3- يجوز للقاضي - بصفة استثنائية - سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها ((. فأضيفت فقرة جديدة بعد التعديل إلى الفصل المذكور . وأصبحت الفقرة الثالثة تحمل رقم أربعة، وهي التي تعيننا بالدراسة فيما سيلي . وعلى ذلك فإن البعض يعتبر أن التعديل الذي تم سنة 1993 لم يبلغ الفقرة 3 من الفصل 5 من المدونة، ولكن حول الفقرة 3 إلى فقرة 4، وبهذا لم تقطع المدونة صلتها بالماضي فيما يتعلق بإثبات الزواج، بحيث يبقى دائما من الممكن إثباته ولو خارج العدلين بواسطة الشهود . انظر :

Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, Marrakech (1996), p. 22.

⁹⁶¹ - وتتعزز هذه الشكلية، بمقتضيات الفصل 41 من مدونة الأحوال الشخصية، المتعلق بالإجراءات الإدارية للزواج، وكذلك بمقتضيات الفصل 43 من المدونة الذي ينص : ((يسجل نص العقد بسجل الأنكحة لدى المحكمة ويرسل إلى إدارة الحالة المدنية، وتحوز الزوجة أو من ينوب عنها الرسم الأصلي في أجل لا يتعدى 15 يوما من تاريخ العقد. كما للزوج الحق في أخذ نسخة منه)) . غير أن مقتضيات هذا الفصل لا تطبق في الواقع، تبعا لمنشور صادر عن وزارة الداخلية تحت عدد 8 / ك.ع. 1 بتاريخ 31-10-1958 لا يسمح لضباط الحالة المدنية بالتنصيص في سجلات الحالة المدنية على نسخ عقود الزواج التي توجه إليهم من طرف القضاء طبق الفصل 43 مدونة. كما منع المنشور المذكور الإشارة لهذه العقود على هامش رسوم ولادة الزوجين. وتجدر الإشارة إلى أن وزارة العدل لديها مطبوع خاص يتعلق بإحالة عقود الزواج على إدارة الحالة المدنية وهو مبني على الفصل 43 من المدونة وهو النموذج عدد 30079.

وعلى هذا، فمدونة الأحوال الشخصية، سارت على خلاف قواعد الفقه المالكي السابق بيانها بشأن الإشهاد في الزواج، فأخذت برأي باقي الجمهور، لما اعتبرت الإشهاد من طرف عدلين في مجلس العقد⁹⁶²، شرط صحة في العقد ابتداءً، فلا يكون صحيحاً بدونه. وهذان الشاهدان، هما عدلان من العدول المنتصين للإشهاد العام⁹⁶³، يترتب فضلاً عن أثر إشهداهما من حيث

⁹⁶² - لقد اشترطت المدونة اتحاد مجلس عقد الزواج، بينما يمكن حسب الفقه المالكي تأخر القبول عن الإيجاب مدة يسيرة كاليومين والثلاثة، وهناك من يرى أن العقد ينبرم متى لحق القبول الإيجاب، ما لم يرجع الموجب عن إيجابه. بينما يرى الشافعية اتحاد المجلس، بخلاف الحنفية والشافعية الذين لا يشترطون الفورية داخل المجلس. وبذلك تكون المدونة قد اختارت غير المذهب المالكي فيما يتعلق باشتراطها اتحاد مجلس العقد. ((هذا الاختيار فيه احتياط أكثر مما ذهب إليه المالكية)) . انظر : عبد السلام العسري - اختيارات مدونة الأحوال الشخصية من أقوال وروايات المذهب المالكي غير المشهورة، مرجع سابق، ص 113 وما بعدها .

⁹⁶³ - حسب الدكتور صلاح الدين زكي، فإن المقصود بحضور شاهدين عدلين كشرط لصحة الزواج (الفصل الخامس من المدونة)، ليس هو حضور العدلين المنتصين للإشهاد العام، بل المقصود به حضور أي شاهدين تتوفر فيهما شروط الشهادة بما في ذلك العدالة، أي رجلان يتصفان بالعدالة. وسند الدكتور صلاح الدين زكي في هذا الرأي، هو أن الفصل 41 من المدونة ينص على أنه ((يتولى العقد عدلان منتصبان للإشهاد)) . يقول : ((إذ لو كان المشرع المغربي قد قصد من الشاهدين المطلوبين بالمادة الأولى (أي الفصل 5) نفس العدلين المنوط بهما تحرير الوثيقة وفقاً للمادة الأخيرة (أي الفصل 41)، لما غاير بين العبارة التي أوردها في كل من المادتين، ولاستعمل في أولاهما ذات العبارة التي جاءت بالمادة الأخرى... (و) يقطع بصحة هذا النظر، أن المادة 3 / 5 من المدونة المغربية هي نفسها قد نصت على أنه " يجوز للقاضي بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها")) (صلاح الدين زكي : أحكام قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 139) .

وأعتقد أن كلام الدكتور صلاح الدين زكي، وإن كان يتمشى مع مقتضيات الفقه الإسلامي عموماً، بخصوص صلاحية شهادة المسلمين للإشهاد على الزواج بشروط تختلف حسب المذاهب، فإنه يتعذر القول بذلك الآن، في وقت سنت فيه قوانين لخطة العدالة، وحصر الإشهاد العام في أشخاص معينين. أضف إلى ذلك أن ما يتطلبه الفقه والقضاء إلى الآن في إطار اللغيف الشاهد بالزوجية، هو اثنا عشر نفراً عوض شاهدين .

وقد نظمت مهنة مزاولة العدالة، بمقتضى ظهير تنظيم خطة العدالة الصادر بتاريخ 05-6-1982 (جريدة رسمية عدد 3678 بتاريخ 27-4-1983) . الصادر بشأنه مرسوم 18-04-1983 بشأن تعيين العدول ومراقبة خطة العدالة وحفظ الشهادات وتحريرها وتحديد أجور العدول . بالإضافة لظواهر ومناشير أخرى، ويقوم هؤلاء العدول بمهمة التوثيق من جهة، وبمهمة الشهادة من جهة أخرى وصفة عدالتهم مقررّة بقرار إداري وليس من طرف القاضي كما كان الأمر في القديم حيث كانت تزكية العدول تتم من طرف القاضي.

وطبق اتفاقية فيينا الدولية المتعلقة بالعلاقات القنصلية (24 / 04 / 1963) المصادق عليها من طرف المغرب (ظهير 08 / 05 / 1978)، وطبق الظهير الشريف المتعلق باختصاصات الأعوان الدبلوماسيين والقناصل العاملين بالخارج (20 / 10 / 1969)، والمرسوم المطبق له (29 / 01 / 1970) . فإن الأعوان الدبلوماسيين والقنصليين يمكنهم ممارسة مهام العدول ومهام ضابط الحالة المدنية بالخارج، بما لا يتعارض وأنظمة

صحة العقد، آثار أخرى، تتجلى في إعطاء عقد الزواج صفة الرسمية، من جهة ؛ كما أن كتابة العقد من طرفهما، تمكن من إثبات عقد الزواج، من جهة أخرى .

إن هذه المقتضيات المتعلقة بالإشهاد حسب المدونة، تستوجب عدم الاعتداد بعقود الزواج التي تبرم خارج الشكل المذكور، سواء من حيث الصحة أو من حيث الإثبات . ذلك أن ((تكوين الزواج الصحيح ينبنى على دليل صحيح . أي ما يكون دليلا على إثبات الزواج . فتكوين الزواج ذو صلة وثيقة بدليله الذي يثبتته))⁹⁶⁴ . ولا تخفى أهمية الدليل أمام القضاء، ولذلك فإن بعض التشريعات تنص على ضرورة إثبات الزواج بحجة رسمية لإمكان سماع دعوى الزوجية . فقد نص الفصل الثالث من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه : ((يشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة)) ونص الفصل الرابع منها على أنه : ((لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص)) . كما أنه وفي مصر واحتياطا من دعاوى الزوجية الكيدية، تدخل المشرع المصري قديما (قانون 31 لسنة 1910 وقانون 23 لسنة 1913 وقانون 78 لسنة 1931) فمنع القضاة الشرعيين من النظر في دعاوى الزوجية عند إنكارها، إلا إذا كانت الزوجية ثابتة بوثيقة زواج رسمية يضبطها قانون خاص . فلا بد من مسوغ كتابي لسماع دعوى الزوجية عند إنكارها⁹⁶⁵ ، وإن كان الفقه هناك يرى أن هذا القيد الوارد بالمادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية⁹⁶⁶ ، إنما يرد على التقاضي في الزوجية وسماع دعواها

البلد الذي يوجدون به . ويتم تعيينهم كعدول . بموجب قرار مشترك لوزير الشؤون الخارجية والعدل (الفصل 2 من ظهير 20 / 10 / 1969 و الفصل 38 و الفصل 39 من مرسوم 29 / 01 / 1970) . ويوجد ببعض القنصليات المغربية بالخارج (فرنسا، ألمانيا، بلجيكا، هولندا وإسبانيا) قاضي توثيق مكلف بالسهر على مهام التوثيق (انظر : دليل العون الدبلوماسي والقنصلي في شؤون العدل . نشر جمعية الأعمال الاجتماعية لقضاة وموظفي العدل، وزارة العدل المغربية ، د . ت . ص 1 - 3) .

كما أنه وطبق الفصل الأول من ظهير 4 مارس 1960 بشأن أنكحة المغاربة بالأجانب، يجوز أن يقوم بمراسيم عقد الزواج المذكور وبطلب من الزوجين - ضابط الحالة المدنية طبق ظهير الحالة المدنية (04-09-1915). ورغم ذلك يتوقف العقد على سابق الإشهاد بالزواج طبق النصوص الجارية على الزوج المغربي سواء من حيث الصيغة أو الجوهر (الفصل 2 من ظهير 4 مارس 1960) .

⁹⁶⁴ - علال الفاسي - التقريب - مرجع سابق، ص 109.

⁹⁶⁵ - محمد محيي الدين عبد الحميد - الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 118. وبدران

أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق ص 76-78.

⁹⁶⁶ - لقد تم مؤخرا إلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر، وذلك بمقتضى القانون رقم 1 لسنة 2000

بتاريخ 29 يناير 2000 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

فقط، ولا يرد على الزواج في ذاته⁹⁶⁷، وفي ذلك أفتت دار الإفتاء المصرية بأنه ((ومقتضى ذلك، إن القانون لم يشترط لصحة الزواج أن يكون بوثيقة رسمية، وإنما اشترط ذلك، لسماع الدعوى))⁹⁶⁸.

وبالفعل، فإن مشروع الفصل الخامس من المدونة⁹⁶⁹، كان يقتضي حمل مقتضياته على منوال هاته التشريعات. غير أن مقرر لجنة وضع المدونة اقترح إضافة فقرة إلى الفصل المذكور، كان هذا مشروع نصها: ((يجوز للقاضي بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجية بدون مؤيد، واعتماد البينة في إثباتها)) . لكن النص النهائي للفقرة (الفقرة الثالثة قبل تعديل سنة 1993، والتي أصبحت بعد التعديل تحمل رقم 4) جاء كما يلي: ((يجوز للقاضي - بصفة استثنائية - سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها))، وسقطت من النص النهائي عبارة ((بدون مؤيد)) . ولقد كان الدافع إلى إقرار هذه الفقرة، هو الاحتياط لحالة اعتبارها الفقه في المغرب موافقة لروح الشرع، وهي اكتفاء الناس في الزواج بإقامة حفلات للإعلان والإشهاد وضرب البارود، اعتمادا على كون الشهادة ليست ركنا من أركان العقد، وأن حضور الجمع من الناس لمراسيم الزواج (تقديم المهر والهدايا والفاخرة والزفاف) مجزئ وفيه الكفاية⁹⁷⁰، لأنه يقوم مقام الشهادة⁹⁷¹.

وعلى ذلك، فإن الأصل في الزواج، حسب الفصل الخامس من المدونة، هو وجوب الإشهاد على عقده، لكن التعديل الذي اقترحه المرحوم علال الفاسي، أدخل استثناء، أبقى

⁹⁶⁷ - ممدوح عزمي - الزواج العرفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية د. ت. ط.، ص 47 .

⁹⁶⁸ - فتوى دار الإفتاء المصرية، بتاريخ 02 / 02 / 1957 في الطلب رقم 582 . انظر ممدوح عزمي -

الزواج العرفي، مرجع سابق، ص 47 .

⁹⁶⁹ - كان الفصل الخامس من مشروع المدونة ينص: ((يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين سامعين، في مجلس واحد، الإيجاب والقبول من الزوجين، وموافقة الولي، مع التي لم تصل سن الرشد القانوني، فاهمين المقصود بهما، وتسمية مهر الزوجة)) .

⁹⁷⁰ - جاء في تقرير المرحوم علال الفاسي، عن مشروع كتاب الزواج والطلاق في المدونة ((إن اشتراط وقوع الإشهاد في مجلس واحد من باب الاحتياط للمصلحة، فإذا أقره ولي الأمر كان من باب سد ذرائع الفساد التي هي من أسس التشريع الإسلامي . وحيث إنه سدّ الذريعة فينبغي أن يبقى حق إثبات الزوجية قائما للذين لم يسبق لهم كتابة العقود وهم الأغلبية الساحقة من رجال البادية، ونظرا لما جرى عليه العمل من ثبوت الزوجية ولو بالبينة. وإذا كان إثبات القتل يقع بالبينة، وقد ينسب عليه إعدام القاتل فكيف لا تثبت الزوجية بها)) . انظر: مجلة القضاء والقانون، عدد 5 مرجع سابق، ص 465. وانظر ما جاء في كتاب علال الفاسي : النقد الذاتي، ط 2، تطوان، دون بيان تاريخ الطبع، ص 215.

⁹⁷¹ - علال الفاسي: التقرير، مرجع سابق، ص 117.

بموجبه على إمكان إثبات الزوجية الحالية من الإشهاد بالبينات سواء كانت عدلية أو لفيقية، وذلك إقرارا لما جرى به العمل، وبصفة استثنائية إلى أن يتعود الناس على عادة الإشهاد⁹⁷² في مجلس العقد⁹⁷³. لكن الذي يبدو من عمل المجلس الأعلى، والقضاء المغربي بصفة عامة، هو تجاوز هذا المفهوم الذي كان في نية المشرع عند أخذه بالاستثناء المذكور.

المطلب الثالث

موقف المجلس الأعلى

من حالة الاستثناء المتعلق بشرط الإشهاد على عقد الزواج

يتميز الاستثناء المنصوص عليه بالفقرة الرابعة من الفصل الخامس من المدونة، بعدم تحديد الشروط اللازمة لإعماله، رغم أن الأمر يقتضي ذلك. لأن كل استثناء يجب أن يمارس في

⁹⁷² - في دراسة قامت بها وزارة العدل المغربية بتعاون مع صندوق الأمم المتحدة للسكان FNUAP حول وضعية المرأة، بينت الدراسة أن حالات ثبوت الزوجية (لغير) تمثل أقل من 10% من نسبة رسوم الزواج المشهود عليها في سنة 1999 (وثائق اليوم الدراسي ليوم 16 دجنبر 2000 المنعقد بالمعهد الوطني للدراسات القضائية حول المعالجة المعلوماتية للمعطيات المتعلقة بالزواج والطلاق) مما يدل على أن الواقع يعرف وجود حالات كثيرة للزواج الذي يتم دون إشهاد من طرف العدول.

⁹⁷³ - يقول علال الفاسي رحمه الله : ((إذن، فالمعاشرة في منزل واحد مع تقارر الزوجين على أنهما تزوجا زواجا شرعيا، ولكن بمقتضى العادات المتبعة في بلدهما تعتبر زواجا، إذا دعمتها بينة عدلية لفيقية بإثبات الزوجية واستمرارها. أما إذا ادعى رجل زوجية امرأة، فأنكرته أو كانت هي المدعية وهو المنكر. فالبيئة على من ادعى. واتفقوا بقبول شهادة اللفيق ويتم استفسارهم. وشهادة اللفيق من الاستحسان الذي جرى به العمل في المغرب)) (علال الفاسي - التقريب. مرجع سابق، ص 117).

وفي الواقع، فإن مبادرة المرحوم علال الفاسي تجد صداها في فقه متأخري فقهاء المذهب المالكي، الذين وإن كانوا اشترطوا الإشهاد عند الدخول فقد أقروا بوجود زيجات تتوافر فيها الشهرة، لكنها تخلو من الإشهاد. واعتبروا ذلك مما تعم به البلوى، خاصة في البوادي. لفقدان من يتقن التوثيق، فتحدث بذلك نوازل متعددة. انظر : نوازل العلمي. مرجع سابق، ص 47.

ولذلك يتم إقامة ما يعرف بموجب استمرار الزوجية. وهذه الوثيقة التي هي عبارة عن لفيق ((ساعدت على حل مشاكل اجتماعية عديدة، ولو أنها من الناحية الواقعية، أقرب إلى حيلة قانونية، منها إلى وسيلة إثبات عقد زواج... وتأتي شهادة استمرار الزوجية لتعني من الكتابة وتحول العقد الفاسد إلى عقد صحيح ثابت)) . انظر : أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، (آثار الولادة، والأهلية، والنيابة القانونية)، ط 1، الرباط 1994، ص 22.

أضيق الحدود وبشروط معينة، على اعتبار أن الاستثناء لا يتوسع فيه، حتى لا يهدم الأصل بالمرّة. وقد تأثر العمل القضائي في الموضوع، بعدم التحديد المذكور، حتى أصبح العمل القضائي بخصوص الفقرة الرابعة من الفصل الخامس من المدونة، يعتبر أحسن مثال على تردد وعدم استقرار الاجتهاد القضائي⁹⁷⁴، بشكل يصعب معه وضع تصور عام عن موقف المجلس الأعلى في المسألة. ولذلك - ولاعتبارات منهجية - ناجمة عن كيفية تعامل المجلس الأعلى مع هذا الموضوع الذي تتداخل فيه أمور الصحة والفساد، ومسائل الإثبات - سيتم التطرق للخلاصات التي انتهى إليها البحث، بعد استقراء التطبيقات القضائية المتعلقة بحالة الاستثناء المذكورة أعلاه. وتتمثل هذه الخلاصات فيما يلي :

أولاً - عدم حصر الزمان المقرر لإعمال الاستثناء :

ثانياً - عدم تقييد الاستثناء من الإشهاد على الزواج بحالة معينة .

ثالثاً - تفسير المجلس الأعلى للبيئة الشرعية المنصوص عليها في الفصل الخامس من المدونة.

رابعاً - الخلط بين الكتابة والإشهاد .

خامساً - تكييف الاستثناء المنصوص عليه في الفصل الخامس (فقرة 4) من المدونة .

سادساً - مصير النسب في دعاوى الزوجية المرفوضة.

سابعاً - هل يمكن إعمال الاستثناء بخصوص الإشهاد على الطلاق ؟

وهكذا يبدو أن حالة الاستثناء التي المنصوص عليها في المادة الخامسة من المدونة، وإن

تميزت ببساطة في صياغتها القانونية، فإنها طرحت مشاكل كثيرة بمناسبة تطبيقاتها القضائية كما

تظهر ذلك الفقرات التالية :

الفقرة الأولى - عدم حصر الزمان المقرر لإعمال الاستثناء :

إذا كانت علة الأخذ بالاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الرابعة من الفصل الخامس من

مدونة الأحوال الشخصية، هي اعتماد التدرج إلى أن يتعود الناس الإشهاد وفق أحكام المدونة،

فإن المجلس الأعلى، لا يحصر مفعول الاستثناء بزمن معين يتحقق فيه ذلك . فهو لا يحصره بالمدة

⁹⁷⁴ - انظر :

- Abderrazak MOULAY RCHED, La magistrature marocaine et l'évolution de la Moudaouana, op. cit, p 35 -37.

التي لم يكن فيها سلك العدول منتظما في جميع مناطق المغرب⁹⁷⁵، كما لا يحصره بالزيجات التي أبرمت قبل دخول المدونة حيز التطبيق⁹⁷⁶، بل يبدو من عمل المجلس الأعلى، أن الاستثناء

⁹⁷⁵ - المجلس الأعلى - قرار عدد 228 . بتاريخ 08-12-1975، قضية عدد 47563، غير منشور ذكره الأستاذ أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1 مرجع سابق، ص 171.
وفي هذا القرار نقض المجلس الأعلى الحكم الاستثنائي الذي قضى بعدم ثبوت الزوجية بواسطة اللفييف الذي أقيم ((في عهد انتظم فيه سلك العدول تنظيما محكما في سائر ربوع البلاد))، وكانت علة النقص قول المجلس : ((حيث إن المشرع لم يحصر حالة الاستثناء في وجود العدول بمنطقة دون أخرى بل ترك الباب مفتوحا أمام المتنازعين في إثبات الزوجية بمقتضى الفقرة الثالثة من الفصل 5 من المدونة)) .
- وقرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 697 . بتاريخ 07 / 06 / 1994، بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 38 .

وفيه قرر المجلس الأعلى أن ((توفر العدول ومحكمة التوثيق في مدينة وجدة مقر النزاع في الزوجية، لا يحول دون قيام حالة الاستثناء لظروف أخرى تجيز قبول البينة، كشهرة الزواج والدخول ووجود الولد . وأن محكمة الموضوع بما تتوفر عليه من سلطة تقديرية، يمكنها استخلاص ثبوت الزوجية بين الطرفين من قرائن ووقائع : منها قيام حفلة الزفاف استدعي لها عدة أشخاص من ضمنهم شهود اللفييف المدلى به من قبل المدعية . فالمحكمة اقتنعت أن حالة الاستثناء لقيام دعوى الزوجية قائمة، مما يبقى معه السبب غير ذي أثر)) .
ويلاحظ أن المجلس الأعلى، وفي قضية تم بيع عقار غير محفظ عند البيع، لم يقبل إثبات البيع بواسطة اللفييف بعله ((أن إثبات واقعة البيع في أرض معدة للبناء داخل مدينة العيون، التي تتوفر على العدول المنتصين للإشهاد بين الناس، يستلزم بالضرورة إثبات البيع المتنازع عليه بالعدول لا باللفييف، لأن بيع العقار هو من العقود الإنشائية ولا يمكن إثباته باللفييف)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 1108 . بتاريخ 17 / 07 / 1984، ملف عقاري عدد 95500 . منشور لدى : أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود (تأملات حول موقف القضاء المغربي من مشكلة علاقة ظ. ل. ع. بالفقه الإسلامي)، سلسلة المعرفة القانونية / 3، الرباط 1996، ص 124 وما بعدها .

⁹⁷⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 484 . بتاريخ 19-03-1962، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 54 ص 184 .

حيث اعتبر المجلس الأعلى في هذا القرار، أن الاستثناء المنصوص عليه في الفصل 5 من المدونة، لا يخص الزيجات التي أبرمت قبل فاتح يناير 1958، وأنه عندما يجد القاضي نفسه أمام واقع يفرض عليه شرعا أن يحفظ على زوجين زواجهما بواسطة جماعة من المسلمين لأسباب قاهرة فإنه يجوز إثبات الزواج باللفييف .
وتجدر الإشارة، إلى أنه وفيما يخص دخول أحكام المدونة حيز التطبيق، فقد نص الفصل الثاني من ظهير تنفيذ الكتاب الأول (الزواج) والكتاب الثاني (الطلاق) من المدونة (ظ 22-11-1957، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2354 بتاريخ 06-12-1957) على بدء العمل بالكتابين المذكورين ابتداء من فاتح يناير 1958. ونص الفصل الثالث من نفس الظهير، على أن جميع القضايا المعروضة على محاكم القضاة قبل صدور هذا الظهير تطبق فيها الأحكام الفقهية المعمول بها سابقا إلى نهاية البت في الدعوى .

يشمل بالإضافة لقضايا الزواج الذي تم قبل دخول المدونة حيز التطبيق⁹⁷⁷ - القضايا اللاحقة لذلك وإلى اليوم ولو كان الأمر يتعلق بقضايا تم أطرافاً من أهل المدن الكبرى كالدار البيضاء

كما نص الفصل الفريد من الظهير الشريف رقم 112 - 58 - 1، بتاريخ 03 / 04 / 1958 . المنفذ للكتاب السادس من المدونة (الميراث) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2371 بتاريخ 04 / 05 / 1958 . على أنه تطبق مقتضيات الكتاب السادس المذكور ابتداء من تاريخ نشر الظهير المذكور بالجريدة الرسمية . إلا أن الفصل 296 من الكتاب السادس المذكور من المدونة، نص على أن ((التركات التي لم تصف قبل تاريخ نشر هذا القانون، يجوز لورثتها أن يطالبوا بتطبيق أحكام هذه المدونة عليها)) . وقد نص على المقتضى القاضي بتطبيق القانون بأثر رجعي، تلافياً لبعض الحالات التي كانت تحرم فيها المرأة من الإرث، بفعل بعض الممارسات الاجتماعية السائدة إذاك . هذا فضلاً عن تعلق أحكام الإرث الإسلامية بالنظام العام . وقد قرر المجلس الأعلى في هذا الصدد، وبعدهما أكد مقتضيات الفصل 296 من المدونة، أنه : ((في حالة ثبوت وقوع القسمة (في التركة) قبل العمل بالمدونة، فإن ولد الولد المتوفى قبل والده، كما في النازلة، لا يستحق نصيباً في الإرث بالوصية الواجبة، التي أحدثتها المدونة، مما يجعل القرار المطعون فيه فاسد التعليل)) (المجلس الأعلى - قرار عدد 626، بتاريخ 30 / 01 / 1991 . ملف رقم 877 / 1991 (غير منشور . أورده : عبد العزيز توفيق - التعليق على مدونة الأحوال الشخصية . المكتبة القانونية، ط 1 ، الدار البيضاء 1998، ص 180) . وجاء في قرار للمجلس الأعلى : إن مدونة الأحوال الشخصية ((تعد من القوانين الموضوعية، ولا يبدأ العمل بها إلا من تاريخ نشرها)). لذلك تكون المحكمة قد طبقت القانون حينما ردت استئناف الطاعن بعلته أنه لا حظ له في الإرث بناء على الوصية الواجبة، على اعتبار أن الوصية الواجبة لم يجر بها العمل إلا بتاريخ 1958/04/19 تاريخ نشر مدونة الأحوال الشخصية بالجريدة الرسمية، بعد أن ثبت لها أن جدة الطاعن توفيت قبل تاريخ العمل بمقتضيات الفصل 266 ما بعده من مدونة الأحوال الشخصية ((ومن جهة ثانية، فإن المشهور وما جرى به العمل في الفقه المالكي المعمول به في المملكة المغربية، قبل العمل بمدونة الأحوال الشخصية، هو الإرث بالتزويل، وليس بالوصية الواجبة)) (قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 8001، بتاريخ 17/12/1997 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 54/53، ص 180 وما بعدها).

كما قرر المجلس الأعلى : ((إن جميع القضايا المعروضة على محاكم القضاة قبل صدور ظهير مدونة الأحوال الشخصية، تطبق فيها الأحكام الفقهية المعمول بها سابقاً إلى نهاية البت في الدعوى)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 259، بتاريخ 02 / 03 / 1959، بمجلة القضاء والقانون عدد 22، ص 123) . وقد اعتد المجلس الأعلى في هذا القرار، بتصرف الوصي العرفي، تبعاً لما جرى به العمل من اعتبار العم أو الأخ، وصياً بالعرف على الصغير الذي لا وصي له .

⁹⁷⁷ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 51 . بتاريخ 14 / 11 / 1967، بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 5، ص 18 .

حيث نقض المجلس الأعلى بمقتضى هذا القرار، الحكم الذي قضى بعدم سماع دعوى الزوجية لكون العقدة العرفية المدلى بها لإثبات الزواج تتنافى مع النكاح الشرعي، وقال المجلس الأعلى إن العقود المذكورة أبرمت بين المتعاقدين في 7 يونيو 1949، وفي مدة كانت منطقتها خاضعة للعرف (قبيلة آيت مسعود بومية - إقليم مكناس).

مثلا⁹⁷⁸، أو مراکش⁹⁷⁹، أو وجدة⁹⁸⁰. حيث انتظم سلك العدول في جل المدن المغربية، وعمت معرفة أحكام الزواج، نظرا لمرور وقت كاف للقول بتعود الناس على الإشهاد على الزواج. فلأزال يتم اعتماد اللفيف إلى الآن، وهو ما يبدو أنه كان بعيدا عن نية واضعي نص المدونة⁹⁸¹، ورغم أن توجه وزارة العدل على صعيد المناشير الصادرة عنها هو الحد من استعمال اللفيف⁹⁸²، أو التشدد في إجراءات القيام به فيما يتعلق بإثبات الزوجية⁹⁸³

وقد طبق المجلس الأعلى هنا الفصل الثاني من الظهير المنفذ لنص المدونة (22-11-1957) الذي حدد ميعاد سريان نصوص المدونة ابتداء من فاتح يناير 1958.

⁹⁷⁸ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 611. بتاريخ 13 يونيو 1983، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35-36، ص 135. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، (1965-1989)، الرباط 1990، ص 381.

⁹⁷⁹ - المجلس الأعلى - قرار عدد 37. بتاريخ 11-02-1980، قضية عدد 74-935. غير منشور ذكره الدكتور محمد الكشور - في تعليقه على قرار المجلس الأعلى، عدد 600 بتاريخ 30-04-1985. والتعليق منشور بجريدة "العلم"، ليوم 07-04-1990، وكذلك بمجلة المحاكم المغربية، عدد 52، ص 61 وما بعدها. أما القرار عدد 600 المذكور والصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بالمجلس الأعلى، فممنشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، الرباط 1993، ص 5. و بمجلة القضاء والقانون، عدد 137، ص 173، حيث تم قبول إثبات الزوجية باللفيف، رغم أن الزواج تم بمدينة مراکش.

⁹⁸⁰ - قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 697. بتاريخ 07 / 06 / 1994، بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 38.

⁹⁸¹ - إن نص المدونة لم يحدد زمنا معيناً لإعمال الاستثناء المذكور، مما يفهم معه استمرار الأخذ بالاستثناء حتى مع تعميم جهاز العدول في جميع أنحاء البلاد. وفي الواقع فإنه رغم وجود العدول فإن نسبة كبيرة من الأنكحة في المدن -نفسها - تنجز بشأنها موجبات زوجية خارج الشكل المعين قانوناً؛ خاصة في الدار البيضاء العاصمة الاقتصادية. ويتبين من كتابات أعضاء لجنة وضع المدونة أن الاستثناء إنما وضع لمدة مؤقتة. فالمقرر العام للجنة المرحوم علال الفاسي يذكر أن الاستثناء قرر ((إلى أن يتعود الناس على الإشهاد في مجلس العقد)) (علال الفاسي - التقريب - مرجع سابق، ص 117) لكنه لم يحدد تاريخاً لذلك التعود. أما عضو اللجنة المرحوم حماد العراقي، فيرى أن اللجنة خصصت الاستثناء بمجالات الزوجية التي كانت تمت قبل صدور المدونة أما بعد صدورهما فلم يكن في حسابان اللجنة إلا أن القانون سيطبق بكيفية عادية دون استثناء (حماد العراقي - شرح قانون الزواج المغربي - مرجع سابق، ص 96). ويذهب المرحوم عبد النبي ميكو - وهو ليس من أعضاء اللجنة - إلى أنه كان يجب أن ينحصر مفعول الاستثناء على الزيجات التي أبرمت قبل صدور المدونة (الوسيط في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 133).

ولقد قرر المشرع المصري قديماً (المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - مرسوم بقانون عدد 78 لسنة 1931) أنه لا تسمع عند الإنكار، دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما، بعد وفاة أحد الزوجين في الحوادث السابقة عن سنة 1911، إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير. وأجاز سماع دعوى

الفقرة الثانية - عدم تقييد الاستثناء من الإشهاد على الزواج بحالة معينة :

الزوجية أو المقامة بها في الحوادث السابقة عن سنة 1897، فقط بشهادة الشهود، شرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة . ولا يجوز سماع دعوى مما ذكر كله في الحوادث الواقعة من سنة 1911 م إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاءه كذلك. ولا تسمع عند الإنكار، دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس 1931 .

انظر : ممدوح عزمي - الزواج العرفي، مرجع سابق، ص 12 . والنقض المصري في الطعن الصادر بجلسة 30-12-1980، لدى معوض عبد التواب - "موسوعة الأحوال الشخصية" . ج 1، ط 4، مصر 1988، ص 53

⁹⁸² - من ذلك منشور وزارة العدل، عدد 58 بتاريخ 12-01-1958، بمجموعة مناشير وزارة العدل لسنة (1959) ص 6 الذي جاء فيه : إن البعض لازال يقيم الزواج دون تمسك بالإجراءات الرسمية، مكثفين ببعض المظاهر متناسين مقتضيات الفصل 5 من المدونة مع أنه نص أمر.

كما أن منشورا صادرا عن الكتابة العامة للحكومة عدد 2 كصح ا ع 2، بتاريخ 05-05-1961، نبه إلى جعل حد لتكاثر العلاقات الزوجية غير الشرعية، فنص على أنه يتعين مطالبة رب كل عائلة يرغب في تسجيل اسمه في الحالة المدنية بالإدلاء بعقد الزواج المخاطب عليه من قبل القاضي قبل وضع كناش للحالة المدنية . وفي حال انحلال الزوجية يجب على محكمة القاضي أن توجه إلى ضباط الحالة المدنية نسخة من رسم الطلاق . وقد ذكّر بهذا المنشور منشور وزارة العدل عدد 61/31 في 02-06-1961، بمجموعة مناشير وزارة العدل لسنة 1961. ويلاحظ أن الأمر لا يتعلق بتسجيل عقد الزواج بسجلات الحالة المدنية، بل للتأكد من الزواج فقط. ونشير مرة أخرى إلى أن الفصل 43 مدونة بشأن إحالة رسم الزواج على إدارة الحالة المدنية، لا يطبق في الواقع تبعا لمنشور وزارة الداخلية عدد 8 ك ع 1 بتاريخ 31-10-1958.

ومن ناحية أخرى فإن منشورا لوزير الداخلية، بتاريخ 01 / 07 / 1983 ، عدد 159، نص على ضرورة الإدلاء بنسخة من عقد الزواج، عند التصريح بولادة الأبناء . مما يدل على توجه نحو عدم الاعتراف باللفيف

على أنه وإزاء ما ذكر، فقد صدر منشور لوزارة العدل (عدد 843 بتاريخ 13 / 03 / 1979، بمجلة القضاء والقانون، عدد 129، ص 378) من أجل تسهيل إعداد لفييف ثبوت الزوجية، قصد المساهمة في إعداد كنانيش الحالة المدنية .

⁹⁸³ - انظر منشور وزارة العدل عدد 5، بتاريخ 27 مارس 2000 . الذي أوجب ضرورة الإدلاء بالوثائق المنصوص عليها في الفصل 41 من المدونة ولو تعلق الأمر بإثبات زوجية باللفيف، وقد بين المنشور المذكور أنه لا بد من موافقة كتابية من طرف قاضي التوثيق لإقامة إثبات الزوجية.

لا يربط القضاء عموماً وعلى رأسه المجلس الأعلى، تطبيق حالة الاستثناء بحالة معينة ومحصورة . وإن كان كل ما يمكن تصوره كمبرر لإعمال الاستثناء من الإشهاد، هو انعدام العدول بمحل إبرام العقد، أو كون الزواج قد انعقد قبل دخول المدونة حيز التطبيق، أو في السنوات الأولى لتطبيقها . غير أن استقراء العمل القضائي للمجلس الأعلى بهذا الصدد، يبرز أن دواعي حالة الاستثناء غير مقيدة بحالة معينة ((بل هي مرتبطة بوجود صعوبات اضطر معها المتعاقدان إلى عدم إظهار العدلين)) حسبما قرره المجلس الأعلى⁹⁸⁴ ، كما ترتبط بوجود واقع يفرض على القاضي الحفاظ على الزواج الذي تم فقط بواسطة جماعة من المسلمين، دون إظهار لأسباب قاهرة⁹⁸⁵ ، خاصة عند وجود قرائن قوية على قيام الزوجية، وبصفة أخص عند وجود

⁹⁸⁴ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1326 . بتاريخ 21 أكتوبر 1986 . مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40 ص 165 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، (1965-1989)، الرباط 1990، ص 444 .

وقد اعتبر المجلس الأعلى في هذا القرار ((إن حالة الاستثناء كما يظهر من النص (الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية) غير مقيدة بحالة معينة، بل هي مرتبطة بوجود صعوبات اضطر معها المتعاقدان إلى عدم إظهار العدلين . وفي نازلتنا لم يتخلف الإشهاد وإنما تعذر كتابة العقد أو العثور عليه بسبب الوفاة (وفاة العدل) حسبما جاء في تصريحات دفاع المطلوبة في النقض، فالتجأت هذه الأخيرة، إلى إقامة البيئة المثبتة لانعقاد الزواج بين الطرفين، وكونها لم تشر إلى حضور عدلين من العدول المنتصبين لتلقي الشهادة، لا يضر، طالما أن موضوع شهادتهم هو قيام عقد الزواج . بالإضافة إلى أنهم لم يسألوا من طرف المحكمة عن حضور العدلين، لاسيما أن التشهير ومظاهر الحفل هو المقصود من الزواج . الشيء الذي كان معه الحكم معللاً بما فيه الكفاية)) . وكانت وقائع النازلة تتعلق بإنكار علاقة زوجية، وادعت المدعية أن عقد الزواج كتبه عدل توفي وتعذر الاعتماد عليه، وأدلت بلفيف لإثبات العلاقة الزوجية فحكم لها بناء عليه . وسنعود إلى هذا القرار عند حديثنا عن الخلط بين الكتابة والإشهاد .

⁹⁸⁵ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 484 . بتاريخ 19-03-1962 . مجلة القضاء والقانون، عدد 54، ص 184 .

وجاء في هذا القرار ((حين يجد القاضي نفسه أمام واقع يفرض عليه شرعاً، أن يحفظ على زوجين - تم زواجهما بواسطة جماعة من المسلمين، لأسباب قاهرة بعد فاتح يناير 1958 - ترابطهما ونسلهما، يجوز له - بصفة استثنائية - أن يطبق مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 5 من المدونة)) . وكان الحكم الاستثنائي قد قضى بفسخ الزواج بناء على دعوى رفعها عم الزوجة أصالة باعتبارها ولياً عليها .

الأولاد⁹⁸⁶، أو عند اشتهار الزواج مع علم الولي والزوجين وإنجاب الأولاد⁹⁸⁷. وقد اعتبر المجلس الأعلى، من

⁹⁸⁶ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 12 . بتاريخ 10-03-1969، بمجلة القضاء والقانون، عدد 96، ص 334 . وبقضاء المجلس الأعلى، عدد 5، ص 68.

فقد اعتبر المجلس الأعلى في هذا القرار، أنه لا يكفي الاعتماد على البينة، دون تعليل، للأخذ بالصفة الاستثنائية، للحكم بثبوت الزوجية ولحقوق النسب وترتيب النفقة . بل لا بد من قرائن قطعية، تبرر إعمال الصفة الاستثنائية . واعتبر المجلس الأعلى شرطاً لتحقيق إعمال الصفة الاستثنائية : ((ازدياد الولدين ببيت الوالدين، وتاريخ الازدياد، وحفلاته وسن الأولاد وشهادة مدرسية لهم، ومدة الحياة الزوجية المشتركة، وما يناسب ذلك . مما يثبت قطعاً علاقة الزوجية)) . وبما أن الحكم خال من كل هذا فقد اعتبره المجلس الأعلى، حكماً مخالفاً للفصل الخامس من المدونة، وقضى لذلك بنقضه .

⁹⁸⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 611 . بتاريخ 13 يونيو 1983، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35-36، ص 135.

ويتعلق هذا القرار بزوجية غير مشهود عليها (تمت بمدينة الدار البيضاء) ووجد فيها أولاد بين أطرافها - وقد قرر المجلس الأعلى أن المحكمة ((عللت حالة الاستثناء بأقوال الفقهاء ومنها فتوى ابن لب والشيخ خليل، حول إشهار النكاح والدخول، مع علم الولي والزوجين وإنجاب الأولاد)) . وقد جاء في تعليل محكمة الاستئناف عند أخذها بحالة الاستثناء : ((وأن الدفع بكون الزوجية لا تثبت إلا بعقد النكاح المنصوص عليه في أول الفصل 5 من المدونة ؛ فإن المنصوص عليه فقها هو أنه لا يجوز الدخول بالزوجة إلا بعد العقد عليها كما هو مذكور في أول الفصل الخامس، ولكن بعد وقوع دخول الزوج بزوجته، فإن النكاح لا يفسخ، لأن العقد ليس بركن ولا شرط في النكاح، كما في فتوى ابن لب حسبما نقله التسولي عند قول العاصمة :

وفي الدخول الختم للإشهاد وهو مكمل في الانعقاد

أي أن إشهار النكاح مع علم الولي والزوجين يكفي، وإن لم يحصل إشهاد . وهكذا كانت أنكحة السلف . وهكذا حين يكون النكاح والدخول مشتهراً شائعاً يسقط الحد باتفاق ويثبت النكاح . الشيء الذي حدا بالمشرع، أن جعل حالة الاستثناء في الفقرة الثالثة من الفصل الخامس المذكور (فقرة 4 بعد التعديل)، وأنه يجوز بصفة استثنائية إثبات الزوجية بالبينة الشرعية، ذلك أنه إذا وقع النكاح والدخول بين الزوجين وتنتج عن ذلك الزواج مولود فإن الزوجية تثبت بالبينة ولو كانت سماعية، كما في الشيخ خليل وغيره . وأقرته الفقرة الثالثة (الرابعة حالياً) المشار إليها)) .

ولقد استند طالب النقض في طعنه، على عدم بيان المحكمة لوجه إعمال الصفة الاستثنائية، رغم وجود عدول بالدار البيضاء . وأن قول المحكمة : أن الأشهاد ليس بركن، قول ليس له ما يبرره . وأنه لا أساس لقول المحكمة : إن المشرع وضع حالة الاستثناء لدفع معرة الزنى، وذلك لأن لحق نسب الأولاد ليس على إطلاقه، بل إن الشريعة لا تسمح باختلاط الأنساب . فقرر المجلس الأعلى بأن المحكمة عللت حالة الاستثناء بأقوال الفقهاء كما جاء في القاعدة أعلاه . ذاكراً أن ما زاد على ذلك من كون حالة الاستثناء يلجأ إليها لدفع معرة الزنى، لا تأثير له . ولذلك قضى برفض طلب النقض .

أبرز حالات القوة القاهرة، عدم وجود عدول للإشهاد، خاصة بالنسبة للجمالية المغربية بالخارج⁹⁸⁸، أو عند تعذر الإشهاد لتوقف الزواج على رخصة إدارية لفائدة الزوج ولم يُمكن منها⁹⁸⁹.

ولقد علق الدكتور محمد الكشور على هذا القرار، بأنه تضمن المبادئ العامة للزواج في الفقه المالكي، وأن محكمة الموضوع لم تبرز العائق الذي حال دون توثيق عقد الزواج رغم وجود عدول بمحل إبرام الزواج (محمد الكشور - في تعليقه على قرار المجلس الأعلى عدد 600 المذكور أعلاه . بتاريخ 30-04-1985 بجريدة " العلم"، ليوم 07-04-1990).

⁹⁸⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 835 . بتاريخ 19-06-1990، بمجلة القضاء والقانون، عدد 142، ص 118 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، (1983-1992 ، الرباط 1993، ص 9).

حيث قرر المجلس الأعلى في هذا القرار : ((حيث تعيب الطاعنة على الحكم، خرق مقتضيات الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية . ذلك أنها أدلت بعقد ثبوت الزوجية المحرر بفرنسا ولم يطعن فيه المطلوب بأي طعن جدي، وبالتالي فتسري عليه حالة الاستثناء المنصوص عليها في الفصل الخامس المذكور، لاسيما وأن الزواج انعقد سنة 1976، وخطة العدالة لم يبدأ العمل بها في قنصليات المغرب بفرنسا إلا مؤخرا، إضافة إلى أن ظروف المغاربة بالخارج لا تسمح لهم بتتبع المستجدات في الميدان التشريعي . فوجود الزوجين خارج المغرب وانعدام التوثيق هناك وقت الزواج، يكون حالة استثنائية، يتعين معها إعمال البيئة الشرعية . وإذا كانت المحاكم تأخذ لحد الساعة باللفيف في المغرب مع وجود مدونة الأحوال الشخصية منذ 89 (كذا) فبالأحرى يتعين الأخذ بهذا الاستثناء بالخارج، مستدلا ببعض قرارات المجلس الأعلى . - فقال المجلس الأعلى - : حقا، إن انعقاد الزواج كان ببلد أجنبي وغير إسلامي، وأن الإعلان فيه لعقود الزواج لا يتم بإشهاد عدلين كما هو العمل به في المغرب، وحتى خطة العدالة لم يعمل بها في فرنسا إلا أخيرا، وهي لا تتوفر في كل المدن والجهات وإنما في بعض المدن التي توجد بها قنصليات، مما ينبغي معه أن يؤخذ في القضية بحالة الاستثناء، وخاصة أن الملف يتوفر على البيئة الشرعية التي تثبت إقامة حفل الزفاف، وأن أغلب شهودها كانوا حاضرين، وأن العقد كان بولي وصادق . ومذهب أغلبية الأئمة يرون أن الإعلان في الزواج يتم بإشهاد شخصين على الأقل، في حين، إن العقد قد حضره أكثر، وشهدوا بذلك، وباتصال العلاقة الزوجية أكثر من 8 سنوات، وقد ازداد لهما أثناء هذه المدة ثلاثة أطفال وعلى فراش المطلوب، الشيء الذي كان معه ما نعته الطاعنة صحيح)) ولذلك نقض المجلس الأعلى الحكم الذي لم يعتد بالبيئة المذكورة .

⁹⁸⁹ - المجلس الأعلى - قرار عدد 37 . بتاريخ 11-02-1980، قضية عدد 935-74 . غير منشور، ذكره الدكتور محمد الكشور - في تعليقه على قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 600 ، بتاريخ 30-04-1985 . والتعليق منشور بجريدة " العلم"، ليوم 07-04-1990، وكذلك بمجلة المحاكم المغربية، عدد 52، ص 61 وما بعدها . أما القرار عدد 600 المذكور والصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بالمجلس الأعلى، فمنشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، الرباط 1993، ص 5 . و بمجلة القضاء والقانون، عدد 137، ص 173 .

وقد اعتبر المجلس الأعلى في هذا القرار ((إن حالة المطلوب ضده النقص، كشرطي متزوج، يصعب عليه الحصول على إذن بالزواج، ليتمكن أن يتقدم به أمام العدول . وأن مثل هذه الحالة تشكل حالة استثناء)) . وتتلخص وقائع القضية، في كون المدعية تقدمت أمام المحكمة الابتدائية بمراكش بدعوى ضد زوجها الشرطي، تطلب فيها النفقة . فقضت عليه المحكمة الابتدائية غيائيا، بعدما أدلت المدعية بلفيف لإثبات الزوجية . فاستأنف الزوج المدعى عليه، الحكم المذكور، مصرحا بأنه لم يكن زوجا للمدعية، وأن اللفيف غير صحيح، لكونه يعمل شرطيا، ولا يمكنه أن يعقد الزواج دون إذن خاص من رؤسائه . وأن البينة الشرعية لا يلجأ إليها إلا عند عدم وجود عدول . فردت المدعية بأن المدعى عليه قد حضر لعائلتها صحبة طائفة من الناس، وأنكحه إياها وليها بعد الاتفاق على شروط الزواج، وبعد قراءة الفاتحة . وأن المدعى عليه التجأ لهذه الطريقة لأنه استحال عليه الحصول على الإذن المذكور، إذ سبق له أن حصل عليه وتزوج بواسطته امرأة أخرى قبل أن يعقد على المدعية . فألغت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي المذكور، وحكمت بعدم ثبوت الزوجية ؛ لأنه ليس في الوقائع ما يبرر الأخذ بحالة الاستثناء، وأن الزوجية لا تثبت في مثل هذه الأحوال إلا بعدلين. فنقض المجلس الأعلى قرار محكمة الاستئناف، معللا موقفه بقوله : ((وحيث إن حالة المطلوب ضده النقص، كشرطي متزوج، يصعب عليه الحصول على إذن بالزواج، ليتمكن أن يتقدم به أمام العدول . وأن مثل هذه الحالة تشكل حالة استثناء)) . وتصدر الإشارة إلى أن تطلب الرخصة في زواج بعض أصناف الموظفين، إنما يتقرر بناء على دوريات أو مناشير إدارية فقط . وواضح أن مثل هذه المقتضيات المقررة بمنشور ليس من شأنها التأثير على صحة الزواج . كما ليس من شأنها ترتيب الخطأ المهني على العدول الذين لا يطلبون ذلك، خاصة إذا لم يتم تعميم تلك المقتضيات . انظر : تعليق الأستاذ الطيب بن لمقدم على حكم لمحكمة الاستئناف بمكناس بخصوص تأديب عدلين لم يحترما مقتضيات منشور وزاري بخصوص زواج مختلط، وكان تعليقه بعنوان : مدى التزام العدول بمناشير وزارة العدل في إطار خطة العدالة - بجريدة العلم، عدد 17794، بتاريخ 06 / 02 / 1998، وبجريدة العلم ليوم 20 / 02 / 1999 .

ومن أحكام الموضوع التي اعتبرت عدم التوفر على الرخصة، مبررا لإعمال حالة الاستثناء، حكم المحكمة الابتدائية بالرشيدية، عدد 434 / 87، بتاريخ 18 / 06 / 1987، في الملف الجنحي عدد 292 / 87، منشور بمجلة الندوة، عدد 4، ص 55 . وسنعود إلى هذا الحكم عند الحديث عن الخلط بين الإشهاد والكتابة .

ومن المناشير التي تم موضوع الزواج، وتفرض على بعض الفئات من الموظفين أو الأشخاص، الإدلاء برخصة الإذن بالزواج، أو الإدلاء ببعض الوثائق غير المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية :

- منشور وزير العدل، عدد 929، بتاريخ 08 / 04 / 1982، حول زواج أجناب مسلمين بمغربيات، حيث فرض المنشور على الأجنبي ضرورة الإدلاء بإذن بالزواج صادر عن المصالح المختصة لدولته (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 131، ص 219 - 220) .

- منشور عدد 854 بتاريخ 17 / 05 / 1979 حول زواج معتنقي الإسلام، الذي استلزم الحصول على إذن خاص من الوكلاء العامين لدى محاكم الاستئناف بعد الإدلاء بعدة وثائق (منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 129، ص 396) .

- منشور عدد 511، بتاريخ 25 / 09 / 1969، حول زواج المتهمين بالاغتصاب والافتضاض، حيث أوجب احترام فترة الاستبراء .

غير أن المجلس الأعلى، يعتد كذلك بحالة استحكام العادة بالاستغناء عن الإشهاد على الزواج بواسطة العدول، فيعتبر أن المشرع عندما أجاز سماع البيينة، اعتبر ما استحکم في نفوس المغاربة، فيمكن الاعتماد على اللفيف في إثبات الزواج، في الحالة التي تستحکم فيها العادة بالاستغناء عن الإشهاد، في جهة معينة⁹⁹⁰، كما أنه يعتبر أن جريان العادة باعتماد اللفيف لإثبات الزوجية، موجب لسماع دعوى الزوجية⁹⁹¹، وسواء جرت العادة بالاستغناء عن إشهاد العدلين، لدى سكان البادية أو بعض سكان المدن، فإنه يتم إثبات الزوجية باللفيف⁹⁹². بل إن

-
- منشور عدد 586 بتاريخ 28 / 09 / 1971 بشأن زواج الشرفاء والشريفات .
- منشور عدد 593 بتاريخ 11 / 12 / 1971 بشأن زواج الشرفاء والشريفات المتمين للأسرة الملكية .
- منشور عدد 613 / 14 بتاريخ 22 / 11 / 1957، ومنشور عدد 2204 بتاريخ 02 / 03 / 1958 .
- بشأن زواج العسكريين المتمين للقوات المسلحة الملكية، أو الدرك الملكي، أو القوات المساعدة، حيث يتطلب الأمر استصدار رخصة من القيادة العليا . وبالنسبة لأفراد الشرطة يتعين الحصول على رخصة من الإدارة العامة للأمن الوطني
- ⁹⁹⁰ - المجلس الأعلى - قرار عدد 111. بتاريخ 05-05-1975، قضية عدد 575-49. غير منشور، أورده الدكتور أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 169.
- وقد أيد المجلس الأعلى في هذا القرار، حكم محكمة الاستئناف، الذي ذهب إلى أن إشهار الزواج يكفي، وأن مرد ذلك : العادة التي استحکمت في نفوس سكان البادية سواء من بقي منهم بالبادية أو نزع إلى الحاضرة . وأن المشرع عندما أجاز سماع البيينة اعتبر ما استحکم في نفوس المغاربة .
- ⁹⁹¹ - المجلس الأعلى - قرار عدد 29 . بتاريخ 28 يناير 1975، قضية عدد 45546 . غير منشور، أورده الدكتور أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق ص 168 .
- فقد قرر المجلس الأعلى في هذا القرار ، أن جريان العادة باعتماد اللفيف لإثبات الزوجية موجب لسماع دعوى الزوجية، وأيد لذلك، الحكم الاستئنافي الذي قضى بثبوت الزوجية بلفيف، بعله أن ((سبب عدم توفر المتداعين على عقد النكاح، يرجع إلى العادة التي ورثها الأفراد، واستحکمت في نفوسهم، مما يجعل البيينة هي الوسيلة الكفيلة لحل المشكل)) .
- ⁹⁹² - المجلس الأعلى - عدد 193 . بتاريخ 08-07-1975، غير منشور، أورده الدكتور أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 168، بالهامش رقم 25.
- فقد قرر المجلس الأعلى في هذا القرار، أنه إن جرت العادة بالاستغناء عن شهادة الشهود في الزواج، اعتمد اللفيف في إثبات الزوجية . وأيد المجلس الأعلى الحكم القاضي بثبوت الزوجية بناء على اللفيف الذي ((لا يدع مجالاً للشك (كذا)، وأن الظروف المحيطة بالقضية يستخلص منها، أن العادة جرت عند سكان البادية وحتى البعض من سكان المدن بالاستغناء عن إشهاد العدلين)) .

بعض أحكام محاكم الموضوع تعند حتى بجهل الأطراف بوجوب الإشهاد، ومن ثم تعتمد اللفيف في إثبات الزوجية⁹⁹³.

حقاً، إن المجلس الأعلى لا يعتد بالعدر غير الجدي كمبرر لإعمال الاستثناء، كعدم الإشهاد على الزواج الثاني للزوج خوفاً من زوجته الأولى، وما يمكن أن ينجم عن علمها بزواجه من مشاكل عائلية، فقد استبعد المجلس الأعلى هذه الحالة⁹⁹⁴ لأنه وإن كانت ((قد صدرت عن المجلس الأعلى عدة قرارات تفسر حالة الاستثناء بحالات معينة : كوقوع الزواج في مكان لا عدول فيه، أو في ظروف يعسر فيها استدعاء العدول لإشهادهم على الزواج، وما شابه ذلك .

⁹⁹³ - فقد طالب رجل برد الصداق الذي أخذته منه المدعى عليها، وبنفي البنت التي تدعيها له، لأنها وضعت بعد عقد الزواج بثلاثة أشهر، فأجابت المدعى عليها : بأنه وإن كان المدعى قد تزوجها بعقد زواج نظامي، فإنه كان يتصل بها قبل العقد، وأدلت بلفيفية لإثبات ذلك . فرفضت المحكمة طلبه تبعاً للفيف المذكور الذي شهد بمعاشرته لها معاشرة الأزواج، قبل أن يتعاقدا أمام العدلين ((ولا يضر الإشهاد بعد ذلك لجهل المتعاقدين بقواعد الشرع و "في عدم تعلمهما سعة" كما في البهجة والمنهاج . وحيث ثبت الدخول وعاشرها المدة المذكورة وهي عام فلم يبق له حق في رد الصداق . تحليل : " وتقرر بوطء وإن حرم وموت واحد وإقامة سنة .. الخ.)). انظر : وقائع الحكم الابتدائي المذكور، بقرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 37، بتاريخ 14 / 02 / 1968، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 4، ص 60 .

وانظر قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 697 . بتاريخ 07 / 06 / 1994، بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 38 . حيث كان من دواعي ما اعتدت به محكمة الموضوع، في أخذها بحالة الاستثناء، كون ((المدعية كانت تعيش ببلد أجنبي (الجزائر) قبل دخولها إلى المغرب وتجهل كل شيء عن إجراءات الزواج في المغرب)).

⁹⁹⁴ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 600 . بتاريخ 30-04-1985، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 137، ص 173 . ومجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، الرباط 1993، ص 5 .

وحسب هذا القرار، فقد تقدمت المدعية ضد المدعى عليه تطلب الحكم بنفقتها ونفقة بنتها منه . فأنكر المدعى عليه العلاقة الزوجية، فأدلت المدعية بلفيف لإثباتها، وذكر الشهود فيه أن الزوج صرح لهم بأنه لم يلتجئ إلى الإشهاد إلا لخوفه من إثارة المشاكل مع زوجته الأخرى . فصدر الحكم برفض الدعوى لأنه مادام العدول موجودين لا يمكن إثبات الزوجية باللفيف . فاستأنفت المدعية الحكم بعلّة أن الزواج تم بقرية بأحواز فاس ولا داعي للقول بأن مدينة فاس عامرة بالعدول . وأدلت بلفيفيتين جديدتين، فتم إلغاء الحكم المستأنف وتم الحكم وفق طلبها، اعتماداً على ثبوت الزوجية باللفيف، وأن حالة الاستثناء قائمة من خلال ما صرح به الشهود من خوف الزوج من إثارة مشاكل مع الزوجة الأخرى . لكن المجلس الأعلى نقض الحكم القاضي بثبوت الزوجية بناء على اللفيف وحالة الاستثناء المذكورة بالقرار المستأنف، و تصدى المجلس الأعلى وأيد الحكم الابتدائي الذي رفض الطلب ابتدائياً .

وليس منه حالة الاستثناء التي اعتمدها القرار المطعون فيه، وهي خوف الرجل من امرأته الأولى وكتمانه الزواج بغيرها، بمفهوم الفصل 5 المشار إليه . على أن تلك الحالة تنافي قصد الشارع من الحض على إفساء النكاح وإعلانه))⁹⁹⁵ . كما لا يعتد المجلس الأعلى بحالة عدول الزوجين باختيارهما عن الإشهاد، ذلك أنه ((إذا كان في إمكان الزوجين إحضار العدلين للإشهاد، على عقد زواجهما، إلا أنهما عدلا عن ذلك اختياريا منهما، فإنه لا يجوز الحكم بصحة الزواج، لذا كان على المحكمة أن تبرز عناصر هذه الظروف، وألا تكتفي بالقول بأن ظروفهما لم تسعفهما . الشيء الذي كان معه حكمها ناقص التعليل الذي هو بمثابة انعدامه))⁹⁹⁶ . كما أن المجلس الأعلى لم يعتد بالحالة المبينة على مجرد الاحتمال والظن⁹⁹⁷ .

⁹⁹⁵ - في تعليق للدكتور محمد الكشور - لاحظ على هذا القرار، أنه تم الإشهاد على الزواج من طرف جماعة من الناس، وأن نية إخفائه على الزوجة الأولى لا يضي عليه إطلاقا مفهوم نكاح السر غير الجائر طبقا للفقهاء المالكي . وأنه حتى فرض أن الزواج هنا نكاح سر فهو نكاح مختلف في فساده فيثبت به النسب والإرث مادام لم يفسخ طبق الفصل 37 من المدونة (محمد الكشور في تعليقه على الحكم المذكور- بجريدة "العلم" ليوم 31-03-1990).
وتجدر الإشارة إلى أن نكاح السر يعرف عند المالكية بأنه : ((ما أوحى فيه الزوج للشهود بكتمه عن امرأته أو عن جماعة . وعند الحنفية : هو أن يكون بلا تشهير)) (سعدي أبو حبيب - القاموس الفقهي : لغة واصطلاحا . ط 2، دار الفكر، دمشق، 1988، ص 361). جاء في المدونة ((قلت: رأيت الرجل ينكح بينة ويأمرهم أن يكتموا ذلك أيجوز هذا النكاح في قول مالك ؟ قال : لا ، قلت : فإن تزوج بغير بينة على غير استسرار ؟ قال : ذلك جائز عند مالك وليشهدان فيما يستقبلان قلت : لم أبطلت الأول ؟ قال : لأن أصل هذا الاستسرار ، فهو وإن كثرت البينة إذا أمر بكتمان ذلك أو كان ذلك على الكتمان فالنكاح فاسد)) (المدونة الكبرى - ج 2 ، مرجع سابق، ص 193). وقد وجد في المذهب المالكي من يقول بأن نكاح السر هو الزواج الذي يعقد من غير بينة . ومقابله يرى أن نكاح السر هو ما يتواصيان على كتمانها وإن عقد بينة (انظر فتوى الشيخ التاودي حول نكاح السر وخلاف فقهاء المذهب في تفسيره - وقد أورد هذه الفتوى أبو عبد الله محمد المهدي الوزاني - النوازل الصغرى . ج 2، مرجع سابق، ص 47 .

وحكم نكاح السر في الفقه المالكي أنه يفسخ قبل الدخول وبعده إن لم يطل. قال الشيخ خليل : ((وفُسَخَ موصىً وإن بكتم شهودٍ عن امرأة... إن لم يدخل ويطل)) فإن دخل وطل لم يفسخ . كما تتم معاقبة الزوجين أو الشهود على كتمان هذا الزواج، ما لم يعذروا بجهل المنع من ذلك . انظر شراح خليل .

وقال ابن عاصم : والعقد للنكاح في السر اجتنب ولو بالاستكتام والفسخ يجب

⁹⁹⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 834 . بتاريخ 18 / 06 / 1991 . منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية (1962 - 1995) ، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين، مرجع سابق، ص 143 .

⁹⁹⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 28 . بتاريخ 16-03-1977، بمجلة القضاء والقانون ،

عدد 127 ص 152 .

لكن المجلس الأعلى، يقبل أحيانا إثبات الزوجية الحالية من الإشهاد، فقط لوجود أولاد ولشهرة المعاشرة بين الطرفين، دون البحث في قيام المانع من الإشهاد فعلا و المبرر لإعمال الاستثناء حقا . فيعتد بمجرد حضور الجماعة في الحفل وثبوت الشهرة والاستفاضة في معاشرة الطرفين، ويعتبرها تقوم مقام الإشهاد، إذ ((يكفي القاضي أن يعلل وجود حالة الاستثناء بأي تعليل مقبول : كاحتفال الزوجين، وانتقالهما إلى بيت الزوجية، واستقرار حالتهما العادية في الإنفاق والولادة، وغيرها))⁹⁹⁸، أو أنه يقبل من المحكمة فقط : ((أن تذكر باللفظ لا ضمنا أنها تعتمد على الصفة الاستثنائية، مع شرح هذه الصفة الاستثنائية، كازدياد الأولاد في بيت الوالدين وتاريخ الازدياد، وما يقع من الحفلات في تلك المناسبة، وسن الأولاد، وشهادة مدرسية لهم إن اقتضى الحال، ومدة الحياة الزوجية، وما يناسب ذلك مما يثبت قطعاً علاقة الزوجية))

لقد نقض المجلس الأعلى بمقتضى هذا القرار، الحكم الذي اعتمد لتبرير إعمال الاستثناء وسماع دعوى الزوجية - ظن مطلقة طلاقا رجعيا، بأن مفارقتها ارتجعها بمحضر عدلين توجهت عندهما، وأنها هي الزوج قاما بإجراءات الرجعة، وبقيت بذلك تعاشره معاشرة الأزواج حتى ولدت على فراشه، فرد المجلس الأعلى على ذلك بقوله : ((حيث إن هذا التعليل يكون غير مقبول لبنائه على الاحتمال . فإذا كانت الرجعة بعدلين وحينئذ كان من واجب المدعية المطلوب ضدها النقض، أن تثبتها برسم عدلي . وإما لم تكن الرجعة برسم عدلي فكان على المحكمة عند اعتمادها البيئة، أن تعلق صفة الاستثناء بتعليل مقبول . الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه معرضا للبطلان ؛ لأنه مبني على علة فاسدة)) .

⁹⁹⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 697 . بتاريخ 07 / 06 / 1994، بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 238 .

جاء في هذا القرار أن ((القرار المطعون فيه، اقتنع بأنه أمام واقع، يفرض عليه شرعا أن يحافظ على علاقة زوجين تم زواجهما بواسطة جماعة من المسلمين، واقتنع بوجود حالة الاستثناء التي أبرز عناصرها . وأن حضور الجماعة في الحفل وثبوت الاستفاضة والشهرة في النكاح، يقوم مقام الإشهاد، لضمان حقوق المرأة والولد . وذلك ما هدف إليه المشرع من حالة الاستثناء في البيئة الشرعية . وتقييمها في إطار الشرع الإسلامي . ويكفي القاضي أن يعلل وجود حالة الاستثناء بأي تعليل مقبول : كاحتفال الزوجين، وانتقالهما إلى بيت الزوجية، واستقرار حالتهما العادية في الإنفاق والولادة، وغيرها . الشيء الذي يجعل القرار المطعون فيه معللا بما فيه الكفاية)) .

وفي الواقع يعتبر الأخذ بالمعطيات المنصوص عليها في هذا القرار، مجرد أخذ بقاعدة الحالة الظاهرة . التي يأخذ بها المشرع المغربي - مثلا - في ميدان إثبات الجنسية المغربية الأصلية طبق الفصل 31 من قانون الجنسية المغربي . وفي هذا الصدد قرر المجلس الأعلى : ((تتوفر الحالة الظاهرة، عن طريق مجموعة من الوقائع العلنية المشهورة والمجردة من كل التباس، تفيد أن الشخص وأبويه كانوا يتظاهرون بالصفة المغربية، ويعترف لهم بهذه الصفة، لا من طرف السلطات العمومية فحسب، بل وحتى من قبل الأفراد أيضا)) (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية -، قرار عدد 705، بتاريخ 13 / 04 / 1983 . بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، ج 2، الرباط 1992، ص 58) .

⁹⁹⁹ . كما يعتد المجلس الأعلى في قبول أعمال حالة الاستثناء، ولو كانت المحكمة قد عللت ثبوت الزواج بمجرد أقوال الفقهاء . فقد تم تأييد الحكم الذي قضى بثبوت الزواج الذي تم بالدار البيضاء ((استنادا إلى أقوال الشهود الحاضرين لحفلة الزفاف . كما أنها قد عللت حالة الاستثناء - التي تجيز سماع دعوى الزوجين بالبينة - استنادا لأقوال الفقهاء ومنها فتوى ابن لب والشيخ خليل، حول إشهار النكاح والدخول، مع علم الولي والزوجين وإنجاب الأولاد))¹⁰⁰⁰ ، أو قد يتم اعتماد ذلك، تبعا لمجرد مبدأ السلطة التي تكون للمحكمة في تقدير قيمة حجة الليف المثبت للزواج¹⁰⁰¹ . ففي حالات مثل هذه، يتم أعمال حالة الاستثناء من الإشهاد، غير أنه لا تتضح مبررات ودواعي العدول عن الإشهاد .

غير أن ما يثير بعض الاضطراب في العمل القضائي، هو عدم الأخذ بمجالات، سبق أن أقر في مثيلاتها أعمال حالة الاستثناء . فإذا كان يتم قبول إثبات الزوجية التي حضرها الجم الغفير من

⁹⁹⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 12 . بتاريخ 10-03-1969 . بمجلة القضاء والقانون، عدد 96 ص 334 . و بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 5، ص 65 .

لقد أثار المجلس الأعلى بصفة تلقائية، عدم توفر حالة الاستثناء التي شرحها في هذا القرار، وذلك لتعلق الأمر بالنظام العام، فقرر أنه : ((فيما يتعلق بالوجه المتعلق بالنظام العام، والمثار تلقائيا من طرف المجلس الأعلى، من كون الحكم المطعون اعتمد في دعوى الزوجية على البينة الشرعية لإثباتها دون تعليل كاف لشرح الصفة الاستثنائية، التي اعتمد عليها في الحكم بلحوق الولدين المشار إليهما والنفقة الخ... بناء على الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية في فقرتيه الأولى والثانية . حيث إنه بمقتضى الفقرة الأولى من الفصل المذكور، يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين، ولا يجوز للقاضي سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها إلا بصفة استثنائية . وحيث إن المحكمة طبقت ضمنا الفقرة الثالثة التي بمقتضاها يجوز للقاضي - بصفة استثنائية - سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها . لكن حيث إن المحكمة اعتمدت في ثبوت الزوجية بين الطرفين، على الليفية عدد 768 . وإن غاية ما جاء في تعليلها للحكم باللحوق، أن المدعية أثبتت زواجها مع زوجها حسبما بالعدد المشار له وأنها تتوفر على الشروط والأركان المعتبرة في أمثالها . ولكن حيث إنه كان يجب على المحكمة إزاء ذلك، أن تذكر باللفظ لا ضمنا أنها تعتمد على الصفة الاستثنائية، مع شرح هذه الصفة الاستثنائية، كازدياد الأولاد في بيت الوالدين وتاريخ الازدياد، وما يقع من الحفلات في تلك المناسبة، وسن الأولاد، وشهادة مدرسية لهم إن اقتضى الحال، ومدة الحياة الزوجية، وما يناسب ذلك مما يثبت قطعاً علاقة الزوجية . وحيث إن الحكم المطعون فيه، خال من هذه الإيضاحات . الأمر الذي جعله مخالفاً للفصل الخامس المذكور)) .

¹⁰⁰⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 611 . بتاريخ 13 يونيو 1983، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35-36، ص 135 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 381 .

¹⁰⁰¹ - المجلس الأعلى - قرار عدد 153 . بتاريخ 30-06-1975، قضية عدد 41-778، غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي . التعليق على قانون الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 170 .

الناس، فإن المجلس الأعلى اعتبر وبإثارة تلقائية، لتعلق الأمر بالنظام العام، وبناء على الفصل 5 من المدونة : ((إن المحكمة المطعون في حكمها، جنحت إلى تطبيق الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية، معللة حكمها بأن النكاح حضره جم غفير من الناس . وأن الصداق قدر ووصف بمحضر هذا الجمع . وزفت الزوجة لبيت الزوجية، ومكثت بدار الزوج . وحيث إن هذه التبريرات التي ساقتها المحكمة لا تشعر بالأعذار الحقيقية للعدول عن إشهاد العدلين، ولا تبرر الأخذ بالاستثناء، فتكون المحكمة لم تبرز الظروف الحقيقية للعدول عن الإشهاد ولم توضح الأسباب التي بررت بها العدول إلى الاستثناء)) وتعين لذلك نقض الحكم . ويلاحظ بصدد هذه النازلة أنه تم الإشهاد على الزواج من قبل عدلين، لكن توفي أحدهما فلم يتم تحرير العقد¹⁰⁰² . وإذا كان يتم الاعتراف بإنجاب الأولاد كقرينة قوية على قيام العلاقة الزوجية، فإن المجلس الأعلى لم يعتد بتسجيل الزوج للأولاد بكناش حالته المدنية، كدليل على ثبوت الزوجية¹⁰⁰³ . وإذا كان يتم قبول دواعي الاستثناء بالنسبة لبعض الزيجات في مدن كبرى، فإنه يتم استبعاد ذلك بالنسبة لقريبة¹⁰⁰⁴ . وإذا كان يتم قبول لفيقيات لإثبات العلاقة الزوجية رغم

¹⁰⁰² - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 165 . بتاريخ 17-07-1972، بمجلة القضاء والقانون، عدد 125، ص 235 . وسنعود لهذا القرار عند الحديث عن الخلط بين الكتابة والإشهاد في عقد الزواج .

¹⁰⁰³ - المجلس الأعلى - قرار عدد 201 . بتاريخ 18 يناير 1961، بمجلة القضاء والقانون، عدد 59 - 61 ، ص 536.

فقد نقض المجلس الأعلى بمقتضى هذا القرار، الحكم الذي استند على وثيقة عقد الازدياد لإثبات الزوجية، بناء على اعتراف الأب المستخلص من تصريحه بازدياد المولود أمام ضابط الحالة المدنية . وقال المجلس الأعلى : إن مقتضيات المتعلقة بالحالة المدنية لا يمكن أن تخل بأحكام الأحوال الشخصية . وقد استند المجلس الأعلى على الفصل 8 من ظهير 08-03-1950 بشأن تمديد نظام الحالة المدنية إلى المغاربة، الذي ينص على أنه ((لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تمس مقتضيات ظهيرنا الشريف هذا، بما يجري به العمل من القواعد لدى المحاكم الراجع إليها النظر في الأحوال الشخصية)) . وبناء على ذلك اعتبر المجلس الأعلى وثيقة عقد الازدياد تخضع للقواعد العامة من حيث عرضها على الخصم والإعذار له فيها .

ويلاحظ أستاذنا الدكتور أحمد الخمليشي، على القرار المذكور، بأنه يتعلق بزواج قد يكون تم قبل صدور المدونة كما أن المدعى عليه لم ينكر صدور تصريحه بالولد واكتفى بالدفع، بأن عقد الازدياد من باب الخير، وأنه يحتمل صدور التصريح منه أو من الأم . انظر : أحمد الخمليشي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ج 1، ص 164 و 165 هامش 18.

¹⁰⁰⁴ - المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 600 . بتاريخ 30-04-1985، بمجلة القضاء والقانون، عدد 137، ص 173 . وبمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 5.

عدم نص الشهود فيها على تحديد قدر الصداق¹⁰⁰⁵، فإنه يتم استبعاد موجبات لفيقية لا تنص على الصداق¹⁰⁰⁶. وإذا كان تقدير بعض اللفيقيات في معرض إثبات الزوجية، يترك للسلطة التقديرية لمحاكم الموضوع¹⁰⁰⁷ فإن بعضها الآخر يخضع لرقابة المجلس الأعلى¹⁰⁰⁸.

فقد أيد المجلس الأعلى بمقتضى هذا القرار، الحكم الذي اعتبر أنه ((ما دام العدول موجودين بقبيلة أولاد عيسى من ناحية قرية أبا محمد (ناحية فاس)، فلا يمكن إثبات الزوجية بالليف)) . فحسب بعض القرارات السابقة، تم قبول إعمال حالة الاستثناء، رغم أن الزوجية المدعى بها تمت في مدن كبرى تعج بالعدول، لكنه لم يقبل ذلك بخصوص قرية .

¹⁰⁰⁵ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 697 . بتاريخ 07 / 06 / 1994، بمجلة الحامي، عدد 25 / 26، ص 238.

فقد قرر المجلس الأعلى في هذا القرار، وهو يرد على سبب الطعن بالنقض، المتمثل في كون ليف ثبوت الزوجية مجملا - بأن ((المحكمة تتوفر على السلطة التقديرية في تقييم الحجة المدلى بها، بالإضافة إلى أن الموجب أثبت شهوده أن الزواج كان بولي وصداق، وإذا لم يحدد الصداق فيرجع فيه إلى صداق المثل . وشهوده استندوا في شهادتهم على المعاينة . فجاءت شهادتهم قاطعة ومفصلة لأركان النكاح بالإيجاب والقبول والولي، وأن عدم تحديد الصداق لا يضر، لأنه يرجع في ذلك إلى صداق المثل، وأن طالب النقض هو الذي تعمد إخفاء الصداق، وصرح أن التفاهم وقع بينهم على كل شيء أمام الشهود الذين حضروا حفلة الزفاف))

وانظر قرار المجلس الأعلى - قرار عدد 28 . بتاريخ 17-01-1978، قضية رقم 55031، غير منشور، ذكره الدكتور الخليلي - التعليق مرجع سابق، ص 161 هامش 28.

حيث قرر المجلس الأعلى في هذا القرار، أنه لا يشترط حضور الشهود في العقد ويمكن إثبات الزواج بشهادة السماع . وذلك ردا على طعن طالب النقض، المؤسس على كون محكمة الاستئناف، اعتمدت على ليف لإثبات الزوجية دون أن يصرح شهوده بحضورهم مجلس العقد، ومعاينتهم رضى، وقبول الطرفين، وحضور الولي، وتعيين الصداق .

¹⁰⁰⁶ - قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 141 . بتاريخ 28-01-1986، بمجلة القضاء والقانون، عدد 137، ص 188 . ومنشور كذلك بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء (مجلس وزراء العدل العرب)، عدد 8، أكتوبر 1988، ص 141 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 11 . ونشر نفس القرار بنفس المرجع في ص 17، لكن مدبجا بقاعدة أخرى غير الواردة في ص 11 .

ومما جاء في هذا القرار : ((فعقد النكاح لا يتم إلا بذكر جميع أركانه المشار إليها بقول الشيخ خليل: "وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة" وقول المتحرف: " والمهر والصيغة والزوجان ثم الولي جملة الأركان " . وعقد الزوجية العدلي واللفي المشار إليهما أعلاه، لم يذكر بهما مقدار الصداق، واسم الولي الذي عقد عليها . واختلال ركن واحد من أركان النكاح في العقدين المذكورين، يؤدي أيضا لبطلانهما لأنه مع الإجمال يتطرق الاحتمال، وهو مانع من القضاء إجماعا)) .

وفي نفس الاتجاه، قرار المجلس الأعلى عدد 8 . بتاريخ 9 نونبر 1970 - بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 22، ص 43 . الذي قضى فيه برد دعوى الزوجية، لعدم توفر اللفيف على أركان النكاح . وكذلك قرار المجلس الأعلى عدد 71 بتاريخ 18-03-1975، قضية عدد 43879 . غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي-التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 168 . والذي استبعد اللفيف الذي لم ينص شهوده علي قبض الصداق والحال منه والمؤجل . مما يعني ضرورة حضور شهود اللفيف أثناء إبرام العقد.

وفي الواقع لا يمكن استبعاد اللفيف لهذا السبب، لأن كل ما يشترط في الصداق، هو عدم جواز التراضي على إسقاطه (فق 2 فصل 5 مدونة) . ولا اشتراط سقوطه (انظر : ابن جزري- القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 148) . كما أن عدم ذكر الولي باللفيف، لا يفيد حتما عدم وجوده، بل لابد من إثبات ذلك (انظر الدكتور أحمد الخليلي عند تعليقه على القرار 1208 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 49 / 50، ص 309) . وتجدر الإشارة إلى أن الفصل 42 / 5 من المدونة المتعلق بمضمون عقد الزواج، ينص على بيان العقد لـ ((مقدار المهر مع التنصيص فيه على المعجل منه والمؤجل ، وهل قبض عينا أو اعترافا))، مما قد يوهم بأن المدونة لم تأخذ بنكاح التفويض. إلا أن المدونة نصت في الفقرة 3 من الفصل 5 على أنه ((لابد من تسمية مهر الزوجة ولا يجوز العقد على إسقاطه))، مما يدل على أخذها بنكاح التفويض، الذي يجيزه الفقه المالكي ، فإن ((نكاح التفويض جائز ، وصفته أن يعقدا ولا يسميا صداقا ، أو على أن يفرضاه بعد العقد . ومن فرض منهما فرضيه الآخر جاز وكان هو الصداق ، ومن كره لم يلزمه ، ونظر : فإن كانت المرأة لزمها مما يفرضه من صداق المثل دون ما قصر عنه . وإن كان الزوج كان مخيرا بين أمور ثلاثة...)) (القاضي عبد الوهاب البغدادي - التلقين - نشر وزارة الأوقاف المغربية، مطبعة فضالة (المحمدية) ، 1993 ، ص 86) .

وعلى كل فإن المجلس الأعلى في مثل القرارات المذكورة أعلاه، التي يشترط فيها تفصيل بيانات اللفيف، يعتبر متقيدا بما ورد في الفقه المالكي . فقد ورد للشيخ البناني في حاشيته على شرح الزرقاني لمختصر الشيخ خليل، عند قوله إن الزوجية إنما تثبت بالبينة : ((أي لا تقاررها بعد تنازعهما... واعلم أن بينة السماع لا بد أن تكون مفصلة كبينة القطع ، بأن تقول سمي لها كذا نقدا، وأجل كذا، وعقد وليها فلان، كما في عبارة المتيطي... فلا يكفي الإجمال)) (انظر : شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - ج 4، دار الفكر، د. ت. ط. ص 41 بالحاشية) .

¹⁰⁰⁷ - من القرارات التي تركت لمحكمة الموضوع كامل السلطة التقديرية في تقدير قيمة اللفيف المثبت للزوجة، القرارات التالية :

قرار الأعلى المجلس الأعلى - (دون رقم) . بتاريخ 28 نونبر 1960 ، بمجلة القضاء والقانون، عدد 37، ص 346 . الذي جاء فيه : ((إن ثبوت الزواج أو عدم ثبوته خاضع لتقدير محكمة الموضوع ولا يجوز إثارته أمام المجلس الأعلى)) .

وقرار المجلس الأعلى المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 73 . بتاريخ 19 يناير 1971، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25، ص 128 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، (1965 - 1989)، الرباط 1990، ص 198 . الذي جاء فيه : ((لما استبعدت المحكمة اللفيف الذي

أدلت به المطلقة لإثبات أن مفارقتها قد راجعها، للاستراية الناشئة عن العدول بها عن العدلين، مع تأني الإسهاد. تكون قد استعملت سلطتها في هذا الشأن)) . واتخذ المجلس الأعلى هذا الموقف لأن الاستراية من الملابس التي لا رقابة للمجلس الأعلى عليها

وقرار المجلس الأعلى عدد 71 بتاريخ 18-03-1975، قضية عدد 43879 . غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي-التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 168 . والذي أيد فيه المجلس الأعلى، الحكم الذي قضى بعدم ثبوت الزوجية، واستبعد اللفييف بعللة أن ((أن عدول المستأنفة عن العدول يعتبر ريبة)) . وقرار المجلس الأعلى - قرار عدد 153 . بتاريخ 30-06-1975، قضية عدد 41-778 - غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ج 1، ص 170، عندما اعتبر ((أن المحكمة اعتبرت اللفييفية المدلى بها لإثبات الزوجية، حجة صحيحة . وذلك حسب السلطة التي لها في تقدير قيمة الحجج)) . وذلك رغم أنه، تم الطعن أمام المجلس الأعلى بكون طالبة النقض يتيمة، فضلا عن أن شهود اللفييف مستندهم علم القراية المبطللة للشهادة.

وقرار المجلس الأعلى المجلس الأعلى - قرار عدد 90 . بتاريخ 21-04-1975، قضية 46-712 . غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي-التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 170 هامش 34. الذي أكد فيه ((أن المحكمة اعتمدت حجة (لفييف) المطلوبة في النقض لإثبات الزوجية في نطاق سلطتها لتقدير الحجج المعروضة عليها)) .

وقرار المجلس الأعلى - قرار عدد 81 . بتاريخ 18-03-1975، قضية عدد 48-742 . غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي-التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 169 . الذي قرر عدم الاستجابة للطعن في الحكم الاستثنائي، الذي قضى بثبوت الزوجية، رغم أن الطاعن كان، قد دفع بكون شهود اللفييف الذي تم اعتماده، شهود خياليون "بحث عنهم وعن عناوينهم ولم يجدهم"، وطلب من أجل ذلك استفسارهم . لكن المحكمة لم تبت في دفعه . فرد عليه المجلس الأعلى بقوله : ((حيث إن حيثيات الحكم المطعون فيه، تضمنت جواب المحكمة عما في هذين السببين بقولها : بأنه لم يدل بأي مطعن في اللفييفية)) .

¹⁰⁰⁸ - المجلس الأعلى - قرار عدد 120 . بتاريخ 19 ماي 1975، قضية عدد 45-442، غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي: -التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 170 . فقد نقض المجلس الأعلى بهذا القرار الحكم الذي اعتبر اللفييفية كافية في ثبوت الزوجية، رغم ما طعن به المستأنف، من أن اللفييفية نفسها صرح فيها بعض شهودها، بأن مستندهم القراية ؛ مع أن التصريح بكون بعض الشهود له قراية كاف في عدم الاعتماد على اللفييف .

وهذا القرار جاء مخالفا للقرار عدد 153، بتاريخ 30-06-1975 المذكور أعلاه. الذي لم يرتب فيه المجلس الأعلى استبعاد اللفييف للقراية . كما جاء مخالفا لقرار المجلس الأعلى عدد 81، بتاريخ 18-03-1975، المذكور أعلاه، الذي لم يرتب استبعاد اللفييف لكون شهوده خياليين.

ويضاف إلى هذه القرارات ما يمكن أن يستنتج من القرارات السابقة بهذا الشأن .

واعتقد أنه يجب أن تبقى لمحاكم الموضوع سلطتها التقديرية في تقييم الحجج التي تقدم لها، دون رقابة من المجلس الأعلى - محكمة القانون - طبق المبدأ العام . اللهم ما تعلق بالأسباب المسوغة التي بنت عليها المحكمة

وهكذا فإن تعامل المجلس الأعلى مع نص الفقرة الرابعة من الفصل الخامس من المدونة، يبرز أنه لا يوجد ضابط موحد ومستقر لقبول دواعي إعمال الاستثناء . وقد لا تخفى المبررات الاجتماعية¹⁰⁰⁹ ، التي تدفع المجلس الأعلى، إلى إنقاذ بعض الوضعيات العائلية، خاصة عندما يتعلق الأمر بمصير الأطفال . ولذلك فإن القضاء المغربي وإن كان توسع في مفهوم حالة الاستثناء فإنه لم يكن واضحاً في تفسيره لها ((إذ كثيراً ما يتناقض مع نفسه، فما يعتبره واقعة تبرر الأخذ بحالة الاستثناء لا يقرره في واقعة مشابهة))¹⁰¹⁰ . فإذا كان المجلس الأعلى يوجب في قرارات كثيرة وجوب النص في الحكم، على كون القاضي يطبق حالة الاستثناء ووجوب تبين دواعيه¹⁰¹¹ ، وذلك تبعاً لحق المجلس الأعلى في مراقبة تطبيق القانون المذكور¹⁰¹² ، وإذا كان المجلس

تقديرها، وما تعلق بالطبع برقابة مدى توفر أركان العقد وشروطه أم لا . خاصة، وأن بعض قرارات المجلس السابقة الإشارة إليها فيما قبل، وكذلك قرارات في غير مادة الأحوال الشخصية، تقرر لمحكمة الموضوع سلطتها التقديرية في تقييم الحجج . فقد قرر المجلس الأعلى : ((إن قضاة الموضوع، لهم الحق في تصفح الرسوم المدعى بها لديهم واعتبار صحتها شكلاً وموضوعاً قبل أن يعملوا بها، ولو لم يقع فيها أي طعن من لدن المحتج بها عليهم . وأن ذلك داخل في سلطتهم التقديرية التي لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى)) (المجلس الأعلى-الغرفة المدنية - قرار عدد 217 . بتاريخ 8 ماي 1968، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 1، ص 36) . كما قرر المجلس الأعلى ، أنه : ((لمحكمة الموضوع كامل السلطة التقديرية، لتقدير قيمة عناصر الإثبات شرط ألا تحرفها)) (المجلس الأعلى-الغرفة المدنية - قرار عدد 134 . بتاريخ 26-03-1969، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 10، ص 25) .

¹⁰⁰⁹ - فقد قرر المجلس الأعلى، تأييد حكم محكمة الاستئناف فيما ذهبت إليه في قرارها، من كون ((إثبات الزواج بالبيئة الشرعية يعتبر مصلحة كبيرة للهيئة الاجتماعية)) (المجلس الأعلى - قرار عدد 153 . بتاريخ 30-06-1975، قضية عدد 41-778، غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي . التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 170) .

¹⁰¹⁰ - محمد الكشور - في تعليقه على القرار عدد 600. مرجع سابق .

¹⁰¹¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 29 . بتاريخ 01-02-1971، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 24، ص 28 .

وقد قرر المجلس الأعلى في هذا القرار : ((إن الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية اشترط لصحة عقد الزوجية حضور شاهدين عدلين، وإنما أجاز للقاضي سماع دعوى الزوجية واعتماد البيئة الشرعية في إثباتها استثناء، ويجب على المحكمة أن تبين الدواعي التي حملتها على إعمال هذا الاستثناء . حتى يتمكن المجلس الأعلى من مراقبة وجود دواعي الاستثناء وأسبابه)) . وبناء على ذلك، نقض المجلس الأعلى، الحكم الاستثنائي الذي أيد حكماً ابتدائياً استند على لفيف لإثبات الزوجية من المدعى عليها المنكرة للزوجية، والتي لم تستطع معارضة الحجة المذكورة. وأكد المجلس الأعلى أن عدم بيان المحكمة لدواعي إعمال الاستثناء فوت عليه فرصة مراقبة دواعي الاستثناء.

الأعلى يتدخل في حالة عدم توفر الأسباب المبررة لإعمال الاستثناء، تلقائياً باسم النظام العام¹⁰¹³ - فإن كل هذا يقتضي وضع ضابط موحد يليق بصفة الاستثناء الذي يتعلق بالمادة الرابعة من الفصل الخامس من المدونة، حتى يتوحد العمل القضائي بشأن ذلك، وحتى لا يفرغ مبدأ شرط الإشهاد من محتواه . ولعل عدم وجود ضابط قانوني وقضائي واضح، وأمام الاضطراب في العمل القضائي بهذا الصدد، هو ما جعل بعض المحاكم، تبعد من مسئوليتها، أمر تقدير قيام الحالة الاستثنائية المخول لها قانوناً، وذلك باشتراطها أن يكون رسم أو موجب إثبات الزوجية، نفسه، متضمناً النص على وجود حالة الاستثناء، التي دعت إلى عدم الإشهاد على الزواج، بحيث إذا كان رسم موجب إثبات الزوجية، خالياً من ذلك، فإن دعوى الزوجية لا تسمع أمام هذه المحاكم¹⁰¹⁴ . ولا شك أن مثل هذا الحل لم يكن في نية المشرع، لما فيه من سلب للسلطة التقديرية للقاضي بخصوص مثل هذه النوازل .

- وكذلك قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 87 . بتاريخ 15 صفر 1392 هـ . بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 25، ص 125. وكذلك مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 190 .

¹⁰¹² - يبين الدكتور محمد الكشور، أن إعمال قاعدة الاستثناء، له طابع موضوعي، وطابع شكلي . فالطابع الموضوعي يحتم على قاضي الموضوع، أن يبين بكل وضوح حالة الاستثناء، أما الطابع الشكلي، فيحتم عليه تبرير أخذه أو عدم أخذه بحالة الاستثناء، وإلا عرض حكمه للنقض (انظر : محمد الكشور - قانون الأحوال الشخصية، ط 3، مرجع سابق، ص 202 و 203) .

¹⁰¹³ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 12 . بتاريخ 10-03-1969 . بمجلة القضاء والقانون، عدد 96 ص 334 . و بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 5، ص 65 .

وقد قرر المجلس الأعلى في هذا القرار، أن اعتماد الحكم المطعون فيه، على البينة الشرعية لإثبات دعوى الزوجية - بصفة استثنائية - دون تعليل كاف لشرح الصفة الاستثنائية التي اعتمدها عليها الحكم، يعتبر مبرراً لإثارة هذا الخرق، بصفة تلقائية من طرف المجلس الأعلى لمساس ذلك بالنظام العام .

وكذلك قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 165 . بتاريخ 17-07-1972، بمجلة القضاء والقانون، عدد 125، ص 235 .

¹⁰¹⁴ - انظر قرار محكمة الاستئناف بمراكش - قرار عدد 1099، بتاريخ 01-11-1984، بمجلة المحامي، عدد 7، ص 75.

فقد قررت المحكمة المذكورة أن ((لفيث ثبوت الزوجية، بعد الطلاق مخالف لأحكام الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية، على اعتبار أن ذلك الرسم لم يبرز الصفة الاستثنائية الداعية إلى ثبوت الزوجية باللفيف، في قبيلة تعتبر عريقة في العلم . مع ما يستلزم ذلك من وجود عدول في كل أرجائها))، ولذلك ألغت المحكمة الحكم الابتدائي الذي اعتمده اللفيف لإثبات الزوجية وتصدت للحكم برفض الطلب .

وتجب الإشارة في نهاية هذه الفقرة، إلى أن ما ينطبق على الزواج أصلاً من حيث الاستثناء من الإشهاد، يطبقه المجلس الأعلى بخصوص المراجعة و الرجعة . لأن المجلس الأعلى يوجب الإشهاد على الرجعة، وعند تخلف الإشهاد عليها، فإن إثباتها بالبينة تطبق بشأنه القواعد السالفة الذكر . وسوف تتم معالجة ما أقره المجلس الأعلى بخصوص الإشهاد على الرجعة في موضعه، ويتم الاكتفاء هنا بما تدعو الحاجة إليه لبيان موقف المجلس الأعلى فيما يتعلق بإعمال الاستثناء في قضايا الرجعة .

فقد قرر المجلس الأعلى¹⁰¹⁵ أنه ((بناء على الفقرة الأولى من الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية وحيث إن المراجعة هي بمثابة عقد جديد، فيشترط فيها أن تتم بواسطة العدول، ولا يجوز للمحكمة أن تعتمد البينة الشرعية في إثباتها، إلا إذا بررت ذلك بوجود أسباب مبررة للعدول عن القاعدة العامة لإثبات النكاح. وحيث إن قوانين الأحوال الشخصية تعتبر من قبيل النظام العام الذي تحق إثارته في جميع المراحل . وحيث إن المحكمة حين قبلت البينة الشرعية في إثبات المراجعة الواقعة كما جاء بالبينة المذكورة، بعد سبعة أشهر من الطلاق الذي تم بواسطة العدول، قد خالفت قاعدة الإثبات المذكورة)) ولذلك تم نقض الحكم .

كما قررت محكمة الاستئناف بالقنيطرة: ((إن موجب الزوجية المعتمد عليه من طرف المستأنف عليها، لم يرد فيه السبب أو الأسباب التي عاقت طرفيه عن الإشهاد بالزواج وفق الفقرة الأولى من الفصل 5 (من المدونة) ليبرر للمحكمة إعمال الصفة الاستثنائية . كما أن المستأنف عليها لم تذكر أو تقدم للمحكمة أي سبب يبرر العدول عن القاعدة العامة لإثبات النكاح والمشار إليها أعلاه وبالتالي تبرير الأخذ بالاستثناء)) (محكمة الاستئناف بالقنيطرة، قرار عدد 443 / 89، لم يذكر تاريخه، ولكن يتبن من وقائع القرار أن القضية حجزت للمداولة بتاريخ 23 / 10 / 1989 . منشور بمجلة الإشعاع، عدد 5، ص 204 . مع تعليق للأستاذ رشيد العلمي، بنفس المرجع، ص 207 - 209 . بعنوان البينة الشرعية في سماع الزوجية وآثارها) .

ولعل مثل هذه القرارات، تنقيد بمنشور وزارة العدل عدد 893 بتاريخ 27-08-1980، الذي ذكّر العدول بضرورة الإشهاد على الزواج، ودوافع قبول الإثبات استثناء، بواسطة البينة. ولذلك حث العدول على مراعاة الظروف الخاصة المانعة من الإشهاد. ولاحظ المنشور أن العدول لا يبينون هذه الظروف عند تلقيهم للمواجب اللغيفية، فتعرض شهادتهم للإلغاء من طرف المحاكم المختصة، خاصة في دعوى الزوجية . مذكرا العدول بضرورة تفصيلهم لهذه الحالة عند تلقيهم لتلك الشهادة (راجع المنشور، بمجلة الملحق القضائي، عدد 5، ص 117) .

¹⁰¹⁵ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 132 . بتاريخ 5 يوليوز 1971، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 23 ص 42. وانظر تعليق المرحوم عبد النبي ميكو على هذا القرار بمجلة القضاء والقانون، عدد 117، ص 385 وما بعدها . حيث دعا إلى ضرورة الإشهاد على الرجعة، رغم أن ذلك مستحب في الفقه المالكي.

وقرر المجلس الأعلى¹⁰¹⁶، أنه لما لم تكن الرجعة بعدلين، حينئذ كان على المحكمة عند اعتمادها البينة، أن تعلق صفة الاستثناء بتعليل مقبول .

غير أن المجلس الأعلى، يتساهل في إثبات الرجعة باللفيف، إذا كان اللفيف إنما قدم لإثبات الحق في الإرث، لا استباحة الفروج، خاصة إذا تعزز بوقائع أخرى تثبت الرجعة . فقد قرر المجلس الأعلى¹⁰¹⁷ أنه ((ولا يخفى أن هذه اللفيفية عاملة في النازلة لكونها سيقت لأجل التوصل إلى إرثها (الزوجة) في زوجها المذكور . والمستند فيها وإن كان عاما¹⁰¹⁸، فهو كاف في مثلها . لأنه من المعلوم ضرورة، أن النكاح واستمراره لا يخفى على من يخاطون ويطلعون على أحواله . وعدم تعرض شهودها لأركان النكاح التي هي شرط صحة في العقد (كذا)، لا يقدح فيها، لأن النازلة هذه لا تحتاج لمثل ذلك، لأنها سيقت لثبوت الإرث بين المدعية والهاالك، فلا مدخل لها في استباحة الفروج، حتى يحتاج فيها لذلك¹⁰¹⁹ . قال المستاري ما لفظه : قول المتيطي : وصفة شهادتهم، يعني في مسألة تنازع، والنازلة سيقت هنا لثبوت الإرث بين المدعية والهاالك فلا مدخل لها في استباحة الفروج، حتى يحتاج فيها للتمشي على ما للمتيطي ومن تبعه،

¹⁰¹⁶ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 28 . بتاريخ 16-03-1977، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 127 ص 152 .

¹⁰¹⁷ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 773 . بتاريخ 07 / 07 / 1992، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، ص 173 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 110 .

¹⁰¹⁸ - إن مدار الشهادة الاسترغائية، هو شهادة الشاهد بما في علمه . وهذا العلم لا بد له من مستند . وهو إما مستند عام أو مستند خاص .

فالمستند العام : كالمخالطة، والمجاورة وشدة الإطلاع . أما المستند الخاص : فكالحضور، والإقرار، والمعاينة (انظر : عبد الواحد العلوي - مقدمة في الوثائق وفقهها في التشريع الإسلامي . بمجلة القضاء والقانون، عدد 118، ص 399 وما بعدها) .

¹⁰¹⁹ - في حين اعتبر القضاء التونسي ((إن حجة الوفاة لا تصلح لأن تكون سندا قانونيا لإثبات العلاقة الزوجية، ضرورة أن تلك الحجة ليست لها صبغة حكمية، وإنما تقام بناء على تصاريح من الورثة، وتكون تلك التصاريح قابلة للتغيير والإبطال إذا ما ثبت خلافهما. وإن العلاقة الزوجية لا تثبت إلا بحجة رسمية على معنى الفصل الرابع من مجلة الأحوال الشخصية، وطبق ما ورد بأحكام قانون الحالة المدنية المؤرخ في غرة أوت 1957)) (محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 40276 مؤرخ في 11/04/1996، بنشرية محكمة التعقيب 1996، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس، ص 234 وما بعدها).

وأيدتها (المدعية) بإراءة عدد 484 تتضمن وفاة المورث عن طرفي النزاع، وهي كافية وحدها بالنسبة للمال أو ما يؤول إليه))¹⁰²⁰.

الفقرة الثالثة – تفسير المجلس الأعلى للبيئة الشرعية المنصوص عليها في الفصل 5 من المدونة :

لقد سبق القول بأن الزواج الصحيح يبني على دليل صحيح، لأن تكوين الزواج ذو صلة وثيقة بالدليل الذي يثبتته . وهذا لا يتحقق إلا في حالة الإشهاد على الزواج بطريقة نظامية، يتم في نهايتها تحرير وثيقة الزواج من طرف عدلي الإشهاد (فق 1 من الفصل 5 . والفصلان 41 و 42 من المدونة)، وهو العقد الذي من المفروض أن يتم تسجيله بكناش الحالة المدنية طبق الفصل 43 من المدونة . وهذا العقد هو الذي يكون مؤيد الزوجية في حالة النزاع . ولقد كان مشروع الفقرة، التي اقترح مقرر لجنة وضع المدونة إضافتها إلى الفصل الخامس من المدونة، ينص على أنه : ((يجوز للقاضي بصفة استثنائية، سماع دعوى الزوجية، بدون مؤيد، واعتماد البيئة الشرعية في إثباتها)) . وقد سقطت عبارة ((بدون مؤيد)) من النص النهائي فصدرت الفقرة الرابعة الآن من الفصل الخامس من المدونة، على الشكل الذي هي عليه . مما يفيد أنه تم الإقرار بسماع دعوى الزوجية الحالية من العقد الذي ينجزه عدلا الإشهاد على عقد الزواج، وذلك بصفة استثنائية، رغم تخلف الإشهاد كشرط لصحة الزواج . وبعبارة أوضح فإنه ورغم فساد العقد لتخلف شرط الإشهاد، الموجب للقول بعدم سماع الدعوى، تم الأخذ بإمكان سماع دعوى الزوجية عند تحقق

¹⁰²⁰ - إن المجلس الأعلى وإن كان يقبل شهادة اللفيف، فإنه يقرر : ((لكن ليس على إطلاقه في جميع الأحوال . بل هناك قضايا يقبل فيها اللفيف، ولكن لا يقبل منهم المستند العام المحمل : كالمخالطة، والمجاورة والإطلاع الخ . فالبيوعات والمقاسمات والمخارجات، وما فيه رائحة تفويت، لا يكتفي فيها بالمستند العام بل لابد فيها من المستند الخاص... فلا يكتفي فيها من الشهود بالمستند العام، بل لابد من المستند الخاص المطلوب في مثلها، وهو حضورهم لهذه المبادلة ..)) (المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 129، بتاريخ 09 / 02 / 1982، منشور لدى : أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود (تأملات حول موقف القضاء المغربي من مشكلة علاقة ظ. ل. ع. بالفقه الإسلامي)، سلسلة المعرفة القانونية / 3، الرباط 1996، ص 116) . فـ " لا يكفي في الشهادة المتعلقة بالترتيل المستند العام، بل لابد فيها من المستند الخاص وهو الحضور وإقرار المشهود عليه... ولا بد في الشهادة الاسترعائية من قوله لدينا أو بحضورتنا وإلا سقطت (المجلس الأعلى - قرار عدد 819، بتاريخ 23 / 11 / 1982، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، ص 76 . ومثله حول الترتيل - قرار المجلس الأعلى، عدد 7644، بتاريخ 23 / 11 / 1982، بمجلة رسالة المحاماة، عدد 8، ص 303) . وانظر قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 819 . بتاريخ 23 / 11 / 1982، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، ص 76 . حول بيان المستند العام والخاص في بعض الرسوم العدلية .

شروط إعمال الاستثناء، ويكون السبيل لإثبات هذه الزوجية المدعى بها، عند النزاع¹⁰²¹، هو البيئة الشرعية .

فموقف المشرع المغربي، مخالف لموقف بعض القوانين العربية كالقانون المصري (الفصل 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لسنة 1931)¹⁰²² والقانون التونسي (المادة 4 من مجلة الأحوال الشخصية)¹⁰²³ اللذين يشترطان وجود حجة كتابية رسمية في الزواج. وتبعاً لموقف هذه التشريعات¹⁰²⁴، لا يتم عند التنازع سماع دعوى ما يعرف بالزواج العرفي. فتوثيق العقد على يد الموظف المختص بتوثيق العقود وإن كان ليس شرطاً من شروط

¹⁰²¹ - إذ تجب الإشارة، إلى أن البيئة لا يلجأ إليها إلا عند النزاع في الزوجية، أما في حالة عدم النزاع، فإن هناك تساهلاً في قبول البيئات الشرعية أمام الإدارة والقضاء (محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 201). بحيث يحصل في حالة عدم إنكار الزوجية، ألا يتم البحث من طرف القضاء المغربي، عن رسم أو وثيقة الزواج . فقد قرر المجلس الأعلى أنه ((حيث إن المحكمة عللت حكمها بأن المدعى عليه لم ينكر الزواج، وأن ادعاء النشوز من بيت الزوجية، اعتراف بالنكاح، خاصة أنه استكثر المبالغ المحكوم بها، وهو تأكيد كذلك للرابطة الزوجية)) المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 156، بتاريخ أبريل 1980 (كذا)، ملف عدد 78504 (غير منشور)، ذكره الدكتور محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 209 .

وقد يظن بأن الرجل وحده، هو الذي يحتج عليه بالبيئات اللغيفية من قبل المرأة، لإثبات الزواج، مع أن الواقع العملي يبرز أن الرجل نفسه، يحتاج إلى هذا النوع من البيئات لإثبات الزوجية، في مواجهة المرأة . وإن كانت الحالة الأولى هي الغالبة . انظر قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 29 . بتاريخ 01-02-1971، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 24، ص 28 . حيث يتبين منه أن الزوج هو الذي أدلى بلفيف لإثبات الزوجية، مع امرأة تنكر ذلك .

ونشير إلى أن إنكار الزوج لعقد الزواج، لا يتنزل عند الفقهاء منزلة الطلاق، لقول الشيخ خليل : ((وليس إنكار الزوج طلاقاً)) كمن ادعت الزوجية فأنكرها فأثبتتها فإن إنكاره لا يكون طلاقاً (انظر : نوازل العلمي، ج 1، مرجع سابق، ص 58. والخرشي علي متن الشيخ خليل، ج 3، ص 296) .

¹⁰²² - لقد تم مؤخراً إلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر، وذلك بمقتضى القانون رقم 1 لسنة 2000 بتاريخ 29 يناير 2000 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. فنصت المادة 17 من هذا القانون (فقرة 2) على أنه ((ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931 ما لم يكن الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية. ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما، إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة)).

¹⁰²³ - التي تنص على أنه ((لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص)).

¹⁰²⁴ - ولذلك نص بعض الفقهاء المحدثين، في ظل هذه التشريعات على أنه ((لا يثبت النكاح بالبيئة الاسترعائية (شهادة مستمدة من علم الشاهد) في بلد فيه عدول منتصبون للإشهاد العام)) (شيخ الإسلام عبد العزيز جعيط -

صحة العقد، إذ الإشهاد هو الشرط، فإن عدم توثيق عقد الزواج يترتب عليه عدم سماع دعوى الزوجية، ويحرم طرفاه من المطالبة بأي حق من الحقوق الزوجية أمام القضاء . وإن كانت دعوى النسب - حسب التشريع المصري - مستثناة من ذلك القيد، لأنها باقية على الأصل، ولا يتطلب فيها - عند الإنكار - وجود وثيقة زواج رسمية، وإنما يكفي حضور الشهود في الزواج واستجماعه لأركانه، وبذلك فإن دعوى النسب في هذه الحالة، بقيت خاضعة لقواعد إثبات النسب¹⁰²⁵ .

فالمشرع المغربي لم يقيد سماع دعوى الزوجية، بوجود عقد الزواج النظامي، بل أجاز سماع دعوى الزوجية رغم عدم وجوده، استثناء، وتكون وسيلة إثبات الزوجية في هذه الحالة هي البيئة الشرعية، فيكون بذلك قد وسع من طرق سماع دعوى الزوجية بتجويزه إثبات الزوجية بالبيئة . وعلى هذا فرغم أن المدونة خالفت المذهب المالكي، باشتراطها وجوب الإشهاد على عقد الزواج ابتداء، فإنها قد فتحت الباب أمام القضاء للعودة إلى الارتباط بتطبيقات المذهب المالكي، المتعلقة بإثبات الزوجية عند النزاع، بواسطة البيئة الشرعية .

ذلك أن المجلس الأعلى والقضاء عموماً، يرجع بمسند الفقرة الرابعة المذكورة، إلى قول الشيخ خليل : ((إذا تنازعا في الزوجية ثبتت بيينة، ولو بالسماع، وبالدف والدخان))¹⁰²⁶ أو

لائحة مجلة الأحوال الشخصية - ذكره السيد بلقاسم الشابي: وضع المرأة بتونس - مجلة القضاء والتشريع، عدد خاص بالمرأة . س 17، عدد 7، يوليو 1973، صفحة 24) .

¹⁰²⁵ - ممدوح عزمي - الزواج العربي، مرجع سابق، ص 50 و ص 63 وما بعدها .

- وأحمد نصر الجندي - إقامة الدعوى في مواد الأحوال الشخصية . دار الكتب القانونية القاهرة 1995، ص 85 وما بعدها

وانظر حول الزواج العربي بمصر - الزواج العربي دليل على جن الزوج - جريدة التراث الإسلامي (مصر) عدد 16 أكتوبر 1986 .

¹⁰²⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 141 . بتاريخ 28-01-1986، بمجلة القضاء والقانون، عدد 137، ص 188 . ومنشور كذلك بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء (مجلس وزراء العدل العرب)، عدد 8، أكتوبر 1988، ص 141 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 11 . ونشر نفس القرار بنفس المرجع في ص 17، لكن مدججا بقاعدة أخرى غير الواردة في ص 11 .

وقد جاء فيه ((وحيث إن موضوع هذه الدعوى، يدور حول النزاع في ثبوت الزوجية، بين الطاعنة ومورث المطلوبين، وفي ثبوت استحقاقها للإرث فيه . وبناء على قول الشيخ خليل مسبوكا بمحل الحاجة إليه من كلام شارحه العلامة الزرقاني : ((إذا تنازعا في الزوجية ثبتت بيينة لمديعيها منهما، قاطعة، بل ولو بالسماع...)) .

أنه يرجع إلى ما يماثل هذا النص، من نصوص فقهية في الموضوع¹⁰²⁷. ويفسر الفقه ذلك، بأنه عند تنازع المتداعيين في أصل الزواج، أي وجوده، بأن يدعي أحدهما الزوجية وينكرها الآخر ((وأقام المدعي منهما بينة تشهد له على النكاح بينهما، فإن النكاح يثبت سواء شهد على معاينة العقد، ولا خلاف في هذا، أو على السماع الفاشي بالنكاح بينهما بالدخول والدخان من الثقة وغيرهم))¹⁰²⁸. أي أن الزوجية تثبت، بكل ما يفيد أن البينة سمعت سماعاً فاشياً من العدول وغيرهم، بالنكاح، ويحمل على القطع بالشهادة، حيث تجوز الشهادة على القطع من جهة السماع الفاشي¹⁰²⁹، إذا أفاد العلم بالاستفاضة، بأن يقول الشاهدان لم نزل نسمع من الثقة وغيرهم أن فلانا تزوج فلانة. وبذلك فإن شهادة السماع تجوز لإثبات الزواج¹⁰³⁰، إذا كانت

ويتبين من هذا القرار، أنه يمكن للورثة، أن يطعنوا بصفة أصلية وابتداءً في رسم ثبوت الزوجية أمام المحكمة الابتدائية، إذا أعدته الزوجة، قصد إعداد رسم الإرث من أجل المطالبة بالإرث فيمن تدعي الزواج منه. ويتبين من هذا القرار أيضاً، أم محكمة الموضوع، قد حكمت بطلان رسم الإرث المؤسس على رسم ثبوت الزوجية الباطل، تبعاً لعدم استيفاء شروط شهادة السماع، المعتمدة في إثبات الزواج.¹⁰²⁷ - جاء في العمل المطلق:

يثبت النكاح في النزاع بالدخول والدخان والسماع

وانظر: المنهل العذب السلسيل (العمل السوسي) - شرح الأزارفي لنظم الجشتيمي، ج 1، الدار البيضاء 197. ص 207.

¹⁰²⁸ - انظر الخرشني على مختصر خليل، مرجع سابق، ج 3، ص 294. وشرح الزرقاني على مختصر خليل، ط 1307 هـ - مجلد 2، ج 4، ص 41. وباقي شراح الشيخ خليل.

¹⁰²⁹ - السماع الفاشي هو السماع من كثير من الناس لا يضبط عددهم ولا وصفهم ولا أسماءهم. وهذا السماع يفيد الظن فقط. والفشُو شرط، يتحتم على تخلفه البطلان. ويُشترط عدم تعيين المنقول عنه، وإلا كانت شهادة نقل (أبو الشتاء الغازي الحسيني: التدريب على تحرير الوثائق العدلية ج 1، ط 1، الرباط 1964، ص 104).¹⁰³⁰ - وفي هذا يقول الشيخ خليل: ((وجازت (الشهادة) بسماع... ونكاح)) أي وجاز إثبات النكاح بشهادة السماع.

ويقول ابن عاصم الغرناطي في تحفته:

وأعملت شهادة السماع في الحمل والنكاح والرضاع

وعلى هذا فإن ((دليل إثبات الزوجية يتراوح بين حد أقصى لا يطلب أكثر منه، وهو شهادة شاهدين بمعاينة العقد. وحد أدنى لا يقبل أقل منه وهو شهادة السماع الفاشي... وهذا لأن الفقه المعمول به، وإن كان يوجب الإشهاد على الزواج عند العقد أو عند الدخول، فإنه لم يكن يشترط توثيق ذلك بالكتابة. ولهذا كانت شهادة من عاين العقد أو سمع به سماعاً فاشياً كافية لإثبات الزواج)) . انظر: أحمد باكو - الإشهاد على الزواج على مقتضى الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية - بمجلة المحاكم المغربية، عدد 59، ص 52.

الزوجة في حوزة الرجل ¹⁰³¹ . وقد أخذت مدونة الأحوال الشخصية بشهادة السماع، لما نصت عليها صراحة في الفصل 89 كدليل قانوني في إثبات النسب .

وهكذا يتبين أنه، مثلما تنص المدونة على وجوب الإشهاد على العقد، وتبقي على الاستثناء لسماع دعوى الزوجية غير المشهود عليها، فإن الفقه المالكي الذي يوجب الإشهاد على الزواج عند الدخول، يبيح سماع دعوى الزوجية غير المشهود على الدخول فيها، ويقرر إمكانية إثباتها بالبينة عند التنازع فيها . ذلك أن ((معروف المذهب سقوط دعوى النكاح على منكره دون شاهد)) ¹⁰³² .

فكيف يمكن التوفيق بين قول الشيخ خليل : ((وفسخ إن دخلا بلاه)) الذي يتبين منه وجوب الإشهاد على الدخول، وبين قوله : ((وإذا تنازعا في الزوجية ثبتت بينة، ولو بالسماع، وبالدف وبالذخان)) والذي يسمح تبعا لذلك بإثبات الزوجية بالبينة عند التنازع ؟ . لقد سئل الشيخ السنائي : ((هل يقيد ما في النص الأول من الفسخ مع الفشو، بما في النص الثاني من الثبوت ببينة السماع، فتكون قائمة مقام الإشهاد المشروط في الدخول، أم لا بد من الإشهاد

وقد عرف ابن عرفة (توفي سنة 803 هجرية) شهادة السماع بأنها : ((لقب، لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين)) - كتاب شرح حدود الإمام ابن عبد الله بن عرفة - لأبي عبد الله محمد الأنصاري - مطبعة فضالة (المحمدية)، ص 645 . ونظمها صاحب العمل المطلق بقوله :

والجمع فيها بين أهل العدل وغيرهم جاء صحيح النقل
وقيل فيها أنها لا تكمل إلا بذلك وبهذا العمل

وحول القضاء بشهادة السماع ومراتبها وشروطها - انظر :

- ابن فرحون - تبصرة الحكام . مرجع سابق، ص 276 وما بعدها .

محمد الصقلي - شهادة السماع تنفع ولا يترع بها من يد حائز . في تعليقه على قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - عدد 131، بتاريخ 08 / 04 / 1981 . بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، (1965-1989)، الرباط 1990، ص 313 .

- وانظر صيغ شهادة السماع، ضمن وثائق أبو عبد الله محمد المصمودي (من فقهاء القرن 11 الهجري). تم طبعها باسم: الوثائق السجلماسية، من طرف مركز إحياء التراث المغربي بالرباط، أعدها مصطفى ناجي. الطبعة الأولى 1988، ص 23.

¹⁰³¹ - محمد العلوي العابدي - الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي. ط 1، إفريقيا الشرق، 1996، ص

84.

¹⁰³² - المواق نقلا عن ابن عرفة . ونقل المواق قول سحنون ((إلا إن كانا طارئين فتنجب الأيمان بينهما)) المواق (أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري (ت 898 هـ) - التاج والإكليل لمختصر خليل . بمهام شرح الخطاب (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل)، ج 3، دار الفكر، د. ت. م. ط. ص 533) .

المشروط في الدخول، وتضمنته بينة السماع في شهادتها ؟)) فأجاب : ((إن بينة السماع لا تنفع في الصورة الأولى بل ولا القطعية . لأن الفرض أنه ثبت الدخول فيها بلا إشهاد بالبينة . إنما تشهد (بينة السماع) بإعلان الدخول وفشوه بما جرت به العادة في الولايم وابتنائها باسم النكاح لا غير . وهذا غير كاف في صحة النكاح مع كون الدخول على الوجه المذكور . وإنما نفعت في مسألة التنازع لشهادتها سماعا بكل ما تتوقف عليه صحة النكاح الذي من جملته الإشهاد قبل الدخول . فيعتبر فيها من التمام وعدم الإغفال أو الإهمال، ما يعتبر في الشهادة القطعية في ذلك، بل هذه أخرى لضعفها))¹⁰³³ .

وعليه، فإنه وطبق قواعد الفقه المالكي، تثبت الزوجية عند التنازع بشهادة عدلين، أو عن طريق شهادتهما بالسماع بزواج الطرفين¹⁰³⁴ . وتم اشتراط عدالة الشاهدين، لأن العدالة هي الشرط الأساسي في الشهادة، بحيث ترد شهادة من لم يكن عدلا، بل يذهب البعض إلى عدم قبول شهادته حتى ولو لم يكن في البلد عدول . إلا أن فقد الثقة في ذمة أغلب الشهود، وعدم توفر جلمهم على فقه التوثيق، فقد تم تعيين عدول منتصبين للإشهاد العام، نظرا لنقصان عدد العدول¹⁰³⁵ ، فقد رأى الفقهاء أن الحاجة تدعو إلى قبول شهادة غير العدول عند تعذر إشهاد العدول، صيانة للحقوق والمصالح، وخروجا على قواعد المذهب المالكي، وأخذا برأي الأحناف الذين يعتبرون أن كل المسلمين عدول . فقبل الفقهاء بالمغرب وابتداء من القرن الثامن الهجري أو

¹⁰³³ - أورد هذه الفتوى أبو عبد الله محمد المهدي الوزاني - النوازل الصغرى . ج 2، مرجع سابق، ص 46. ومما جاء في هذه الفتوى حول شهادة السماع بالزوجية ((قال المتيطي : وصفة شهادتهم، يعني في مسألة التنازع، أنهم سمعوا سماعا فاشيا استفيض على ألسنة أهل العدل وغيرهم أن فلانا المذكور، نكح فلانة هذه بالصداق المسمى وأن وليها فلانا عقد عليها برضاها، يعني حيث لم يكن مجبرا وأنه فشا وشاع بالدف والدخان)) .

¹⁰³⁴ - وهذا ما يتم القضاء به وفق المذهب الحنفي، فقد قررت محكمة النقض المصرية (نقض بجلسة 27 / 03 / 1968، أن ((العشرة أو المساكنة، لا تعتبر وحدها دليلا شرعيا على قيام الزوجية والفراش، وإنما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح، وإن لم يعاينه، متى اشتهر عنده ذلك بأحد نوعي الشهرة الحقيقية أو الحكمية . فمن شهد رجلا وامرأة يسكنان في موضع أو بينهما انبساط الأزواج وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة، ألما زوجته، حل له أن يشهد بالنكاح وإن لم يحضر وقت العقد، وهذا عند الصاحبين، أما عند أبي حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامع إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية، وهي ما تكون بالتواتر)) . انظر : ممدوح عزمي - الزواج العرفي، مرجع سابق، ص 59 .

¹⁰³⁵ - في عهد الخليفة يوسف ابن يعقوب، انخفض عدد العدول بقرار من الخليفة من 94 عدلا إلى 15 عدلا، في مدينة فاس وذلك سنة 693 هـ - 1293 م . وفي عهد الخليفة أبي عثمان المريني (ت 759 هـ / 1358 م) حدد لمدينة مكناس 10 عدول فقط، ومنع من سواهم من الشهود . (انظر : محمد الحبيب التجكاني - النظرية العامة للقضاء - مرجع سابق، ص 263) .

العاشر الهجري¹⁰³⁶ قبول شهادة اللفيف من الناس، الذين لا تتوفر فيهم شروط العدالة التامة وإنما يشترط فيهم أن يكونوا مستوري الحال . فقبلوا شهادة اللفيف في المعاملات المدنية والتجارية وفي الأحوال الشخصية والمسائل الجنائية، ووضعوا وثائق ما يعرف بالموجب اللفيفية . وقد جرى العمل بأن يكون اللفيف من اثني عشر رجلا، بحيث يعادل كل ستة نفر من شهود اللفيف عدلا واحدا . وسمي الشهود باللفيف، لأنه يجمع بين شهادة من يصلح للشهادة ومن لا يصلح لها . فكأنما لُف بعضهم لبعض . ويوثق العدل المنتصب للإشهاد العام شهادتهم ويضع أسماءهم، ثم يكتب رسما آخر تحت هذا الرسم فيه تسجيل القاضي، وهو إشهاد بثبوت الرسم أعلاه وصحته عنده . ويدع العدل الموثق موضع اسم القاضي بياضا، ثم يطالع القاضي بذلك، فيكتب القاضي بخطه تحت أسماء الشهود : ((شهدوا لدى من قدم لذلك لموجهه فثبت))، ويضع القاضي علامته، وهو ما يسمى بخطاب القاضي على الرسم¹⁰³⁷ .

¹⁰³⁶ - يذهب الأستاذ عبد السلام العسري، إلى أن اللفيف نشأ بالتدرج خلال القرن العاشر الهجري ولم ينشأ دفعة واحدة . انظر : عبد السلام العسري - دراسة تطبيقية لمراعاة حالة الضرورة في شهادة غير العدول (شهادة اللفيف) - بمجلة القضاء والقانون، عدد 135 / 136، ص 127 .

¹⁰³⁷ - انظر حول شهادة اللفيف: كراس: شهادة اللفيف لأبي حامد محمد العربي بن الشيخ أبي المحاسن يوسف الفهري. طبع مركز إحياء التراث العربي - الرباط - د.ت.ط. وأبو الشتاء الغازي الحسيني : التدريب على تحرير الوثائق العدلية ج 1، مرجع سابق، صفحة زاي من المقدمة و ص 21 . ومحمد بن معجوز : وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي - البيضاء 1984 ص 234. ود. عمر الجيدي : العرف والعمل - مرجع سابق. ص 495. وعمر الجيدي : ظهور علم التوثيق في المذهب المالكي - مجلة دار الحديث الحسنية، عدد 5 ص 123. ومحمد الحبيب التنجكاني : النظرية العامة للقضاء - مرجع سابق. ص 259. وعبد السلام العسري : كيفية توثيق شهادة اللفيف - بمجلة المحاكم المغربية، عدد 66، ص 61 وما بعدها . وأحمد الخمليشي : في قيمة اللفيف الإثباتية - تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 529 / 77 الذي اعتبر اللفيف مجرد لائحة شهود . بمجلة المحاماة، عدد 13، ص 71 وما بعدها . وإبراهيم اشبيهاة : التوثيق العدلي - بمجلة الإشعاع، عدد 9، ص 109 - 125 . - عبد السلام العسري : دراسة تطبيقية لمراعاة حالة الضرورة في شهادة غير العدول (شهادة اللفيف) - بمجلة القضاء والقانون، عدد 135 / 136، ص 126 وما بعدها . - الأمران زنطار الحسن : في فقه الوثائق، ج 2، الصيغ القانونية لل عقود العدلية في مجال الأحوال الشخصية (الزواج الطلاق الرجعة) . ط 1، الأحمدي للنشر، الدار البيضاء، 1999/1998، ص 31 - أبو إسحاق الغرناطي (ت 579 هـ) : الوثائق المختصرة. منشورات مركز إحياء التراث المغربي بالرباط، أعدها مصطفى ناجي. الطبعة 1، الدار البيضاء 1988. - أبو عبد الله محمد المصمودي (من فقهاء القرن 11 الهجري) : وثائق تم طبعها باسم: الوثائق السجلماسية. من طرف مركز إحياء التراث المغربي بالرباط، أعدها مصطفى ناجي. الطبعة الأولى 1988.

وتجدد افشارة أن موضوع التوثيق بالمغرب لازال لا يولى له الاهتمام اللائق به. ونشير بهذا الصدد لرسالة السيد محمد الريو لنيل دبلوم الدراسات العليا (قانون خاص) بعنوان ((محررات الموثقين وحجيتها في الإثبات

فتمشيا مع هذه القواعد الفقهية، يأخذ المجلس الأعلى باللفيف¹⁰³⁸، لأن ((شهادة
اللفيف جرى العمل بقبولها، لقول الزقاق : وكثرن بغير عدول . وقول صاحب العمل الفاسي :

المغربي))، بكلية الحقوق بالدار البيضاء (22-07-1988)، وانظر تعليقا وعرضا للرسالة المذكورة للدكتور محمد الكشبور، بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 17، ص 34-46.
¹⁰³⁸ - غير أن قيمة اللفيف تختلف بحسب اختلاف الغرف : فغرف وأقسام الأحوال الشخصية والميراث وقضايا العقار غير المحفظ، لازالت تعتبر حجة اللفيف بمثابة إسهاد العدلين عند فقدان إسهاد العدول ((بحيث تثبت جميع الحقوق كيفما كانت قيمتها وهي أعلى من مستوى شهادة الشهود المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية)) (عبد السلام العسري -دراسة تطبيقية لمراعاة حالة الضرورة والحاجة في شهادة غير العدول (شهادة اللفيف) - مرجع سابق، ص 129)) . وعلى هذا، تم قبول شهادة اللفيف في إثبات بيع عقار دون مراعاة حالة الضرورة عن العدول عن الأصل الذي هو الإثبات بالحجة العدلية أو الحجة الكتابية الثابتة التاريخ، حيث رجح اللفيف الشاهد بالشراء على رسم الشراء العرفي، وكان المستند هو جريان العمل بقبول شهادة اللفيف لقول الزقاق " وكثرن بغير عدول"، وقول صاحب العمل الفاسي في اللفيف " وقدره في الغالب اثنا عشر " . وقال المجلس الأعلى : ((إن الحجة الكتابية التي يعتمدها الخصم هي حجة مستصحبة ولفيف الشراء حجة ناقلة، ومن المقرر فقها عند تعارض الحجتين تقديم الناقلة على المستصحبة)) (انظر قرار المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - عدد 456 بتاريخ 11-05-1982، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31 ص 68).

كما قررت الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى: أن اللفيف يكون حجة شرعية (بقرارها المؤرخ في 24-05-1977. بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 105)

وحول مثل هذه القرارات المتعلقة بإثبات البيع بواسطة عقد موثق أو بواسطة اللفيف بخصوص العقار غير المحفظ . انظر: ذ. عمر بنجدة -تكييف الدعوى المدنية - بمجلة رسالة المحاماة، عدد 5، ص 146. ونشير إلى أن الفقه المالكي، وحسب قول الشيخ خليل فإنه ((ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطة)) . وجاء عند بعض المتأخرين أن بيع الأصول يكون بالعدول لا باللفيف (حول اضطراب عمل القضاء المغربي بهذا الخصوص، انظر المرجع السابق).

وبخلاف ذلك فإن الغرف والأقسام المدنية للمحاكم لا تعطي لللفيف نفس القيمة، بل قد تعتبر شهادة اللفيف كقرينة فعلية (لا تقبل إلا فيما تجوز به الشهادة)، تخضع في تقدير قيمتها كوسيلة إثبات، للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 224، بتاريخ 11 يونيو 1974، بمجلة القضاء والقانون عدد 128، ص 103) . كما اعتبرت الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، أن ((اللفيف مجرد لائحة شهود، وأنه لعدم أداء شهادتهم بعد أداء اليمين القانونية، فلا عبرة به . وأن شهادة الشهود المعتبرة هي التي يعتبرها الفصل 444 من ق. ل. ع.)) (قرار المجلس الأعلى عدد 529 بتاريخ 21-09-1977، بمجلة المحاماة، عدد 12، ص 80) . وقد علق عليه أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي -في قيمة اللفيف الإثباتية - مرجع سابق، ص 71. وهذا القرار يبرز ضرورة الأخذ بمقتضيات المسطرة المدنية، فيما يتعلق بقواعد الاستماع لشهادة الشهود (ف 71 وما يليه) خاصة ما يتعلق بأداء الشاهد لليمين على قول الحقيقة تحت طائلة البطلان (ف 76).

وقدره في الغالب اثنا عشر))¹⁰³⁹، ولأن ((العمل جرى في المغرب، بإعمال شهادة الليف في سائر المعاملات))¹⁰⁴⁰، ولو لإثبات وقائع مادية¹⁰⁴¹، وبطبيعة الحال يقبل بصفة خاصة، فيما يتعلق بالأحوال الشخصية والعقار. ويعتبر المجلس الأعلى¹⁰⁴² أن الليف ((وإن كان يعتبر من حيث الشكل من الأوراق الرسمية، فإن محتواه مجرد شهادة))، كما يعتبر المجلس الأعلى¹⁰⁴³ أن

وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى ((إن المحكمة تحرق القانون لاعتمادها في إثبات البيع على شهادة شهود الليف التي دعمتها بقرينتين، في حين أن الفصل 489 من ق. ل. ع. يوجب لإثبات بيع عقار محفظ، الدليل الكتابي أي المستند الموقع من طرف المتعاقدين وأن القرائن مثلها مثل الشهادة لا يجوز الاستدلال بها لإثبات التزام يوجب فيه القانون الدليل الكتابي)) (قرار عدد 600 بتاريخ 19-10-1977) بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 4، ص 123).

¹⁰³⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 416 . بتاريخ 11 / 05 / 1982، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، ص 68 .

- وقرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 140، بتاريخ 31 / 01 / 1984، بمجلة القضاء والقانون، عدد 133 / 134، ص 175 .

¹⁰⁴⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 1845، بتاريخ 16 / 11 / 1988، ملف عقاري عدد 6105 / 86 . منشور لدى : أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 138 وما بعدها.

¹⁰⁴¹ - كإثبات كفالة مصاب في حادثة شغل لمن تقدم من ذويه يطلب التعويض . فقد دفع الملزم بالتعويض، بأن الطالب أدلى بليف لإثبات الكفالة المذكورة، مع أن الفصل 404 من ق. ل. ع. حدد وسائل الإثبات بصفة حصرية، وأن الليف لا يمكن اعتباره شهادة . غير أن المجلس الأعلى رد على الطعن بقوله : ((لكن حيث إن الليفية يمكن الاستئناس بها لإثبات وقائع مادية وعلى من يتمسك بعدم صحتها لمخالفتها الإجراءات المسطرية اللازمة لسماع شهادة الشهود أن يثير ذلك أمام قضاة الموضوع)) (انظر قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - عدد 717، بتاريخ 08 / 12 / 1976، بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، ج 1، مرجع سابق، ص 577) .

¹⁰⁴² - المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 809، بتاريخ 25 / 12 / 1982، منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة في المادة المدنية (1958 - 1996)، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربيعين، مرجع سابق، ص 77 .

¹⁰⁴³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 354 . بتاريخ 21 / 03 / 1987، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40، ص 149 .

((شهادة اللفيف التي يتلقاها العدول نيابة عن القاضي، وتسجل عليه، هي بمثابة شهادة العدول في إثبات الحقوق، وليست مجرد لائحة شهود¹⁰⁴⁴، ولا يلزم شهودها بأداء اليمين))¹⁰⁴⁵.

وعلى ذلك فإن البينة الشرعية المنصوص عليها في الفصل الخامس من المدونة، تفسر من طرف القضاء عموماً على أنها شهادة اللفيف¹⁰⁴⁶، الذي يشهد شهوده بسماعهم بالزواج

¹⁰⁴⁴ - لقد سبق للمجلس الأعلى، أن قرر أن اللفيف مجرد لائحة شهود (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 529 بتاريخ 21-09-1977، بمجلة المحاماة، عدد 12، ص 80). وقد علق عليه الدكتور أحمد الخليلي - في قيمة اللفيف الإثباتية - مرجع سابق، ص 71.

¹⁰⁴⁵ - وبالإضافة إلى ما سبق بيانه بخصوص عمل المجلس الأعلى في اللفيف . يقرر المجلس الأعلى عدة أحكام فقهية، ترتبط باللفيف . منها :

- ((إن اللفيف لا يعمل به، إلا إذا كان مستفسراً، ولو لم يكن به إجمال أو إهمال . ولا طلبه الخصم، فأحرى إذا طلبه... والاستفسار كما هو معلوم قائم على مقام التزكية، وعليه استقر العمل القضائي بالمجلس . فقد نص الإمام الونشريسي على أن كل من شهد شهادة ولا يعرف كتبها ولا من كتبها عنه غيره، فلا بد للقاضي من احتباره . وحيث إن اعتماد الحكم المطلوب نقضه على اللفيفية عدد 360 دون تكليف المدلي بها باستفسارها، يعتبر خرقاً للقانون الداخلي وهو موجب للنقض)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 215 . بتاريخ 09 / 02 / 1988، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 42 / 43، 168 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 20) .

- وهو ما قرره المجلس الأعلى في قرار آخر لما اعتبر أن : ((الاستفسار في الموجب اللفيفي، بمنزلة تزكية شهود اللفيف، فيعد بذلك مكماً له، ويقع على عاتق المدلي بالموجب أن يقوم بهذا الاستفسار متى طلبه الخصم)) (انظر: قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 198، بتاريخ 04 / 03 / 1980، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 27، ص 124) .

- وقرر المجلس الأعلى، أن مناقشة اللفيف يجب أن تتم وفق قواعد الفقه (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1110، بتاريخ 26 / 07 / 1983 . بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 391) .

¹⁰⁴⁶ - مع أن البينة في معناها الواسع، هي كل ما يبين الدعوى وهي حجة المدعى على دعواه (أحمد السداعور - أحكام البينات - ط 6، سنة 1981، دون بيان مكان الطبع، ص 5) . أو هي كما يعرفها ابن فرحون : ((اسم لك ما يبين الحق ويظهره،،، ولم تأت البينة في القرآن الكريم مراداً بها الشهود وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة)) (ابن فرحون - تبصرة الحكام . ج 1، ط 1، مرجع سابق، ص 161 وما بعدها) . وباعتبار أن الأصل في البينات هو الشهادة، فقد ذهب فريق من الفقه، إلى قصر البينة على الشهادة في حين يرى فريق آخر أن البينة شاملة لجميع وسائل الإثبات (عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - ج 2، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت دون بيان تاريخ الطبع، ص 27) . وعلى ذلك فإن الفقه الحنفي، استقر على ((أن الزوجية تثبت شرعاً بثلاث طرق هي الإقرار والبينة (أي الشهادة) والنكول عن اليمين)) (مدوح عزمي - الزواج العرفي، مرجع سابق، ص 57 وما بعدها) .

واستمرار الزوجية بين طرفيها وتختلف الأولاد عن ذلك . وهذا ارتباط من القضاء عموماً بالمعنى الذي يعطيه الفقه للبيئة في حال النزاع في الزوجية، فضلاً عما يدخله القضاء في اعتباره من كون بعض البوادي النائية لم تكن تتوفر على جهاز العدول لتلقي الإشهاد على الزواج، ووجود بعض الأعراف والعوائد التي تقيم الزواج عن طريق الجماعة وبقراءة الفاتحة، دون حضور عدلي الإشهاد على الزواج . فتأثراً بهذا الواقع، وبالتفسير الذي أعطي في العصور المتأخرة لمعنى البيئة في إثبات الزوجية عند النزاع فيها، فإن القضاء المغربي لا يعتمد في إثبات الزوجية التي لم يشهد عليها العدلان - سوى الواجب الليفية، التي تشهد بوجود علاقة زوجية بين المتنازعين وباستمرارها وبتعاشرهما معاشرة الأزواج¹⁰⁴⁷ . فقد قرر المجلس الأعلى¹⁰⁴⁸ ، تأييد قرار محكمة الموضوع التي قضت بثبوت الزوجية اعتماداً على لفييف . وقد برر المجلس الأعلى في قراره هذا، الأخذ باللفييف، بكون ((الفقه الإسلامي يشترط في ثبوت الزواج الإعلان عنه بدف أو باستدعاء لحضور وليمة الزفاف، حتى يفرق بين زواج السر وزواج العلن . وبالتالي يجعل العقد صحيحاً . والفقهاء المالكيون يجعلون الإشهاد شرط صحة فقط . والمشرع المغربي أحال فيما سكتت عنه المدونة على مذهب الإمام مالك، كما اعتبر فقهاء المالكية، أن النكاح يثبت بالاستفاضة، والمحكمة تتوفر على السلطة التقديرية في تقييم الحجة المدلى بها)) . كما قرر المجلس الأعلى أن الزوجية لا تثبت إلا بعدلين أو ما يقوم مقامهما وهو الاثني عشر من اللفييف، وأن الحالة الاستثنائية على فرض توفر ظروفها، فإن الزوجية لا تثبت فيها بأقل من اثني عشر من اللفييف¹⁰⁴⁹ ، ولو كانت تلك البيئة سماعية¹⁰⁵⁰ ، ولو لم يحضر شهودها مجلس العقد¹⁰⁵¹ . ويعتبر المجلس الأعلى أن

¹⁰⁴⁷ - جاء في قرار محكمة النقض المصرية ((إن العشرة والمساكنة لا تعتبر دليلاً على قيام الزوجية والفراش، وإنما نص فقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح وإن لم يعاينه متى اشتهر عنده ذلك)) (نقض مصري بجلسة 27-03-1968 . بموسوعة الفاكهاني، ج 2 - أحوال شخصية . الدار العربية للموسوعات، القاهرة، د. ت. ط.) .

¹⁰⁴⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 697 . بتاريخ 07 / 06 / 1994، بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 238 .

¹⁰⁴⁹ - المجلس الأعلى - قرار عدد 120 . بتاريخ 19-05-1975، قضية عدد 45492، غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 170 .

¹⁰⁵⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 611 . بتاريخ 13 يونيو 1983، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35-36، ص 135 .

إثبات الزوجية غير المشهود عليها، بواسطة شهادة عدلين بثبوت الزوجية، ليس من شأنه، أن يمنع من البحث في توفر دواعي الاستثناء، لمجرد كون شهود البينة من العدول . فقرر المجلس الأعلى¹⁰⁵² بهذا الصدد، تأييد حكم محكمة الاستئناف التي ألغت الحكم الابتدائي المبني على شهادة عدلية " أصلية " ¹⁰⁵³ . شهد فيها عدلان بزواج مدعية بالمدعى عليه منذ سنة 1958 (تاريخ

وقد قرر المجلس الأعلى في هذا القرار، تأييد الحكم الاستئنافي، الذي اعتمد اللفيف لإثبات الزوجية دون العقد الرسمي، لأن الزوجية تثبت بالبينة ولو كانت سماعية، كما في الشيخ خليل وغيره . وقد تم اعتماد اللفيف رغم أن الزواج المدعى به تم بالدار البيضاء .

¹⁰⁵¹ - المجلس الأعلى - قرار عدد 28 . بتاريخ 17-01-1978، قضية رقم 55031 ، غير منشور، ذكره الدكتور الخليلي - التعليق - مرجع سابق، ص 161 هامش 28.

حيث قرر المجلس الأعلى، أنه لا يشترط حضور الشهود في العقد ويمكن إثبات الزواج بشهادة السماع . وذلك ردا على طعن طالب النقض، المؤسس على كون محكمة الاستئناف، اعتمدت على لفيف لإثبات الزوجية دون أن يصرح شهوده بحضورهم مجلس العقد، ومعاينتهم رضی، وقبول الطرفين، وحضور الولي، وتعيين الصداق . وخلاف هذا القرار، انظر قرار المجلس الأعلى عدد 71، بتاريخ 18-03-1975، قضية عدد 43879، غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 168 . ويتبين من هذا القرار، أنه تم استبعاد اللفيف : لعدم نص الشهود فيه على، قبض الصداق، والحال منه والمؤجل، مما يعني ضرورة حضور شهود اللفيف أثناء العقد.

¹⁰⁵² - المجلس الأعلى - قرار عدد 5 . بتاريخ 09-01-1978، قضية عدد 62659، غير منشور، أورده الدكتور أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ج 1، ص 171. و في التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، (آثار الولادة، والأهلية، والنيابة القانونية)، ط 1، الرباط 1994، ص 61 و ص 83، هامش 100 .

¹⁰⁵³ - يتنوع توثيق الشهادة حسب علم التوثيق 1- إلى شهادة أصلية: وهو ما يمليه المشهود عليه على الشاهد كالإشهاد في عقد الزواج مثلا. 2- وإلى شهادة استرعاء : أو شهادة وضعية أو علمية يشهد فيها الشاهد بما في علمه. وقد تكون هذه الشهادة بواسطة عدلين أو بواسطة جماعة من الناس (اللفيف). انظر أبو الشتاء - التدريب على تحرير الوثائق العدلية ج 1، . مرجع سابق، ص 431-432.

وقد عرف المجلس الأعلى شهادة الاسترعاء بأنها ما شهد فيه الشهود بما في علمهم، وتفيد عبارة ((كل ذلك في علمهم وصحة يقينهم)) القطع بأن المشهود به في علم الشهود لا بما شهدوا به في الواقع، وبذلك فإن شهادة اللفيف تفيد غلبة الظن لا القطع (قرار المجلس الأعلى، عدد 507، الغرفة الجنائية ، بتاريخ 14 / 04 / 1966، بمجلة القضاء والقانون، عدد 94، ص 190) .

والمقصود بالحجة الأصلية في القرار عدد 5 . بتاريخ 09-01-1978، المذكور أعلاه، هو كون الشهادة صدرت عن عدلين على زواج المدعية بالمدعى عليه، فهي لذلك شهادة وضعية وليست أصلية . ولربما أعطاه المجلس الأعلى ذلك الوصف (الأصلية) لكونها صادرة عن عدلين .

صدر المدونة (بقرية الشماعية، وقد ألغت محكمة الاستئناف ذلك الحكم - رغم أن المحكمة الابتدائية استفسرت المدعية عن الصداق والولي - لأنه اعتمد الحجة العدلية المذكورة دون بيان دواعي الاستثناء¹⁰⁵⁴ . ومؤدى هذا القرار أن شهادة العدلين لا تبرر بمجرد أعمال الاستثناء، ما لم تتوفر دواعيه . فشهادة العدول هنا ليست بمثابة إسهاد، فهي لا تختلف هنا عن شهادة اللفيف، من حيث وجوب توفر الدواعي المذكورة بشأنها، وكون الشهود من العدول لا يغني عن ذلك ، ولا يضيف أية قوة على موجب ثبوت الزوجية غير المشهود عليها أصلاً¹⁰⁵⁵ ، وكل ما في الأمر هنا، هو أنه عوض تطلب اثني عشر نفرًا كما في اللفيف، لا يتطلب سوى عدلين نظرًا لصفتهما هاته فقط .

فالبينة بهذا المفهوم المعمول به قضاء، بعيدة عن قواعد الشهادة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية (الفصل 71 وما يليه)، لأن شهود المواجه الليفية، لا يخضعون لإجراءات أداء الشهادة، خاصة من حيث عدم أدائهم ليمين الشاهد . وهو ما يجعل البعض يطعن في شهادة اللفيف باعتبارها تقع خرقاً للقواعد المسطرية المعمول بها في باب الشهادة¹⁰⁵⁶ ، وهو ما يجعل

¹⁰⁵⁴ - وفي قرار آخر لم يعتد المجلس الأعلى بشهادة علمية من عدل واحد، لإثبات الرجعة (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 150 . بتاريخ 16-03-1981 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28، ص 144 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1 . مرجع سابق، ص 304) . وسنعود لهذا القرار بمناسبة الحديث عن تطلب المجلس الأعلى للإسهاد على الرجعة .

¹⁰⁵⁵ - ويلاحظ أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، أن صياغة المادة 89 من مدونة الأحوال الشخصية تفيد أن شهادة العدلين وشهادة السماع، يثبت بهما النسب بقوة القانون (أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 60 و 62) . وقد تساءل أستاذنا، عن هذا التناقض في موقف المدونة، حيث تعتبر الشهادة مثبتة للنسب بقوة القانون، ولا تعتبر كذلك في إثبات الزوجية، إذ تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، في إطار أعمال قاعدة الاستثناء المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من المدونة . وللإشارة فإن الفصل 89 من المدونة ينص على أنه : ((يثبت النسب بالفراش، أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو بيينة السماع، بأنه ابنه ولد على فراشه من زوجته)) .

¹⁰⁵⁶ - فتبعاً لمثل هذا الطعن، اعتبر قرار المجلس الأعلى عدد 529 (بتاريخ 21-9-1977 . بمجلة المحاماة عدد 1، ص 80) أن اللفيف مجرد لائحة شهود . وأنه لعدم أداء الشهود لليمين القانونية فلا عبرة به .

لكن متى يمكن الطعن بمخالفة اللفيف لقواعد الشهادة طبق أحكام المسطرة المدنية (يمين الشاهد خاصة) ؟ . لقد اعتبر المجلس الأعلى أن قبول الدفع بذلك مشروط بإثارته أمام قضاة الموضوع، أما إثارته لأول مرة أمام المجلس الأعلى فغير مقبول (قرار عدد 717 . صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 8-12-1976، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المواد المدنية (1962-1982) مرجع سابق، ص 577)، وعلق عليه الأستاذ أحمد عاصم، ومن رأيه أنه يصح الدفع بعدم صحة شهادة اللفيف (طبق الفصل 71 مسطرة مدنية) لأول مرة أمام المجلس الأعلى، لأنه

البعض كذلك ينادي باستبعاد اللفيف من الإثبات، حتى يستعيد القاضي سلطته وحرية في تكوين اقتناعه إزاء شهادة الشهود، ويخلصه من أثقال اللفيقيات الملققة والشهادات الجائرة¹⁰⁵⁷، والتي كثيرا ما يعرض أمر التزوير فيها على القضاء¹⁰⁵⁸.

وقد يكون من الصعب - عمليا - القول بإطلاق الإثبات في مادة الزواج¹⁰⁵⁹، نظرا لطبيعة عقد الزواج وخصوصية الإثبات بشأنه. فإذا كان يمكن نظريا، أن يقال أنه إذا جاز

دفع لا يختلط فيه الواقع بالقانون، ولأن اللفيف حرق للقانون. والفصل 76 يشترط اليمين تحت طائلة البطلان، وأن إجراءات تقديم أدلة للإثبات أمام قضاة الموضوع من النظام العام.
1057 - أحمد الخليلي - في حجية اللفيف - مرجع سابق، ص 71.

((والله در القاضي، الذي كتب وهو يعلل حكمه :)) (إن شهادة اللفيف في وقتنا الحاضر لا تفيد الوهمة فضلا عن غلبة الظن. لو أراد شخص أن يقيم شهادة لفيفية بعدم طلوع الشمس من المشرق، بأن طلعت من المغرب لوجد من يشهد له بذلك)) (حكم محكمة السدد بسوق الأربعاء الغرب، بتاريخ 26-10-1971 ملف عدد 255 - غير منشور - نقلا عن ذ. عمر بن حدة - تكييف الدعوى المدنية، مرجع سابق، ص 148).
1058 - انظر على سبيل المثال، قرار المجلس الأعلى - الغرفة الجنائية - قرار عدد 6768، بتاريخ 14 / 09 / 1989، بمجلة القضاء والقانون، عدد 142، ص 148. وفي قضية أخرى تناولتها الصحافة، تقدم أحد المغاربة العاملين بفرنسا بشكاية إلى النيابة العامة بالدار البيضاء، يتهم زوجته بالخيانة الزوجية. وقد بين البحث أن الزوجة التي كانت تقيم مع الزوج، قد تم تطليقها من طرف المحاكم الفرنسية، وبعد تطليقها ارتبطت بآخر، قبل تذييل ذلك الحكم بالصيغة التنفيذية، وأقاما رسم ثبوت زوجية مصطنع بواسطة شهود. ولم يقف الأمر عند هذا الحد فقد رجعت تلك السيدة إلى فرنسا وارتبطت بشخص ثالث وأنجبت منه ولدا. انظر جريدة العلم بتاريخ 03 دجنبر 2000، العدد 18464.

هذا فضلا عما يتضمنه أعمال اللفيف، من تشجيع على تعطيل شرط ضرورة الإشهاد على عقد الزواج، بما يحمل عليه الاعتماد على اللفيف من تراخ على الإشهاد، الذي يلاحظ حتى في الأوساط الحضرية كمدنية الدار البيضاء مثلا. وعلاوة على ذلك، فإن اللفيف، يُتخذ مطية من قبل البعض للتحايل على القانون. كأن يقع الطلاق بين طرفي العلاقة الزوجية ثلاثا، ثم يُلجأ للفيف لإثبات الزوجية من أجل ضمان استمرار الزوجية رغم انفصامها بتاتا. وقد وقع من ذلك، أن كانت امرأة متزوجة برجلين (انظر مجلة القضاء والقانون عدد 25 ص 34). كما أن الموجبات الليفية، إنما تعد بمناسبة النزاع غالبا، فتفقد بذلك أهم خاصية للدليل الكتابي المهيا سابقا، وقبل وقوع النزاع.

1059 - يرى أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، أن البيئة الشرعية ينبغي تفسيرها بما يشمل الشهادة وجميع الوسائل المقبولة في الإثبات. أي جميع الوسائل ((التي يطمئن القاضي إلى صدقها وفي مقدمة ذلك الأوراق المكتوبة، التي قد تصدر من المعنيين بالأمر، والأوراق الرسمية المثبتة للزواج، وكذلك القرائن المستخلصة من البحث الذي يجريه القاضي حول ظروف وملابسات المعاشرة التي كانت بين المتنازعين)) (أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 176).

الإثبات استثناء بشهادة الشهود فإنه يجوز قبول ما هو أقوى منها وهو الإقرار، فإن الفقه يعتبر أن ((طبيعة عقد الزواج الخاصة، التي من أجلها كان الإشهاد واجبا لصحته، تقتضي عدم قبول الإقرار لإثباته وإن كان أقوى . وقد تضمنت مدونات الفقه النص الصريح على أن الزواج لا يثبت بالإقرار ولا يجوز ذلك إلا استثناء حين يكون الزوجان ليسا من أهل البلد وبشروط : ألا يتقدم بينهما نزاع، وأن يكون التقارر في الصحة . واستنادا إلى هذا، اطرده عمل القضاء، على إلزام المدعي بالإدلاء برسم الزواج أو بديله، حين يجوز ذلك، ولو أجاب المدعي عليه بالإقرار بالزوجية))¹⁰⁶⁰ . ولعل هذا ما جعل المدونة لا تأخذ بالمقارنة¹⁰⁶¹ أو التصادق، التي يثبت

وبهذا المعنى جاء في دليل الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب ، أنه ولإثبات الزواج المختلط يصار إلى تطبيق الفقرة الأولى من الفصل 5 من المدونة ((وبصفة استثنائية قبول جميع وسائل الإثبات فيما يخص الزواج المقام خارج العدول)) (دليل مختصر في الأحوال الشخصية -نشر وزارة العدل المغربية، ط 1966، ص 11) . ولقد كان أحد القضاة الشرقيين يتساهل في إثبات الزواج فيأخذ بالتسامح مع حفظ حقه في مناقشة الشهود . وقد تم بذلك ردع ((الذين يسكنون مع نساء لا يحللن لهم بغير عقد شرعي، فصاروا يخافون أن يشهد على أحدهم، من يراه داخلا على المرأة خارجا من عندها، فتثبت بذلك زوجيتها له)) (مذكرات الشيخ طنطاوي - عندما كان قاضيا بمحكمة دمشق. بجريدة الشرق الأوسط، ليوم 25-10-1984) .¹⁰⁶⁰ - أحمد باكو -الإشهاد على الزواج على مقتضى الفصل 5 من م.ح.ش . مرجع سابق، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 59، ص 55.

¹⁰⁶¹ - إنه وحسب الفقه المالكي، تنوع المقاررة إلى ثلاثة أقسام :

1 - مقاررة غربيين من بلد بعيدة: قال الشيخ خليل ممزوجا بكلام شارحه الزرقاني : "وقبل دعوى طارئة التزويج" . حيث يدعي الغربيان عن البلد، أن عقد زواجهما ضاع ويطلبان تجديده بالمقاررة . وبعد البحث يأذن القاضي بالإشهاد على المقاررة على النكاح وينص في الوثيقة على ما بنيت عليه.

2 - مقاررة طارئين مقيمين بالبلد، الذي، قدما إليه مدعين ضياع عقد زواجهما، ويطلبان تجديده بمقاررتهم على النكاح . فيجب عليهما لذلك إثبات الطرو على البلد والإقامة به لمدة تقل عن ستة أشهر وإذاك يؤذن لهما بالإشهاد بالمقاررة. فإن كانا يقيمان بالبلد لأكثر من ستة أشهر، كلفا بإقامة البيئة على صحة الزوجية بينهما، لأن حكمهما حكم المستوطنين بالمحل . فإن أحضراها أذن لهما بالإشهاد بالمقاررة واتصال الزوجية وينص في الوثيقة على ما بنيت عليه.

3- مقاررة البلديين (أهل البلد)، فلا تقبل دعواهما بضياع عقد النكاح وطلب تجديده إلا بعد إثبات صحة الزوجية واتصالها . فإن أثبتاها شرعا أذن لهما بالإشهاد بالمقاررة على النكاح، حتى لا يكون ذلك رجعة للزواج بدون ولي . وينص في الوثيقة على ما بنيت عليه.

ونشير من ناحية أخرى، إلى أنه ((في التورث بإقرار الزوجين خلاف)) كما نص على ذلك الشيخ خليل . (انظر: أحكام المقاررة وبتفصيل في كراس - الحاج محمد بن الشريف المقرئ مولاي الطيب العصري: رئيس

بها زواج الطارئ على البلد طبق قواعد الفقه الإسلامي، الذي يعتبر في هذه الحالة، أن العقد حاصل من قبل وكل ما هنالك، أن القاضي يحكم بثبوته فقط . وعلى ذلك كان يعتد بزواج الطارئ على البلد عند تقاررها ((لأنه بينة صدقا فيها))¹⁰⁶² . لكن المجلس الأعلى، وحسبما يبدو من قرار له غير منشور، نقض حكما قضى بثبوت الزوجية بناء على المقاررة لأن ((من شروط صحة التقارر أن يكون المتقارران طارئين لا حاضرين كما هو في النازلة))¹⁰⁶³ ، ولعل صعوبات تنور الآن بشأن الأخذ بمفاهيم الطرود على البلد والغربة عنه، كما كانت سائدة في القرون السابقة، وإن كانت بعض أحكام القضاء¹⁰⁶⁴ ، تعطي الانطباع بأنه يمكن الأخذ بالمقاررة بالنسبة للزواج المختلط الذي يبرم بين طرف مغربي وطرف أجنبي، خارج المغرب، وهو الزواج

الاستئناف الشرعي بطنجة سابقا . والمسمى " كتاب طلب العلاج لمقاررة الأزواج «، الرباط، دون بيان تاريخ الطبع، صفحة 5-8 .

ولاشك أن المفاهيم المتعلقة بالغريب عن البلد والطرود عليه، لا يمكن تقبلها في الوضع الحالي . وإن كان البعض يقول بإمكانية الأخذ بها بالنسبة للحالية المغربية بالخارج، لأنه ((جرى العمل عند الفقهاء بهذه الشهادة، إذا قضت بذلك ظروف خاصة، وكان الزوجان مثلا غريبين على البلدة التي يقيمان فيها، وطارئین عليها كما الحال بالمسبة للرعايا الموجودين بالخارج)) . انظر : دليل العون الدبلوماسي والقنصلي في شؤون العدل . مرجع سابق، ص 28 . وقد أورد الدليل المذكور نموذجا لشهادة بالتقارر . وذيل بما يلي : ((قد يعقد الزواج على يد ضابط الحالة المدنية . ويطلب الزوجان تصحيح نكاحهما، بإقامة شهادة تقارر بينهما . ففي هذه الحالة ينبغي أن يطلب من الزوجين، إحضار عقد النكاح الذي تم بينهما على يد ضابط الحالة المدنية . فإذا كان مطابقا للشروط المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية، وكان النكاح غير ممنوع في قانون الزوج المغربي، أذن لهما في عقد تقارر بانعقاد الزوجية بينهما)) (الصفحة 263 من المرجع السابق) .

¹⁰⁶² - أبو علي سيدي رحال المعداني (توفي: 1140 هـ) - في حاشيته على شرح ميارة على التحفة - ج 1، مرجع سابق، ص 152 .

¹⁰⁶³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1132، بتاريخ 20 / 10 / 1992 ، ملف رقم 92 / 5183 (غير منشور) أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، ط 1، الرباط 1995، ص 11 - 12 .

وانظر فتوى للشيخ المهدي الوزاني، التي أجاب فيها : ((لا تثبت الزوجية بالإقرار بين الحضريين وإنما تثبت بالإقرار في الطارئ)) (أبو عبد الله محمد المهدي الوزاني - النوازل الصغرى . ج 2، مرجع سابق، ص 9 وما بعدها) .

¹⁰⁶⁴ - انظر قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، عدد 348، الصادر بتاريخ 24 / 05 / 1999، في الملف عدد 99 / 220 . وهو قرار غير منشور . ويتعلق بتزاع بين الورثة بخصوص شركة تجارية، وقد احتج بعضهم لإثبات نسبهم وأحققتهم في الإرث، برسم مقاررة صادرة عن المهالك تفيده زواجه خارج المغرب من أجنبية .

الذي ينظمه ظهير 4 مارس 1960¹⁰⁶⁵ ما دام يقبل من الزوجين هنا إمكانية إبرام عقد الزواج وفق القانون المغربي بعد أن أبرماه أمام ضابط الحالة المدنية بالخارج . كما أنه وفيما يخص اليمين بين الزوجين، فإن الفقه لا يميز اعتماد يمين الإنكار في الزواج والطلاق لأنها أصلاً دعوى غير مالية، ولأن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردھا، فإذا لم تقم لمدعي الزوجية بينة فلا يمين له على المنكر¹⁰⁶⁶ .

¹⁰⁶⁵ - ولقد صدر منشور عن وزارة العدل بتاريخ 28-04-1960، لتفسير مقتضيات الظهير المذكور وبيان أسبابه وإعلام الجهات المختصة بالتوثيق، بوجوب تمكين الذين عقدوا زواجهم أمام ضابط الحالة المدنية بالمغرب أو خارجه، من تصحيح زواجهم، ليكون مبرماً طبق نصوص المدونة . فالظهير والمنشور المذكوران، يقرران إجازة كلية للزيجات المختلطة بين المغاربة والأجانب، المبرمة عقودها على يد ضابط الحالة المدنية لاسيما بعد توثيق ذلك الزواج طبق الفصل 5 من المدونة . وعليه يمكن أن يقال " إن هذه الحالة داخلية في مجال الاستثناء بنص القانون، بحيث تكون دعوى الزواج، المؤسسة على عقد مدني، مقبولة ولو أن الإشهاد عليه لم يقع أمام عدلين شرعيين حسب الفصلين 5 و 42 من المدونة " (ذ. أحمد باكو- الإشهاد على الزواج، مرجع سابق، ص 56) .

وتجب الإشارة، إلى أن ظهير 4 مارس 1960، أعطي له أثر رجعي من حيث تطبيقه، خلافا لقاعدة عدم رجعية القوانين. (انظر : والقيدي حسين- " الزواج المختلط في دول المغرب العربي "، مجلة المحاكم المغربية، عدد 59، ص 17) . وانظر حكم المحكمة الإقليمية بالدار البيضاء - عدد 1279، بتاريخ 13 / 01 / 1970 . والذي ورد فيه ((حيث إن ظهير 04 / 03 / 1960 الذي يقرر هذه الأحكام له أثر رجعي، بحيث تعتبر باطلية حتى عقود الزواج التي أبرمت قبل نشره، إذا لم ترم وفقاً للشكل الديني المغربي أي أمام العدول بالنسبة للمسلمين، والتقديس والكتابة وصلاة البركة بالنسبة لليهود المغاربة)) (حكم منشور بمجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص - للأستاذ حسن والقيدي، ط 3، منشورات الجسور، 1998، ص 16 وما بعدها) . وانظر اختصاصات الأعراف الدبلوماسية والقنصليين المغاربة بالخارج، بشأن الزواج المختلط، بدليل العون الدبلوماسي والقنصلي في شؤون العدل . مرجع سابق، ص 31 - 32 .

¹⁰⁶⁶ - قال الشيخ خليل : ((إذا تنازعا في الزوجية، ثبتت بينة ولو بالسماح بالدف والدخان، وإلا فلا يمين ولو أقام المدعي شاهدا))، وسبب ذلك أن كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردھا . انظر شراح خليل عند قوله المذكور .

وانظر : الحبيب التجكاني - النظرية العامة للقضاء - مرجع سابق، ص 183-184 . والمدونة الكبرى، مرجع سابق، ج 5، ص 179. حول ما جاء في المدونة الكبرى عن الإمام مالك : ((قلت : رأيت إن ادعى رجل على امرأة النكاح، وأنكرت . أيكون له عليها اليمين، وإن أبت جعلته زوجاً ؟ . قال : لا أرى إباءها اليمين ما يوجب له النكاح عليها ولا يكون النكاح إلا بينة)) .

وإذا كانت هذه هي الصعوبات ¹⁰⁶⁷ التي تحول دون إطلاق الإثبات في مادة الزوجية في الوضع الحالي، الذي لا يعتد فيه من طرف القضاء إلا باللفيف، فإنه وفي ظل هذا الوضع، لا يوجد ما يمنع من تطبيق القواعد المسطرية بشأن شهادة اللفيف، وذلك باستدعاء شهوده والاستماع إليهم في جلسة القضاء، مع فتح المجال لتجريحهم إن كان له مقتضى، ومساءلتهم في الموضوع بعد أدائهم اليمين القانونية . فقديمًا ((حلف ابن سودة الشهود)) ¹⁰⁶⁸ فكيف الآن مع وجود مقتضيات قانونية تنظم الشهادة ؟ . كما أنه وفي الوضع الحالي، يمكن الأخذ بالقرائن القوية ¹⁰⁶⁹ ، خاصة وأن للمجلس الأعلى خطوة في هذا الباب، ما دام يعتد بإعمال الصفة الاستثنائية، إذا ما كانت المحكمة قد قامت — ((شرح هذه الصفة الاستثنائية كازدياد الأولاد في بيت الوالدين، وتاريخ الازدياد، وما يقع في الحفلات في تلك المناسبة وسن الأولاد وشهادة مدرسية لهم إن اقتضى الحال وما يناسب ذلك مما يثبت قطعاً علاقة الزوجية)) ¹⁰⁷⁰ ، فينبغي تكملة هذه الخطوة، حتى تعتبر من جملة القرائن القطعية عملية تسجيل الأولاد بدفتر الحالة المدنية من قبل الزوج، حيث يعتبر ذلك غالباً قرينة على قيام الزوجية ¹⁰⁷¹ ، خاصة إذا تعززت بما يرجحها أو كانت مكملة لحجة ناقصة للطرف المدعي .

¹⁰⁶⁷ - فمن الصعوبات التي يتعين أخذها بعين الاعتبار، تأثر القضاء ببعض قواعد المسطرة التي كان معمولاً بها لدى محاكم القضاة (ظهير 16 / 12 / 1957)، إذ رغم صدور قانون المسطرة المدنية الذي ينظم إجراءات التقاضي بصفة عامة، فإننا لازلنا نجد صدقاً لبعض الإجراءات التي كان معمولاً بها وفق (المسطرة الشرعية) خاصة ما يتعلق بالإثبات، وإجراءات توجيه اليمين، والإعداد للخصوم في الحجج، وترجيح البيئات، وقاعدة جمع الخصوم . وسنعالج مشكل تطبيق القواعد المسطرية المنصوص عليها في الفقه، وتطبيق قانون المسطرة المدنية في موضعه .
¹⁰⁶⁸ - يقول صاحب العمل الفاسي :

وحلف ابن سودة الشهود من اللفيف لفجور زيد

¹⁰⁶⁹ - لم يعتد القضاء بقرينة التنصيب في عقد بيع على زواج أحد الأطراف بالآخر بياناً لهويته، واعتبر أن ذلك ليس من شأنه أن يثبت الزواج بين الطرفين، لأن ((عقد البيع، وإن كان ينص على أن البائع متزوج بالمستأنفة، فإنه لا يثبت به الزواج، لأنه غير مقصود للإشهاد وإنما هو وصف للبائع)) (محكمة الاستئناف بوجدة - قرار عدد 922، بتاريخ 24-06-1975، بمجلة القضاء والقانون، عدد 126، ص 211) .

¹⁰⁷⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 12 . بتاريخ 10 مارس 1969، بمجلة القضاء والقانون، عدد 96، ص 334 . و بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 5، ص 65 .

¹⁰⁷¹ - لقد ذهب المجلس الأعلى في إحدى قراراته، إلى نقض الحكم الذي استند إلى عقد الازدياد لإثبات الزوجية معتبراً أن تصريح الأب بازدياد ولد طبق مقتضيات نظام الحالة المدنية، ليس من شأنه الإخلال بالقواعد المطبقة لدى المحاكم المختصة بالأحوال الشخصية والميراث (قرار عدد 201 . بتاريخ 18 يناير 1961، بمجلة القضاء والقانون، عدد 59 - 61، ص 536) .

الفقرة الرابعة - الخلط بين الكتابة والإشهاد :

الأصل في الفقه الإسلامي، أن الكتابة في العقود، ومنها الزواج أو الطلاق أو الخلع - لا تعتبر من شروط صحة العقود، إذ يعتبر جمهور الفقهاء أن الأصل في الإثبات يكون بالشهادة وليس بالكتابة، وإنما قبل بالكتابة تجوزاً من قبل بعض الفقهاء المتأخرين¹⁰⁷². فعدم كتابة العقد لا تنقض الإشهاد الواقع عليه. وعلى ذلك فإن مدونة الأحوال الشخصية لا تجعل من الكتابة شرطاً لصحة العقد¹⁰⁷³، إذ ((ليس في المدونة نص واحد يجعل الكتابة شرط صحة في عقد الزواج))¹⁰⁷⁴، لأن ((التوثيق ليس شرطاً لصحة الزواج))¹⁰⁷⁵ وهذا تمثيلاً مع موقف الفقه المالكي، فقد جاء لابن جزى أن كتابة الصداق ليست شرطاً، وإنما يكتب هو وسائر الوثائق توثيقاً للحقوق ورفعاً للتراع¹⁰⁷⁶. إذ ((التوثيق غير لازم لشرعية العقد، أو لنفاذه، أو صحته))¹⁰⁷⁷ إذا ما استجمع العقد أركانه وشروط صحته.

¹⁰⁷² - حسين مؤمن - الإثبات بالحررات في الشريعة الإسلامية ومواد الأحوال الشخصية والقضايا الجزائية - بيروت 1975، ص 17 و 20، و صفحة 3، في بيان آراء الفقهاء حول أحكام الإثبات بالكتابة المنصوص عليها بآية المداينة : ((يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه)) الآية... سورة البقرة / 382 . ويعتبر البعض أن شرط الحاكم للكتابة يعتبر من باب الاستصلاح ((وإذا جعل الحاكم المصلح من هذا الشرط، شرطاً للزواج، وجب لزوم هذا الشرط، ووجب على المكلف تنفيذه، ويصبح العقد مختلاً في حال عدم الوفاء به)) - انظر : عبد الرحمان بن حسن النفيسة - حكم عقد الزواج الذي لم يوثق . بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة (المملكة العربية السعودية)، عدد 31، السنة الثامنة، أكتوبر - دجنبر 1996، ص 227) .

¹⁰⁷³ - لقد انتقد الأستاذ محمد الكشيبور، منشور وزير العدل عدد 893، بتاريخ 27 / 08 / 1980، الذي نبه المحاكم فيه، إلى أن الكتابة في عقد الزواج، هي شرط صحة لا يصح العقد إلا بها . واعتبر الأستاذ محمد الكشيبور أن هذا المنشور مخالف لمفهوم النصوص الشرعية والتشريعية . (محمد الكشيبور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، ط 3، مرجع سابق، ص 198، هامش 237 والمنشور المذكور، منشور بمجلة الملحق القضائي، عدد 5، ص 117)

¹⁰⁷⁴ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 178 .

¹⁰⁷⁵ - صلاح الدين زكي : أحكام قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 139 .

¹⁰⁷⁶ - ابن جزى - القوانين الفقهية . مرجع سابق، ص 144 .

¹⁰⁷⁷ - ممدوح عزمي - الزواج العرفي، مرجع سابق، ص 11 .

ولقد قرر المجلس الأعلى¹⁰⁷⁸، أن ((كتابة العقد ليست شرطا ولا ركنا))، غير أن المجلس الأعلى¹⁰⁷⁹، وبمقتضى قرار آخر، نقض الحكم الاستثنائي، الذي اعتد بزوجية، حضرها جم غفير من الناس، وتم الإشهاد عليها من قبل عدلين، إلا أنه لم يتم تحرير العقد لوفاة أحد العدلين. وكانت محكمة الاستئناف قد حكمت بتصحيح العقد لوقوعه أمام جمع غفير، ولأن الزوجة زفت لبيت الزوجية، ولذلك حكمت عليها بالرجوع لبيت الزوجية. فطعن المدعى عليه بالنقض، فقال المجلس أنه لا يكفي حضور الجمع الغفير لتبرير العدول عن إشهاد العدول، ولعدم إبراز المحكمة لظروف أعمال الاستثناء، قضى المجلس الأعلى بنقض الحكم المذكور.

ويلاحظ على القرار المذكور، أن محكمة الاستئناف استجابت لدعوى المدعى، لا على أساس وقوع الإشهاد وتعذر كتابة العقد لوفاة أحد عدلي الإشهاد، بل لأن الليف الذي أدلى به المدعى شهد بالزوجة¹⁰⁸⁰، والمجلس الأعلى لم ينبه محكمة الموضوع لهذا الخطأ، بل ذهب إلى أن عدم كتابة العقد هو بمثابة عدم الإشهاد، في حين أن هناك إقرار الطرفين بإبرام العقد، وأن العقد تم الإشهاد عليه. وكل ما في الأمر أنه لم تتم كتابته لتعذر ذلك، بسبب وفاة أحد العدلين اللذين أشهدا على العقد. فلا يمكن اعتبار عدم توثيق العقد وكتابته بمثابة عدم الإشهاد، لأنه قد تم. وكان يمكن الاستماع للعدل الباقي على قيد الحياة من قبل محكمة الموضوع والاستماع للشهود الذين حضروا إبرام العقد¹⁰⁸¹. وإذ ذاك يمكن القول بأنه تم إعطاء البيئة الشرعية معناها الحقيقي

¹⁰⁷⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 697. بتاريخ 07 / 06 / 1994، بمجلة الحامي، عدد 25 / 26، ص 238.

¹⁰⁷⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 165. بتاريخ 17 يوليوز 1972، بمجلة القضاء والقانون، عدد 125، ص 235.

¹⁰⁸⁰ - انظر قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1326. بتاريخ 21 أكتوبر 1986 بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40، ص 165. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 444.

وكانت وقائع النازلة تتعلق بإنكار علاقة زوجية، وادعت المدعية أن عقد الزواج كتبه عدل توفي وتعذر الاعتماد عليه وأدلت بليف لإثبات العلاقة الزوجية فحكم لها بناء عليه. وقد أيد المجلس الأعلى القرار الاستثنائي الذي اعتمد على الليف المذكور، دون اعتبار للإشهاد الذي تم، لكن تعذرت كتابة العقد الناجم عنه.

¹⁰⁸¹ - إن نازلة مماثلة عرضت للفقهاء محمد بن عرضون الزجلي (توفي عام 1012 هجرية) تتعلق بعقد زواج، حيث لم يتم الإشهاد على الزوجة في الزواج إلا من قبل عدل واحد، بينما حضر الزواج لليف من الناس. فسأل الفقيه ابن عرضون الفقيه أحمد البعل المصوري (من فقهاء القرن العاشر الهجري) هل يحكم بفساد العقد لعدم الإشهاد من قبل العدلين على الثلاث: الزوج والزوجة والولي. أم أن الزواج يصح خاصة مع طول الزمان؟ فأجابه الفقيه المصوري بأنه سبق له أن عرضت له نازلة مماثلة غفل فيها عن الإشهاد على المرأة، حتى تم الدخول بها وأنه

في وضع كهذا، خاصة وأنه قد يترتب عن الخلط بين الكتابة والإشهاد في عقد الزواج نتائج بالغة التأثير على الأطراف¹⁰⁸².

(الفقيه المصوري) أمر بعزلها عن زوجها طبق النصوص الآمرة بفسخ الزواج. لكن -يقول الفقيه المصوري موجهها كلامه لابن عرضون باعتباره قاضيا : ((استسهلتم الأمر وصرفتم المرأة إلى زوجها وكأنكم اعتمدتم على الشهرة)) . مع أن النازلة موضوع سؤال ابن عرضون هي أدنى من النازلة الأخرى لأن الأولى وقع فيها إشهاد من قبل عدل واحد والثانية لم يكن فيها إشهاد البتة. وانتهى الفقيه المصوري إلى أنه وحسبما قال الموثقون يفسخ كل نكاح دخل صاحبه من غير إشهاد. وأن المتأخرين لما عولوا على الفسخ في ذلك فهم عنهم أنهم لا يكتفون بالشهرة (انظر نوازل العلمي - ج 1، مرجع سابق، ص 46.../).

وأشير إلى أن المجلس الأعلى، سبق له قرر أن شهادة العدل أمام المحكمة بانعقاد بيع العقار، لا تقوم مقام الإشهاد بالبيع الذي يتلقاه هذا العدل بصفته عدلا منتصبا للإشهاد، بما يستلزم ذلك من تحرير عقد البيع ومخاطبة القاضي عليه . وأن المحكمة قد تجنبت الصواب حين قضت بصحة البيع بناء على هذه الشهادة مع يمين المشتري . وحسب وقائع هذه القضية، فقد تعذر على العدل تحرير العقد لعدم إحضار الطرف البائع للمتطلبات اللازمة لتحرير العقد والمتمثلة في الرخصة الإدارية (انظر قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 2950 . بتاريخ 04 / 12 / 1991 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، ص 32) . كما قرر المجلس الأعلى، أن رسم الشراء الذي يجره العدل دون أن يؤدي شهادته أمام القاضي، يعتبر مجرد زمام ولا يصح الاحتجاج به (انظر قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 920 . بتاريخ 02 / 07 / 1985 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44، ص 140) . غير أن المجلس الأعلى قرر أنه ((يجوز للعدل الواحد أن يتلقى شهادة اللفيف)) (انظر قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 354 . بتاريخ 21 / 03 / 1987، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40، ص 149) كما قرر المجلس الأعلى أن ((الشهادة الاسترغائية التي ينسبها عدل واحد إلى علمه بوقوع البيع وتتضمن كل شروطه لا يضيره تأخر الأداء، ولا يؤثر في ذلك صحة العمل به مادام الرسم مخاطبا عليه. ولما كان موضوع الدعوى مالبا، فإنها تثبت بالشاهد واليمين مع الحيازة)) (قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 888، بتاريخ 17/12/1996. بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 54/53، ص 168 وما بعدها).

¹⁰⁸² - فقد تقدم أحد الأشخاص بشكاية إلى الضابطة القضائية مفادها أن منزله تعرض للسرقة أثناء غيابه، وأثناء البحث تبين أنه يسكن مع امرأة، صرحت بأنه خطبها من والديها وأقاما حفلة الزفاف، وحضر العدلان، غير أن العدلين لم يكتبوا عقد الزواج لعدم حصول الشاكي على رخصة الزواج باعتباره جنديا، وقد سلمهما العدلان وصلا بذلك (تم الإدلاء به) موضوعه نكاح الطرفين، في انتظار تحرير العقد عند تمام الحصول على الرخصة الإدارية . وقد استمرت معاشرتهم كأزواج لمدة سنة، وأضافت المشتكى بها، أنها لما لاحظت عدم تحمس الشاكي للحصول على الرخصة عمدت إلى أخذ الحوائج الموجودة بالدار . وقد أكد الشاكي ما جاء على لسان المشتكى بها . فتابعتهما النيابة العامة معا بتهمة الفساد، مع السرقة في حق المشتكى بها . غير أن المحكمة الابتدائية بالرشيدية اعتبرت أن ما بين الطرفين عقد زواج، نظرا لتوفر الإيجاب والقبول، وحضور العدلين، وأن ((الكتابة في الزواج ليست لانعقاد ولا للصحة بصريح المادتين 4 و 5 من مدونة الأحوال الشخصية)) وأن ((عدم توفر رخصة

الفقرة الخامسة - تكييف الاستثناء المنصوص عليه في الفصل الخامس (فقرة 4) من المدونة :

الذي يظهر من عمل المجلس الأعلى، وعمل القضاء المغربي بصفة عامة، بل وحتى من فهم المتقاضين، بخصوص طبيعة الاستثناء المنصوص عليه في الفقرة الرابعة من الفصل الخامس من المدونة : هو أن الاستثناء متعلق بالإثبات، فالقضاء يحكم أحيانا بثبوت الزوجية بركنيها الإيجاب والقبول مع اعتبار العقد فاسدا لتخلف الإشهاد، ولا يبحث عن المانع من الإشهاد، لأن الحكم بفساد العقد يقتضي بدهاء انعدام العذر في تخلف الإشهاد . وأحيانا أخرى يحكم بصحة الزواج، وهذا يتطلب منه بيان العذر الذي حال دون الإشهاد، ولكنه لا يفعل ذلك في كثير من الأحيان. وهناك عدة أمثلة على موقف القضاء أعلاه، حيث يتم قصر الاستثناء على مسألة إثبات الزوجية دون أن يتعدى ذلك إلى مسألة تصحيح العقد استثناء من حالة الفساد لعدم الإشهاد :

فقد قرر المجلس الأعلى¹⁰⁸³ - وهو يرد على الطاعن الذي تقدم بطلب نقض الحكم الذي قضى عليه بنفقة الزوجة والأولاد، بناء على موجب ثبوت الزوجية، بدلا من عقد زواج مشهود عليه - أنه ((حيث إن الفصل الرابع من مدونة الأحوال الشخصية، نص على أن " الزواج ينعقد بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر " . كما نصت الفقرة الثانية من الفصل 32 على أن " كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختلت بعض شروطه فهو فاسد " . وبعد

الزواج بالنسبة للزوج يعتبر عذرا كافيا لتطبيق الاستثناء الوارد النص عليه في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من مدونة الأحوال الشخصية)) . وانتهت المحكمة المذكورة إلى التصريح ببراءة المتهمين من تهمة الفساد، وبراءة المتهممة من السرقة لأنه لا سرقة بين الأزواج (المحكمة الابتدائية بالرشيدية، حكم عدد 87 / 434 ، بتاريخ 18 / 06 / 1987 ، في الملف الجنحي عدد 87 / 292 ، منشور بمجلة الندوة، عدد 4، ص 55) . غير أن محكمة الاستئناف بمكناس (غرفة الرشيدية) ألغت الحكم المذكور، وقضت بإدانة المتهمين بمنحة الفساد، على أساس ((أن المتهمين يعترفان بأنهما كانا يعيشان مع بعضهما ودون أن يتوفرا على عقد الزواج، مدعين بأنه سبق للعديلين أن حضرا وشهدا الإيجاب والقبول، دون أن يثبتا ذلك . الشيء الذي تبقى معه جنحة الفساد ثابتة في حقهما)) (محكمة الاستئناف بمكناس (غرفة الرشيدية)، قرار عدد 1395 ، بتاريخ 02 / 12 / 1987 ، في الملف الجنحي عدد 87 / 646 ، منشور بمجلة الندوة، عدد 4، ص 60) . وهكذا اعتبر القرار الاستئنافي المذكور أن عدم توثيق العقد كتابة، يجعله معدوما من أساسه . انظر تعليق الأستاذ الحسين زعرض، على الحكم والقرار المذكورين تحت عنوان : أيهما أصح موقف القاضي الابتدائي، أم موقف قضاة الاستئناف ؟ بمجلة الندوة، عدد 4، ص 63 - 69 . وقد انتصر المعلق - عن حق - لحكم المحكمة الابتدائية .

¹⁰⁸³ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 74 . بتاريخ 12-03-1973، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28، ص 123. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 214.

ذلك نص آخر الفقرة الثانية من الفصل 37 على ما يلي : " أما إذا كان - أي الزواج - مختلفا في فساده، فينفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق، ويترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب، ويتوارثان قبل وقوع الفسخ ". وحيث يتبين من النصوص المذكورة أن عدم توفر شرط صحة النكاح التي يتضمنها 5 الفصل المحتج به، لا يتنافى مع ثبوت ركن العقد الذي يترتب عليه في حالة عدم توافر شروط صحة العقد - آثار النكاح الفاسد، التي من جملتها : وجوب النفقة قبل الحكم بفسخه، وثبوت نسب الولد وما يترتب عليه من الالتزام بالإنفاق عليه وغيره . وإن المحكمة حين قدرت - في نطاق السلطة المخولة لها - قيمة البينة المثبتة لركن العقد، قد قضت تبعا لذلك، بالنفقة المطلوبة التي تجب للزوجة في النكاح الفاسد، قبل الحكم بالفسخ الذي كان على المحكمة أن تصرح به تلقائيا، كما تجب للولد الذي قضت المحكمة ضمينا بلحوق نسبه وفق ما يحتمه الشرع)) . ولذلك رفض المجلس الأعلى طلب الطعن بالنقض . فحسب هذا القرار، لقد ثبت ركن العقد بالبينة، إلا أنه ولافتقار العقد للإشهاد تم فسخ العقد أي تم قبول إثبات ركن العقد - استثناء بالبينة - ولم يُعمل بالاستثناء لتدارك فساد العقد الذي لم يتم الإشهاد عليه، فتم بذلك فسخه . بينما كان يجب البحث عن السبب الذي أدى إلى عدم الإشهاد، فإن ثبت أنه تعذر الإشهاد لعذر قاهر مع ثبوت ركن العقد بالإيجاب والقبول، كان يجب تصحيحه وبالتالي عدم فسخه، غير أنه يبدو من هذا القرار، أنه لم يتم البحث في سبب عدم الإشهاد.

وفي قرار آخر قرر المجلس الأعلى¹⁰⁸⁴، وبإثارة تلقائية من طرفه، لتعلق الأمر بالنظام العام، أنه : ((في شأن الوسيلة المثارة تلقائيا من طرف المجلس لتعلقها بالنظام العام . حيث نص في الفقرة الثانية من الفصل 32 من المدونة على أن كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول، واختلت بعض شروطه فهو فاسد . كما نص آخر الفقرة الثانية من الفصل 37 من نفس القانون على أن النكاح المختلف في فساده - ومن جملة صورته النكاح الذي يتم دون إشهاد العدول أو بدون ولي¹⁰⁸⁵ - يفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق¹⁰⁸⁶، ويترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب .

¹⁰⁸⁴ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 470 . بتاريخ 15 دجنبر 1980، ملف عدد 83171، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 59، ص 39 . ومعه تعليق للأستاذ - أحمد باكو : الإشهاد على الزواج . مرجع سابق، ص 43 .../.

¹⁰⁸⁵ - انظر حكما قضى بفسخ الزواج بطلاق لوقوع الزواج دون ولي . (حكم قاضي شفشاون) القاضي الحسن بن الحاج محمد العماري)، بتاريخ 17 رجب 1366 هـ الموافق 07 / 06 / 1947، بمجموعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص (269) .

¹⁰⁸⁶ - وفسخ هذا النوع من العقود الفاسدة بطلاق، تقرر في المذهب المالكي تبعا لمراعاة الخلاف حول حكم هذا النوع من العقود . قال المرحوم محمد بن الحسن الحجوي : ((ومن الاستحسان مراعاة الخلاف، وهو أصل في

ومن جهة أخرى، فإن الفصل 86 من نفس القانون، نص على أن ولد الزوجة من زواج فاسد بعد الدخول إذا ولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول يثبت نسبه إلى الزوج حسب الفصل 37 المشار إليه . وهكذا يتضح أن عدم عقد النكاح أمام عدلين منتصبين يعد إخلالا بشرط صحته، ويجعله فاسدا، دون أن يمنع مما يترتب عليه من حقوق النسب حسب الفصلين 37 و 86 المشار إليهما . وحيث إن الزواج تم في هذه القضية بينة شرعية، توفرت على أركان النكاح والتي لم تعتمد عليها المحكمة، لفقد شرط الصحة ، مما يجعله فاسدا مستحقا للفسخ، ويترتب عليه حقوق النسب وغيره)). ولذلك فقد نقض المجلس الأعلى حكم محكمة الموضوع، التي قضت بفساد العقد دون ترتيب آثار الزواج الفاسد، من نسب ونفقة¹⁰⁸⁷ . ففي هذا القرار تم التركيز فقط على كون المحكمة لم ترتب آثار العقد الفاسد، دون اهتمام بما إن كان يمكن تصحيح هذا العقد إعمالا للاستثناء .

وهكذا يتضح أن مثل القرارات المذكورة أعلاه، تقف عند نصف الطريق، فقد يثبت ركن الزواج من إيجاب وقبول، ولكن لانعدام الإشهاد يتم الحكم بفسخ العقد، ويتم ترتيب آثار الزواج الفاسد من حيث نسب الأولاد ونفقتهم¹⁰⁸⁸ . لكن لا يتم البحث في المانع من الإشهاد وإعمال الصفة الاستثنائية وما يستتبعها من تصحيح ذلك العقد . وسبب ذلك هو قصر الاستثناء على الإثبات، فيتم قبول إثبات ركني الزواج بالبينة بمعنى اللفيف كما هو الغالب، دون اعتبار الاستثناء متعلقا بالفساد كذلك . مع أنه قد يثبت الزواج وينعدم شرط الإشهاد لمانع حقيقي، وهنا تظهر أهمية الاستثناء كما أوضح ذلك أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي¹⁰⁸⁹ :

المذهب، ومن ذلك قولهم في النكاح المختلف في فساده، أنه يفسخ بطلاق وفيه الميراث ((محمد بن الحسن الحجوي - الفكر السامي، مرجع سابق، ص 151، وانظر ص 455 من نفس المرجع حول أصل مراعاة الخلاف عند الإمام مالك . و ((يعتبر مالك من الاستحسان مراعاة الخلاف . وقد عده القباب من محاسن المذهب . وعرفه بأنه إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه)) (علال الفاسي - مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها . ط 4، الدار البيضاء، 1991، ص 140) . وقد أخذ الإمام مالك بهذا المبدأ احتياطا لاحتمال صواب رأي مجتهد آخر غيره، وكان الإمام مالك لا يراعي الخلاف كله، بل لا يراعي منه إلا ما كان دليله قويا (انظر : عبد الحي بن محمد بن الصديق - نقد مقال في مسائل من علم الحديث والفقه وأصوله وتفضيل بعض المذاهب . الطبعة 1، د. م. ط. 1988، ص 68) .

¹⁰⁸⁷ - انظر : تعليق الأستاذ أحمد باكو - حول القرارات 74 و 470 المذكورين أعلاه . بالمرجع السابق، ص 6.
¹⁰⁸⁸ - إن إجازة الزواج بصفة جزئية، تكمن في ترتيب آثار الزواج الفاسد، من حيث النسب وما يترتب عليه، طبق الفصل 37 من المدونة.

¹⁰⁸⁹ - أحمد الخليلي - التعليق - ج 1، مرجع سابق، ص 178-181 بتصرف.

- فإن ثبت الإيجاب والقبول بأي وسيلة من وسائل الإثبات، ولكن لم يتم إثبات وجود ظروف تعذر معها الإشهاد؛ فيكون الزواج قائماً، كواقعة، غير أنه فاسد. وذلك لثبوت ركنيه بالإيجاب والقبول، لكن تخلف شرط صحته وهو الإشهاد (الفصل 32 من المدونة، فقرة 2). أما إذا لم يثبت ركن العقد بالإيجاب والقبول فالعقد هنا غير موجود أصلاً (الفصل 5 من المدونة)

1090

1090 - في نازلة من ورزازات، تقدمت المدعية إلى المحكمة الابتدائية بطلب عرضت فيه أن المدعى عليه تزوجها وفق التقاليد المرعية والعرفية من زفاف وعرس ووليمة وحضور الناس، وقد دخل بها، لكنه رفض ((إتمام الزواج؟)) بل طردها من بيت الزوجية بعد مكوئها به نحو سبعة أشهر، مضيفاً أن عدلين حضرا العرس، ولذلك التمسست الحكم على المدعى عليه بإقامة رسم النكاح بعد استدعاء الشهود. فصدر الحكم الابتدائي وفق الطلب قاضياً على المدعى عليه بإتمام الإجراءات اللازمة لإقامة رسم نكاحه من المدعية، مع الغرامة التهديدية عن كل يوم تأخير عن التنفيذ (المحكمة الابتدائية بورزازات - حكم عدد 148، بتاريخ 19 / 10 / 1988 . بمجلة المحاكم المغربية، عدد 61، ص 171). فاستأنفه المدعى عليه، بعله أن الطرفين اتفقا على الزواج وحصلت الخطبة مع إقامة حفل صغير بالمناسبة في انتظار حفل الزفاف، إلى أن فوجئ بالحكم المذكور. وأن العدلين امتنعا عن إتمام الزواج فرجعت المدعية لبيت أهلها بحضور والدها وأحد الشهود، وأنه ظن المدعية بكراً فاكشف أنها ثيب مطلقة فعُدل عن الخطبة، وأنه لم يدخل بها لعدم إبرام الزواج وأن أركان العقد متخلفة، فأجابت المستأنف عليها بأن المستأنف جندي وقد تعذر تحرير العقد من طرف العدلين لعدم حصوله على رخصة الزواج من إدارته، وأن العقد تم لأنه رضائي، خاصة وأن الحفل تم ببيت الزوج مما يدل على أن الأمر يتعلق بزواج وليس بالخطوبة. فأجرت غرفة الاستئناف بورزازات بحثاً في القضية، خلصت من خلاله إلى أن الخطبة السابقة كانت فقط بين أهل الطرفين لأن الجندي كان إذاك في عمله بالرباط، وأنه لما عاد إلى بلدته وجد المخطوبة بمترله وقيل له أنها زوجته؟؟ فأخذ يتمتع بها حسب قوله، وبعد ذلك جاء العدلان وانصرفا لعدم وجود رخصة الزواج، ثم أخذها أبوها لداره، وبعد ثلاث أو أربع سنوات من خروجها أقامت الدعوى الحالية. وانتهت المحكمة إلى أنه ورغم حضور العدلين فقد انصرفا عندما لم يدل المستأنف (الجندي) برخصة الزواج، وأن مجلس العقد انفض دون حصول الإيجاب والقبول، لأن العدلين لم يسمعا منها بل لم يريها أصلاً. وبعدما تبين للمحكمة ((من كل ما تقدم، أن هناك مشروع الزواج لكن الخاطبين تعجلاً ونفذوا إلى النتائج المترتبة عن الزواج، وعلى الخصوص ممارسة الجنس، لكن الزوج استغنى عن الزوجة)) ولذلك ألغيت الحكم الابتدائي وقضت برفض الطلب. (قرار الغرفة الاستئنافية بورزازات - عدد 43 / 90 بتاريخ 13 / 03 / 1990، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 61، ص 101 .

وقد علق محامي المدعية على القرار المذكور، مستنتجاً أن المدعية إنما طلبت إقامة رسم الزواج ((إتمام العقد))، وأن الحكم خلط بين رضائية العقد وشكليته، لأن أهل البادية - مكان النازلة - اعتقدوا أن العقد قد تم بالنظر لحضور العدلين، اللذين امتنعا من الإشهاد على العقد لعدم وجود رخصة زواج الجندي فقط. (عبد المالك شكلاط - في تعليقه على القرار الاستئنافية المذكور، بنفس المرجع السابق، ص 106 وما بعدها).

- أما إذا ثبت ركن العقد بالإيجاب والقبول، وأثبت مدعي الزوجية وجود ظروف تعذر معها على المتعاقدين إظهار العدلين، فإن العقد يكون صحيحاً تطبيقاً للفقرة الرابعة من الفصل الخامس من المدونة . وذلك استثناء من فساد العقد الذي يقرره الفصل 32 من المدونة .

إن فهم الاستثناء المذكور أعلاه، على أساس تعلقه بالإثبات فقط، لربما يجد مستنده في الإضافة التي اقترحها المرحوم علال الفاسي، بخصوص المادة الخامسة السالفة الذكر، والتي كانت تنص على ما يلي : ((يجوز للقاضي بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجية بدون مؤيد واعتماد البيئة الشرعية في إثباتها)) . لكن النص الرسمي للمدونة لم يتضمن عبارة ((بدون مؤيد)) . فالصيغة التي جاء بها اقتراح المرحوم علال الفاسي والمتضمنة لعبارة ((بدون مؤيد))، تحمل على الاعتقاد بأن الاستثناء المنصوص عليه بالفقرة الخامسة، كان لذلك متعلقاً بالإثبات فقط .

وإن بعض الفقه، يتحدث عن المقصود بالفقرة الرابعة من المدونة -حتى في نصها النهائي- بهذا المعنى، أي أنها تتعلق بالإثبات. فقد ورد للمرحوم علال الفاسي¹⁰⁹¹ ((ينبغي أن يعد، أن الأصل هو وجوب الإشهاد . ولكن يُبقى على إمكان إثبات الزوجية بينات عدلية ولفيفية . وطلبتُ - يقول علال الفاسي - إضافة الفقرة الثالثة (الرابعة حالياً) من الفصل 5، وقد صادقت اللجنة على ذلك، فأقرت ما جرى به العمل من إثبات الزوجية بالبيئات المعروفة)) . كما تحدث المرحوم حماد العراقي عضو اللجنة المذكورة¹⁰⁹²، عن الفقرة الرابعة أعلاه باعتبارها تتعلق بالإثبات، وذلك في الحالة التي ((ينكر أحد الزوجين صلة الزوجية بينهما فيرفع الأمر للقاضي، وللقاضي حينئذ سماع دعوى الزوجية واعتماد البيئة الشرعية في إثباتها))¹⁰⁹³ . وفي نفس الاتجاه، يمكن حمل ما ذهب إليه المرحوم عبد النبي ميكو¹⁰⁹⁴، بهذا الصدد، من كون الفقرة الرابعة من الفصل الخامس من المدونة، تتعلق بالإثبات، إذ يقول : ((كان الأولى، أن تأخذ المدونة بضرورة حضور شاهدين دون أن نضع أي استثناء، لأن الاستثناء الذي وضع لم يجد له زمان .

غير أنني ألاحظ على الطلب الذي تقدمت به المدعية، ومن أساسه، أن طلب إتمام الزواج لا يتصور إلا إذا تعلق الأمر بالدعوة إلى الدخول، بعد إبرام العقد والإشهاد عليه بكيفية نظامية، وتراخي أحد الطرفين عن تنفيذ مقتضياته، وهو ما يسمى في لغة المتقاضين بـ ((طلب إقامة حفلة الزفاف)) . إذ لا يتصور تحرير رسم بالزواج، لاحق، على تمام الدخول بين الطرفين وتعاشرها معايشرة الأزواج، في غياب عقد زواج، مشهود عليه ابتداء .

¹⁰⁹¹ - علال الفاسي - شرح مدونة الأحوال الشخصية -، مرجع سابق، ص 27-28.

¹⁰⁹² - حماد العراقي - شرح قانون الزواج المغربي، مرجع سابق، ص 96.

¹⁰⁹³ - انظر نماذج الوثائق العدلية، التي وضعها المرحوم حماد العراقي لهذه الحالة، في كتابه - الوثائق العدلية وفق

مدونة الأحوال الشخصية -الدار البيضاء، 1960، ص 32.

¹⁰⁹⁴ - عبد النبي ميكو - الوسيط . ج 1، مرجع سابق، ص 123.

وهو استثناء لم يجعل للقاعدة القانونية التي تقضي بالتزام شكل معين أي مفعول ((. وهو ما أخذ به الدكتور صلاح الدين زكي الذي يرى : ((وظاهر من هذا النص (ف 5 / 4) أنه يجوز إثبات الزواج في أحوال سببها غير بعيد، عن غير طريق الوثيقة الرسمية التي يتولى العدلان المنتصبان تحريرها))¹⁰⁹⁵ . وهو ما ورد في كتاب صادر عن وزارة العدل، حيث ورد فيه ((فيستنتج مما ذكر، أن ما نصت عليه الفقرة المشار إليها، لا يخص الأنكحة التي تمت قبل صدور المدونة . بل إنه يشكل استثناء من القاعدة العامة لإثبات النكاح))¹⁰⁹⁶ .

غير أن أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، يرى رأياً آخر . فاعتماداً على كون الإشهاد شرط صحة في العقد (الفصل 5 من المدونة، فقرة 2) وبناء على الفصل 32 من المدونة (فقرة 2) الذي ينص على أن ((كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول، واختلت بعض شروطه فهو فاسد))¹⁰⁹⁷ - يذهب الدكتور أحمد الخليلي، إلى أن الفقرة الرابعة من الفصل الخامس المذكور، لا يتعلق الاستثناء الوارد بها بالإثبات . وإنما يتعلق الاستثناء، بحالة من حالات فساد العقد الذي تخلف فيه شرط الإشهاد ((بمعنى أن العقد الذي لم يبرم أمام عدلين في مجلس واحد، يكون فاسداً معرضاً للفسخ، طبقاً للمادتين 5 و 32 من المدونة، اللهم إلا إذا طبق عليه هذا الاستثناء (بشروط معينة، خاصة وجود موانع حالت دون الإشهاد أمام العدلين) ولا تعتبر الفقرة الثالثة (الرابعة حالياً) استثناء من إثبات عقد الزواج، أي ليس معناها أن عقد الزواج يثبت بالإشهاد وبصفة استثنائية يمكن إثباته بالبينة الشرعية، لأننا لو فسرنا الفقرة 3 (4 حالياً) بهذا المعنى لأدى ذلك إلى مخالفة النصوص من جهة، وإلى ترتب نتائج لا تبدو مقبولة من جهة ثانية))¹⁰⁹⁸ . وبين الدكتور أحمد الخليلي أنه من حيث النصوص (الفصلان : 5 و 32 مدونة) فالإشهاد شرط صحة، بحيث ولو ثبت وجود الزواج بحجة قاطعة فهو فاسد عند تخلف شرط

¹⁰⁹⁵ - صلاح الدين زكي : أحكام قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 140 .

¹⁰⁹⁶ - دليل العون الدبلوماسي والقنصلي في شؤون العدل . مرجع سابق. ص 28 .

¹⁰⁹⁷ - يعرف الفاسد من العقود عند الفقهاء، بأنه : ((ما كان مشروعاً بأصله، غير مشروع بوصفه)) . وهو عند المالكية : ((ما احتل فيه أحد الشروط)) . وعند الحنفية، هو : ((ما فات عنه وصف مرغوب - وهو الذي فقد شرطاً من شرائط الصحة - وهو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه)) . وعند الشافعية والحنابلة : الفساد الشرعي، هو : ((عدم استيفاء الشروط)) . وعند المالكية والشافعية والحنابلة هو : ((البطلان)) . وعند الحنفية، هو : ((يرادف البطلان في العبادات . أما في المعاملات، فهو قسم ثالث بين مُباين للصحة والبطلان)) (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 285) .

¹⁰⁹⁸ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية. مرجع سابق. ص 179 .

الإشهاد . ومن حيث النتائج، فإن تخلف الإشهاد لأعدار مقبولة، فإن جميع المذاهب تعتبر الزواج في هذه الحالة صحيحا.

وفي رأيي، أنه ينبغي حمل الفقرة الرابعة من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية، على المعنيين معا . أي اعتبار الاستثناء المذكور يتعلق باستثناء من حالة الفساد الناجم عن عدم الإشهاد، من جهة . واعتباره متعلقا باستثناء من وجوب إثبات الزواج بالعقد الرسمي في دعوى الزوجية، من جهة ثانية . فهناك تلازم بين الأمرين في دعوى الزوجية غير المشهود عليها، بمعنى أن دعوى الزوجية الخالية، من مؤيد العقد المشهود عليه من طرف العدلين طبق الفقرة الأولى من الفصل 5 المذكور، يمكن سماعها رغم ذلك، وإثبات الزواج فيها بالبينة الشرعية، إذا ما توفرت شروط إعمال ذلك استثناء . ومما يحمل على هذا الفهم، الطابع المزدوج لإشهاد العدلين، دون أن يعني ذلك خلطا بين الكتابة والإشهاد :

فهو يعتبر شرط صحة، وشكلية حتمها المشرع ؛ من جهة .

كما ينتج عنه - وباعتبار دور التوثيق المنوط بالعدول القائمين به والمنتصبين للإشهاد- عقد محرر من قبل العدلين المذكورين، فيكون وسيلة إثبات للزواج المشهود عليه، من ناحية أخرى. فحالما لا يقع الإشهاد على عقد الزواج، تتخلف صحة العقد، كما يتعذر إثباته .

وعلى هذا تكون الفقرة الرابعة المذكورة أعلاه، قد أجازت سماع الدعوى في الحالة الاستثنائية رغم تخلف الإشهاد، كما أنها أجازت إثباته بالبينة الشرعية، رغم عدم وجود عقد منجز من قبل العدلين . ذلك أن قصد المشرع بتحرير العقد كنتيجة للإشهاد يستلزم القول بأن المشرع يعتد أساسا، من حيث الإثبات بالعقد المحرر من طرف عدلي الإشهاد . بحيث إن الإشهاد لم يفرض لذاته، كشكلية لصحة العقد، بل فرض كذلك لإعطاء مفعوله بتحرير العقد من طرف عدلي الإشهاد، اللذين لا يقف دورهما عند عملية الإشهاد، بل يمتد تبعا لمقتضيات الفصول 5 و 41 و 42 من المدونة، فضلا عن مقتضيات قانون التوثيق - إلى تحرير العقد . فكان من اللازم أيضا، أن يتعلق الاستثناء بالجانبين معا، تبعا للأصل . أي جانب الإثبات وجانب الصحة . وينجم عن ذلك أنه في حال عدم وجود عقد مشهود عليه، ولكن تم ركنه بالإيجاب والقبول وباقي الشروط الأخرى، فإنه يجوز سماع دعوى الزوجية رغم ذلك استثناء . حيث يتم إثبات الزوجية بالبينة الشرعية . فإن ثبتت الزوجية بوجود دليل يدل عليها، اعتبرت الزوجية المذكورة ثابتة، وصحت، لمبررات جديدة، درءا لها من الفساد الذي شابها من حيث عدم الإشهاد . وبذلك يشمل الاستثناء المذكور الإثبات (من حيث إثبات الزوجية بوسيلة غير الوسيلة العادية وهي الحجة الرسمية التي تترتب على الإشهاد على الزواج من قبل العدلين المكلفين أيضا بتوثيقه)،

ويكون شاملا أيضا، لتصحيح العقد (من حيث الاعتراف به قضاء رغم تخلف شرط صحته بعدم الإشهاد عليه) . وكل هذا بشرط توافر شروط أعمال الاستثناء المذكور، الناجم عن ظروف جدية حالت دون الإشهاد . كحالة ما إذا كان الزواج قد تم قبل دخول المدونة حيز التطبيق، أو تم في السنوات الأولى لتطبيق المدونة ، أو لعدم وجود عدول بمحل إبرام الزواج . وهذا كله كحل في إطار الوضع الحالي، في انتظار تدخل المشرع لخصر مجال الاستثناء صراحة، وضبطه بضوابط قانونية محددة .

وعليه ؛ فإذا تم اعتبار الاستثناء متعلقا بالإثبات وحالة الفساد، فيجب القول بصحة العقد دون ترتيب الفسخ، وذلك بتوفر الشرطين التاليين :

1 - ثبوت واقعة الزواج بالإيجاب والقبول (ركن العقد).

2 - ثبوت تعذر الإشهاد لمانع قاهر.

وهكذا يجيز القاضي عقد الزواج بصفة كلية، رغم عدم التقيد بالفقرة الأولى والثانية من الفصل الخامس من المدونة (توقيع العقد من طرف الزوجة، والإشهاد) .

ولقد صدر أخيرا قرار عن المجلس الأعلى¹⁰⁹⁹، أبرز بصفة واضحة مفعول الاستثناء حسب الشرطين الذين ذكرناهما أعلاه، أي تصحيح عقد الزواج : بعد ثبوت ركني الإيجاب والقبول، وثبوت تعذر الإشهاد لمانع قاهر . حيث نقض المجلس الأعلى حكم محكمة الاستئناف، التي قضت برفض طلب المدعية المطالبة بالنفقة ضد زوجها، وذلك بعدما احتجت الزوجة ببينة لإثبات الزوجية أقامتها بفرنسا. فأنكر الزوج الزوجية، فلم تعند المحكمة لذلك بالبينة المذكورة . فطعن المدعية في الحكم المذكور بالنقض. فتبين للمجلس الأعلى أن العقد كان بولي وصادق، وأنه تمت إقامة حفل الزفاف وحضره شهود . ولذلك قرر أنه : ((وحيث إن انعقاد الزواج كان ببلد أجنبي وغير إسلامي، وأن الإعلان فيه لعقود الزواج لا يتم فيه بإشهاد عدلين كما هو العمل به في المغرب، وحتى خطة العدالة لم يعمل بها في فرنسا إلا أخيرا وهي لا تتوفر في كل المدن والجهات، وإنما في بعض المدن التي توجد بها قنصليات . مما ينبغي معه أن يؤخذ في القضية بحالة الاستثناء)) . وبهذا يكون المجلس الأعلى قد ركز مبدأ صحة العقد المذكور رغم عدم الإشهاد عليه وأوجب على محكمة الإحالة أعمال آثاره.

¹⁰⁹⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 835 . بتاريخ 19 يونيو 1990، ملف شرعي عدد

الفقرة السادسة - مصير النسب في دعاوى الزوجية المرفوضة :

نظرا لطبيعة حجة لفيث ثبوت الزوجية وظروف قهنتها، فإنها كثيرا ما تكون عرضة للنقد والتجريح وكثرة المطاعن. سواء من حيث عدم توافر الشروط المبررة لاعتماد تلك اللفيثيات في دعوى الزوجية، أي عدم توفر الظروف المبررة لإعمال الاستثناء المنصوص عليه في الفصل الخامس من المدونة، أو من حيث وجود مطاعن تفقد الرسم المذكور قيمته كحجة في الإثبات¹¹⁰⁰. ففي هذه الحالات التي لا يُعمل فيها باللفيثيات المذكورة، أي لا تسمع فيها دعوى الزوجية، يتم التساؤل عن مصير الأولاد الناجمين عن العلاقة المدعى بها .

إن المجلس الأعلى، ونظرا لما يكتنف هذه الزوجية، من ظروف وملابسات، لا يطرحها بالمرّة، بل يعتبرها شبهة يثبت معها النسب . وذلك تبعا لاستقلال دعوى الزوجية عن دعوى النسب، رغم وجود ارتباط ظاهري بينهما، هذا فضلا عما هو مقرر سواء في الفقه الإسلامي أو مدونة الأحوال الشخصية، من حيث عدم التلازم دائما بين فساد العقد وتخلّف آثاره¹¹⁰¹ . إذ يمكن أن تنجم عن العقد الفاسد بعض الآثار خاصة ما يتعلق بالنسب (الفصل 37 من المدونة) . وهكذا فبمناسبة دعوى تقدمت بها مدعية تطالب فيها المدعى عليه بنفقتها ونفقة ولدها منه (في شهره الخامس)، كانت وسيلة إثبات زواجها حجة عدلية شهد فيها عدلان (بدل 12 شخصا) بتزوج المدعى عليه منها سنة 1958 . فحكمت المحكمة الابتدائية وفق الطلب غير أن محكمة الاستئناف ألغت الحكم لعدم توفر الظروف المبررة لإعمال الاستثناء والعدول عن مبدأ العقد

¹¹⁰⁰ - كاطعن بالزور، وانعدام المستند الخاص للشهادة ، وتجريح الشهود، أو تراجع بعضهم عن شهادته، أو عدم استفسار اللفيث (...). وتجدر الإشارة إلى أن المجلس الأعلى قد قرر ((إن الدفع بالزور في عقد النكاح، قد تجاوزته المحكمة، لوجود أحكام سابقة في الموضوع، ولوجود عقد الطلاق أوقعه الطاعن على المدعية . الأمر الذي جعل المحكمة تستغني عن النظر في الدفع بعدم جدواه، ولا يتوقف الفصل في الدعوى عليه، طبق ما نص عليه الفصل 92 من قانون المسطرة الجنائية . خصوصا وأن الطاعن يدفع بالطلاق، ولا طلاق بدون زواج)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 715، بتاريخ 25 / 04 / 1989 .مجملة قضاء المجلس الأعلى، عدد 42 - 43، ص 152 . وكذلك مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 166).

¹¹⁰¹ - الدكتور محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، الدار البيضاء 1996، ص

المشهود عليه . فطعن المدعية المذكورة بالنقض في الحكم . فقرر المجلس الأعلى¹¹⁰² أنه : ((حيث إن المحكمة كانت على صواب حين صرحت بإلغاء دعوى الزوجية لكون الحجة المعتمدة في صحة الزواج هي بينة أصلية عدلية . وفي ذلك مخالفة للفصل 5 مدونة . الأمر الذي ينبغي معه التصريح برفض الطلب فيما يرجع لصحة الزوجية)) . لكن المجلس الأعلى رتب ثبوت النسب ((فيما يرجع لما يترتب على هذه الزوجية الفاسدة من آثار ومن جملتها ثبوت نسب الولد ولحوقه بأبيه المدعى عليه)) ، ولذلك نقض المجلس الأعلى الحكم المطعون فيه جزئياً، فرفض الطعن فيما يخص دعوى الزوجية، ونقض الحكم فيما يرجع إلى نسب الولد، وقضى على وجه التصدي بلحوق الولد بنسب المدعى عليه وبإلزامه بالإفناق عليه تصحيحاً للحكم الابتدائي¹¹⁰³ . وفي قضية أخرى، فإن حكماً استثنافياً قضى بعدم ثبوت الزوجية لكنه ومع ذلك قضى بإلحاق النسب بالمدعى عليه في دعوى الزوجية . فطعن المدعى عليه في الحكم المذكور بالنقض . فرد عليه المجلس الأعلى¹¹⁰⁴ بقوله : ((حيث يجب على الطاعن أن يفرق بين أسباب ثبوت الزوجية وبين

¹¹⁰² - المجلس الأعلى - قرار عدد 5 . بتاريخ 09-01-1978 ، قضية 62659 ، غير منشور، ذكره الأستاذ أحمد الخليلي - التعليق - ج 1 ، مرجع سابق، ص 171 .

¹¹⁰³ - وقد لاحظ أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي على هذا القرار، الخلط الذي وقع فيه المجلس الأعلى : بين عدم ثبوت الزواج نهائياً وبين فساده . حيث ألغى المجلس دعوى الزوجية لعدم وجود أي زواج نهائياً ومع ذلك قضى بإلحاق النسب الذي لم يثبت زواجه بصريح منطوق القرار أعلاه .

¹¹⁰⁴ - المجلس الأعلى - قرار عدد 197 . بتاريخ 22-09-1975 ، قضية عدد 45891 - غير منشور - ذكره الأستاذ أحمد الخليلي - التعليق ج 1 - مرجع سابق، ص 172 ، هامش 38 . وفي التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2 ، (آثار الولادة، والأهلية، والنيابة القانونية) ، ط 1 ، الرباط 1994 ، ص 83 هامش 100 .

ففي هذا القرار أيد المجلس الأعلى الحكم الذي قضى بعدم ثبوت الزوجية، مع إلحاق بنت المدعية بالمدعى عليه . (وعليه فقد حكم بلحوق النسب رغم إنكار الزوجية) . وعلق الدكتور أحمد الخليلي - بالمرجع السابق - على هذا القرار، بأنه : ((واضح أنه لا مجال لتطبيق الفصل 87 ، على حالة إنكار المدعى عليه للاتصال بالمدعية وللزوجية والحكم قضائياً بعدم ثبوت الزوجية، ولو فسرت الشبهة بالمفهوم الوارد في هذا القرار لتعين إلحاق الأبناء بكل من ادعى بانتسابهم إليه، لأن الدعوى ذاتها تعتبر شبهة ولذلك ترد باليمين كمبدأ عام . وعلى كل، فإن المجلس نفسه لم يطبق هذا التفسير للمادة 87 في قراراته الأخرى ؛ التي قضى فيها بعدم ثبوت الزوجية)) .

وفي نفس اتجاه القرار 197 المذكور أعلاه، هناك قرار للمجلس الأعلى - عدد 5 بتاريخ 19-01-1978 قضية عدد 47-563 ، غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي - بالمرجع السابق، ص 171 . ويتعلق بحكم استبعد بينة عدلية وحكم بعدم ثبوت الزوجية وبعدم لحوق النسب . فأيد المجلس الأعلى ما قضى به شطر الحكم المتعلق بإلغاء الزوجية . لكن المجلس الأعلى نقض شطر الحكم المتعلق بالنسب وقضى بلحوق الولد ترتيباً، على ما لهذه الزوجية من آثار ومن جملتها ثبوت نسب الولد ولحوقه بأبيه المدعى عليه " . وهكذا لم يتم

أسباب ثبوت النسب . وحيث إن المحكمة اعتمدت في حقوق البنت (ف) بالعارض على الشبهة التي أفادها الليف المذکور، عملا بالفصل 87 مدونة (المتعلق بالشبهة) لا الفصل 89¹¹⁰⁵ من المدونة (المتعلق بثبوت النسب بالفراش والإقرار والبينة) فكان على صواب))¹¹⁰⁶ .

الاعتماد على الشبهة هنا لإلحاق النسب بل على الزوجية الفاسدة وما ترتبه من آثار، والحال أنه تم الحكم بعدم وجودها بالمرّة أي أن الزوجية هنا معدومة وليست فاسدة .

ومن قرارات محاكم الموضوع، التي قُضي فيها بثبوت النسب رغم عدم ثبوت الزوجية ؛ قرار المحكمة الإقليمية بالدار البيضاء، الذي أبطل موجب ثبوت الزوجية لعدم توفره على المستند الخاص، وعدم ثبوت الجاورة، ولكن القرار اعتبر الموجب المذكور يثبت شبهة النكاح التي يدرأ معها الحد ويلحق الولد. وقد نقض المجلس الأعلى القرار المذكور لعلّة شكلية تتعلق بعدم الإعذار في الموجب للخصم .

- انظر وقائع القرار المذكور، بثنايا قرار المجلس الأعلى - عدد 32، بتاريخ 14 فبراير 1968، بمجلة القضاء والقانون، عدد 88-89، ص 401 . ومجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 4، بتاريخ 56 .

¹¹⁰⁵ - ينص الفصل 87 من مدونة الأحوال الشخصية : ((الخالية من الزوج إذا وطئت بشبهة وجاءت بولد ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ)) . وينص الفصل 89 من المدونة : ((يثبت النسب بالفراش، أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببينة السماع . بأنه ابنه ولد على فراشه من زوجته)) .

¹¹⁰⁶ - وهناك قرارات لم يعتد فيها المجلس الأعلى بلفيف ثبوت الزوجية، ومع ذلك لم يقرر فيها ثبوت النسب . ومن ذلك قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 1559، بتاريخ 28 / 06 / 1989، ملف عدد 85 / 1972 . منشور بمجلة المحامي، عدد 16، ص 110 . وقد تعرض لنفس القرار الدكتور محمد الكشيبور، على أساس أنه غير منشور - قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 209 و 210) .

ففي هذا القرار، قرر المجلس الأعلى بخصوص قضية طالبت فيها المدعية المدعى عليه بتسجيل ابنه بكناش الحالة المدنية، وحكم لها بذلك استنادا إلى لفييف ثبوت الزوجية الذي أنكره المدعى عليه ((حيث عاب الطاعن على القرار انعدام الأساس القانوني، ذلك أنه لم يتعرض للنصوص القانونية التي تنظم الموضوع وهي نصوص ظهير 04 / 09 / 1915 و ظهير 08 / 03 / 1950، مكنتها بتحليل قانون الأحوال الشخصية . مما يتعرض معه للنقض لعدم ارتكازه على أساس قانوني . - فقال المجلس الأعلى - حقا، تبين من مراجعة وثائق الملف والقرار المطلوب نقضه، صحة ما عابه الطاعن عليه . ذلك أنه قضى بتسجيل الولدين المذكورين بالمقال، بالعلّة الملخصة في السبب أعلاه، رغم أن ظهيري رابع شتنبر 1915 وثمان مارس 1950، هما النظامان لمسطرة طلبات تسجيل المواليد بدفتر الحالة المدنية، بعد تحقق مصلحة طالب التسجيل القانونية، ومن دون مس . بما هو مقرر في مدونة الأحوال الشخصية وبعد إثبات سبب طلب التسجيل . وإن المحكمة باعتمادها أحكام قانون مدونة الأحوال الشخصية التي تجعل الزوجية، تثبت طبقا لمقتضى الفصل الخامس من المدونة، بالبينة التي يقدرها قاضي دعوى الأحوال الشخصية، وتجعل النسب يثبت بعد ثبوت الزوجية طبقا لمقتضى الفصل 89 من نفس المدونة، دون أن تتأكد مسبقا بأن سبب الولادة مقرر إما قضائيا أو باعتراف الأبوين معا، مما جعلت قضاءها غير مؤسس على أساس سليم، وعرضته بذلك للنقض)) .

ففي مثل هذه الحالات تُرد دعوى الزوجية، ومع ذلك يتم إلحاق النسب بناء على القول بالشبهة¹¹⁰⁷ . وقد يُفسر مذهب المجلس الأعلى، بأنه يطبق بشكل واسع المبدأ الفقهي القائم على أساس "تشوف الشرع للحقوق النسب"¹¹⁰⁸ . خاصة في الحالة التي يقرر فيها الفقه الإسلامي درأ حد الزنى . إذ حيثما يُدرأ الحد يلحق الولد¹¹⁰⁹ . وهذا المنحى الذي يأخذ به المجلس الأعلى، يأخذ به أيضا القانون المصري رقم 38 لسنة 1931 الذي منع سماع دعوى الزوجية (في حالة إنكارها) في الحالة التي لم توثق فيها الزوجية بورقة رسمية، وكان الزواج مستوف لشروطه . ففي هذه الحالة يُخول للزوجة إذا ما أنكر الرجل الولد الذي تنسبه، إليه أن تطلب الحكم بثبوت نسبه، حيث تقبل المحكمة إثبات الزوجية بكافة الوسائل من غير احتياج لورقة رسمية للزواج ومتى أثبتتها ((قضت المحكمة بثبوت النسب ولكنها لا تحكم بثبوت الزوجية ولا في حق آخر غير النسب))¹¹¹⁰ ، وحسبما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون المذكور فإن منع سماع دعوى الزوجية لا تأثير له سلبا على دعاوى النسب¹¹¹¹ . وهو ما يؤكد القضاء المصري كذلك¹¹¹² ، ودار الإفتاء المصرية¹¹¹³ .

وقد صدر عن المجلس الأعلى، قرار وضح فيه الفرق بين دعوى الزوجية ودعوى النسب بشكل مفصل اعتمادا على مسألة الشبهة، فقد رد حكم استئنافي موجبا لإثبات الزوجية ، لأنه

¹¹⁰⁷ - تعرّف الشبهة ي هذا الميدان بأنها اتصال الرجل جنسيا بامرأة لا تحل له مع جهله بالتحريم. والشبهة على قسمين: شبهة عقد (حيث يكون العقد فاسدا) وشبهة فعل (في حالة ظن الحلية بالمرأة دون أن يكون بينهما لا عقد صحيح ولا باطل). (انظر بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق - ص508).
¹¹⁰⁸ - وقد قرر المجلس الأعلى هذا المبدأ بقراره عدد 32 المذكور أعلاه. ويقال بهذا الصدد : أنه إذا توافرت للقاضي تسع وتسعون حثية للقول بأن الابن ابن زنى وتوفرت له حثية للقول بالشبهة، حكم بما.

¹¹⁰⁹ - كما جاء في تحفة ابن عاصم . انظر : شرح ميارة - ج 1، مرجع سابق، ص 172، و ص 216 .

¹¹¹⁰ - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 517.

¹¹¹¹ - جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 78 لسنة 1931 ((وظاهر هذا أن المنع (أي منع سماع دعوى الزوجية) لا تأثير له شرعا في دعاوى النسب، بل هي باقية على حكمها المقرر، كما كانت باقية عليه رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة 101 من اللائحة التنفيذية)) . انظر : بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 517.

¹¹¹² - فقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية : ((دعوى الإرث بسبب النبوة تميز عن دعوى إثبات الزوجية بجواز إثبات النبوة بالبينة ولا محل لاشتراط وجود وثيقة زواج)) (نقض رقم 8 . سنة 44 ، أحوال شخصية - بتاريخ 21-01-1976، بموسوعة الأحوال الشخصية : معرض عبد التواب - ج 1، مرجع سابق، ص 113) .

¹¹¹³ - انظر نص الفتوى (01 / 02 / 1957) وبعض أحكام محكمة النقض المصرية، لدى : ممدوح عزمي - الزواج العرفي، مرجع سابق، ص 47 - 50 .

يناقض ما جاء من وقائع في مقال المدعية، وقضى بعدم ثبوت الزوجية، لكنه رغم ذلك اعتبر اللفيف المذكور شبهة للنكاح يثبت بها النسب والنفقة للولد، اعتماداً على : 1 (كون الحد يدراً بالشبهة . 2) ولقول المتحف " وحيث درأ الحد يلحق الولد"، ولقوله صلى الله عليه وسلم ((ادروا الحدود بالشبهات)) . فطعن المحكوم عليه بالنقض في الحكم الاستئنافي المذكور بعله ((أنه حين أبطل الليفية التي استندت عليها المدعية في إثبات الزوجية، لم يعد في الإمكان أن ينظر إليها بأي اعتبار لصيرورتها كالعدم . فلا مبرر لاعتبارها ملغاة، وقائمة الذات في آن واحد . فالنتائج الذي تدعي أنه من فراش المدعى عليه، يتعلق أمر انتسابه بثبوت ذلك الفراش أو عدم ثبوته . فهو فرع يصح بصحته وينعدم بانعدامه)) . فنقض المجلس الأعلى¹¹¹⁴ الحكم المذكور، وجاء في مبررات النقض : ((نظرا للفصل التاسع والثمانين من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن الوسائل التي يثبت بها نسب الولد ثلاث : الفراش، والإقرار، والبينة . . . وحيث إن الشبهة التي يثبت بها النسب هي إما شبهة الملك وتسمى أيضا شبهة الحكم كموافقة جارية ابنه طاناً بإباحتها له، وإما شبهة العقد كما إذا تبين أن المدخول بها أخته من الرضاع، أو شبهة الفعل كمن تبين له بعد أن دخل بمن ظنها زوجته أنها ليست له زوجة . فالوطة متحقق في الصور كلها . وحيث إن قسم الاستئناف بالبيضاء نص على أن مصدر الحق المدعى به وهو الزوجية، لم تثبته المدعية، بل على العكس من ذلك أكذبت بنفسها ما حاولت به إثباته، وأن المستأنف ينكر الزوجية من أصلها، ولم يصدر منه إقرار بالدخول أو بالخلوة على الأقل . وحيث إن ما استند إليه القسم في حكمه بلحوق الولد (س) من النصين : الحديثي " ادروا الحدود بالشبهات "، والفقهي " وحيث درأ الحد يلحق الولد " - في غير محله، إذ ليس في الحكم ما يفيد ترتب الحد على المستأنف المنكر للزوجية رأساً، ما دام لم يثبت بينة تامة شرعاً، أو بإقراره بوطئه للمستأنف ضدها أو خلوته بها، وتدعيه هي . ولأن موضوع النص الفقهي، هو النكاح الثابت إلا أنه فاسد . وحيث إن القسم بنى حكمه باللحوق على جعل مجرد تلك الليفية التي أكذبها الطرفان، شبهة لثبوت نسب الولد، فإنه خالف مقتضيات النصوص الفقهية الجاري بها العمل، وبالتالي طبق النصين المشار إليهما تطبيقاً خاطئاً)) . وبهذا القرار فإن المجلس الأعلى فرق، حقاً، بين موجبات

¹¹¹⁴ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 23 . بتاريخ 31-10-1967 . منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية (1962 - 1995)، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين، مرجع سابق، ص 7 .

صحة الزوجية وبين موجبات حقوق النسب بالشبهة¹¹¹⁵، فإن لم يثبت ركنا الزواج فلا محل للقول بوجود الشبهة كسبب لثبوت النسب، وعلى ذلك فموضوع إعمال الشبهة هو النكاح الثابت، إلا أنه يكون فاسداً.

الفقرة السابعة - هل يمكن إعمال الاستثناء بخصوص الإشهاد على الطلاق؟

ينص الفصل 46 من مدونة الأحوال الشخصية، على أنه : ((يقع الطلاق باللفظ المفهم له وبالكتابة . ويقع من العاجز بإشارته المعلومة)) . ويفهم من هذا الفصل، أن الطلاق يقع بمجرد ما يُعبّر عن صدوره . غير أن الفصل 48 من المدونة كما تم تغييره وتتميمه (ظهير 10 . 09 . 1993)¹¹¹⁶، ينص على أنه ((1. يجب الإشهاد بالطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين

¹¹¹⁵ - ثارت عدة تعليقات في الفقه التونسي، بخصوص أحكام قضائية تقضي بثبوت النسب رغم عدم التقييد بالشكل الرسمي لانعقاد الزواج . فقد قضت محكمة التعقيب التونسية (قرار عدد 5350 بتاريخ 02 . 04 . 1968، بمجلة القضاء والتشريع (تونس)، العدد 2، فبراير 1972، ص 19) بأن ((القانون التونسي يعتبر انعقاد الزواج حاصلًا بتراضي الطرفين واتفقهما عليه . ونتيجة لذلك، فإن الاتصال الجنسي، الواقع بعد الانعقاد الحاصل بدون إشهاد، لا تعتبر ثمرته حاصلة من سفاح، وإنما تعتبر ناتجة عن علاقة زوجية غير صحيحة قانونًا، ويثبت بها نسب المولودة، وهذا المعنى، يتفق مع ما جاءت به أحكام الفقه الإسلامي، التي اعتبرت الإشهاد شرط كمال في الانعقاد، وأوجبه عند الدخول، سدا لذريعة الزنا)) . انظر :

- الهادي كرو - الولد للفراش . بمجلة القضاء والتشريع (تونس)، العدد 2، فبراير 1972، ص 11 /... (تعليق على القرار السابق) .

- مصطفى بلخيرية - في تعليق له على حكم في الموضوع . بمجلة القضاء والتشريع (تونس)، العدد 2، فبراير 1972، ص 23 .

وانظر بخصوص مصر : فتحي حسن مصطفى - مرافعات الأحوال الشخصية . منشأة المعارف بالإسكندرية 1989، ص 35 . حيث يقول : ((وثبوت النسب لا يتوقف على ثبوت الزوجية الصحيحة)) ولا على توثيق الزواج بعقد مكتوب.

¹¹¹⁶ - كان الفصل 48 من المدونة قبل تغييره ينص على أنه : ((يجب تسجيل الطلاق لدى شاهدين عدلين منتصبين للإشهاد)) .

للإشهاد في دائرة اختصاص القاضي التي يوجد بها بيت الزوجية - 2. لا يسجل الطلاق إلا بحضور الطرفين وبعد إذن القاضي...)). وينص الفصل 80 من المدونة ((إذا سمع الشاهدان الطلاق سجلاه ولا يجزر مجردا عن مستند الزوجية، فإذا لم يحضر مستند الزوجية رفع الشاهدان الأمر إلى القاضي))¹¹¹⁷. ونص الفصل 81 من المدونة على ما يجب أن يتضمنه رسم الطلاق من بيانات، وأن ((رسم الطلاق حق للزوجة يجب أن تحوزه في أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما وللزوج الحق في أن يتمسك بنسخة منه)) . وينص الفصل 179 من ق.م.م. كما تم تغييره وتتميمه (ظهير 10 . 09 . 1993)، على أنه ((يجب على القاضي قبل الإذن بالطلاق، القيام بمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين... يحدد القاضي عند الإذن بالطلاق، مبلغا يودعه الزوج بصندوق المحكمة قبل الإشهاد، ضمانا لتنفيذ الالتزامات...)). فيفهم من كل ذلك ضرورة الإشهاد على الطلاق . فهل يفهم من كل هذا أيضا، خاصة الفصل 48 من المدونة قبل تغييره أو بعده، أن الطلاق تصرف شكلي ؟ هل المقصود من الفصل 48 مجرد توثيق الطلاق وإشهاره ؟ وهل يتوقف تحقق الطلاق على شكلية الإشهاد ؟ وما مصير الطلاق الذي يتم التلفظ به خارج مجلس العدلين إن لم يتم الإشهاد به أمامهما، هل يلزم ديانة لا قضاء ؟ ومتى يكون أثره، هل من تاريخ صدوره أم من تاريخ الإشهاد عليه¹¹¹⁸ ؟

¹¹¹⁷ - لقد عالج الفقه هذه المسألة، فنص صاحب العمل الفاسي :

ومن أراد رجعة من الطلاق ولم يكن أتى برسم للصدوق

يخلف مع بينة إن لم يتم ثلاث طلاقات على ما قد علم

ويطرح الفصل 80 من المدونة بعض الأسئلة المتعلقة بحالة فقدان رسم الزوجية عند الطلاق، وذلك بخصوص الموقف الذي يجب أن يتخذه القاضي (قاضي التوثيق)، وما إن كان سيطلب المعنى بالأمر بإعداد لفيف الزوجية، أم سيحيله إلى قضاء الموضوع ؟

¹¹¹⁸ - فالفقه يقرر أن الطلاق الذي لم تصدر به بينة وإنما يقر به المطلق، يكون لازما له ابتداء من يوم إقراره بالطلاق ولا عبرة بقوله كان طلقها منذ كذا، لقول الشيخ خليل : ((وإن أقر بطلاق متقدم استأنفت العدة من إقراره، وورثته فيها))، لأن العدة من حقوق الله تعالى فلا يمكن إسقاطها (انظر فتوى الشيخ الوزاني - النوازل الصغرى للشيخ الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 313 وما بعدها) .

((فلا تتوقف صحة الطلاق على حضور المرأة ولا على علمها، وإنما سقوط النفقة والإرث هما اللذان يتوقفان على علم المرأة بالطلاق)) (انظر : محمد العلوي العابدي - الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي. ط 1، إفريقيا الشرق، 1996، ص 135) .

إن البعض¹¹¹⁹، يقول بأن المشرع المغربي يعتبر الطلاق تصرفاً شكلياً يتوقف على الإشهاد. غير أنني أعتقد، أنه يجب التمييز في هذه الحالة :

ففي ظل الفصل 48 من مدونة الأحوال الشخصية قبل تغييره، لم يكن بالإمكان القول بأن الإشهاد شرط في إيقاع الطلاق حسب المدونة، إذ لا يعتبر من الشروط الشكلية للطلاق، بل هو كما يقول علال الفاسي : ((دليل لإثبات وقوع الطلاق، ولا دخل له في ماهيته، ولا يعد ركناً من أركانه، أو شرطاً يقوم بوقوعه، وينعدم بانعدامه))¹¹²⁰. نعم، كان يجب وطبق الفصل 48 من المدونة قبل التغيير، أن يتم تسجيله¹¹²¹، وهي مسألة حادثة بعد وقوع الطلاق. وذلك احتياطاً من الزوج المطلق، لنفسه، من النزاع في المستقبل¹¹²². وهذا بخلاف ما أقره مشروع المدونة قبل صدور نصها النهائي، حيث كان الفصل الأول من مشروع كتاب الطلاق، ينص على أن الطلاق يكون باللفظ المفهم له وبالكتابة أو بالإشارة المعلومة ((يعرب بها الزوج عن إرادته الطلاق لدى شاهدين منتصبين للإشهاد)) وأنه وطبق الفصل 31 من المشروع المذكور ((لا يسمع الشاهدان المنتصبان الطلاق إلا بعد الإدلاء لهما بمسند الزوجية)) . لكن عند صدور النص النهائي للمدونة، تم حذف العبارة الأولى كلها. وعدل الفصل 31 المذكور الذي يحمل

¹¹¹⁹ - محمد الكشور - قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993) . مرجع سابق، ص 263 هامش 40 . وص 267 هامش 48 . وص 463 . وقد أورد الدكتور محمد الكشور نص الفصل 48 من المدونة قبل تعديله (يجب تسجيل الطلاق) بالصفحة 463 المخصصة لبيان موقف المشرع المغربي من الموضوع . ولم يشير الباحث المذكور لحكم الفصل 48 بعد تعديله (يجب الإشهاد بالطلاق) . ويبدو أن الأستاذ الكشور، إذا كان يقول بوجود الإشهاد على الطلاق تبعا لنص الفصل 48 قبل التعديل، فيكون من باب الأولى أن يقول بذلك بعد التعديل، مادام تعديل الفصل المذكور، نص على وجوب الإشهاد على الطلاق، ولم يكتف بمجرد وجوب تسجيله كما في السابق .

¹¹²⁰ - علال الفاسي - التقريب . مرجع سابق، ص 230.

¹¹²¹ - نظراً للخلاف حول وجوب الإشهاد في الطلاق في الفقه الإسلامي، ومراعاة للخلاف المذكور ((جعلت المدونة تسجيل الطلاق عند شاهدين عدلين منتصبين للإشهاد واجبا. ولكن الطلاق يقع حتى لو لم يقع التسجيل والإشهاد لأن هناك فرقا بين الشيء ودليله)) . (علال الفاسي - التقريب . مرجع سابق، ص 232).

¹¹²² - يقول أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، معلقاً على حكم الفصل 48 من المدونة قبل التعديل ((غير أن هذا الإشهاد ليس شرطاً في صحة الطلاق والاعتراف به، وإنما فرض مجرد توثيق الإثبات وتفادي التنازع والتناكر فيما بعد)) (أحمد الخليلي - وجهة نظر . مطبعة النجاح الجديدة، ط 1، الدار البيضاء 1988، ص 23، هامش 24) .

الآن رقم 80 بنص المدونة كما ذكر أعلاه¹¹²³. وبهذا التعديل للمشروع لم يبق الإشهاد من الشروط الشكلية للطلاق¹¹²⁴، وفق ما نص عليه الفصل 48 من المدونة قبل التعديل الذي تم في سنة 1993. وهذا بخلاف الأمر في الزواج، حيث يُتطلب الإشهاد ابتداءً. أضف إلى ذلك أن الفصل 46 من مدونة الأحوال الشخصية ينص على أنه: ((يقع الطلاق باللفظ المفهم له، وبالكتابة، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة))¹¹²⁵.

¹¹²³ - بخصوص ما ينص عليه الفصل 80 من المدونة، من عدم جواز تحرير رسم الطلاق مجرداً عن مستند الزوجية. صدر منشور وزارة العدل عدد 64/18 مكرر بتاريخ 21-10-1964، وقد نص على أن سماع الطلاق لا يتوقف على الإدلاء بعقد النكاح وورقة التعريف الوطنية، بحيث يسجل العدلان الطلاق فور سماعه حفاظاً على الحقوق المترتبة عن الطلاق، إذ قد يضيع إن لم يسجل. أما عند تحرير عقد الطلاق فلا بد من الإدلاء بالمستندات اللازمة. وهكذا يتم التمييز بين مرحلة سماع الطلاق ومرحلة تحرير عقد الطلاق وكتابته. انظر مجموعة مناشير وزارة العدل - لسنة 1964. ص 51.

¹¹²⁴ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 392. ولقد اختلف الفقهاء المسلمون في اشتراط الإشهاد على الطلاق. فبينما أوجب البعض (الشيعة، وابن حزم) ذهب الغالبية إلى أنه ليس شرطاً. لأن الأمر به، في قوله ((فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم)) (سورة الطلاق/ 2) هو للندب لا للوجوب. غير أن أحداً من الفقهاء لم يستلزم لوقوع الطلاق أو ثبوته أن يكون موثقاً، وإن إلزام القانون بتوثيق الطلاق، لا يعتبر قيداً على حق الطلاق المخول للزوج، أو على جواز إثباته قضاء بكافة الطرق. ولكن هدفه هو عدم سريان آثاره بالنسبة للزوجة إلا من تاريخ علمها به (انظر: نقض مصري - بجلسة 23-11-1982. بموسوعة الأحوال الشخصية - المعوض عبد التواب - مرجع سابق، ج 1 ص 321).

¹¹²⁵ - لقد تم تقديم دعوى التطليق من زوجة أمام المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير، فأجاب المدعى عليه، بأنه وكل والده من أجل طلاق المدعية. فاعتبرت المحكمة المذكورة، أن التوكيل المذكور يفيد وقوع الطلاق بصدور ذلك التوكيل من الزوج. وتبعاً لذلك قضت برفض طلب المدعية. لكن محكمة الاستئناف بطنجة، ألغت الحكم المذكور بعلّة أنه ((لكي يصح الطلاق، لا بد من وجوب تسجيله لدى شاهدين عدلين منتصبين للإشهاد. كما ينص على ذلك الفصل 48 من مدونة الأحوال الشخصية. ومن القواعد الأصولية، أن ما يتم الواجب إلا به، فهو واجب. لهذا فما ذهب إليه الحكم المستأنف يخالف الفقه والقانون)) (محكمة الاستئناف بطنجة - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 77، بتاريخ 17 / 02 / 1994، بمجلة الندوة، عدد 14، سنة 1998، ص 131). وقد علق على القرار المذكور الأستاذ زعرض الحسين بنفس المرجع، ص 134 وما بعدها، ومن رأيه أن الطلاق يقع باللفظ المفهم له، ويدخل في ذلك التوكيل على الطلاق. وأعتقد أن مجرد صدور التوكيل على الطلاق لا يكفي، بل لا بد أن يعبر الوكيل عن رغبته في حل عقدة النكاح.

أما بعد تغيير الفصل 48 من المدونة، فإني أعتقد، أن التعديل لم يكن صريحا في فرض وجوب الإشهاد على الطلاق ابتداء، فهو تعديل يهدف أساسا إلى القضاء على ظاهرة تطليق الزوجات أمام عدول يوجدون خارج دائرة نفوذ قاضي التوثيق، التي يوجد بها بيت الزوجية . مما كان يتسبب في عدة مشاكل، أهمها عدم إعلام الزوجة بالطلاق، أو تأخر ذلك، فضلا عن انعدام ضمانات الحصول على توابع الطلاق . ولذلك فتعديل الفصل 48 من المدونة متعلق أساسا باختصاص الجهة التي تأذن بإيقاع الطلاق، وهو القاضي الذي يوجد في دائرته بيت الزوجية، وهذا يتلاءم مع مسطرة الطلاق التي أصبحت تستوجب حضور الزوجة¹¹²⁶ في إجراءاته (الفقرة 2 من الفصل 48 من المدونة، والفصل 179 من ق.م.م.)، وهذا لا يكون ميسرا إلا إذا كانت مسطرة الطلاق تمارس أمام القاضي الذي يوجد في دائرة نفوذه بيت الزوجية.

وعليه، فنصُّ الفصل 48 من المدونة (بعد التعديل) على وجوب الإشهاد بالطلاق أمام عدلين، لم يرفع إشكال الجواب عن قيمة الطلاق الذي يقع خارج مجلس العدلين . ولقد كانت فرصة تغيير الفصل 48 من المدونة، مناسبة هامة للنص صراحة على ضرورة الإشهاد كشرط لانعقاد الطلاق، مثله في ذلك مثل الزواج . على أنه يكون من المفيد أكثر النص قانونا على فرض كتابة¹¹²⁷ الطلاق، للإثبات على الأقل . إن لم تشترط ضرورة الإشهاد عليه، صيانة لمؤسسة الزواج من عيث العابثين¹¹²⁸ بادعاء الطلاق قهريا من المسؤولية الزوجية وتفاديا للتراعات، خاصة

- وانظر حول الوكالة في الطلاق : - محمد الكشور - الطلاق وتبعاته المالية (دراسة في نطاق الظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتنبر 1993)، بمجلة المحامي، عدد 25 - 26، ص 55 . وهو يدعو إلى إلغاء الوكالة في الطلاق أصلا أو تقييدها .

¹¹²⁶ - وإن كان هناك منشور لوزارة العدل، ذهب إلى الاستغناء عن استدعاء الزوجة، إذا أدلى الزوج بمحضر بعدم الصلح محرر من قاضي توثيق بإحدى القنصليات، وذلك مراعاة لظروف المغاربة المقيمين بالخارج (منشور وزير العدل بتاريخ 17 / 01 / 1994، بمجلة الملحق القضائي، عدد 28، السنة 1994، ص 182) .

¹¹²⁷ - وقد سبق القول أن الكتابة لا تحمل أي قيد على حق الطلاق . بل إن الكتابة في الطلاق تستجيب لعدة مقتضيات تفترض كون الطلاق مكتوبا، لتعلق الأمر بتحديد توابع الطلاق بعد الخطاب على رسم الطلاق (الفصل 179 من ق.م.م.) ويستجيب لمقتضيات نظام الحالة المدنية، فقد صدر منشور عن الكتابة العامة للحكومة عدد ك ع / ح / 2 بتاريخ 05-05-1961 ذكر به منشور وزارة العدل عدد 61/31 بتاريخ 2 يونيو 1961 ؛ والذي ينص على أنه في حال انحلال الزوجية يجب على محكمة القاضي أن توجه إلى ضباط الحالة المدنية نسخة من رسم الطلاق (انظر : مجموعة من منشور وزارة العدل لسنة 1961 ص 76) .

¹¹²⁸ - (والمنصوص عليه شرعا أن الإقرار بالطلاق، كاذبا، يقع قضاء لا ديانة . وأن الرجل إذا سئل عن زوجته فقال انه طلقها وعديت عنها، والحال أنه لم يطلقها، بل أخبر كاذبا، فإنه لا يصدق قضاء في ادعائه أنه أخبر كاذبا

ما يتعلق بالنسب والأحقية في الإرث¹¹²⁹. فإذا كانت العلاقة الزوجية مشروطة بالإشهاد بداية، فيتحتّم نفس الأمر عند انفصامها. وأن كل زواج ثبت بيقين لا يمكن أن يسقط بطلاق مشكوك فيه، وغير ثابت بالصيغة القطعية المشترطة في الزواج (الإشهاد). حيث تطرح أمام القضاء وفي نزاعات كثيرة بهذا الصدد لفيقيات ظنية وكيدية لإثبات الطلاق. هذا فضلا عن أن الطلاق المشكوك فيه يجعل للمرأة الدخول في علاقة زوجية جديدة دون أن تنقطع علاقتها بزوجها الأول بيقين¹¹³⁰، وخاصة أيضا لكون الطلاق يتم مبدئيا من جانب طرف واحد هو الزوج. وأشار هنا إلى أن الفقه عرف خلافا في موضوع وجوب أو استحباب الإشهاد على الطلاق والرجعة، وقد أورد ابن فرحون قول ابن رشد في الموضوع: ((وإذا قلنا أن الإشهاد واجب، فمعنى ذلك أنه يكون بتركه آثما لتضييع الفروج وما يتعلق به من الحقوق، من غير أن يكون شرطا في صحة الطلاق أو الرجعة))¹¹³¹.

ويبدو من عمل المجلس الأعلى، ((أنه يفرض إشهاد العدلين على الطلاق ولا يقبل إثباته بلفيف إلا على سبيل الاستثناء مثل عقد الزواج))¹¹³². فقد قرر المجلس الأعلى¹¹³³ في قرار يتعلق بطلاق خلعي ((أن كل طلاق يقع سواء من الزوج أو وكيله أو من فوض له ذلك أو

ويدين فيما بينه وبين الله تعالى)) (انظر : نقض مصري - جلسة 20-03-1974 . ونقض مصري - جلسة 28-04-1976 . بموسوعة الأحوال الشخصية . لمعوض عبد التواب - مرجع سابق، ج 1، ص 276).
¹¹²⁹ - جاء في المدونة الكبرى - ((قال عبد الرحمان بن القاسم : قال مالك في الرجل يكون في السفر فيقدم فيزعم أنه طلق امرأته واحدة أو اثنتين منذ سنة (قال مالك) : لا يقبل قوله في العدة إلا أن يكون على أصل ذلك عدول . فإن لم يكن إلا قوله لم يقبل منه واستأنفت العدة من يوم أقر وإن مات ورثته وإن ماتت لم يرثها، إذا كانت قد حاضت في ذلك ثلاث حيض من يوم أقر على نفسه ولا رجعة له عليها . وإن أقر بالسنة لم يصدق في العدة ولم يتوارثا)) (المدونة الكبرى - ج 2، مرجع سابق، ص 446).
¹¹³⁰ - علي حسب الله - الفرقة بين الزوجين - دار الفكر العربي. دون بيان تاريخ ومكان الطبع، صفحة هـ من المقدمة .

¹¹³¹ - ابن فرحون - تبصرة الحكام . . ج 1، مرجع سابق، ص 168 .
¹¹³² - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 393 هامش 34.
¹¹³³ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 2 . بتاريخ 09-01-1977، قضية عدد 446-61، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 59، ص 31.
 - وكذا القرار عدد 4 . بتاريخ 10-01-1978، قضية عدد 47-477، غير منشور. - وكذا القرار عدد 85 . بتاريخ 07-02-1978، قضية عدد 47-528، غير منشور.
 وهي قرارات ذكرها الدكتور أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 393 هامش 34.

الزوجة إن ملكت هذا الحق، لا بد من الإشهاد به أمام عدلين منتصبين للإشهاد . وحيثما يتفق الزوجان ويتراضيان على فسخ هذا الميثاق مقابل عوض تعطيه الزوجة، يجب الإشهاد على التراضي (حسبما نص عليه الفصل 61 من مدونة الأحوال الشخصية) . ولذلك رفض المجلس الأعلى، طلب الطعن بالنقض ضد حكم استئنافي قضى على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية، دون الاعتداد بلفيف عدلي أدلت به الزوجة لإثبات وقوع الخلع بين الطرفين¹¹³⁴ .

على أنه، وبخصوص التطبيق القضائي ؛ فإن المجلس الأعلى¹¹³⁵ ، قرر أن ((الحكم بالتطليق لعدم الإنفاق، لا يحتاج إلى الإشهاد به أمام العدلين، ولا إلى تحرير رسم به . ولا يتوقف على التجاء المرأة المحكوم بتطليقها إلى العدلين للإشهاد، بأنها تطلق نفسها حتى تبتدئ عدتها . فالمرأة المحكوم بتطليقها تبتدئ عدتها من تاريخ الحكم بالتطليق (الفصل 78 من المدونة) . وطبيعي أن يقرر المجلس الأعلى هذا المبدأ، مادام هناك حكم يشهد بالتطليق.

¹¹³⁴ - وهو ما قضى به القضاء المغربي قبل صدور المدونة، حيث قرر أنه لا يصح الطلاق (خلع) بشهادة عدل واحد وستة من اللفيف للعداوة بين الشهود والمشهود عليه (حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي)، بتاريخ 16 ربيع الثاني 1371 هـ الموافق 14 يناير 1952، بمجموعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 415) .

¹¹³⁵ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 673 . بتاريخ 07-05-1985، بمجلة القضاء والقانون، عدد 138، ص 197 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 131 .

المبحث الثاني

عدم سقوط نفقة الزوجة الناشز غير الحامل

ترتبط حالة النشوز بالشقاق الواقع بين الزوجين . غير أنه، يهتم بالنشوز من جانب الزوجة بصفة خاصة . وذلك لما رتبته الشارع على نشوزها من آثار شرعية، وما رتبته مدونة الأحوال الشخصية من إمكانية إيقاف نفقة الزوجة الناشز غير الحامل . فيتم الحديث عن النشوز كسبب مسقط للنفقة الواجبة على الزوج تجاه زوجته، تبعا لنظرية الحقوق والالتزامات المترتبة قانونا عن عقد الزواج . إذ من الحقوق المتبادلة الناشئة من عقد الزواج، حق المساكنة الشرعية بين الزوجين (الفصل 34 من المدونة) . كما أنه من الحقوق المقررة للزوجة على زوجها حق النفقة (الفصل 35 / 1 و الفصل 115 من المدونة)¹¹³⁶ ، وللزوج على زوجته طاعتها له بالمعروف (الفصل 36 / 2 من المدونة) . وإذا كان الإخلال بحق المساكنة الشرعي يخول للزوجة حق المطالبة بالتطبيق للضرر، دون إمكانية إلزام الزوج وإجباره على مساكنته لها، فإنه، وعند إخلال الزوجة بحق المساكنة وحق الطاعة¹¹³⁷ المقرر للزوج، تصبح في حالة نشوز، ويكون للزوج مقاضاتها من أجل ذلك .

¹¹³⁶ - ينص الفصل 35 / 1 من مدونة الأحوال الشخصية ((حقوق المرأة على الزوج : 1 - النفقة الشرعية من طعام وكسوة وتمريض وإسكان)) . وينص الفصل 115 من نفس المدونة : ((نفقة كل إنسان في ماله إلا الزوجة فنفتها على زوجها)) .

¹¹³⁷ - يعرف الفقهاء الطاعة بأثما : ((الانقياد والموافقة . وقيل لا تكون إلا عن أمر)) (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 234) . وقد نص الفصل 36 فق 2 من مدونة الأحوال الشخصية، في معرض بيان حقوق الزوج على زوجته : ((طاعة الزوجة لزوجها بالمعروف)) .

وحول تحليل معنى طاعة الزوجة وفق المنظور الشعبي - انظر بحث الأستاذة فريدة بناني: مدى شرعية العنف داخل البيت الزوجي (قراءة نقدية للمبررات الفقهية لحق الزوج في الإصلاح والتأديب) . بكتاب العنف ضد النساء: مجموعة من البحوثات - مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1993، ص 25 وما بعدها .

وتجدر الإشارة إلى أنه، تم إدخال تعديل على مجلة الأحوال الشخصية بتونس، ألغى بمقتضاه حق الطاعة (قانون عدد 74 لسنة 1993 (12 / 07 / 1993) (انظر : فريدة بناني - حق تصرف الزوجة في مالها (حق شرعي وقيود تشريعية) . ط 1، مراكش 1995، ص 50، هامش 86) .

ولم تعرف مدونة الأحوال الشخصية «النشوز»¹¹³⁸ وإن كانت تعرضت لآثاره بخصوص النفقة . فصت المادة 123 من المدونة على أن : ((1 - نشوز الحامل لا يسقط نفقتها .
2 - نشوز غير الحامل لا يسقط نفقتها . غير أنه للقاضي إيقاف نفقتها إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية أو الفراش وامتنعت . ولا يؤثر الاستئناف في إيقاف النفقة ما لم يقض بإلغاء الحكم)) .

¹¹³⁸ - يعرف النشز أو النشز لغة بأنه ما ظهر من الأرض، والنشوز هو الارتفاع . وهو العصيان لقوله تعالى : ((واللاتي تحافون نشوزهن، فعظوهن واحجروهن في المضاجع واضربوهن . فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا . إن الله كان عليا كبيرا)) النساء / 34 . فالنشوز هنا بمعنى التعالي عما أوجب الله تعالى . وهو بين الزوجين : ((كراهة كل واحد منهما صاحبه)) . وفي قول لابن عباس : ((الشقاق والبغض)) . وهو عند المالكية والشافعية ولحنابلة والجعفرية : ((ارتفاع أحد الزوجين عن طاعة صاحبه فيما يجب له)) . والزوجة الناشز : هي : ((العاصية على الزوج المبغضة له)) . والناشز شرعا هي : ((الخارجة عن بيت الزوجية بغير حق)) وعند الأباضية هي : ((العاصية الخارجة عن موافقة زوجها في الواجب أو المباح)) (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 353) .

وقد عرفه المشرع المصري في المادة 11 مكرر ثانيا من قانون سنة 1929 الملغى بقانون رقم 100 لسنة 1985 بأنه : ((عدم إجابة الزوجة دعوة زوجها لها بالرجوع لبيت الزوجية ، المعد لها من قبله)) . وفي كتاب ((الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية)) لقدري باشا، وهو على المذهب الحنفي، نصت المادة 171 : ((الناشزة وهي التي خالفت زوجها وخرجت من بيته بلا إذنه بغير وجه شرعي يسقط حقها في النفقة مدة نشوزها، وإن كانت لها نفقة مفروضة متجمدة تسقط أيضا بنشوزها . وكذا المستدانة بغير أمر الحاكم وأمر الزوج . وتكون ناشزة أيضا إذا كان البيت الذي يقيم بها ملكا لها ومنعته من الدخول عليها، ما لم تكن سألته النقلة منه فلم ينقلها . فإن عادت الناشزة إلى بيت زوجها، ولو بعد سفره، أو دعته يدخل عليها إذا كان المنزل لها، عاد حقها في النفقة، ولا يعود ما سقط منها بنشوزها . وإن منعته من الاستمتاع بها وهي في بيته فلا تكون ناشزة نشوزا موجبا لسقوط النفقة)) (انظر : محمد زيد الأبياني : شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية . ج 1، مكتبة النهضة، بيروت - بغداد، د. ت. ط.، 240) .

وكما يكون النشوز من الزوجة، يكون من الرجل . لقوله تعالى في سورة النساء (الآية 127) : ((وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا، فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا . والصلح خير)) الآية . والنشوز من قبل الزوج هو بغضه للزوجة . أما النشوز من قبل الزوجة فهو خروجها عن طاعة الزوج . وانظر ما ورد في شقاق الزوجين عند قوله تعالى : ((وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما)) (النساء / 35) . والشقاق هو : المنازعة . وانظر حول مفهوم النشوز :
- فريدة بناني - تقسيم العمل بين الزوجين (في ضوء القانون المغربي والفقهاء الإسلامي - الجنس معيارا)، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مراكش، 1993، ص 240، هامش 168 .
- فريدة بناني - مدى شرعية العنف - مرجع سابق، ص 55 وما بعدها .

وإذا كان ذلك هو ما تقرره المادة 123 المذكورة، فإنه يتعين بيان موقف الفقه المالكي بخصوص النشوز (المطلب الأول) . ثم بيان مدى علاقة المادة 123 من المدونة بقواعد الفقه المالكي المقررة في الموضوع (المطلب الثاني) ثم بيان كيفية تعامل المجلس الأعلى مع المادة 123 من مدونة الأحوال الشخصية (المطلب الثالث) .

المطلب الأول

موقف الفقه المالكي من نشوز الزوجة

يعرف فقهاء المذهب المالكي النشوز، بأنه خروج الزوجة عن طاعة زوجها : ((بمنع وطء أو استمتاع أو خروج بلا إذن، أو عدم ما أوجبه الله تعالى عليها من حقوق الله، أو حقوق الزوج))¹¹³⁹ . فالنشوز مبني على إخلال الزوجة بحق الطاعة المقرر لفائدة الزوج، ويؤسس الفقهاء المسلمون حق الطاعة هذا، على مبدأ قوامه الرجل على المرأة . والذي يجد مستنده في قوله تعالى ((الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم))¹¹⁴⁰ . ورتبوا على ذلك أن هذا الحق يقتضي إقامة الزوجة مع زوجها في المسكن الذي أعده لبيت الزوجية، فلا تخرج منه إلا لضرورة، أو إذا كان هذا المسكن غير شرعي، أو لأنها لم تقبض معجل صداقها . فإن خرجت الزوجة من غير مبرر من المبررات المذكورة، كان للزوج أن يطلب الحكم عليها بالطاعة بإرجاعها لبيت الزوجية .

وقد كان تنفيذ الحكم بالطاعة، يتم بالقوة العمومية ، في بعض البلاد الإسلامية كمصر¹¹⁴¹ . وكان هذا الوضع منتقدا لمنافاته لكرامة المرأة ((والحقيقة، أن تنفيذ حكم الطاعة

¹¹³⁹ - الزرقاني على مختصر الشيخ خليل، مجلد 2 ، ج 4، مرجع سابق . صفحة 60 . ويعتبر الفقهاء، أنه لا تعد أي إساءة من الزوجة نشوزا كـ (إغاضة الزوج دون منعها له) مثلا .
¹¹⁴⁰ - سورة النساء - الآية 34 .

وانظر حول حق القوامه - فريدة بناني : تقسيم العمل بين الزوجين، مرجع سابق، ص 9 وما بعدها .

وفريدة بناني - مدى شرعية العنف داخل البيت الزوجي، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها .

¹¹⁴¹ - كانت المادة 345 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بمصر لسنة 1931 (ألغيت سنة 2000) تنص على أن ((تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه، والتفريق بين الزوجين، ونحو ذلك مما يتعلق بالأحوال الشخصية - يكون جبرا ولو أدى إلى استعمال القوة ودخول المنازل، ويتبع رجال التنفيذ في هذه الحالة التعليمات التي تعطى من القاضي الجزئي أو رئيس المحكمة الشرعية الكائن بدائرهما المحل الذي يحصل فيه التنفيذ)) . ونصت

جبرا، ليس له سند من كتاب الله وسنة رسوله . فضلا عن أنه يتنافى وروح التشريع الإسلامي، الذي جعل أساس الزواج الرحمة والمودة))¹¹⁴² . ولذلك، فإن الاتجاه التشريعي يميل إلى عدم جواز تنفيذ حكم الطاعة جبرا على الزوجة¹¹⁴³ . بحيث يتم الاكتفاء بتقرير الجزاء المدني المتمثل في طلب إسقاط نفقة الزوجة مدة نشوزها فقط .

وفي المغرب لا يتبين أن هناك نصا يوجب تنفيذ حكم الرجوع لبيت الزوجية بواسطة القوة العمومية جبرا على الزوجة . وإن كانت تتم بعض المتابعات بتحقيق مقرر قضائي¹¹⁴⁴ بالنسبة للزوجات اللاتي يمتنعن من تنفيذ أحكام الرجوع لبيت الزوجية، رغم أن مجرد الامتناع عن تنفيذ

المادة 346 من نفس اللائحة ((يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة مادامت زوجة، وكذا الحكم بتسليم الولد)) . ولقد ألغي التنفيذ الجبري المذكور بمنشور وزارة العدل المصرية بتاريخ 13 فبراير 1967 . واعتبر القانون رقم 100 لسنة 1985، نشوز الزوجة قائما عند امتناعها من الرجوع لبيت الزوجية، وخول الزوج طلب إيقاف نفقتها . انظر :

فتححي حسن مصطفي - مرافعات الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 215 .
¹¹⁴² - عثمان عبد المالك الصالح . حقوق المرأة الخليجية في القانون العام والخاص - منشور بكتاب: دراسات عن أوضاع المرأة في الكويت والخليج (لمجموعة من الباحثين)، الكويت 1975، ص 121-122 .
¹¹⁴³ - يرى أنور العمروسي - أن إجراءات التنفيذ الجبري لحكم الطاعة بواسطة رجال الشرطة ليس لها أصل شرعي، وإنما دخلت الأحوال الشخصية على أيام حكم المماليك. ولم يكن القصد من إتباع هذا النظام إلا إذلال المرأة. ويشير إلى عدم جدوى التنفيذ جبرا وقهرا في رد الزوجة عند نشوزها . ويرى أنه يغني عن إتباع هذا الطريق إعلام الزوجة بما يترتب على عدم تنفيذها لحكم الطاعة من آثار شرعية (أنور العمروسي - أصول المرافعات الشرعية . مرجع سابق، ص 434 . والهامش رقم 2 بالصفحة 436 - 437) .

ولقد قضى القضاء السعودي في هذا المجال، بأن ((الزوجة التي تتمتع عن الذهاب إلى منزل الزوجية تنفيذا لقرار المحكمة بهذا الخصوص، تعتبر ناشزا، ولا يجوز تنفيذ حكم المتابعة جبرا بحق الزوجة. وتعتبر ناشزا ولا تستحق النفقة)) (قرار صادر عن ديوان المظالم بتاريخ 22-08-1398 هجرية ، بالجملة العربية للفقهاء والقضاء، عدد 5، أبريل 1987، ص 94) .

¹¹⁴⁴ - ذلك أن بعض النيابة العامة، تفتح متابعات جنحية في حق زوجات يكتفين بمجرد الامتناع عن تنفيذ الحكم القاضي عليهن بالرجوع إلى بيت الزوجية، وتتم متابعتهن بتهمة تحقير مقرر قضائي . غير أن المجلس الأعلى، وبمناسبة قضية تتعلق بإدانة زوجة، امتنعت من تنفيذ الحكم القاضي عليها بتمكين الزوج من الدخول بها، قرر : ((إن جريمة تحقير مقرر قضائي كما هو منصوص عليها في الفصل 266 من القانون الجنائي، لا تقوم بمجرد الامتناع عن تنفيذ حكم، بل يجب أن تصدر من الجاني أقوال أو أفعال، من شأنها المساس بجمرة القضاء)) . ونقض المجلس الأعلى الحكم الذي لم يبين عناصر الجريمة المذكورة (المجلس الأعلى - الغرفة الجنائية - قرار عدد 6817 . بتاريخ 26 / 07 / 1990، بمجلة القضاء والقانون، عدد 143، ص 167) .

حكم قضائي لا يؤدي إلى قيام الجريمة المذكورة بحد ذاته، ورغم أن الامتناع عن الرجوع إلى بيت الزوجية لا يفيد سوى في اعتبار الزوجة ناشزا¹¹⁴⁵.

وبالفعل، فإن هذا ما تقرره المادة 123 من المدونة، بحيث لم ترتب على نشوز الزوجة غير الحامل سوى حق الزوج في طلب سقوط نفقتها، وذلك بعد امتناعها عن تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية. ولا يتعلق الأمر في النهاية سوى بإمكانية محولة للقاضي لإسقاط نفقة الزوجة الناشز غير الحامل.

ولقد عرف الفقه المالكي خلافاً في موضوع سقوط نفقة الزوجة الناشز غير الحامل، وذلك على ستة أقوال¹¹⁴⁶. فابن المواز، يرى في رأي له مذكور عن مالك، ونقله عن ابن القاسم أن

¹¹⁴⁵ - ويلاحظ أن بعض الأزواج لا يكتفون بطلب رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية، بل يطلبون من المحكمة كذلك، الحكم على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية الذي هجرته، مع الحكم بـ ((تربية الزوجة على الخروج من بيت الزوجية بدون إذن !)). وبطبيعة الحال فإن المحاكم ترفض طلبات تأديب الزوجة الناشز (انظر: قرار المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 1. بتاريخ 04-11-1969، بمجلة القضاء والقانون، عدد 107-108، ص 388. وكذلك، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 12، ص 23).

¹¹⁴⁶ - انظر المواز - التاج والإكليل لمختصر خليل. بهامش شرح الخطاب (مواهب الجليل لشرح مختصر خليل)، ج 4 مرجع سابق. ص 188. وفي هذا أورد المؤلف النقول التالية: ((ابن شاس: من موانع النفقة النشوز، ومنع الوطء والاستمتاع بنشوز، والخروج بغير إذنه بنشوز وبإذنه ليس بنشوز. ابن عرفة: في سقوط نفقتها بنشوزها ستة أقوال. المتبطي: إحدى الروايتين وهي الأشهر أن لها النفقة لأن الزوج ضيع في طلبها والرواية الأخرى وهي الأظهر أن لا نفقة لها. وقال الأبهري وغيره: أجمعوا على أن الناشز لا نفقة لها. قال الشيخ أبو إسحاق: إلا أن تكون حاملا. وقال ابن القاسم فيمن خرجت امرأته تزور بعض أهلها فحلف زوجها بالبتة أن لا يرسل إليها نفقة حتى تكون هي التي ترسل: لها النفقة لكل ما غابت إذ لو شاء أن ينقلها إلى نفسه نقلها. ابن رشد: هذا يدل أن لو أرسل إليها ينقلها فأبت وغلبته أن لا نفقة لها. ابن رشد: والمعنى في هذا عندي إنما هو أن النفقة لما كانت مرة يعتبر فيها الاستمتاع دون العقد ومرة يعتبر فيها العقد دون الاستمتاع اختلف أيهما يغلب في الناشز وعلى هذا اختلفوا في الكبير يتزوج التي يوطأ مثلها فمن غلب في النفقة حق الاستمتاع لم يوجب لها نفقة عليه حتى يدعو إلى الدخول وهو المشهور في المذهب، ومن غلب حق العقد رأى لها النفقة حتى يحال بينه وبين الدخول وهو دليل ما في الزكاة الثاني من المدونة... لما ذكر اللخمي الروايتين السابقتين وقال إحداهما هي الأشهر والأخرى هي الأظهر قال بعد ذلك وقال الشيخ أبو الحسن إن أمكنه صرفها فلم يفعل أنفق عليها وإن لم يمكنه ذلك لم ينفق عليها انتهى)).

وقد اختار الرواية المشهورة بإيقاف النفقة كذلك: الباجي، واللخمي، وابن يونس وغيرهم (الدسوقي محمد عرفة الدسوقي) - في حاشيته على شرح الدردير على مختصر الشيخ خليل - ج 2، ط دار الفكر، د. ت. م. ط.، ص 514).

للناشر النفقة . بينما قال المالكية البغداديون لا نفقة لها، لأنها منعه من الوطاء الذي هو عوض النفقة¹¹⁴⁷ . ولذلك قرر جمهور فقهاء المالكية أنه لا نفقة للناشر، وهو المشهور عند الجمهور¹¹⁴⁸ . بخلاف الظاهرية¹¹⁴⁹ .

وجاء للقاضي المالكي عبد الوهاب البغدادي : ((وتجب النفقة للزوجة بالعقد والتمكين من الاستمتاع، مع بلوغ الزوج، أو كونها ممن يستمتع بمثلها، إلا أن تنشز)) (القاضي عبد الوهاب البغدادي - التلقين - مرجع سابق، ص 89) .

وانظر فتوى الشيخ عبد القادر الفاسي التي حكى فيها الأقوال المروية في المذهب . النوازل الصغرى للشيخ الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 260 وما بعدها .

وانظر، تفصيلاً لخلاف فقهاء المذهب المالكي في الموضوع لدى : عبد السلام العسري - اختيارات مدونة الأحوال الشخصية من أقوال وروايات المذهب المالكي غير المشهورة، مرجع سابق، ص 84 وما بعدها .
1147 - الخطاب (أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان) (ت 954 هـ) : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - ج 4، دار الفكر، د. ت. م. ط. ص 188 .

وأورد المؤلف هناك، علة البغداديين في حكمهم : ((واعتلوا : بإيجاب النفقة على الزوج إذا دعي إلى البناء، وأن ذلك لا يلزمه إذا لم يمكن من البناء . قال الشيخ أبو عمران : وأستحسن في هذا الزمان أن يقال لها إما أن ترجعي إلى بيتك وتحامي زوجك وتنصفيه وإلا فلا نفقة لك، لتعذر الأحكام والإنصاف في هذا الوقت . فيكون قول البغداديين حسناً في هذا . ويكون الأمر على ما قاله الآخرون : إذا كان الزوج يقدر على محاكمتها، فإن لم يفعل، فيؤمر بإجراء النفقة حتى إذا لم تمكنه المحاكمة، ولم يتمكن له حالة تنصفه، ولم تجبه هي إلى الإنصاف، فأستحسن ألا نفقة لها . قال وكذلك الهاربة إلى موضع معلوم مثل الناشز، وأما إلى موضع مجهول فلا نفقة لها عليه)) . ويستخلص الفقهاء من هذا، أن من لم يقاض زوجته الناشز قصد الرجوع، فقد رضي، ولذلك تبقى نفقتها عليه .

1148 - ابن رشد - بداية المجتهد ونهاية المقتصد . ج 2، مرجع سابق، ص 39 و ص 41 .

ويرد ابن رشد سبب الخلاف إلى معارضة العموم للمفهوم، في قوله صلى الله عليه وسلم ((وهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)) فالعموم هو أن يشمل ذلك الناشز وغير الناشز . والمفهوم هو ((أن النفقة في مقابلة الاستمتاع، يوجب أن لا نفقة للناشر)) . والحديث المذكور جزء من خطبة النبي صلى الله عليه وسلم في عرفة بحجة الوداع . أخرجه مسلم (الحديث رقم 2137 . كتاب الحج) وقد جاء فيه : { فَأَتَقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَحَدْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ وَأَسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئَنَّ فُرُوشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُنَّ فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِحٍ وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَقَدْ تَرَكْتُ فِيكُمْ مَا لَنْ تَضِلُّوا بَعْدَهُ إِنْ اعْتَصَمْتُمْ بِهِ كِتَابُ اللَّهِ } . وقد اتخذ منه ابن حزم، برهانه على أن : ((الرجل ينفق على امرأته من حين يعقد نكاحها، دعي إلى البناء أو لم يُدْعَ - ولو أنها في المهد - ناشزا كانت أو غير ناشز، غنية كانت أو فقيرة)) وأن الحديث يعم ((كل النساء ولم يخص ناشزا من غيرها)) (ابن حزم - المحلى بالآثار . ج 9، مرجع سابق . ص 249 . و ص 113) .

- وعلى ذلك فالمقرر حسب مشهور المذهب المالكي في المسألة، أن نفقة الزوجة الناشز غير الحامل تسقط بأحد الأمور الثلاثة الآتية، وبشروط¹¹⁵⁰ :
- بمنعها الزوج من الوطاء بدون عذر .
 - أو بمنعها الزوج من الاستمتاع بدون عذر¹¹⁵¹ .
 - أو بخروجها من بيت الزوجية، دون مبرر، وبدون إذن الزوج، إن كان حاضراً، ولم يقدر على ردها .
 - ولا يقبل قول الزوج في نشوز زوجته إلا ببينة¹¹⁵² .
- فهل للمادة 123 من المدونة علاقة ما بكل هذه المقتضيات الفقهية ؟

¹¹⁴⁹ - جاء في المحلى لابن حزم ((قال أبو محمد : وروينا عن نحو خمسة من التابعين : لا نفقة لناشز - وهذا قول خطأ ما نعلم لقائله حجة)) وقال عقبة ابن حزم : ((ليس على الناشز إلا الهجر والضرب، ولم يسقط عز وجل نفقتها ولا كسوتها)) (ابن حزم - المحلى بالآثار . ج 9، مرجع سابق. ص 114) .

¹¹⁵⁰ - وفي ذلك يقول الشيخ خليل، في مسقطات نفقة الزوجة : ((أو منعت الوطاء، أو الاستمتاع، أو خرجت بلا إذن ولم يقدر على ردها، إن لم تحمل)) . فنشوز الزوجة غير الحامل يسقط نفقتها في الصور المذكورة . ويستفاد من النص المذكور أن الناشز الحامل، لا تسقط نفقتها . لأن نفقة غير الحامل لها خاصة، أما إن حملت فلها شريك فيها وهو الحمل .

وحسب الزرقاني، في شرحه، فإن سقوط نفقة الزوجة بخروجها من بيت الزوجية بدون إذن الزوج، شرطه أن تكون في عصمته . أما نفقة المطلقة رجعيًا فلا تسقط بخروجها بدون إذنه (انظر الزرقاني على مختصر الشيخ خليل، مجلد 2، ج 4، مرجع سابق . صفحة 351) . فقد ورد في المدونة عن الإمام مالك : ((قال (قلت) : أرأيت المطلقة تطليقة يملك فيها زوجها الرجعة أو مبتوتة، أيكون لها أن تخرج بالنهار (قال) قال مالك : نعم تخرج بالنهار وتذهب وتجيء، ولا تبنت إلا في بيتها الذي كانت تسكن فيه حين طلقت)) (المدونة الكبرى - ج 2، مرجع سابق. ص 463) . وهو ما أكده الشيخ أحمد الدردير بقوله ((وكذا الرجعية، لا تسقط نفقتها مطلقاً لأنه ليس له منعها من الخروج)) (الشيخ أحمد الدردير - في شرحه لمختصر الشيخ خليل - ج 2، ط دار الفكر، د. ت. م. ط.، ص 514) . وعلى هذا فإن المدونة خالفت مشهور المذهب المالكي، لما قررت في الفصل 122 / 3 ((تسقط نفقة الزوجة 3 - بخروج المطلقة رجعيًا من بيت عدتها، بدون عذر، ولا رضى زوجها)) . انظر : أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 226 وما بعدها .

¹¹⁵¹ - أما طبق الفقه الحنفي، فإن الزوجة إذا لم تخرج من بيت الزوجية، ولكنها منعت الزوج من الاستمتاع، وهي في بيته، فلا يعد ذلك نشوزًا منها، ولذلك لا تسقط نفقتها، لأن الظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها (انظر : محمد زيد الأبياني : شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية . ج 1 مرجع سابق، 239 . وبدان أبو لعينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 240) .

¹¹⁵² - محمد العلوي العابدي - الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي. مرجع سابق، ص 196 .

المطلب الثاني

علاقة المادة 123 من المدونة بقواعد الفقه المالكي

نصت المادة 123 من المدونة على مبدأ عام وهو : ((نشوز غير الحامل لا يسقط نفقتها))¹¹⁵³ ، وبذلك خالفت مشهور مذهب الإمام مالك الذي يقرر أنه : ((لا نفقة للناشز غير الحامل)) . غير أن المادة المذكورة أبقت على نوع من الارتباط بقواعد الفقه المالكي، لما نصت على أنه ((للقاضي إيقاف نفقتها إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية أو الفراش وامتنعت)) . ويتجلى هذا الارتباط من ناحيتين :

- 1 - اعتبار النشوز بسبب الخروج من بيت الزوجية، أو المنع من الفراش . لأن إيقاف النفقة حسب نص المادة المذكورة يكون ممكناً، في حالة الامتناع من تنفيذ الحكم القاضي على الناشز إما بالرجوع لبيت الزوجية، أو الفراش . وفي هذا ارتباط بالحالات المقررة فقها .
- 2 - الاعتداد بمسألة عدم القدرة على رد الزوجة الناشز وفق ما يشترطه الفقه . وحسب هذا الفقه تتحقق عدم قدرة الزوج على ردها، عند عجزه عن ذلك سواء ((بنفسه أو رسوله أو حاكم ينصف، أي ولم يقدر على منعها ابتداء . فإن خرجت وهو حاضر قادر على منعها لم تسقط، لأنه كخروجها بإذنه))¹¹⁵⁴ ، وقد كان القضاء المغربي يأخذ في أحكامه بعين الاعتبار

¹¹⁵³ - بينما جاء في مشروع وزارة العدل (الفصل 38 من الكتاب الثالث) أن نفقة الزوجة تسقط بالنشوز . وفق مشهور المذهب المالكي .

¹¹⁵⁴ - الشيخ أحمد الدردير - في شرحه لمختصر الشيخ خليل - ج 2، مرجع سابق، ص 514 .
- الزرقاني على مختصر الشيخ خليل، مجلد 2 ، ج 4، مرجع سابق. صفحة 351 .

وجاء في نوازل الزرهوني ما نصه : ((الناشز إذا لم يكن بها حمل هل لا نفقة على زوجها ؟ أجاب الشيخ عبد القادر الفاسي عنها، بأن مشهور المذهب أن الناشز إذا لم يكن بها حمل لا نفقة لها على الزوج . والنشوز منع الوطاء والاستمتاع كخروجها إلى أوليائها بغير إذن الزوج ولم يقدر على ردها كما في السؤال . لكن انظر ما المراد بكونه لم يقدر على ردها، هل بالحاكم أم بمجرد الإرسال إليها ؟ أما بلد فيه حاكم ولا يتعذر فيه الرفع إليه، فإذا رفع إليها وزجرها وردها إليه فلا إشكال . وأما حيث لا حاكم أو كان، وتعذر الرفع من قبل حال أوليائها من الاستطالة والانحياز إلى أرباب الدولة أو غير ذلك من الموانع كما في السؤال، فإن مجرد الإرسال إليها والتردد في

هذا الشرط، بحيث إن قدر عليها الزوج ولم يفعل لا تسقط نفقتها¹¹⁵⁵. ولذلك فإن للمادة 123 من المدونة ارتباطا بالفقه من هذا الجانب، عندما علقت إمكانية إيقاف النفقة على ثبوت امتناع الزوجة عن تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية أو الفراش¹¹⁵⁶، فذلك يتترل منزلة عدم القدرة على رد الزوجة. ومن هنا فإن البعض يذهب إلى أن اختيار مدونة الأحوال الشخصية في الموضوع جاء موافقا لما ذهب إليه الشيخ خليل في المختصر¹¹⁵⁷.

ذلك مع ظهور إبايتها وتمنعها وعدم انقيادها للأمر المعروف كاف في إسقاط النفقة عنه)) (انظر : أبو عبد الله محمد المهدي الوزاني - النوازل الصغرى . ج 2، مرجع سابق، ص 479) .

¹¹⁵⁵ - فقد قضى القضاء المغربي قبل صدور المدونة، بأن خروج المرأة هاربة من بيت الزوجية لا يسقط نفقتها، ولو خرجت بدون إذن زوجها . وأن النفقة لازمة للزوج مدة خصامه مع زوجته . لقول الشيخ خليل : ((يجب لممكنة مطيقة...)) ولفهوم قوله : ((أو خرجت بلا إذن ولم يقدر عليها))، ولقول المتحف :

ويجب الإنفاق للزوجات في كل حالة من الحالات

ولما أفتى به العلامة الحائك، من أن الزوجة حيث خرجت إلى دار أخيها بغير إذن زوجها، وكان الزوج قادرا على ردها بحكم أو غيره، لزمته النفقة، وإلا فلا (انظر : حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العماري)، بتاريخ 23 شوال 1367 هـ الموافق 28 يوليو 1984، بمجموعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 294) .

¹¹⁵⁶ - إن الحكم بالرجوع إلى بيت الزوجية أو الفراش، غير مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون . ولذلك لا بد أن يكون حائزا لحجية الشيء المقضي به، أو على الأقل مشمول بالنفاذ المعجل المأمور به قضاء . وغالبا ما تقضي المحاكم بذلك في دعاوى الرجوع إلى بيت الزوجية .

وقد تثير الزوجة صعوبة في تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع لبيت الزوجية ؛ كما إن كانت قد استصدرت حكما ضد الزوج بإعداد بيت الزوجية . حيث تقوم الصعوبة وذلك إلى حين إعداد بيت الزوجية (انظر القرار الاستعجالي عدد 89/638 . ملف عدد 11/89/549 . بتاريخ 08-08-1989 ، الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بطنجة، وهو غير منشور . أو تثير الزوجة صعوبة قانونية وواقعية، بخصوص الحكم القاضي عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية، على أساس أن الزوج أصيب بخلل عقلي، مما تتعذر معه المعاشرة (أمر رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط، بتاريخ 11 / 04 / 1989، في الملف الاستعجالي عدد 103 / 89 / 6، منشور برسالة المحاماة، عدد 9، ص 136) وقد تم التصريح بوجود الصعوبة في التنفيذ تبعا لسبب المدعى به في هذه القضية .

ولعل سبب مثل هذه الصعوبات، هو عدم بحث المحكمة التي تصدر الحكم بالرجوع لبيت الزوجية، في القضية على الوجه المطلوب، خاصة فيما يتعلق بمدى شرعية المسكن وصلاحيته كبيت للزوجية .

¹¹⁵⁷ - عبد السلام العسري - اختيارات مدونة الأحوال الشخصية من أقوال وروايات المذهب المالكي غير المشهورة، مرجع سابق، ص 86 .

إلا أن النشوز ولو تحقق على مقتضى المادة 123 المذكورة، فإن ترتيب آثاره بإيقاف النفقة، لا يتيح إلا إمكانية بيد القاضي الذي قدم إليه طلب إيقاف النفقة من قبل الزوج¹¹⁵⁸. فلا يتعلق الأمر بوجود الحكم بإيقاف النفقة حتما في هذه الحالة، وبهذا تكون المدونة قد خالفت الاتجاه الفقهي العام الذي يقرره مشهور المذهب المالكي في المسألة. بل وخالفت في ذلك القانون السوري وما كان المشرع المصري يقره قديما، حيث يعتبران نشوز الزوجة ثابتا بحكم الشرع وبمجرد امتناع الزوجة عن الرجوع لبيت الزوجية ودون صدور حكم بالنشوز¹¹⁵⁹، وهو ما يؤدي تبعا لهذا الموقف الأخير إلى فصل حكم النفقة عن حكم الطاعة¹¹⁶⁰.

ولقد كان من رأي المرحوم علال الفاسي المقرر العام للجنة وضع المدونة، أن النفقة لا تسقط إلا بالخلال ميثاق الزوجية، ولذلك استبعد ما جاء في مشروع وزارة العدل من كون النشوز يسقط النفقة، على أساس أن النفقة جزء من نظام الزوجية، وكان من رأيه أنه يتعين إسقاط لفظ النشوز باعتباره من مسقطات النفقة، لأن للنشوز سببا يتعين علاجه، ولا ينبغي أن يكون من مسقطات النفقة. وتبعا لذلك اقترح المرحوم علال الفاسي: أنه في حالة نشوز الزوجة يرفع الزوج الأمر للمحكمة لطلب عودة الزوجة لبيت الزوجية، فإن امتنعت عن تنفيذ الحكم اعتبر ذلك شقاقا، يستوجب بعث الحكمين¹¹⁶¹. وهو ما يأخذ به المشرع المصري¹¹⁶²

¹¹⁵⁸ - فتكون النفقة موقوفة لا ملغاة (محمد العلوي العابدي - الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي. مرجع سابق، ص 197).

¹¹⁵⁹ - فتعتبر الزوجة ممتنعة عن الرجوع إلى بيت الزوجية، بعد دعوة الزوج لها للعودة، بمجرد إعلان يتم على يد محضر. ((ويُعتبر بوقف نفقتها ابتداء من تاريخ انتهاء ميعاد المعارضة، إذا لم تقدّم في الميعاد وهو ثلاثون يوما من تاريخ الإعلان)) . انظر: أحمد نصر الجندي - إقامة الدعوى في مواد الأحوال الشخصية. مرجع سابق، ص 70 وما بعدها، حيث أورد المؤلف نماذج لدعوى بوقف النفقة للنشوز. طبق المادة 11 مكرر ثانيا من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929. وانظر نموذج إعلان الزوجة بالعودة لبيت الزوجية، ونموذج اعتراض الزوجة على إنذار الطاعة بالصفحة 129 وما بعدها من المرجع السابق.

¹¹⁶⁰ - انظر موسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب، ج 1، مرجع سابق، ص 203.

¹¹⁶¹ - انظر: عبود رشيد - الأحوال الشخصية قواعد ونصوص وشروح - الدار البيضاء، ط 1، 1965، ص 170.

وهو ما يذهب إليه أستاذنا الدكتور احمد الخليلشي، حيث يرى أنه يتعين على المحكمة استقصاء أسباب الامتناع من الرجوع، فإذا كان الاختلاف بسيطا اكتفى الحكم بتقرير ما تراه المحكمة ملائما لحل النزاع. أما إذا وصل الأمر إلى الشقاق والتصدع، فلا فائدة في إصدار الحكم بالرجوع لبيت الزوجية، وإنما يتعين تطبيق أحكام الشقاق طبق قواعد الفقه المالكي (انظر: أحمد الخليلشي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 237 وما بعدها).

. غير أن اللجنة لم تأخذ بمقترحات مقررها العام، فصدرت المادة 123 من المدونة على الشكل المذكور أعلاه، معتبرة أن النشوز في حد ذاته ليس من مسقطات النفقة، وإنما يمكن إسقاطها من طرف القاضي، عند تحقق امتناع الزوجة غير الحامل من تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية¹¹⁶³.

واعتقد أن ما ذهب إليه المرحوم علال الفاسي، كان من شأن الأخذ به، أن يعمل على استئصال أسباب الشقاق بين الزوجين أو على الأقل تبين مصدرها، بالشكل الذي يوفر للمحكمة عناصر للبت في النزاع بشكل أفضل. أما إمكانية تقرير النشوز، بناء على مجرد الامتناع عن تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع لبيت الزوجية، أو الفراش فإنه لا يتيح الفرصة للتعرف على أسباب الشقاق بين الزوجين، الذي قلما يعالج بمجرد الحكم القاضي بفرض الرجوع. وهذا ما سيتضح من خلال القرارات القضائية التي سنستعرضها في المطلب الموالي.

¹¹⁶² - إن الرأي الذي نادى به المرحوم علال الفاسي، ينسجم وما نص عليه القانون المصري في المادة 11 مكرر ثانيا من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، الذي يخول للزوجة أن تعترض على دعوة الزوج لها للرجوع لبيت الزوجية خلال ثلاثين يوما من هذه الدعوة. وعلى المحكمة عند نظر الاعتراض، التدخل عن طريق الصلح، لإنهاء النزاع باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة. فإن كان الخلاف مستحكما، وطلبت الزوجة التطلاق، اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم طبق الفصل 7 و 11 من نفس القانون المذكور.

وهذا الحل يعطي للمحكمة دورا إيجابيا في صالح استمرار الزوجية أو إنهائها، بعد تبين سبب الشقاق وثبوت موجبات التطلاق وتفصل المحكمة في أمر زوجية مشكوك في صحة دعائها حسما للنزاع. ويُخرج هذا الحل، المحكمة من الدور الأوتوماتيكي بتقرير نشوز الزوجة بمجرد امتناعها من تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع لبيت الزوجية دون تبين أسباب ذلك، مما يعلق النزاع بخصوص مسألة إنسانية وعاطفية تستدعي الحسم.

وفي هذا الصدد قرر القضاء المصري، بأن دعوى اعتراض الزوجة على إعلان زوجها لها بطاعته في المسكن المعد للزوجية، يوجب تدخل المحكمة لإنهاء النزاع بينهما صلحا. باستمرار الزوجية وحسن المعاشرة، فإن بان لها أن الخلاف مستحكما، وطلبت الزوجة التطلاق اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم المنصوص عليها قانونا، وقضت بما قرره الحكمان. ولا بيت في التطلاق إذاك بإلزام الزوجة في دعوى الاعتراض طبق قواعد إثبات الضرر (نقض مصري - الطعن رقم 77 لسنة 56 ق أحوال شخصية. جلسة 29 / 11 / 1988. أورده معوض عبد التواب - المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص 83 - 85).

وعلى هذا فالتطلاق حسب المشرع المصري، قد يكون بدعوى مبتدأة ترفع من الزوجة بناء على قواعد التطلاق للضرر. وقد يتم بمناسبة اعتراض الزوجة على الحكم القاضي عليها بالطاعة، ويتم الجمع في هذه الحالة الأخيرة، بين الاعتراض وطلب التطلاق. ويتم التطلاق بناء على مسطرة الحكمين.

¹¹⁶³ - وينتقد البعض هذا النص، لأن المشرع المغربي، لم يقرر سقوط النفقة بالنسبة للزوجة الناشز، في حين قرر وبالمقابل سقوط النفقة بالنسبة للمطلقة رجعيا إذا خرجت من بيت عدتها بدون عذر ولا رضى الزوج. انظر: الدكتور صلاح الدين زكي - أحكام قانون الأسرة. مرجع سابق، ص 166.

المطلب الثالث

موقف المجلس الأعلى

من تطبيق المادة 123 من المدونة

يبرز عمل المجلس الأعلى بخصوص النشوز، أن المجلس الأعلى رسم المسطرة التي يمكن أن تؤدي إلى إيقاف نفقة الزوجة غير الحامل (الفقرة الأولى)، كما أنه يترك السلطة التقديرية للمحكمة في تقدير حالة النشوز (الفقرة الثانية)، لكنه يرفض طلبات التعويض المبنية على الضرر الناجم عن نشوز الزوجة (الفقرة الثالثة) . وعلى ضوء ذلك يتم التساؤل حول ما إن كانت هذه القواعد المقررة قضاء تساهم في رفع الشقاق بين الزوجين .

الفقرة الأولى – تفعيد مسطرة طلب إيقاف النفقة للنشوز :

إن المجلس الأعلى وتمشيا مع مقتضيات المادة 123 من مدونة الأحوال الشخصية، زاد في توضيح إجراءات طلب إيقاف النفقة للنشوز . فلم يعتبر حالة النشوز الموجبة لإيقاف النفقة، إلا بتوفر الشروط التالية:

- صدور حكم على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو الفراش .
- امتناع الزوجة عن تنفيذ ذلك الحكم . وهذا يثبت أمام القضاء بتحريز محضر الامتناع عن التنفيذ¹¹⁶⁴ .

¹¹⁶⁴ - وتثور بصدد تحرير العون القضائي لمحضر امتناع الزوجة عن تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع لبيت الزوجية، أو تحرير محضر تنفيذ الحكم المذكور، عدة مشاكل عملية :

1 - فبالنسبة لتحرير محاضر الامتناع، غالبا ما يكتفى فيها، بتسجيل أن الزوجة أعلمت بتاريخ تنفيذ الحكم، لكنها لم تحضر في الموعد المعلن لها من قبل العون القضائي . فيقوم هذا الأخير بتحرير محضر الامتناع بمجرد عدم حضور الزوجة، ودون تسجيل أي تصريح منها يفيد امتناعها . ولذلك تثار دفوع بخصوص هذا النوع من المحاضر، على أساس أنها لا تتضمن تصريحا بالامتناع، أو أن الزوجة لم تعرف مكان العون القضائي، أو أنها ظلت تنتظر العون

- رفع طلب من قبل الزوج المتضرر، لطلب إيقاف النفقة¹¹⁶⁵.
وقد ترجم قرار للمجلس الأعلى هذه المسطرة لما قرر¹¹⁶⁶: ((إن حالة النشوز لا تكون
(كذا) إلا بعد إصدار حكم على الزوجة بالرجوع لبيت الزوجية أو الفراش وامتناعها عن تنفيذ
هذا الحكم . ومع رفع طلب بإيقاف نفقتها¹¹⁶⁷ ، وذلك طبقاً للفقرة الثانية من المادة 123 من

القضائي وهو الذي لم يحضر في الموعد . إلى غير ذلك من الدفع التي يفرزها الواقع، والتي تتظاهر مع كون هدف
بعض الأزواج الوحيد هو الحصول على مبرر إيقاف نفقة زوجته، وليس رجوعها .
2 - أما بالنسبة لتحرير محاضر تنفيذ الحكم بالرجوع إلى بيت الزوجية . فإن الواقع يفرز تخريجات للقول بأن
الزوجة نفذت الحكم الصادر ضدها . إذ يتم إبداء الرغبة أمام العون القضائي بالرجوع إلى بيت الزوجية، والذي قد
يصاحب الزوج والزوجة إلى بيت الزوجية، لكن ما إن يجر العون القضائي محضر التنفيذ، ويغيب عن أنظارهما،
حتى تخرج الزوجة من جديد من بيت الزوجية . فيطالب الزوج بمتابعة تنفيذ الحكم الذي بيده، فيجابه بأن ملف
التنفيذ قد أقفل بتحرير محضر التنفيذ . وأن ما عليه بعد ذلك هو اللجوء من جديد لمقاضاة زوجته على نشوزها
الجديد وهكذا !!!

¹¹⁶⁵ - قرار المجلس الأعلى - منشور فقط تحت رقم ترتيبى عدد 47، دون بيان التاريخ ورقم القرار والغرفة
مصدرته . بمجلة القضاء والقانون، عدد 125، السنة 13، ص 237 . وفيه قرر المجلس الأعلى أنه ((كان على
طالب النقض، بعد صدور حكم بالرجوع وامتناع الزوجة منه، أن يقدم مقالا متفرعا عن الحالة، يطالب فيه بإيقاف
النفقة)) .

¹¹⁶⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1013. بتاريخ 22 / 09 / 1992، ملف رقم
91 / 6876 . (غير منشور)، أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال
الشخصية، مرجع سابق، ص 87 .

¹¹⁶⁷ - ولو أن المجلس الأعلى اعتبر في قرار له ((أن الطاعن سبق له أن صرح بأنه لا يمكنه أداء النفقة للمدعية
مادامت تمتنع من الرجوع إلى بيت الزوجية، رغم الحكم الصادر عليها، وأدلى بنسخة من الحكم بالرجوع وبمحضر
الامتناع من تنفيذه . ولم تجب المحكمة على ذلك طبق القانون الذي ينص على إمكان إيقاف تنفيذ النفقة في هذه
الحالة، لأن ثبوت الامتناع من الرجوع إلى بيت الزوجية، وإن كان لا يؤثر على وجوب النفقة، فإنه يكون واقعة
قانونية وظروفاً يجب مناقشتها في نطاق الفصل 123 من مدونة الأحوال الشخصية، والجواب على ذلك إيجاباً أو
سلباً، وبالتالي فإن عدم مناقشة المحكمة للوثيقتين المدلى بهما من طرف الطاعن، وعدم الجواب عليهما طبق الفصل
123 المذكور يجعل الحكم المطعون فيه ناقص التعليل الموازي لانعدامه)) (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية -
قرار عدد 706 . بتاريخ 12-11-1984، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 37-38، ص 157. وكذلك
بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 402) . وقد نقض المجلس
الأعلى، بهذا القرار، الحكم القاضي بالنفقة للزوجة رغم دفع الزوج يكون الزوجة امتنعت من تنفيذ الحكم القاضي
عليها بالرجوع لبيت الزوجية. ويلاحظ أنه وحسب وقائع القضية فإن الزوج لم يطلب إيقاف نفقتها، وإنما اقتصر
على مجرد الدفع بأن الزوجة امتنعت من الرجوع إلى بيت الزوجية . وقد عاب المجلس الأعلى على المحكمة عدم
الجواب سلباً أو إيجاباً على الدفع المذكور، مما كان سبباً لنقض الحكم.

المدونة . وبناء على ما ذكر، فإن الزوجة المطلوبة في النقص تبقى مستحقة للنفقة . وبما أنها لا توجد في حوزة الطاعن الذي لم يثبت إنفاقه عليها خلال المدة المطلوبة، فإن القول يكون قولها بيمينها، حسبما استقر عليه العمل القضائي، فيما إذا كانت الزوجة غير حاضرة ببيت الزوجية، ومتواجدة عند أحد أقاربها ولم يثبت الزوج الإنفاق)) .

الفقرة الثانية - تقرير السلطة التقديرية للمحكمة في تقدير حالة النشوز، دون الاكتفاء بمجرد الامتناع عن تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع لبيت الزوجية :

إذا كانت المادة 123 من المدونة، قد خرجت عن مشهور المذهب مالك في مسألة نشوز الزوجة غير الحامل، وخولت للقاضي مجرد إمكانية إيقاف نفقة الزوجة الناشز. فإن المجلس الأعلى ترك لقاضي الموضوع، كامل سلطته في تقدير النشوز من عدمه، مما يكرس - قضاء - زيادة ابتعاد تطبيقات النشوز عن مشهور مذهب الإمام مالك .

ويتجلى ذلك في كون المجلس الأعلى، يقرر أنه، لا ينبغي على حالة النشوز، إيقاف النفقة، إلا إذا ارتأت المحكمة ذلك . لأن النشوز وحده لا يكون له اعتبار . وقد أوضح المجلس الأعلى في حيثيات قرار له¹¹⁶⁸، أنه ((لما كانت الناشز غير الحامل، تكون لها النفقة حتى يصدر حكم بإيقافها، وأنه كان على طالب النقص، بعد صدور حكم بالرجوع وامتناع الزوجة منه، أن يقدم مقالا متفرعا عن الحالة، يطالب فيه بإيقاف النفقة، وأنه يبقى نظر القاضي فيما صدر من امتناع الزوجة، هل له مبرر أم لا، فينظر هل امتنعت امتناعا مطلقا، أو أجابت بأنها لا ترجع، إلا مع إسكانها وحدها مثلا . لذا عبرت المدونة في فصلها 123 بأنه للقاضي ولم تقل عليه))، وبذلك رفض المجلس الأعلى طلب نقض الحكم الذي، لم يستجب لطلب إيقاف النفقة الذي تقدم به الزوج، رغم تحرير محضر امتناع الزوجة من تنفيذ الحكم القاضي عليها الرجوع لبيت الزوجية، التي تشبثت بأن يسكنها الزوج بعيدا عن ضررتها وفقا للحكم القاضي بالرجوع لبيت الزوجية .

بل إن المجلس الأعلى اعتبر أن طبيعة الحكم القاضي بإيقاف النفقة للنشوز، تقتضي كونه تدبيرا مؤقتا، وبالتالي يمكن الرجوع عنه لزوال الظروف التي صدر فيها . فقرر المجلس الأعلى

¹¹⁶⁸ - قرار المجلس الأعلى - منشور فقط تحت رقم ترتيبي عدد 47، دون بيان التاريخ ورقم القرار والغرفة مصدرته . بمجلة القضاء والقانون، عدد 125، السنة 13، ص 237 .

¹¹⁶⁹ : ((إن الحكم الصادر بتاريخ 23-02-1961 بإيقاف النفقة، هو تدبير مؤقت، وأن محكمة الاستئناف ارتأت حسب سلطتها التقديرية، أن الظروف التي كان اتخذ فيها ذلك التدبير قد زالت، وعللت ذلك بما فيه الكفاية)) ¹¹⁷⁰.

وعلى ذلك، فإن الحكم القاضي بإيقاف نفقة الناشز، لا يجوز حجية الأمر المقضي بصفة مطلقة. لأن حجيته مؤقتة، ولا تشمل إلا الفترة الماضية، ولا تمنع الناشز من طلب النفقة عن مدة لاحقة، زال فيها مبرر إيقاف النفقة المحكوم به ¹¹⁷¹.

إن هذا الاتجاه في تعامل المجلس الأعلى مع المادة 123 من المدونة، يقترب من عدم اعتبار النشوز سببا لإسقاط النفقة بالمرة، ولو مع وجود امتناع من تنفيذ الحكم القاضي على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية. لكنه في المقابل لا يقرر حلا لشقاق الزوجين. وقد سبق بيان رأي المحرم علال الفاسي المقرر العام للجنة وضع المدونة، بشأن إسقاط لفظ النشوز باعتباره من مسقطات

¹¹⁶⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 61، بتاريخ 24-05-1977، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 127.

ومن الجدير بالذكر، أن محكمة الموضوع مصدرة القرار المطعون فيه بالنقض وحسب وقائع قرار المجلس أعلاه، قضى بنفقة الزوجة التي سبق إيقاف نفقتها على أساس أن ((نفقة الزوجة لا جدال في وجودها وليس هناك ما يسقطها، وعلى أن إيقافها لمدة 14 سنة يصير غير معقول لعدم قيام الزوج بأية محاولة لرد الزوجة)) . وعلى ذلك وحسب محكمة الموضوع المذكورة فطول مدة إيقاف النفقة وعدم بذل أي محاولة من طرف الزوج لرد زوجته وتركه لها معلقة لا يسقط حقها في النفقة بالمرة .

¹¹⁷⁰ - ومن الأمثلة على زوال الأسباب، الذي يبرر الرجوع في قرار إيقاف النفقة، ثبوت رجوع الزوجة لزوجها ومعاشرته إياها، ولو لم يجر بذلك محضر تنفيذ للحكم الذي سبق لها الامتناع عن تنفيذه .

¹¹⁷¹ - انظر : قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 74 . بتاريخ 05-04-1971، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 24، ص 33 . إذ وحسب هذا القرار، فقد طالبت الزوجة بنفقتها من الزوج ابتداء من تاريخ رفض دعوى التطلاق التي تقدمت بها، وصرحت أنها مستعدة للرجوع إلى بيت الزوجية ((بشرط إعطائها حقوقها كزوجة))، فدفع الزوج بأنه سبق له أن استصدر حكما يقضي عليها بإيقاف النفقة نظرا لنشوزها . لكن المحكمة قضت عليه بأداء النفقة وفق الطلب . فطعن الزوج بالنقض في الحكم المذكور، فنقضه المجلس الأعلى بعللة ((أن المطلوبة لا تستحق النفقة بمقتضى هذا الحكم، إلا من يوم الرجوع أو من تاريخ صدور الحكم الجديد، لا من تاريخ سابق عليه كما جاء في صنيع المحكمة)) . ويتبين من هذا القرار أنه لا مانع من التراجع في حكم إيقاف النفقة، فالمجلس الأعلى يؤيد ضمنا الحكم بالنفقة من حيث المبدأ، لكنه لم يقر المحكمة على مد مفعول الحكم بها إلى تاريخ سابق عليه، ولذلك نقضه .

ويبدو من وقائع هذا القرار، أن مبرر عدم الرجوع، كان هو دعوى التطلاق التي رفعتها الزوجة ضد الزوج وانتهت بالرفض . وسنرى موقف المجلس الأعلى من آثار دعوى التطلاق للضرر على دعوى الرجوع لبيت الزوجية (قرار عدد 246، بتاريخ 19-04-1982 الآتي ذكره) .

النفقة، لأن للنشوز سببا يتعين علاجه . وبالفعل، فإن علاج هذا الشقاق لا يكفي فيه مجرد إيقاف نفقة الزوجة، خاصة وأن الزوج يبقى ملزما بنفقة الأولاد إن كانوا يوجدون معها .

على أنه، ورغم اتجاه المجلس الأعلى المين أعلاه، فإن محاكم الموضوع، غالبا ما لا تستعمل حتى سلطتها التقديرية في تقدير النشوز، عقب امتناع الزوجة عن تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع لبيت الزوجية، فأحرى أن تبث في أصل الشقاق بين الزوجين . إذ العملية الآلية الشائعة الآن أمام أغلب المحاكم، هي ترتيب ثبوت النشوز على مجرد الامتناع عن تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع لبيت الزوجية .

ولذلك، أعتقد، أنه مادام الأمر يتعلق بشقاق بين الزوجين، ولو أنه عرض على المحكمة خارج دعوى للتطبيق، فإنه وفي إطار النص الحالي، ينبغي على المحكمة تقدير نشوز الزوجة من عدمه عند المطالبة بإيقاف نفقتها لذلك، فتبحث في سببه، دون الاكتفاء فقط بمجرد استيفاء مسطرة طلب إيقاف النفقة كما وضحت أعلاه . وعلى ضوء البحث يمكن للمحكمة تقدير وجود النشوز من عدمه، وأن ترتب لكل حالة حكمها. بحيث إذا تحققت من وجود نشوز غير مرر فعلا، يتم الأمر بإيقاف النفقة، وإلا فلا . وكل ذلك يتحدد على ضوء البحث في أسباب النشوز، لا على مجرد الامتناع من تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع لبيت الزوجية . فما الحكم القاضي بالرجوع لبيت الزوجية والامتناع عن تنفيذه، سوى مجرد عنصر في إثبات النشوز، وليس شرطا لحتمية ثبوته . إذ غالبا ما تستند الزوجة في تبرير نشوزها عند مطالبة الزوج بإيقاف نفقتها - على مبررات يتعين على المحكمة تفحص شرعيتها . واعتماد وسائل الإثبات الجائزة قانونا في الموضوع بشأنها .

فكثيرا ما تكون هذه المبررات على جانب من الصحة ومؤسسة قانونا . ومما يشار منها عمليا: ادعاء الزوجة، عدم توفر الزوج على بيت الزوجية أو على الأقل عدم شرعيته¹¹⁷² . أو ادعائها امتناع الزوج عن الإنفاق عليها . أو كون الحكم القاضي عليها بالرجوع غير نهائي . أو أنه أثيرت دعوى الصعوبة في تنفيذه، لعدم توفر الزوج على مسكن شرعي . أو أنها رفعت دعوى

¹¹⁷² - لقد اعتبر القضاء التونسي أن عدم وجود بيت الزوجية ينفي النشوز، وقررت محكمة التعقيب أن ((عدم وجود مقر للزوجية ينفي النشوز المدعى به، ولا يعتبر معه تصرف الزوجة إخلالا بواجباتها الزوجية المفروضة عليها بالفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية يوجب حرمانها من النفقة)) (محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 49225 مؤرخ في 1996/04/30، بنشرية محكمة التعقيب 1996، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس، ص 297 وما بعدها).

بالتطبيق للضرر، وأن رجوعها إلى بيت الزوجية يسقط تلك الدعوى¹¹⁷³. وبالفعل فإن المبررات الناجمة عن مثل هذه الدفوع، خاصة المتعلقة بعدم وجود بيت الزوجية أو عدم شرعيته، هي المبررات الأكثر وقوعاً في هذا النوع من القضايا. فيتعين على المحكمة التثبت في هذه الحالة من وجود بيت الزوجية ومدى شرعيته ومدى ملاءمته لحال الزوج يسراً أو عسراً. إذ يعتبر الدفع بعدم شرعية المسكن اعتراضاً جوهرياً على دعوى الرجوع لبيت الزوجية، مادام الزوج لم يوف بالتزامه بإعداد مسكن زوجية شرعي، خاصة إن كانت الزوجة قد استصدرت حكماً على الزوج بإعداد بيت الزوجية، أو إعداد مسكن مستقل لها عن أهل الزوج¹¹⁷⁴.

¹¹⁷³ - إذ يقرر المجلس الأعلى في هذه الحالة أنه يتعين إيقاف دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية، إذا كانت الزوجة رفعت دعوى التطلاق، لأن دعوى التطلاق للضرر تسقط، إن مكنت الزوجة المدعية زوجها من نفسها، أثناء سريان دعوى التطلاق للضرر حسب قواعد الفقه (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 246، بتاريخ 19-04-1982، بمجلة القضاء والقانون، عدد 132، يناير 1984، ص 151).

وتجدر الإشارة إلى أنه، ورغم اختلاف موضوع دعوى التطلاق للضرر، ودعوى الرجوع إلى بيت الزوجية. فإنه يمكن للمحكمة ضم الدعويين معاً، بناء على سلطتها التقديرية في الموضوع. وإذا ما سبق البت في دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية، فإن ذلك لا يمنع المحكمة من البت في دعوى التطلاق للضرر.

وتجدر الإشارة أيضاً، إلى أن الفصل 59 من مدونة الأحوال الشخصية ينص على أنه: ((في حالة الترافع لدى القاضي، وعدم تأتي مساكنة الزوجين وقت جريان الدعوى يمكن للزوج أن يرشح بعض أقاربه للزوجة لتختار عند من تقيم ريثما يصدر الحكم في شأنهما. فإن لم تختار من بينهم واحداً، فللزوج أن يختار من بين أقاربها من تتل عنده. فإذا امتنعت أنزلها القاضي في دار الثقة، ويجري الزوج النفقة في مختلف الأحوال)) .

وفي هذا الصدد، قرر القضاء المصري: أن دعوى الطاعة تختلف موضوعاً وسبباً عن دعوى التطلاق للضرر. وأن الحكم بدخول الزوجة في طاعة زوجها ونشوزها، لا ينفي بذاته ادعاء الزوجة المضارة في دعوى التطلاق للضرر (نقض مصري - الطعن رقم 14 لسنة 52 ق أحوال شخصية. جلسة 15 / 05 / 1984. أورده معوض عبد التواب - المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 81. كما أورد عدة أحكام في نفس الاتجاه).

كما قرر القضاء المصري، أن الحكم القاضي بالرجوع إلى بيت الزوجية، إنما يترتب أثره حال قيام الزوجية. وتطبيق الزوجة بمنع من ذلك. لأنه لا طاعة على مطلقة لمن طلقت عليه (نقض مصري - الطعن رقم 67 لسنة 54 ق أحوال شخصية. جلسة 19 / 03 / 1985. أورده معوض عبد التواب - المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص 83).

¹¹⁷⁴ - إن إلزام الزوج بإعداد مسكن الزوجية لا يترتب عليه جزاء مدني، كإجباره عن طريق الغرامة التهديدية مثلاً، بل يُترك للمؤيدات الناجمة عن الإخلال بنظام الزواج (نفقة، طلب التطلاق للضرر المترتب عن وضع بيت الزوجية...). (انظر القرار الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بطنجة عدد 406-88، بتاريخ

إن دراسة الأستاذة كترة لمراي العلوي¹¹⁷⁵ تبين أن نسبة 14.93% من قضايا الأحوال الشخصية التي درستها بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء تتعلق بالرجوع لبيت الزوجية، مما يبين حجم الشرخ في العلاقات الزوجية، كما تبين الدراسة من جهة أخرى أن نسبة 4.09% من القضايا المذكورة كان متعلقا بطلب الزوجة للسكن سواء بالاستقلال عن أهل الزوج أو عن ضرتها . وكل هذا يبين مدى حساسية موضوع السكن الزوجي وأهميته في حدوث الشقاق بين الزوجين، خاصة في ظل تنامي أزمة السكن¹¹⁷⁶ .

ولعل ما يدفع ببعض القضاء إلى تجاهل دفع الزوجة المتعلقة ببيت الزوجية، هو كون مدونة الأحوال الشخصية، لم تحدد شروط مسكن الزوجية¹¹⁷⁷ . غير أن أحكام الفقه عديدا في هذا الباب¹¹⁷⁸ ، ويمكن الرجوع إليها طبق قاعدة الإحالة على الفقه المالكي . فقد قرر المجلس

28-06-1988، ملف عدد 342. 88 / 11 (غير منشور) الذي رفض تحديد الغرامة التهديدية في إطار الفصل 448 من ق.م.م بعدما امتنع الزوج من تنفيذ الحكم القاضي عليه بإعداد البيت الزوجية) .

¹¹⁷⁵ - كترة لمراي العلوي - الأسرة المغربية - مرجع سابق، ص 144 . وانظر الصفحات 147-149، بخصوص نسب الطلبات المتعلقة بطلبات السكن، ونوعية ووسط الإقامة والتجهيزات بالسكن .

¹¹⁷⁶ - لا مانع من أن يكون بيت الزوجية مقدما من طرف الزوجية . بل هناك من تشترط على زوجها أن تكون سكنها بيت أهلها أو بيت تملكه . وحسب الفقه يكون تصرفها هذا تبرعا لفائدة الزوج الملزم بإعداد بيت الزوجية لأنه من باب النفقة .

وقد قرر المجلس الأعلى بهذا الصدد أن ((الزوجة وإن كانت نفقتها على زوجها طبقا لقانون الأحوال الشخصية فإن قانون الكراء السكني (ظهير 25-12-1980) لا يمنعها وهي مالكة ومكرية من أن تطلب تصحيح الإشعار بالإفراغ لتسكن بالحلل هي وأبناءها وزوجها)) (قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 2983 . بتاريخ 22-12-1986، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40، ص 105)

¹¹⁷⁷ - فقد أشارت مدونة الأحوال الشخصية، إلى موضوع سكن الزوجة في : الفصل 35 كحق من الحقوق التي للزوجة على زوجها . ونصت على سكن الزوجة في الفصل 119، الذي جاء فيه أنه ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها . ونص الفصل 48 / 1 على وجوب الإشهاد بالطلاق لدى عدلين منتصين للإشهاد في دائرة اختصاص القاضي التي يوجد بها بيت الزوجية .

ويلاحظ الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد، أن الفصل 520 من ق.م.م (بخصوص بيان محل الإقامة)

لم يتحدث عن مسكن المرأة المتزوجة . انظر :

- Abderrazak Moulay R'CHID: La Condition de la Femme Au Maroc, Thèse, Rabat, 1981. p. 302-303 .

¹¹⁷⁸ - من هذه الأحكام :

1 - يقرر الفقه حق الزوج في اختيار بيت الزوجية وبالتالي تبعية الزوجة للزوج .

الأعلى¹¹⁷⁹ ((إن الحكم بالرجوع لبيت الزوجية فرع عن توفر الزوج عليه . والقرار المطعون فيه بعدم تقييده ما قضى به من الرجوع لبيت الزوجية - بوجود ذلك البيت بالفعل، يكون غير مرتكز على أساس)) . كما قرر المجلس الأعلى¹¹⁸⁰ : ((حيث إن الشارع خص الزوجة بالسكنى مع زوجها منفردة عن أهله وأقاربه . كما نص على ذلك الفقهاء . قال الشيخ خليل : " ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه " . وإذا كان الأمر كذلك، فلا وجه لتكليف المدعية بإثبات كونها تسكن مع أقاربه، لأنها مصدقة في دعواها هذه)) . كما قرر المجلس الأعلى¹¹⁸¹ أنه : ((يتبين من الحكم المطعون فيه، أن قضاة الموضوع يفهمون خطأ، أن حق سكن الزوجة منفردة عن أهل الزوج وأقاربه، لا يستجاب له إلا بعد ثبوت الضرر من الأهل والأقارب بالزوجة . ومن ثم عللوا قرارهم بأن الطاعنة لم تبين ضرر حماها وهو تعليل مخالف للفقهاء، الذي

وفي هذا يقرر المجلس الأعلى : ((بمقتضى الفصل 35 من المدونة، فإن الزوج ملزم بإسكان زوجته، وهو الذي يختار بيت الزوجية . وأن ادعاء (الزوجة) أن بيت الزوجية هو بيت والديها مع تسليمها بأن زوجها يسكن بدوار آخر هو دوار (اكرضة) هو ادعاء يجانب الصواب . وإن المحكمة التي قضت برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية بعنوان الزوج، تكون قد طبقت الفصل 35 المذكور تطبيقاً سليماً)) (المجلس الأعلى - قرار عدد 882، بتاريخ 10 / 12 / 1996 . ملف رقم 5656 / 93 . (غير منشور)، أورده : عبد العزيز توفيق - التعليق على مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 58) .

2 - صلاحية بيت الزوجية للإقامة فيه، بناء وتجهيزاً بحسب حالة الزوج يسراً أو عسراً، ولحال الزوجة كذلك .
3 - كون المسكن بين جيران صالحين لتبديد الوحشة بوجودهم وللشهادة عن الاقتضاء .
4 - أن يكون خالياً من الضرة ومن أهل الزوج بصفة خاصة، إلا برضا الزوجة . وفي هذا ينص الفصل 119 فق 2 من مدونة الأحوال الشخصية : ((ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في دار واحدة بغير رضاها)) .
ويضاف إلى ذلك أمانة الزوج على نفس زوجته وعدم قصده المضارة بها .

وأعتقد أنه لا شيء يمنع المحكمة وهي تبت في طلب الرجوع إلى بيت الزوجية، من أن تقوم بأي إجراء من إجراءات التحقيق، للتأكد من شرعية المسكن الزوجي . على أن الزوج يبقى هو المكلف بإثبات وجود وشرعية بيت الزوجية .

¹¹⁷⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 894 . بتاريخ 28 / 07 / 1992، ملف رقم 5874 / 90 . (غير منشور)، أورده حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 87 . وحسب ما يبدو من هذا القرار فإن الزوجة هي التي كانت اقتصرت البيت قبل زواجها من الطاعن .

¹¹⁸⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 887 . بتاريخ 14-12-1982، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، ص 83 .

¹¹⁸¹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 330 . ملف رقم 5612 / 84 . (غير منشور)، أورده حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 82 .

يجعل انفراد الزوجة بالسكن بعيدة عن أقارب الزوج وأهله حقا من حقوقها، لا يتم إلا برضاها طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 119 من المدونة . وانفراد الزوجة بمسكن في الدار المعتمرة بالأهل والأقارب، لا يعد انفرادا بالسكن بعيدا عنهم كما ذهبت إليه المحكمة، بل لا يتحقق ذلك إلا بالسكن بعيدة عنهم)) .

فإذا أثبت الزوج شرعية المسكن، وكان مبرر النشوز يتعلق بعدم شرعية المسكن، وأصرت الزوجة على عدم الرجوع إليه، تحقق نشوز الزوجة الموجب لإسقاط نفقتها بالشروط المحددة في المادة 123 من المدونة المبينة أعلاه، بما في ذلك شمول الحكم القاضي بإيقاف النفقة، بالنفاذ المعجل بقوة القانون¹¹⁸² . ومع ذلك يبقى هذا السبب، مانعا مؤقتا من النفقة يزول بزوال مبرره .

الفقرة الثالثة – رفض التعويض المدني عن النشوز :

¹¹⁸² – لقد نصت المادة 123 من مدونة الأحوال الشخصية على أنه ((ولا يؤثر الاستئناف في إيقاف النفقة ما لم يقض بإلغاء الحكم)) . مما يفيد أن الحكم بإيقاف النفقة للنشوز مشمول بالنفاذ المعجل، وبقوة القانون، وبمنع على محكمة الطعن إيقاف تنفيذه . ويترتب على ذلك، أن الزوج يصبح غير ملزم بنفقة زوجته الناشز غير الحامل، ابتداء من تاريخ صدور الحكم القاضي بإيقاف النفقة . وإلى حين رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية، أو ابتداء من تاريخ صدور حكم جديد بالنفقة، وفق ما قرره المجلس الأعلى بقراره السابق الإشارة إليه أعلاه (عدد 74 . بتاريخ 05-04-1971) . ولقد كان القضاء المغربي، وقبل صدور المسطرة المدنية لسنة 1974 (المادة 179، حيث تقررت الصبغة الاستعجالية للنفقة وشمول أحكامها بالنفاذ المعجل)، وقبل التعديل الذي طال المدونة بخصوص تقرير نفس الصبغة في المادة 119) - كان يعتمد على مقتضيات المادة 123 من المدونة - وعلى سبيل القياس - لتقرير النفاذ المعجل للحكم المتعلق بأداء النفقة . رغم أن المادة المذكور كانت تقرر النفاذ المعجل للحكم القاضي بإيقاف نفقة الزوجة الناشز فقط : ((وكثيرا ما اعتمدت المحاكم المغربية النص المذكور (المادة 123 من المدونة) في مادة النفاذ المعجل، وظلت تركز عليه في أحكامها، حتى بعد صدور ظهير قانون المسطرة المدنية)) (انظر : محمد السماحي - نظام التنفيذ المعجل للأحكام المدنية في القانون المغربي . الدار البيضاء 1985، مرجع سابق، ص 123).

ومن الأحكام القضائية التي تناولها الأستاذ محمد السماحي، حكم محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 25-06-1976 والقاضي برفض طلب إيقاف تنفيذ الحكم بالنفقة، عملا بمقتضيات الفصل 123 من مدونة الأحوال الشخصية (القرار منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 98) .

فضلا عن الجزاء الذي تقرره المادة 123 من المدونة ، فإن القانون الجنائي يعزز - في بعض الحالات - مؤيد إيقاف النفقة للنشوز، بجزاء جنائي طبق مقتضيات القانون الجنائي¹¹⁸³ .
 مما يثور معه التساؤل حول ما إن كان النشوز يرتب مسؤولية مدنية في حق الزوجة الناشز، بخصوص الأضرار اللاحقة بزوجها من جراء فعل النشوز، وذلك تبعا للقواعد العامة وخارج مؤيدات النشوز المنصوص عليها بالمدونة ؟

لقد طرح هذا الأمر على القضاء . ففي واقعة من مدينة وجدة، تقدم المدعي بمقال أمام المحكمة الابتدائية، يلتمس بمقتضاه الحكم له بتعويض، مع غرامة تهديدية ضد زوجته، نظرا للضرر المادي والمعنوي اللاحقين به من جراء مغادرتها لبيت الزوجية، وامتناعها من الرجوع إليه، رغم الحكم عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية وإدانتها من أجل إهمال الأسرة . فقضت المحكمة الابتدائية لفائدة الزوج بالتعويض والغرامة . غير أن محكمة الاستئناف بوجدة ألغت الحكم المذكور، بعلّة كون القاضي الابتدائي طبق القواعد العامة، والحال أن النازلة تخضع لقانون خاص هو مدونة الأحوال الشخصية، التي تخول للزوج عند مغادرة زوجته المطالبة بإسقاط نفقتها فقط دون التعويض ؛ لأن ((النفقة قانونا، تكون في مقابل الاستمتاع))، وأنه لرفع الضرر اللاحق بالزوج، يمكنه الاستعانة بخادم للقيام بأمور البيت التي تضرر المدعي من تعطلها بغياب زوجته . فتقدم الزوج بطعن بالنقض ضد القرار الاستئنافي المذكور بعلّة : أن محكمة الموضوع لم تشر إلى النص القانوني الذي يمنح الزوج من مطالبة زوجته الناشز بالتعويض، وأن الزوجة خرقت التزاماتها الزوجية ولا يوجد نص قانوني يمنع التعويض، وأن الحكم بالغرامة التهديدية هو وسيلة إجبارها على الرجوع لبيت الزوجية .

¹¹⁸³- إن الفصل 479 من القانون الجنائي ينص على معاقبة الأب أو الأم إذا ترك أحدهما بيت الزوجية، دون موجب قاهر لمدة تزيد على شهرين في حالة وجود أولاد. وفي حالة عدم وجود الأولاد فإن الفقرة الثانية من الفصل المذكور تُخص العقوبة، بالزوج إذا ترك بيت الزوجية عمدا لمدة شهرين وهو يعلم أن زوجته حامل . ولم يترتب الفصل المذكور جزاء في حق الزوجة ، في حالة عدم وجود أولاد ولو كانت حاملا. ولذلك يطالب البعض بإضافة فقرة للفصل المذكور، تنص على معاقبة الزوجة إن غادرت بيت الزوجية وهي حامل ؛ تسوية لها بالزوج في حالة عدم وجود أولاد . انظر : فائزة بلعسري : " حول الفصل 479 من القانون الجنائي " . .مجلة الملحق القضائي، عدد 3، ص 15 .

غير أن المجلس الأعلى¹¹⁸⁴ رد طلب النقض، بقوله : ((لكن، حيث إن الطرفين يرتبطان بعقد الزوجية الذي يخضع من حيث صحته وآثاره إلى مدونة الأحوال الشخصية، التي، لم تقرر للنشوز جزاء آخر، غير حق الزوج في طلب إيقاف النفقة الواجبة عليه ؛ مما تكون معه الوسيلة لا أساس لها))¹¹⁸⁵.

لقد كان هذا القرار مناسبة هامة للمجلس الأعلى، ليبين أساس النفقة مادام الحكم المطعون فيه نص على أن أساسها هو " الاستمتاع ". غير أن المجلس الأعلى ركز على القانون الذي يحكم النازلة، فحصره في المدونة التي تنظم نظام الزواج وآثاره، وأكد أن أثر النشوز يقتصر على إيقاف النفقة، ولم يرتب أي حق في التعويض . ولم يتطرق المجلس الأعلى لموقف محكمة الاستئناف الذي اعتبر إيقاف النفقة هو جزاء لعدم الاستمتاع بالزوجة . وهذه مسألة مرتبطة بأساس التزام الزوج بالنفقة، وهو محل خلاف في الفقه الإسلامي¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁴ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 41، بتاريخ 11 يناير 1982، ملف عدد 90783، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، ص 92 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 344 .

¹¹⁸⁵ - وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية لما قررت أن : ((مسائل الأحوال الشخصية لا تخضع لأحكام القانون المدني، وإنما تسري عليها الأحكام المقررة بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة...)) (الطعن رقم 24 لسنة 50 ق الأحوال، جلسة 10 . 12 . 1981 . ذكره فتحي حسن مصطفى - مرافعات الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 531) .

بينما قرر القضاء التونسي، أن الإخلال بواجب المساكنة بغيا وتعسفا يعرض صاحبه لأحكام الفصل 246 من مجلة الالتزامات والعقود (تونس) الذي يقضي بأن ليس لأحد أن يقوم بحق ناتج عن التزام ما لم يثبت أنه وُفي من جهته أو عرض أن يوفي بما أوجبه عليه الالتزام. ولذلك فإن محكمة التعقيب التونسية قررت أن ((عقد الزواج ولن كان مصدرا للحقوق فإنه كذلك منشئ للواجبات)) . وتبعاً لذلك نقضت حكم محكمة الموضوع الذي قضى بنفقة زوجة ناشز حيث قرنت وجوب النفقة (الفصل 38 من مجلة الأحوال الشخصية) بالقيام بالواجبات الملقاة على الزوجة (الفصل 23 من المجلة المذكورة) (محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 1165 بتاريخ 09-05-1978 بمجلة القضاء والتشريع، عدد دورة الخريف دجنبر 1979، ص 97) .

¹¹⁸⁶ - فقد ثار الخلاف في الفقه الإسلامي، حول أساس التزام الزوج بنفقة زوجته، بين قائل بأن أساس ذلك هو مجرد العقد على الزوجة دعي إلى نكاحها أو لم يدع، وهو رأي المذهب الظاهري (ابن حزم - المحلى بالآثار . ج 9، مرجع سابق. ص 249) . وبين قائل بأن أساسه هو مقابل الاستمتاع بالزوجة، وهو رأي المالكية والشافعية . وبين قائل بأن أساس النفقة هو مقابل الاحتباس لفائدة الزوج والقرار ببيت الزوجية وهو رأي الحنفية . انظر حول الخلاف في أساس إلزام الزوج بنفقة الزوجة :

- محمد فاروق النيهان - علة الاتفاق على الزوجة في الفقه الإسلامي - بالمجلة العربية للفقه والقضاء، عدد 8، ص 421... وبمجلة القضاء والقانون، عدد 140-141، ص 83 .

ويبدو من نصوص المدونة، أنها أسست مناط النفقة على العلاقة الزوجية القائمة بين الزوجين¹¹⁸⁷، إذ نصت في المادة 116 على أن ((أسباب النفقة - الزوجية ...))، وما ذلك إلا لكون النفقة ((التزام من الالتزامات العديدة التي يقوم عليها البيت الزوجي))¹¹⁸⁸. وقد سبق للمرحوم علال الفاسي في تقريره العام بخصوص مشروع كتاب النفقة - أن بين ((أنه لا دليل على اعتبار النفقة في مقابل الاستمتاع، ولذلك لا دليل على ما يبنى عليها . وعليه فالزوجة تستوجب النفقة بمجرد ما يدعوها الرجل للدخول ولا تسقط نفقتها إلا بانحلال الزوجية، لأن النفقة جزء من نظام الزوجية))¹¹⁸⁹ ولذلك اقترح المرحوم علال الفاسي - كما مر معنا - حذف كلمة النشوز من المدونة واعتبار الأمر شقاقاً يستدعي بعث الحكّمين . ويذهب أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي في نفس الاتجاه عند تعليقه على قرار المجلس الأعلى (عدد 41) المذكور أعلاه¹¹⁹⁰ فيرى أن المشرع في المادة 123 من المدونة لم يجعل إيقاف النفقة من أجل عدم

- تقرير المقرر العام للجنة وضع المدونة، المرحوم علال الفاسي - بخصوص مشروع وزارة العدل للمدونة : الكتاب الثالث - مرجع سابق .

- أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 210 وما بعدها .

- عبود رشيد - الأحوال الشخصية قواعد ونصوص وشروح - مرجع سابق، ص 168 .

- الكاساني - بدائع الصنائع . ج 4، مرجع سابق، ص 22 وما بعدها .

وتقوم نظرية الاحتباس على أن من احتبس بحق، غيره، لمنفعته، فنفته على من احتبس من أجله . فيكون أساس نفقة الزوجة على زوجها هو العقد الصحيح بشرط الاحتباس أو الاستعداد له، فإذا لم يتحقق الاحتباس أو الاستعداد له فلا نفقة. (أنور العمروسي - المرافعات الشرعية . مرجع سابق، ص 278) .

وقد قرر القضاء التونسي في هذا الصدد : إن أساس النفقة ليس هو العقد وليس هو الدخول ولا حتى هما معاً، لكن الموجب الحقيقي، هو احتباس الزوجة لنفسها على الزوج بالذات (قرار محكمة ناحية مارت (تونس) عدد 301 . بتاريخ 03-02-1982 . بمجلة القضاء والتشريع (تونس) عدد 7، 24 يوليو 1982، ص 132 . وبالمجلة العربية للفقهاء والقضاء، عدد 2 ص 285 .

وقرر القضاء المصري - أن نفقة الزوجة تجب على الزوج لزوجته مقابل احتباسها كاملاً لمنفعته، فإن لم يتحقق لمانع ليس من قبله سقطت عنه النفقة. (محكمة الاستئناف بمصر - قضية رقم 167 . لسنة 36 شرعي كلي مستأنف، مصر جلسة 26-05-1938 منشور بموسوعة الفاكهاني، ج 2 ، أحوال الشخصية - نفقة) .

¹¹⁸⁷- عبد الكريم شهبون - شرح مدونة الأحوال الشخصية . ج 3، مرجع سابق، ص 88 .

¹¹⁸⁸- أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 216) .

¹¹⁸⁹- عبود رشيد عبود - الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 170 .

¹¹⁹⁰- أحمد الخليلي - في تعليقه على قرار المجلس الأعلى المذكور أعلاه، والمؤرخ في 11 يناير 1982 . والتعليق منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 131، ص 110 - 122. وانظر تعليقا على القرار المذكور في نفس الاتجاه لدى:

استمتاع الزوج بزوجه عند نشوزها، بل لإجبارها على تنفيذ واجباتها العقدية : المساكنة (المادة 34 من المدونة) . وأنه عند احتدام الخلاف بين الزوجين، بتطور الأمر إلى شقاق بينهما، فيكون سببا من أسباب التطليق القضائي ويُفرض تعويض على المسيء من الزوجين يقدر اجتهادا¹¹⁹¹ .
وبين الدكتور الخليلي، أن الشريعة الإسلامية لا تقر زوجية ضررها أكبر من نفعها، يحتفظ الزوجان منها بالاسم فقط، بتحقيق الفراق الجسدي بينهما¹¹⁹² .

Ahmed ELABDOUNI, L'évolution de la jurisprudence en matière de responsabilité délictuelle. Rabat 1998, p. 94 et ss.

¹¹⁹¹ - وعلى هذا فإن القضاء التونسي يقرر تمكين الزوج من طلب الطلاق لعدم المساكنة: فقد قررت محكمة التعقيب بتونس ((وحيث يتبين من أسانيد الحكم المنتقد أنه استجاب لدعوى الطلاق للضرر التي رفعها الزوج لامتناع زوجته من مساكنته بدون مبرر أو عذر مقبول. وقد عللت المحكمة بقولها إن المدعي فعل كل ما في وسعه لإرضاء المدعي عليها واتفق وإياها إلى كراء محل مستقل وحقق ذلك فعلا لكنها رفضت الرجوع، ورفضها هذا يعد إخلالا بواجب المساكنة المحمول عليها قانونا، وأن ادعاءها سوء المعاملة والتعنيف لا وجود بالملف لما يؤيده، فتكون مستندات الطعن غير سديدة)) (محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 50913 مؤرخ في 19/11/1996، بنشرية محكمة التعقيب 1996، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس، ص 273 وما بعدها. وفي نفس الاتجاه قرار محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 51727 مؤرخ في 22/10/1996، بالمرجع السابق، ص 279 وما بعدها. وجاء في قاعدة هذا القرار الذي أيد الحكم القاضي بالطلاق بناء على طلب الزوج نظرا لتضرره من نشوز الزوجة: ((إن إصرار الزوجة على موقفها السلبي بمغادرتها محل الزوجية، ورفضها معاشره زوجها وامتناعها بالرغم من التنبيه عليها عديد المرات ودعوتها للمساكنة والرجوع إلى البيت الزوجي يشكل ضرا للزوج ويلحق بها صفة الناشز)). وبالمرجع المذكور عدة قرارات أخرى في نفس الاتجاه.

¹¹⁹² - ومن رأي الدكتور محمد الكشور، لا يوجد ما يمنع مطالبة أحد الزوجين، الزوج الآخر، بتعويض مدني أمام المحكمة الابتدائية في إطار المبادئ العامة للمسئولية التقصيرية أو العقدية، عن فعل خاطئ أضر به ماديا أو معنويا (محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، ط 3، الدار البيضاء 1996، ص 48 .
و انظر كذلك: محمد الكشور - قانون الالتزامات والعقود وقانون الأحوال الشخصية : التداخل والتضارب .
بالجريدة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 16، خاص بموضوع " الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "، ص 133 وما بعدها). وأشار الدكتور محمد الكشور إلى أن القضاء المغربي إذا كان يستبعد - أحيانا - تطبيق ق. ل. ع. فيما يخص ميدان الأحوال الشخصية، فإنه يطبقه في حالات أخرى ، وأشار إلى قرار المجلس الأعلى الذي يتبين منه، أن شخصا صرح أمام السلطة الإدارية، وأمام العدول بأنه أعزب، وتزوج من سيدة على هذا الأساس، لكنها اكتشفت أنه متزوج من أخرى . فتقدمت بشكاية ضده إلى النيابة العامة، فأدين بجرمة التزوير (ف 360 و 361 من ق ج) وحكم للزوجة بالتعويض كمطالبة بالحق المدني في إطار المبادئ العامة للمسئولية المدنية . وأقرت الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى هذا القرار (المجلس الأعلى - الغرفة الجنائية - قرار بتاريخ 21 / 11 / 1985، بمجلة

وأعتقد أنه لا يحق للزوج طلب التعويض عن النشوز ابتداء ومباشرة أمام القضاء، مجرد طلب التعويض، مع قيام العلاقة الزوجية . إذ قد يكون هو المتسبب في حدوث النشوز عند البحث في أسبابه، ولذلك تتصور إمكانية الحكم بالتعويض، عند سلوك مسطرة الحكّمين لتحقيق أمر الشقاق، لكن هذا لا يكون إلا في إطار دعوى تطليق . بحيث إذا تقرر إيقاع الفرقة بين الزوجين لشقاقهما فإذ ذاك يُفرض التعويض على المسيء، ويدخل في ذلك جميع الأضرار الناجمة عن هذا التصرف . وذلك طبقاً لما تقتضيه مسطرة بعث الحكّمين، أو مسطرة مجلس العائلة حالياً، وهي مع الأسف مساطر لا تمارس بالشكل المطلوب .

وتجب الإشارة في الأخير، إلى أنه وفي نفس توجهه باستبعاد مبادئ المسؤولية التقصيرية والتعويض، من مجال الأحوال الشخصية، وقصر الجزاء على المؤيدات المنصوص عليها في المدونة فقط، فإن المجلس الأعلى يستبعد كذلك اعتماد الغرامة التهديدية، كوسيلة لإجبار الزوج المخل على تنفيذ التزاماته . فقد قضى المجلس الأعلى¹¹⁹³، بنقض جزئي - فيما يخص الغرامة التهديدية - لقرار استئنائي قضى على الزوجة بالرجوع لبيت الزوجية، تحت طائلة غرامة تهديدية، على أساس ((أن عقد الزوجية من حيث صحته وفساده وجزاء عدم تنفيذه يخضع لمدونة الأحوال الشخصية . وحيث إن هذه لم تقرر للنشوز غير حق الزوج في طلب إيقاف نفقتها...)) . ثم إنه وعلى غرار موقف المجلس الأعلى، واستشهاداً بقرار، اعتبر فيه المجلس الأعلى، أن الغرامة التهديدية تعد تعويضاً ويتعين اعتبار الضرر وثبوته ومقداره عند تصفيتها¹¹⁹⁴ - فإن محاكم الموضوع ترفض طلب الحكم على الزوجة الناشز بغرامة تهديدية تبعا لامتناعها عن تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية، وذلك تأسيساً على أنه ((لا يكون للمستأنف عليه،

رابطة القضاة، عدد 20 / 21، ص 93) . كما أشار إلى أن الغرفة الاجتماعية، قد طبقت الفصل 1102 من ق ل ع لاستبعاد لفيف عدلي قدم لإثبات وقوع صلح بين الزوجين بخصوص النفقة (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 168، بتاريخ 28 / 04 / 1980 . ملف عدد 81413 (غير منشور ذكره الأستاذ الكشور بمرجه السابق، ص 143، هامش 40) .

¹¹⁹³ - المجلس الأعلى - قرار عدد 455، بتاريخ 14 / 03 / 1989، ملف عدد 6005 / 88 (غير منشور)، أوردته الأستاذة فريدة بناني - تقسيم العمل بين الزوجين . مرجع سابق، ص 244، هامش 204 .

¹¹⁹⁴ - المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 109 . بتاريخ 14 / 03 / 1979، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية ج 1، مرجع سابق، ص 533 .

إلا حق طلب إيقاف النفقة، ما دامت زوجته ممتنعة عن الرجوع إلى بيت الزوجية، ولا حق له في أي طلب تعويض، ومنه الغرامة التهديدية ((1195 .

المبحث الثالث

جواز بعض الشروط الاتفاقية في عقد الزواج

أجازت مدونة الأحوال الشخصية الأخذ ببعض الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، لكنها لم تتعرض لمدى لزومها ونفاذها تجاه الزوج بصفة خاصة . وللإمام بمدى علاقة نصوص المدونة بالفقه المالكي بخصوص أمر الشروط الاتفاقية في الزواج، وكيفية تعامل المجلس الأعلى مع هذا النوع من الشروط، سيتم التعرض أولا لموقف الفقه المالكي منها (المطلب الأول)، ثم بيان أحكام المدونة المتعلقة بالشروط الاتفاقية في الزواج (المطلب الثاني)، وأخيرا يتم بيان موقف المجلس الأعلى وعمله بخصوص الشروط المذكورة (المطلب الثالث) .

1195 - محكمة الاستئناف بالدار البيضاء - الغرفة الشرعية - قرار رقم 506، بتاريخ 19 / 04 / 1989، ملف عدد 89 / 88، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 62 ص 137 .

ذكرت الباحثة خديجة الروكاني أنه عرضت على القضاء (لم تدل بمراجع الملف) قضية تتعلق بطلب الزوجة تطليقها لأن زوجها لم يقيم حفلة الزفاف ولم يدخل بها منذ أربع سنوات، وأنه بعد العقد تهرب من التزاماته بإعداد بيت الزوجية . وطالبت بتعويضها عن الضرر الذي لحق بها من جراء كل ذلك، وقدرت التعويض في مبلغ قدره 20000 درهم . فقضت المحكمة بالتطليق لكنها رفضت الحكم بالتعويض، بحجة عدم وجود ما يبرر ذلك. (انظر: خديجة الروكاني : العنف داخل مؤسسة الأسرة (نموذج الزوجية)، بأشغال ندوة : العنف ضد النساء . أية حماية ؟. منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط. ص 48 وما بعدها). ومن رأي الباحثة المذكورة أن المدعية هنا لها الحق في التعويض عن الأضرار اللاحقة بها من جراء تركها معلقة، وتفويت فرص الزواج عليها. وأن مستند الحق في التعويض هو الفصل 230 و 236 من قانون الالتزامات والعقود.

المطلب الأول

الشروط الاتفاقية

في الزواج كما تنظمها قواعد الفقه المالكي

موضوع الشروط في عقد الزواج، من المواضيع التي وقع فيها الخلاف بين فقهاء مختلف المذاهب¹¹⁹⁶، بل حتى داخل المذهب الواحد نفسه¹¹⁹⁷. وبالنسبة لفقهاء المذهب المالكي، فإنهم يميزون بخصوص الشروط في عقد الزواج بين¹¹⁹⁸ :

¹¹⁹⁶ - فالظاهرية لا يجيزونها . يقول ابن حزم : ((كل نكاح عقد على صداق فاسد، أو على شرط فاسد، مثل أن يؤجل إلى أجل مسمى أو غير مسمى، أو بعضه إلى أجل كذلك، أو على خمر، أو على خنزير .. أو على أن لا ينكح عليها، أو أن لا يتسرى عليها، أو أن لا يرحلها من بلدها، أو أن لا يغيب مدة أكثر من كذا، أو على أن ينفق على ولدها أو نحو ذلك - فهو نكاح فاسد مفسوخ أبداً، وإن ولدت له الأولاد، ولا يتوارثان، ولا يجب فيه نفقة، ولا صداق ولا عدة)) . لقوله صلى الله عليه وسلم : ((كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)) . ثم يقول : ((فإن اشترط ذلك في نفس العقد فهو عقد مفسوخ، وإن اشترط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشروط كلها باطل، سواء عقدها بعقود أو بطلاق، أو بأن أمرها بيدها، أو أنها بالخيار . كل ذلك باطل)) (ابن حزم (أبو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي - المحلى بالآثار . ج 9، مرجع سابق. ص 86 و ص 123 .)

بينما يميز الحنفية بين الشرط المنافي للعقد، فيقولون بصحة العقد وببطلان الشرط، وبين الشرط التي لا ينافي العقد ولا يقتضيه، فيقولون بصحة العقد لكن لا يلزم الوفاء بالشرط (بدران أبو العينين بدران - الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 51 /...) .

أما الحنابلة فيقسمون الشروط في عقد الزواج إلى شروط صحيحة وشروط غير صحيحة . فأجازوا الشروط الصحيحة، والتي تكون فيها منفعة لأحد المتعاقدين (كعدم التزوج على الزوجة، أو كون الزوجة بكرًا، أو عدم إخراجها من بلدها) واعتبروا ذلك مما يلزم الوفاء به، ويفسخ العقد إذا لم يتم الوفاء به . أما الشروط غير الصحيحة فهي المنهي عنها شرعًا، كما إذا شرطت على الزوج أن يطلق زوجته، فهو لغو لا عمل به . وهو ما اختاره ابن القيم في زاد المعاد (بدران أبو العينين بدران - الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 51 وما بعدها).

قال ابن جزى : ((وقال أبو حنيفة تبطل الشروط كلها ويصح النكاح . وقال ابن حنبل يصح الوفاء بكل شرط فيه فائدة)) (ابن جزى - القوانين الفقهية - مرجع سابق، ص 161) .

¹¹⁹⁷ - فإذا كان الإمام مالك يرى كراهة الشروط في الزواج، ولو كانت مما لا ينافي العقد ولا يقتضيه، فإن بعض فقهاء المذهب المالكي قال بجوازها مع تأديب المشتري والجيب، ومنهم من قال بعدم لزومها ما لم تقرر بطلاق أو تمليك، وذهب الإمام سحنون إلى أن العقد يفسد يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بالمسمى من الصداق . انظر : عبد

أ - الشروط التي تناقض العقد : كأن يشترط الزوج أن لا يقسم لزوجته، أو أن لا ينفق عليها، أو أن لا ميراث لها . فهذا مما ينافي عقد الزواج، ولا يصح جعله شرطاً في عقد النكاح . ولذلك يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده على المشهور، ويسقط الشرط . وقد نقل عن ابن القاسم أنه يفسخ بعد البناء ¹¹⁹⁹ .

السلام العسري - اختيارات مدونة الأحوال الشخصية من أقوال وروايات المذهب المالكي غير المشهورة، واختياراتها من خارج المذهب المالكي - بمجلة دار الحديث الحسنية، العدد 8، لسنة 1990، ص 78 .
¹¹⁹⁸ - وإلى ذلك أشار الشيخ خليل عند حديثه عما ما يؤدي إلى فسخ عقد الزواج قبل الدخول فقط بقوله : ((وقبل الدخول وجوبا، على أن لا تأتيه إلا هارا . أو بخيار لأحدهما أو غير، أو على إن لم يأت بالصدق لكذا . فلا نكاح . وجاء به . . أو على شرط يناقض، كأن لا يقسم أو يؤثر عليها . وألغي . . وهو طلاق إن اختلف فيه)) .

واحترز بالشرط المناقض الشرط المكروه : وهو ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه : كأن لا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدها . فلا يفسخ قبل الدخول ولا بعده النكاح . لكن لا يلزم الوفاء به وإنما يستحب ذلك .
كما احترز بذلك من الشرط الجائز : وهو ما يقتضيه العقد ولو لم يذكره : كحسن المعاشرة، وإجراء النفقة فإن اشتراط ذلك وعدمه سواء ما دام العقد يقتضي ذلك (الدردير، ج 2 . مرجع سابق، ص 236 - 239) .

¹¹⁹⁹ - ميارة على التحفة - ج 1، مرجع سابق، ص 174 . و التسولي - البهجة، ج 1 . مرجع سابق، ص 457 .

قال الخطاب في كتابه : تحرير الكلام على مسائل الالتزام، وهو يتحدث عن الشرط المناقض لمقتضى العقد (مثل ألا يقسم لها، أو أن يؤثر عليها، أو ألا ينفق عليها، أو ألا يعطيها ولدها، أو لا يأتيها إلا لبيلا، أو لا إرث بينهما، أو على أن أحد الزوجين بالخيار أو لغيرهما، أو على أنه إذا لم يأت بالصدق إلى أجل كذا فلا نكاح بينهما، أو على أن أمرها بيدها متى شاءت) أنه ((لا يجوز اشتراطه في عقد النكاح ويفسد به النكاح إن شرط فيه . ثم اختلف في ذلك فقيل يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده . وقيل يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، ويسقط الشرط، وهذا هو المشهور . وقيل إن أسقط مشروط الشرط شرطه صح النكاح . وإن تمسك به فسد)) (أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب - تحرير الكلام في مسائل الالتزام . تحقيق محمد عبد السلام الشريف . ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1984 . ص 327 - 328) .

وقال الدردير شارح الشيخ خليل : أما الشروط التي تناقض العقد (مثل الشروط المبينة أعلاه إذا وقعت) فإن النكاح يفسخ قبل الدخول وجوبا، ويثبت بعده بمهر المثل ويلغى الشرط المناقض (الدردير - ج 2، مرجع سابق، ص 236 - 239) .

ويدخل في ذلك بعض الشروط التي تؤثر على الصداق، كما لو اشترطت الزوجة نفقة ولدها من الغير على الزوج، وقبلت جعل ذلك من الصداق، فإن الشيخ المهدي الوزاني أفق بفسخ العقد قبل الدخول وبثبوته بعد صداق المثل، مع بطلان الشرط، نظرا للغرر والجهالة الناجمين عن احتمال تبدل الأسعار أو موت الولد . انظر : أبو عبد الله محمد المهدي الوزاني - النوازل الصغرى . ج 2، مرجع سابق، ص 52 - 53 .

ب - الشرط التي لا يناقض العقد ولكن العقد يقتضيه : كشرط الإنفاق على الزوجة، وأن يبيت عندها... فهذا الشرط والعدم سواء لأن عقد الزواج يقتضي كل ذلك .

ج - ما لا يتعلق العقد به فلا يقتضيه ولا ينافيه، وللمرأة فيه غرض : كأن لا يتزوج عليها، أو أن لا يضرَّ بها¹²⁰⁰ فمثل هذا الشرط حسب الفقه المالكي مكروه¹²⁰¹ ، لكنه لا يفسد عقد الزواج باتفاق¹²⁰² ، غير أن لزوم الوفاء به من عدمه هو محل الخلاف بين فقهاء المذهب¹²⁰³ ،

¹²⁰⁰ - يقول الشيخ خليل في شرط عدم الإضرار : ((وجاز شرط أن لا يضر بها في عشرة أو كسوة ونحوها)) . وطبق غايات الزواج، فإنه يبدو أن عدم الإضرار بالزوجة مما يقتضيه العقد . بينما يعتبر الفقه أن شرط عدم التزوج على الزوجة فهو وإن كان جائزاً فهو مكروه . انظر الدردير، ج 2، مرجع سابق، ص 317 .

وانظر الشيخ التسولي لدى قول ابن عاصم في تحفته : / ويثبت الإضرار بالشهود... أو بسماع شاع في الوجود / إذ قال : ((مفهوم النظم أنه لا يثبت بغير هذين الأمرين، ولو شرطت عليه في أصل العقد أو بعده أنها مصدقة في الضرر الذي تدعيه بغير يمين . وفي ذلك تفضيل... وحاصله، إن كان بعد العقد لزم شرطها اتفاقاً...)) . وأضاف الشيخ التسولي حول شرط الزوجة عدم إضرار الزوج بها تحت طائلة جعل طلاقها بيدها، شارحاً قول المتحرف : / وحيثما الزوجة تثبت الضرر... ولم يكن لها به شرط صدر/ قيل لها الطلاق كالملتزم... وقيل بعد رفعه للحكم / ((وقد تحصل أنه إن أضر بها في بدنها فلها التخليق من غير رفع للحاكم، إذا كان لها به شرط، وثبت الضرر عند الحاكم ولم يجد الزوج فيه مطعناً)) . انظر : التسولي - البهجة في شرح التحفة . ج 1، مرجع سابق، ص 496 - 497، وص 503 .

¹²⁰¹ - ابن جزى - القوانين الفقهية - مرجع سابق، ص 161 .

- ميارة على التحفة، ج 1، مرجع سابق، ص 174 وص 175 .

- التسولي - البهجة . ج 1، مرجع سابق، ص 457 . والتاودي نفس المرجع والصفحة .

- الدردير ج 2، مرجع سابق، ص 236 - 239 .

- الزرقاني . ج 3، مرجع سابق، ص 189 .

- المواق - ج 4، مرجع سابق، ص 444 - 445 .

وإنما كره هذا النوع من الشروط لما فيه من حط المرأة من قدر الصداق لشرطها . وقال مالك في هذا النوع من الشروط : لا خير فيه . فقد كره مالك الشروط كلها وقال إنما لا تعجبه . انظر : محمد العلوي العابدي - الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي . مرجع سابق، ص 82 .

قال الشيخ خليل وهو يتحدث عن الشروط التي لا يلزم الزوج بالوفاء بها وإنما يستحب له ذلك : ((ولا يلزم الشرط وكُره)) .

¹²⁰² - جاء في المدونة الكبرى : ((قلت) أرأيت إن تزوج امرأة على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرر . أيفسخ هذا النكاح وفيه هذا الشرط، إن أدرك قبل البناء في قول مالك ؟ { قال } قال مالك : النكاح جائز والشرط باطل . { قلت } لم أجاز هذا النكاح وفيه هذا الشرط ؟ { قال } قال مالك : قد أجازه سعيد بن المسيب وغير واحد من أهل العلم، وليس هذا من الشروط التي يفسد بها النكاح)) وجاء فيها أيضاً عن ابن وهب (({ ابن وهب

فقد فرقوا بين الشرط المقيّد بطلاق أو تمليك أو عتق ويقال له يمين، وهذا يلزم الوفاء به¹²⁰⁴ على المشهور¹²⁰⁵. وبين الشرط الذي لم يقيد بذلك، وهذا يستحب الوفاء به فقط¹²⁰⁶ لأن

{ عن الليث بن سعد وعمرو بن الحارث عن كثير بن فرقد عن سعيد بن عبيد بن السباق أن رجلا تزوج امرأة على عهد عمر بن الخطاب، فشرط لها أن لا يخرجها من أرضها . فوضع عنه عمر الشرط وقال : المرأة مع زوجها ((المدونة الكبرى - ج 2، مرجع سابق، ص 197)).

¹²⁰³ - يقول ابن رشد الحفيد : ((وأما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى، فإنها لا تفسد النكاح باتفاق، وإنما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها . مثل أن يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا ينقلها من بلدها . فقال مالك : إن اشترط ذلك لم يلزمه، إلا أن يكون في ذلك يمين بعق أو طلاق، فإن ذلك يلزمه، إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه، فلا يلزم الشرط الأول أيضا . وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال الأوزاعي وابن شبرمة : لها شرطها وعليه الوفاء . وقال ابن شهاب : كان من أدركت من العلماء يقضون بها، وقول الجماعة مروى عن علي، وقول الأوزاعي مروى عن عمر . وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص . فأما العموم فحديث عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس، فقال في خطبته : ((كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط)) . وأما الخصوص فحديث عقبة ابن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ((أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج)) والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم . إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم . وهو لزوم الشروط، وهو ظاهر ما وقع في العتبية وإن كان المشهور خلاف ذلك)) (ابن رشد بداية المجتهد . ج 2، مرجع سابق، ص 44 - 45) .

¹²⁰⁴ - جاء في المدونة الكبرى : ((قلت { أرأيت لو أن امرأة تزوجت رجلا وشرطت عليه شروطا وحطت من مهرها لتلك الشروط، أيكون لها ما حطت من ذلك أم لا ؟ } قال { ما حطت من ذلك في عقدة النكاح، فلا يكون لها فيه على الزوج من ذلك شيء . وما شرطت على الزوج فهو باطل، إلا أن يكون فيه عتق أو طلاق وهذا قول مالك . } قلت { أرأيت إن كان إنما حطت عنه بعد عقدة النكاح على أن اشترطت عليه هذه الشروط ؟ } قال { يلزمه ذلك ويكون له المال، فإن أتى شيئا مما شرطت عليه رجعت عليه في المال فأخذته . مثل ما تشترط : أن لا تخرجني من مصري، ولا تتسرى علي ولا تتزوج علي . } قلت { فإن كانت أعطته المال على أن لا يتزوج عليها، فإن تزوج عليها فهي طالق ثلاثا ؟ } قال { إن فعل وقع الطلاق ولم ترجع في المال لأنها اشترطت طلاقها بما وضعت عنه)) (المدونة الكبرى - ج 2، مرجع سابق، ص 198) .

وقال الخطاب في تحرير الكلام على مسائل الالتزام، بخصوص الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وللزوجة فيه غرض : ((كشرطه ألا يتزوج عليها وألا يتسرى وألا يخرجها من بلدها أو من بيتها وألا يغيب عنها فهذا النوع لا يفسد به النكاح ولا يقتضي فسخه، لا قبل الدخول ولا بعده . فإن شرط الزوج شيئا من ذلك في العقد، أو بعده فلا يخلو :

- إما أن يعلقه بطلاق أو عتق أو تمليك أو لا . فإن علقه بطلاق أو عتق أو تمليك لزمه ذلك : كقوله إن تزوجت عليها فهي طالق، أو فالزوجة طالق، أو فأمرها بيدها، أو بيد أبيها أو غيره... وسواء كانت أسقطت من صداقتها لذلك شيئا أو لم تسقط، وسواء شرطت ذلك في عقد النكاح أو تطوع به الزوج . فإن فعل شيئا من ذلك لزمه ما

شرط ولا ترجع عليه بما أسقطته من صداقها لذلك، لأن مقصودها قد حصل... واختلف في جواز النكاح على ذلك ابتداء : ففي الموازية، قال : لا يجعل الشرط ابتداء، فإن وقع جاز النكاح ولزم الشرط . وقال ابن القاسم يكره العقد على ذلك . وقال اللخمي أجاز ذلك سحنون ابتداء وزوج غلامه أمتة على أنه إن يسرق زيتونة، كان أمر امرأته بيدها . وأنكر ابن بشير على اللخمي وجود هذا القول، وقال : فعل سحنون لا يدل على أن مذهبه الجواز... وكذلك تلقى غير واحد من الشيوخ قول اللخمي بالقبول ((الحطاب في تحرير الكلام على مسائل الالتزام . مرجع سابق، ص 331 - 333).

ويقول ابن جزى : ((وإن كان على يمين، فذلك على أقسام : منها أن يجعل أمرها بيدها إن تزوج، فيجب أن يذكر هل ملكها طلقة رجعية أو بائنة أو ثلاثاً أو أي الطلاق شاءت فيعمل على حسبه... ولها أن تسقط شرطها في ذلك كله)) (ابن جزى القوانين الفقهية - مرجع سابق، ص 161 - 162) . وبين ابن جزى حالات من الشروط التي يجري بها العمل وأحكامها فقال : ((إن شرط لها ألا يغيب عنها مدة معلومة فلها ذلك، إن علقها بيمين كالتمليك وشبهه، ثم إنه قد يجعلها مصدقة في دعوى المغيب دون إثبات ويمين أو بيمين دون إثبات أو بعد الإثبات)) (ابن جزى القوانين الفقهية - مرجع سابق، ص 162) .

((إن شرط لها أن لا يرحلها من بلدها إلا بإذنها، فلها ذلك إن علقه بيمين . فإن أذنت له مرة فردها، ثم أراد أن يرحلها ثانية فاختلف هل يسقط شرطها أم لا)) (ابن جزى القوانين الفقهية - مرجع سابق، ص 162) . وحول هذا الشرط انظر فتوى الشيخ التاودي في النوازل الصغرى للشيخ الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 36 وما بعدها .

((إن شرط ألا يضرها لزم سواء علقه بيمين أم لا . لأن ترك الإضرار واجب . ثم إنه قد يجعلها مصدقة في دعوى الضرر دون إثبات ولا يمين أو بيمين دون الإثبات أو بعد الإثبات، فإذا دقت على أحد هذه الوجوه، فإن كان قد علق ذلك بتمليك أو غيره فلها ما جعل لها . وإن لم يعلقه بشيء فقيل لها أن تطلق نفسها بالضرر، وقيل ترفع أمرها إلى السلطان فيزجره مرة بعد أخرى، فإن تكرر ضرره طلقت عليه)) (ابن جزى القوانين الفقهية - مرجع سابق، ص 162) .

((إن شرط أن ينفق على ولدها من غيره لم يجوز، ويجوز إن تطوع بذلك)) (ابن جزى القوانين الفقهية - ص 162) .

وانظر شرح خليل لى قوله في الشروط التي لا تلزم الزوج : ((بلا يمين)) حيث يلزمه اليمين إن

خالف .

¹²⁰⁵ - فقد سئل الفقيه بدر الدين الحمومي عن اشترط عليه والد الزوجة السكنى معه، وإن أخرج الزوجة فأمرها بيدها، هل يقضى على الزوج بالشرط المذكور أم لا ؟ فأجاب : ((بأنه يقضى على الزوج المذكور بالشرط المذكور، لأنه شرط معلق بالطلاق، وهو لا يزم على المشهور، ولولي الزوجة الخيار فيما جعل له إن حولف الشرط)) (النوازل الصغرى للشيخ الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 162 وما بعدها) .

¹²⁰⁶ - يقول الحطاب : ((وإن لم يعلق ذلك بطلاق، ولا عتق، ولا تمليك فالشرط مكروه ولا يلزم . ويستحب له الوفاء بذلك . وسواء وضعت لذلك شيئاً من صداقها أم لا، ولا رجوع لها عليه بما وضعته إلا أن تكون شرطت

المطلب الثاني

مدى علاقة نصوص مدونة الأحوال الشخصية

المنظمة للشروط الاتفاقية في الزواج بقواعد الفقه المالكي

جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع الكتاب الأول من المدونة : ((اعتمد المشروع على مذهب الحنابلة في اشتراط الشروط التي لا تناقض العقد كما إذا اشترطت أن لا يتزوج عليها . فليس للزوج التخلص منها . فإن خالفها كان لها حق فسخ العقد متى شاءت فلا يسقط حقها بمضي مدة معينة))¹²¹² . ولذلك تضمن ذلك المشروع، النص على أحقية الزوجين، والزوجة بصفة خاصة، في أن يقرنا عقد الزواج ببعض الشروط¹²¹³ . وقد صدر النص النهائي للمدونة بهذا الخصوص كما يلي :

نص الفصل 30 قبل تعديله¹²¹⁴ : ((1 - إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لم يجز التعدد .
2 - للمتزوج عليها إذا لم تكن اشترطت الخيار أن ترفع أمرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل

¹²¹⁰ - جاء في بيان وثيقة نكاح من وثائق الغرناطي ((وتذكر الشروط السبعة على الطوع، وهي: التزويج، والتسري، واتخاذ أم الولد، والمغيب، والإضرار، والرحلة، والزيارة.. وعقد ذلك بيمين أو تملك، أو طلاق إن فعل شيئاً من ذلك بعير إذناً.... والشروط محمولة على الطوع حتى يثبت أنها كانت مشروطة في عقد النكاح. واختلف في الشروط المبهمة، مثل قوله: وشرط لها، ولم يذكر التطوع أو انعقاد النكاح عليها. هل هي محمولة على الطوع أو على الشرط حتى يصرح بالطوع. وقال شيخنا أبو الوليد ابن رشد رحمه الله تعالى: إذا كان العرف في البلد أنها مشترطة في أصل العقد فهي على ذلك محمولة وإن كتبت على الطوع. ولفظ التبرع أبلغ من لفظ الطوع، لأن الطوع قد يكون فيما يسأل وفيما لم يسأل عنه. والتبرع إنما يكن فيما لم يسأل عنه)) (القاضي أبو إسحاق الغرناطي (ت 579 هـ) : الوثائق المختصرة. منشورات مركز إحياء التراث المغربي بالرباط، أعدها مصطفى ناجي. الطبعة 1، الدار البيضاء 1988، ص 17-18).

¹²¹¹ - الأمراني زنتار الحسن - في فقه الوثائق، ج 2، مرجع سابق، ص 57 - 58 .

¹²¹² - المذكرة الإيضاحية لمشروع الكتاب الأول في الزواج المعد من طرف وزارة العدل . بمجلة القضاء والقانون، عدد 5، يناير 1958، عدد خاص بمدونة الأحوال الشخصية، ص 443 .

¹²¹³ - فقد نص الفصل 31 من المشروع المذكور : ((للمرأة الحق في أن تشتترط في عقد النكاح، أن لا يتزوج عليها زوجها، وأنه إذا لم يف بما التزم به يبقى للزوجة، حق طلب فسخ النكاح)) . كما نص الفصل 38 من المشروع المذكور : ((إذا اقترن العقد بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده، كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً . وليس مما ينافي مقاصد العقد أن تشتترط الزوجة مثلاً الاشتغال في المصالح العامة للبلاد)) .

¹²¹⁴ - لقد تم تعديل الفصل 30 بمقتضى ظهير 10 / 09 / 1993 ، وأصبح ينص على ما يلي :

لها. ولا يعقد على الثانية إلا بعد إطلاعها على أن مرید الزواج منها متزوج بغيرها)) . وقد تضمن تعديل الفصل 30 المذكور، إضافة فقرة ثانية أعطت الحق للزوجة في أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها، وإذا تزوج عليها فأمرها بيدها .

ونص الفصل 31 من المدونة : ((للمرأة الحق في أن تشترط في عقد النكاح أن لا يتزوج عليها زوجها، وأنه إذا لم يف الزوج بما التزم به يبقى للزوجة حق طلب فسخ النكاح)) .
ونص الفصل 38 : ((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)) .

ويتبين من هذه النصوص، أن المدونة لم تأخذ بحلول المذهب المالكي¹²¹⁵، بخصوص فسخ عقد النكاح قبل الدخول، فيما يتعلق بعقد الزواج المقترن بشرط منافي لعقد الزواج، ما دامت تقتصر على إبطال الشرط، وتقر هذا العقد سواء قبل الدخول أو بعده . كما أنها ومن ناحية أخرى لم تبق لنظرية الطوع أهمية تذكر، ما دام يمكن الاشتراط في صلب عقد الزواج نفسه، حسبما نص عليه الفصل 31 من المدونة سواء في المشروع أو النص النهائي، لما أعطى ((للمرأة الحق في أن تشترط في عقد النكاح أن لا يتزوج عليها زوجها ...))¹²¹⁶ .
لقد اعتبر المرحوم غلال الفاسي، أن من دواعي النص على إعطاء الزوجة الحق في شرطها المذكور، رغبة المشرع في الحد من ظاهرة تعدد الزوجات، ولذلك ((اعتبر شرط الخيار في العقد.

((يجب إشعار الزوجة الأولى برغبة الزوج في التزوج عليها، والثانية بأنه متزوج بغيرها .

للزوجة أن تشترط 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)) .

¹²¹⁵ - انظر : أسامة عبد الرحمان - الاشتراط في عقد الزواج بين المدونة والتطور الاجتماعي . بمجلة الميادين،

عدد 3، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي، ص 179 - 186 .

¹²¹⁶ - إن غلال الفاسي لا يرى هذا، ويقول: ((واقتصر لفظ المدونة على الشرط مع الخيار، ولم تتعرض للكتابة

في صلب العقد أو خارجه . ولكن إطلاقها يدل على اختيارها للزوم في الحالين . ومن المعلوم أن الخلاف إذا وقع

على الطوع أو الشرط، اعتبر شرطا على ما به العمل . فشرط الخيار يلزم طبقا للمدونة كيفما كانت الوثيقة . أما

في حال الشرط مع عدم التصريح بتملك المرأة أمر نفسها فسكتت عنه، فيبقى على الخلاف المحكي . ولكن روح

التشريع الجديد يقضي العمل بما حكاه أشهب عن علماء عصره، نظرا لأن المدونة واضحة في العمل على التقليل من

حالات التعدد وإتاحة الفرصة للمرأة لتقرر مصيرها في حالة تزوج زوجها عليها)) (غلال الفاسي . التقريب

. مرجع سابق، ص 168) .

ويرمي التشريع أكثر من هذا، إلى محاولة نشر فكرة الخيار عند العقد، إلى أن يصبح شرطا عرفيا¹²¹⁷، فيحد من مبدأ إباحة التعدد¹²¹⁸)). وواضح أن مناقشة هذا الشرط هنا تتم دون بحث

¹²¹⁷ - مثلما هو عليه الحال لدى بعض قبائل شنقيط، حيث تشترط أن يكون أمر المرأة بيدها متى تزوج الزوج عليها. وقد أصبح هذا عرفا. (المرحوم عبد النبي ميكو - الوسيط - مرجع سابق، ص 177. وعلال الفاسي. التقريب - مرجع سابق، ص 166). وفي تونس لم يعد يحتاج لهذا الشرط بعد منع التعدد ووضع جزاءات جنائية لردعه (المادة 18 من المجلة التونسية للأحوال الشخصية).

¹²¹⁸ - علال الفاسي - التقريب. مرجع سابق، ص 166.

وقد أشار علال الفاسي إلى موقف الفقه المالكي بخصوص اشتراط الزوجة حقها في أن يكون أمرها بيدها، فقال: ((اشتراط المرأة ألا يتزوج عليها، ولها الخيار إن فعل، فيعتبر عادة من عقود التطوعات. ويكره كتابته في صلب العقد. وهو من الشروط التي لا تتفق مع العقد ولا تنافيه. فإذا وقع الشرط وكتب داخل العقد عمل عليه وثبت لها الخيار. فإن لم يجعل لها خيارا وإنما اشترط لها عدم الزواج، استحب له الوفاء بالشرط ولا يلزمه. وقال جماعة بلزومه والقول باللزوم أولى... وللخروج من هذا الخلاف يعقد في الصداقات على الطوع)) (علال الفاسي - التقريب، مرجع سابق، ص 167).

وتجب الإشارة إلى أن الفصل 31 من المدونة الذي أقر حق الخيار للزوجة، بفقرة جديدة في الفصل 30 من المدونة بمناسبة التعديل الذي أدخل على الفصل 30 المذكور بمقتضى ظهير 10 / 09 / 1993. وقد جاء فيها: ((للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها وإذا تزوج فأمرها بيدها)) .

غير أنه يبدو أن المدونة أصبحت ترتب حكيمين مختلفين على عدم وفاء الزوج بالشرط الذي التزم به. فالفصل 30 فق / 2 حول للزوجة المشترطة، أن يكون أمرها بيدها، إذا تزوج الزوج عليها خرقا لشرطها، المقيد بحقها في أن يكون أمرها بيدها. ويمكن إدخال هذا في باب تقييد الشرط بالطلاق الذي يعرفه الفقه المالكي، ويقول بلزوم الوفاء به. بينما ينص الفصل 31 من المدونة، على أحقية الزوجة في طلب فسخ عقد الزواج إذا لم يوف الزوج بشرطه المطلق بعدم التزوج على الزوجة. وهذا لم يكن الفقه يقول بلزومه، وإنما يستحب ذلك.

ويرى أستاذنا الدكتور أحمد الخمليشي، أن تقرير طلب الفسخ للزوجة في حالة التزوج عليها بثانية، رغم شرطها، لا يبدو حلا سليما ولا يشكل جزاء للإخلال بالالتزام بالنظر لطبيعة عقد الزواج. خاصة إن تم التزوج بالثانية بعد سنوات من العشرة الزوجية مع الأولى ووجود أولاد. فالهدف من الفسخ هو إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد وهذا أمر مستحيل بالنسبة لعقد الزواج ما لم يتعلق الأمر بزواج قبل الدخول. ومن رأي الدكتور الخمليشي أن الإجماع على تنفيذ الالتزام ممكن بمنع الجهات المختصة، الزوج، من التمكن من وثائق الزواج بثانية والإشهاد عليه. وعلى الأقل يلزم الزوج بأداء تعويض للزوجة المشترطة، للضرر الذي لحقها تحقيقا عن طريق القضاء. انظر: أحمد الخمليشي - وجهة نظر. مرجع سابق، ص 168، هامش 1.

بينما يرى الأستاذ محمد بن معجوز المزراني، أن الفصل 31 من المدونة رتب طلب الفسخ على عدم احترام الزوج لشرطه بعدم التزوج بأخرى، ((مع أن الصواب هو طلب الطلاق، لأن الفسخ لا يحكم به إلا في الزواج الفاسد، والزواج الذي لا يتقيد فيه الزوج بالتزامه المذكور، لا يعتبر زواجا فاسدا حتى يكون للمرأة الحق في طلب فسخه، وإنما هو زواج صحيح، ولكن ما دام الزوج قد قبل الشرط المذكور، فإن للزوجة الحق في التمسك

فيما مدى لزومه للزوج . وهو ما يمكن أن يلاحظ بالنسبة لما جاءت به الفقرة الثانية من الفصل 30 بعد تعديل سنة 1993 بشأن التعدد، وبالنسبة لحق الزوجة في اشتراط العمل (الفصل 38 من المدونة)، حيث تم جواز هذا الشرط اعترافا بواقع بدأ يفرض نفسه عند وضع المدونة . إلا أن تطور أوضاع المرأة بصفة عامة، وخروجها إلى العمل والدراسة، وما أفرزه ذلك من انعكاسات داخل الأسرة والمجتمع، يحتم التساؤل الآن عن مصير بعض الشروط الجديدة التي تقترون بالزواج، كاشتراط الزوج مساهمة الزوجة في نفقة البيت ¹²¹⁹، أو تضمين عقد الزواج شروطا احتياطية لفائدة الزوجة عند الطلاق ¹²²⁰، وهو ما يطرح على القضاء مهمة البحث في

بشرطها وهو طلب الطلاق ((محمد بن معجوز المزغراي - بعض المآخذ على مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 105) .

ويرى الدكتور صلاح الدين زكي (أحكام قانون الأسرة . مرجع سابق ، ص 86) والمقصود من الفسخ في هذه الحالة ينصرف لا محالة إلى إيقاع طلقة واحدة بئنة بحكم القضاء، وكان يليق بالمشرع المغربي، بالطبيعة، أن يستعمل في هذا المقام لفظ الطلاق أو التطبيق بدلا من لفظه "الفسخ" .

وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أن الزوجة التي لم تشترط على الزوج، بأن لا يتزوج عليها، يبقى لها الحق في مراجعة القضاء لطلب التطبيق المبني على الضرر الحاصل لها من التزوج عليها بأخرى (فق 3 من الفصل 30 كما تم تعديله) . وهذا الحل ممكن حتى بالنسبة للزوجة الجديدة إذا ما تبين أن التعدد يضر بها هي نفسها (انظر : صلاح الدين زكي : أحكام قانون الأسرة . مرجع سابق، ص 85) .

¹²¹⁹ - انظر الموقف من اشتراط الزوجة العمل، ومن اشتراط الزوج مساهمة الزوجة في الإنفاق : إدريس الفاخوري - نفقة الزوجة العاملة بين الفقه الإسلامي ونصوص المدونة . بمجلة الميادين، عدد 3، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي، ص 193 - 196 . وقد ذهب الأستاذ الفاخوري إلى القول بأن شرط الزوج مساهمة الزوجة في الإنفاق، لا ينافي عقد الزواج .

وهذا رأي أستاذنا الدكتور أحمد الخمليشي، الذي يقول : ((إذن، الزوجة قد تلتزم بالإنفاق الكلي أو الجزئي على البيت الزوجي، كما يمكن أن تلتزم بالإنفاق على زوجها ضمن التنظيم العام للحقوق والالتزامات المشتركة، ولا يعتبر هذا الالتزام شرطا منافيا للعقد، وإنما على العكس من ذلك، مؤكدا لمقتضيات العقد التي هي التوزيع العادل للحقوق والالتزامات بين الزوجين)) (أحمد الخمليشي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 249) .

¹²²⁰ - فمن جملة الاقتراحات المقدمة في إطار إصلاح النظام الحالي للطلاق، والتي لا تفترض تغييرا في القانون . المقترح الذي تقدمت به الباحثة الأستاذة فضيلة السبتي (محامية)، والرامي إلى تضمين عقد الزواج شروطا تحمي الزوجة عند الطلاق . انظر:

Ahmed R. Benchemsi, « Un contrat de Mariage « à la carte », La Vie Economique », vendredi 13 Septembre 1996 - p. 14.

هذا النوع الجديد من الشروط المتعلقة بالزواج¹²²¹، خاصة وأن موقف المدونة يحمل على أنها خصت الزوجة وحدها بحق اشتراط الشروط في عقد الزواج، دون الزوج الذي لا يوجد ما يلزمه على تنفيذها. أضف إلى ذلك أن الحديث عن الشروط في عقد الزواج، قد طفى على السطح من جديد بمناسبة مقترح التدبير التعاقدى لأحوال الأسرة، الذي قدمه الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري أمام الدورة الخامسة لجامعة الصحوة الإسلامية التي انعقدت بالرباط بتاريخ 29 و 30 أكتوبر 1998¹²²². وقد فصل الدكتور المدغري، مقترحه هذا في كتابه "

¹²²¹ - مما قضى فيه القضاء المغربي من شروط لها علاقة بميدان الزواج، الحكم الذي قضى وبناء على الفصل 109 من ق.ل.ع، بإبطال شرط ورد في عقد عمل مضيئة جوية، يتعلق ببقاء الأجير في حالة عزوبة، وهو الشرط الذي اشترطته شركة الطيران "الخطوط الملكية المغربية" على مضيئة لتعمل على خطوطها. ولما تزوجت الأجير تم طردها من عملها لإخلالها بالشرط المذكور. انظر حكم المحكمة الابتدائية بالبيضاء عدد 155 بتاريخ 19-12-1979 بمجلة المحاكم المغربية، عدد 22، ص 83. وقد علق عليه :

- الأستاذ طيب عبد الكبير . بمحكمة المحاكم المغربية عدد 22، ص 86 .

- الأستاذ فجر إدريس . بمحكمة المحاكم المغربية عدد 55، ص 60 .

وقد أيد الحكم المذكور استئنافيا، كما أيدته المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - بقراره عدد 1300، الصادر بتاريخ 21 / 07 / 1983، بمجلة القضاء والقانون، عدد 132، ص 139. وجاء في قرار المجلس الأعلى : ((لئن كان الفصل 109 من قانون الالتزامات والعقود، ينص على بطلان الالتزام المقترن بشرط من شأنه أم يمنع أو يجد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان، كحقه في أن يتزوج وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية. فإن هذا الشرط (عدم الزواج) يكون باطلا ولا يؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه إذا كان من شأنه الانتقاص من حقوق الأجير. ولذلك فإن المحكمة كانت على صواب عندما اعتبرت أن شرط عدم الزواج الذي التزمت به المطلوبة في النقض يعتبر باطلا، والعقد صحيحا، ورتبت على ذلك آثار الفسخ التعسفي لعقد العمل الصادر بإرادة منفردة من جانب (الشركة) الطاعنة)) .

¹²²² - انظر ردود الفعل حول هذا المقترح لدى:

- أحمد ادريوش: الشروط في عقد الزواج (تأملات حول مقترح التدبير التعاقدى لأحوال الأسرة). 1999، غير منشور. حيث اعتبر الباحث المذكور أن هذا المقترح حل توفيقى للاتجاهين اللذين سيطرا على مناقشات الدورة، وأنه مقترح لا يخرج عن مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية.

- الأستاذة نجية طق طق - في تعليقها على حكم القاضي بمركز أولاد تايمة (10 / 01 / 1994). بمجلة الحدث لقانوني، عدد 11، دجنبر 1998، ص XVIII، و ص XXI وما بعدها. وقد أشارت الباحثة المذكورة، إلى أن هذا المقترح الذي أثار نقاشا بين المتناظرين، لا يتضمن أي تحديد. وأبدت تخوفها من أن يصبح اشتراط مثل هذا العقد ضروريا، للحكم لفائدة الزوجة بحقها في نتاج العمل المشترك بين الزوجين، مما سيمس بالمكتسبات التي يتم القضاء بها الآن، في إطار دعوى السعاية تبعا للعرف، وفي غياب العقد المذكور.

المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير " ¹²²³ . ولا يظهر من هذا المقترح ما يفيد أنه يضع حلا نهائيا لمشكل لزوم الشروط للزوج، إذ أن مقترح السيد المدغري يتطرق لمسألة الإلزام بهذه الشروط باعتبارها التزاما دينيا وخلقيا فحسب، فيصف هذا التعاقد بأنه ((ليس من الضروري أن يكون مكتوبا أو مشهودا عليه أمام العدول، بل يمكن أن يكون مجرد تراض شفوي في شكل عهد يقطعه كل من الزوجين على نفسه ويلتزم به أمام الله عز وجل ... فإن كتبنا ما اتفقا عليه فلا بأس، وإن لم يكتبه فإن العهد كان عنه مسؤولا)) ¹²²⁴ . ومعلوم أن أهم مشكل مرتبط بالشروط الاتفاقية في الزواج هو أمر نفاذها وتحقيقها في الواقع، مما يوجب حقيقة الأخذ بحل من

¹²²³ - يقوم (التدبير التعاقدى لأحوال الأسرة) الذي يدعو إليه الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري، على فكرة التعاقد الذي يحترم ثوابت عقد الزواج، ولا يقصد بالتعاقد هنا ((التعاقد والشروط بمعانيها الحرفية عند الموثقين، وإنما نقصد إلى التراضي والتفاهم والاتفاق المنبعث من الرغبة المشتركة في الوفاء بحق الزوجية، واعتبار ذلك الميثاق الغليظ القائم بين الزوجين والمشار إليه في قوله تعالى : " وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا " ... لذلك فإننا إذ نتحدث عن التدبير التعاقدى لا نقصد ما قصد إليه بعض الدارسين من ابتداء عقد نموذجي *Contrat Type* فيه بنود مضبوطة وفصول محددة دقيقة تحمي المرأة من تغير الزوج عليها ومكره بها . وتصون حقوقها وتدفع عنها أذى الضرر، وتضمن لها الوضع المريح بعد الطلاق، وتوفر لأبنائها النفقة اللازمة الكافية بعد الطلاق . كما أننا لا نقصد إدخال شروط جديدة لازمة لازمة على عقد الزواج، تشترطها كل امرأة على زوجها وتحتاط بما كل زوجة لنفسها . إننا لو فعلنا ذلك لتزلنا بالزواج إلى حضيض العقود العادية والمعاملات المادية المصلحية، والحال أنه ميثاق غليظ وعهد ثقيل وأمانة والتزام خلقي ومعنوي وديني قبل أن يكون ماديا . إنه عقد يبذل كل واحد من المتعاقدين بمقتضاه نفسه للآخر، ويدخل معه في شركة العمر وما فيها من تضحية مشتركة ووفاء وإخلاص، ثم ينتج معه الأولاد فيكون معناه أعمق، وقوته في توثيق هذه المعاني النبيلة أشد وأعظم)) . ويدخل في فضاء التراضي : مراجعة الصداق، التراضي على حقوق الأولاد، وبصفة عامة التراضي على كل ما يهم العلاقة الزوجية، بما في ذلك الصلح . انظر : الفصل الذي خصه المؤلف للتدبير التعاقدى لأحوال الأسرة (عبد الكبير العلوي المدغري - المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير . مطبعة فضالة، المحمدية 1999، ص 53 - 96، خاصة ص 75 و 78). وقد ضرب المؤلف عدة أمثلة من واقع الفقه والإفتاء قلبا حول حق الزوجة في ما يتكون من ثروة مشتركة أثناء الزواج .

¹²²⁴ - عبد الكبير العلوي المدغري - المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير . مرجع سابق، ص 67، 77 و

شأنه جعل الوفاء بالشروط المتفق عليها إلزامياً¹²²⁵، وعلى سبيل المقارنة فإن المشرع التونسي سن نظاماً خاصاً يتعلق بالشروط المتعلقة بالاشتراك في الأملاك بين الزوجين¹²²⁶.

المطلب الثالث

موقف المجلس الأعلى

من الشروط الاتفاقية في الزواج

من خلال القرارات التي تم الوقوف عليها بخصوص الشروط في الزواج، يتبين أن المجلس الأعلى عالج الشروط الاتفاقية التالية: الشرط المتعلق بتأخير الدخول بالزوجة (الفقرة الأولى)، الشرط المتعلق ببيكاراة الزوجية (الفقرة الثانية)، الشرط المتعلق بجعل أمر الزوجة بيدها (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى - الشرط المتعلق بتأخير الدخول بالزوجة¹²²⁷:

¹²²⁵ - انظر: أحمد ادريوش: الشروط في عقد الزواج. مرجع سابق، ص 18. حيث أشار الباحث إلى أن تعديل المدونة سنة 1993 أغفل النص على وجوب الوفاء بالشرط، بالرغم من أن مشروع المدونة الذي أعدته اللجنة الملكية للتدوين سنة 1981، كان ينص في فصله 33 على وجوب الوفاء بالشرط.

¹²²⁶ - قانون عدد 91 لسنة 1998 مؤرخ في 09 نونبر 1998 يتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية. عدد 91 بتاريخ 13 نونبر 1998، ص 2284).

¹²²⁷ - يعرف الفقه المالكي حالة إمهال الزوجة في الدخول بها، ولو دفع الزوج الحال عليه من الصداق، وذلك لمدة سنة إن اشترط ذلك عند العقد، إما خوف تغربتها عن أهلها، أو لصغرها. فإن شرط الإمهال لغير ذلك أو لأكثر من سنة بطل الشرط ككل لا ما زاد على السنة، وصح العقد. وإن كان الإمهال لمرضها أو صغرها أو تجهيز نفسها، فيكون ذلك بقدر ما تنهياً فيه. وفي ذلك يقول الشيخ خليل: ((وتمهل سنة إن اشترطت لتغربة أو صغر وإلا بطل لا أكثر. وللمرض والصغر المانع من الجماع وقدر ما يهيئ مثلها أمرها)) .

وانظر فتوى الشيخ محمد بن إبراهيم لما سئل عن من أقام بينة تشهد بأن فلانا زوج ابنته من فلان على ألا يدخل بها إلا بعد عامين لصغرها. وإجازته ذلك. وما ورد عقب الفتوى من أن الصغر المانع من الوطء لا يقيّد فيه بالسنة (النوازل الصغرى، للشيخ الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 169 - 170).

فإذا لم يكن هناك شرط أو حالة من الحالات المذكورة أعلاه، فإن الفقه يوجب التعجيل بالدخول إذا طلبه أحد الطرفين، ولم يكن هناك مانع يعتد به (انظر: محمد العلوي العابدي - الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي. مرجع سابق، ص 55).

في نازلة، رفع الزوج دعوى ضد الوصية على زوجته، يطالبها فيها بتمكينه من زوجته التي زوجها له أبوها قيد حياته، واشترط عليه ألا يدخل بها إلا بعد أن تحصل الزوجة على شهادة البكالوريا . وأوضح المدعي أن هذا الشرط قد يتحقق وقد لا يتحقق، وأنه لا يمانع في متابعة الزوجة لدروسها بعد الزفاف . فأجابت المدعى عليها بأنها تتشبت بالشرط الوارد في عقد الزواج . فحكمت المحكمة بإبطال الشرط المذكور لأنه ينافي المقصود من عقد الزواج، وقضت على المدعى عليها بتمكين المدعي من زوجته بناء على الفصل 38 من المدونة . وقد تم تأييد هذا الحكم استئنافية . لكن المحكوم عليها طعنت فيه بالنقض . وجاء في قرار المجلس الأعلى : ((وفيما يرجع للسبب الثاني في فرعه الثاني، من كون الغرفة الاستئنافية حكمت بشيء غير مطلوب، لأن الزوج لم يطلب إبطال الشرط، وإنما طلب الزفاف بزوجه، والمحكمة الاستئنافية بتأييدها لحكم الدرجة الأولى ببطلان الشرط، تكون قد حكمت بشيء غير مطلوب . لكن - يقول المجلس الأعلى - حيث إن المقال الافتتاحي بقصد الزفاف، هو يرمي بالذات إلى إبطال الشرط . غير أن الذي يعنيه الشرط صحة وعدمها، وهو الزوجة، لم تكن طرفا في النزاع . وحيث إن الحكم ببطلان الشرط المشار إليه في عقد النكاح يعني طرفي العقد فيه وهما الزوج والزوجة . وحيث إن الزوجة لم تكن طرفا في دعوى النازلة، والنزاع في غير ماها، ويتعلق بحالة شخصية . من أجله قضى المجلس الأعلى بنقض الحكم نقضا جزئيا فيما يتعلق ببطلان الشرط المنصوص عليه في العقد، وبإلغاء الجزء من الحكم القاضي بإبطال الشرط، وبدون إحالة . وبرفض طلب النقض فيما عداه))

1228

وهكذا، فقد نقض المجلس الأعلى الجزء من الحكم القاضي ببطلان الشرط لعدم توجيه الدعوى ضد الزوجة، لكن المجلس أيد القرار القاضي بالتمكين رغم أن الزوجة لم ترفع الدعوى في مواجهتها، وإنما وجهت في اسم الوصية عليها ؟ إن ما يفهم من هذا القرار هو أن الحكم، إنما يعني الوصية، باعتبارها هي التي تحول دون الزوج وزوجه . لكن إذا كان الأمر يتعلق بحالة شخصية كما قال المجلس الأعلى، فكيف للوصية أن تسلم الموصى عليها لزوجها ؟ وبما أن المجلس الأعلى ألغى الشق من الحكم القاضي بإبطال الشرط، فكيف سيتم إلزام الوصية بالتمكين مع قيام الشرط المذكور . وعلى العموم فإن المجلس الأعلى وإن كان لم يرجع لمقتضيات الفقه في الموضوع، فإنه وبالمقابل، لم يناقش على ضوء فصول المدونة، ما إن كان الشرط المذكور أعلاه مما ينافي عقد الزواج، وما إن كان ملزما للزوج أم لا ؟ وقد كان بإمكانه التطرق إلى ذلك، ولو من

1228 - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 71 . بتاريخ 11 يوليوز 1968 . مجلة قضاء المجلس

باب النظام العام، خاصة وأن محكمة الموضوع أبطلت الشرط باعتباره منافيا لعقد الزواج طبق الفصل 38 من مدونة الأحوال الشخصية . وتبقى الإشارة إلى أنه وحسب الفقه المالكي فإنه إن عقد النكاح على شرط أن لا يبدأ التزاوج بين الزوجين إلا بعد مضي مدة كذا، فهو باطل لأن النكاح لا يقبل الأجل¹²²⁹ .

الفقرة الثانية - الشرط المتعلق بلكارة الزوجية :

يتعلق هذا الشرط بموضوع عذرية الزوجية، وبذلك فهو موضوع لفائدة الزوج . وإذا كان الفقه المالكي قد عالج هذا الشرط¹²³⁰ ، فإن المدونة لم تتحدث عن الثبوت كعيب ترد به الزوجة، وإن كانت قد تحدثت عن تضمين رسم الزواج، بيانا شاملا عن حالة الزوجة من حيث كونها بكرا أم ثيبا¹²³¹ ، والثيب مطلقة أو متوفى عنها (الفصل 42 من المدونة) . ومرجع اشتراط بعض الأزواج هذا الشرط في عقد الزواج، يرجع إلى أن الفقه لا يميز للزوج الرد

¹²²⁹ - محمد العلوي العابدي - الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي . مرجع سابق، ص 58.

¹²³⁰ - يقول الشيخ خليل بعد حديثه عن العيوب الموجبة لخيار الزوجين : ((وبغيرها (أي العيوب) إن شرط السلامة ولو بوصف الولي عند الخطبة . وفي الرد إن شرط الصحة تردد . لا يخلف الظن كالقرع ... والثبوت، إلا أن يقول عذراء، وفي بكر تردد)) .

فالثبوت سواء كانت بنكاح أم لا، لا تبرر الرد، ما لم يشترط الزوج أنه يتزوج على أساس أنها عذراء فيجدها ثيبا، فله الخيار . أما إن اشترط، أنه يتزوجها على أساس أنها بكر، ويجدها ثيبا، ففي ذلك خلاف . وقد نتج الخلاف عما إن كانت البكر مرادفة للعذراء . والذي عليه المتأخرون ورواه ابن حبيب عن مالك وقاله أشهب أن لا رد له بذلك . ما لم يكن العرف يجري على مساواة البكر للعذراء . وقد جرى العرف بمصر وفاس على أن البكر مرادفة للعذراء، فللزوج الرد إذا وجدها ثيبا سواء قالوا بكرا أو عذراء . انظر حول هذا الموضوع :

- المواق : التاج والإكليل لمختصر خليل، ج 3، مرجع سابق، ص 487 .

- الدسوقي : ج 2، مرجع سابق، ص 281 .

- الزرقاني على مختصر الشيخ خليل، مجلد 2 ، ج 3، مرجع سابق، صفحة 239 .

- ميارة على التحفة - ج 1، ص 205 وما بعدها .

- التسولي - البهجة في شرح التحفة . ج 1، ط 1، مرجع سابق، ص 520 وما بعدها .

- علال الفاسي - التقريب . مرجع سابق، ص 267 - 268 .

¹²³¹ - ولذلك يلاحظ أن عقود بعض الموثقين يجيء فيها ذكر البكر أو العذراء من باب التلفيق والعادة في تحرير رسوم الزواج، وقد لا يعلم أطراف العقد بذلك عند كتابة العقد . فلا يتبين ما إن كان الأمر يتعلق بشرط شرطه الزوج بالفعل وأفصح به عند العقد، أم لا . ولذلك يتعين على المحكمة أن تبحث في مقصود العاقدين .

باليثوية مجرد تخلف ظنه بكون الزوجة بكرا¹²³²، إذ لا مقال للزوج إذا كان يظن زوجته بكرا فوجدها ثيبيا¹²³³، إلا إذا كان اشترط أنها عذراء .

ولذلك فإن القضاء يرجع إلى أحكام الفقه في الموضوع¹²³⁴. وفي ذلك قضت محكمة الاستئناف بمراكش، برفض طلب فسخ عقد الزواج الذي طالب به الزوج لكون زوجته ليست بكرا، وفق ما ذكر بعقد الزواج . وقد رفض الطلب لأن المقصود بعبارة "بكر" المنصوص عليها في رسم النكاح هو أنه لم يسبق لها زواج قط، وليس المقصود أنها عذراء . والزوج لم يشترط (العذرية) عليها حين العقد¹²³⁵ .

¹²³² - وهذا دون إغفال الجوانب الاجتماعية والموروث الثقافي المتعلق بموضوع البكارة .

¹²³³ - وإذا وجدت ثيبيا وادعت سقوطا في صغرها، فإنه لا حرج على الزوج في إمساكها بعد العقد عليها، وهي مصدقة في انصراف أمد الاستبراء قبل العقد لأنها مأمونة على رحمتها (انظر - عيسى بن علي الحسيني العلمي - . النوازل. ج 1، مرجع سابق، ص 161 - 162) .

¹²³⁴ - ويمكن تلخيصها في أن الزوج إذا ادعى أن الزوجة غير بكر، وادعت هي أنها بكر، فالقول لها في وجود البكارة . فتصدق الزوجة في أنها لازالت عذراء أو أن الزوج هو الذي أزال عذريتها أو بكارتها . ولا ينظرها النساء جبرا عليها، على المشهور، لكن جرى العمل بذلك، فإن مكنت نفسها امرأتين وشهدت المرأتان بشيوتها كان القول قوله، وإن شهدتا بكارتها كان القول قولها (وحول تصديق المرأة بيمينها في البكارة، وشهادة النساء في هذا الأمر . انظر فتوى العلمي - عيسى بن علي الحسيني العلمي - . النوازل. ج 1، مرجع سابق. ص 156 - 157 و ص 160 - 161 و ص 173 و 181) .

وجرى العمل بفحص الأطباء للزوجة في حال النزاع في البكارة، ويميل المرحوم علال الفاسي لعدم الفحص حفظا لكرامتها إذا امتنعت . غير أن ما يجري به العمل الآن أمام القضاء في نوازل النزاع حول البكارة ، هو أن تتم الاستعانة بخبرة الأطباء الذين يسلمون للمعنيين بالأمر شواهد طبية بالعذرية أو بزوال البكارة، حيث لم تعد العائلات تتحرج في عرض البنات على المختصين من الأطباء بخصوص موضوع البكارة، سواء تعلق الأمر بتزاع بمناسبة الزواج، أو في جريمة اغتصاب، أو فعل افتراض . لكن التقدم في ميدان الطب، أفرز عمليات جراحية بسيطة تؤدي إلى رتق البكارة . مما يطرح صعوبة في الإثبات .

وتجدر الإشارة بهذا الصدد، إلى أن الشيخ نصر فريد واصل، مفتي الديار المصرية، أصدر فتوى بإباحة إعادة غشاء البكارة اصطناعيا للفتاة التي تم اغتصابها، بموافقة أطباء شرعيين فقط . أما الفتاة التي تفقد غشاء البكارة برضاها، وتعيدها اصطناعيا، فهذا يدخل في باب الغش والتدليس . وقد أثارت هذه الفتوى ردود فعل في مصر . وصدر كتاب بشأنها للدكتور هاني إسماعيل : ((غشاء البكارة بين الجنس والاعتصاب والطهارة)) . انظر جريدة العلم (المغرب)، عدد 17818، بتاريخ 01 / 03 / 1999، ص 8 .

¹²³⁵ - محكمة الاستئناف بمراكش - قرار عدد 634 . ملف عدد 766 - 85 . بتاريخ 18-07-1986، بمجلة المحامي، عدد 10، ص 86 .

وهذا ما قرره المجلس الأعلى¹²³⁶ لما اعتبر : ((إن القاعدة التي نص عليها التسولي في شرحه على تحفة ابن عاصم لدى قوله :

" والزوج حيث لم يجدها بكرًا ولم يرجع إلا باشتراط عذرا "

إذ قال : والمعنى، أن الزوج إذا تزوج امرأة فوجدها ثيبا فإنه لا يردها بالثيوبة، في حال من الأحوال، سواء لم يشترط شرطا أو اشترط أنها بكر . إلا في حالة اشتراطه كونها عذراء، وهي التي لا زالت بخاتم رها، (وإن) خرق هذه القاعدة يؤدي إلى النقض)) .

ويتبين من القرارين أعلاه، أن القضاء لم يأخذ بكون كلمة بكر تعني العذراء¹²³⁷ على ما جرى به العرف لدى متأخري فقهاء المغرب . فقد كان العمل بفاس¹²³⁸، كفاية اشتراط البكارة لأن كلمة "بكر" في ذلك العرف ككلمة " عذراء " . "ولهذا لم تشتط المدونة ذكر العذراء جريا

وعلى صعيد القضاء المقارن، فإن القضاء المصري يقرر ((أن الغش في بكارة الزوجة يجيز إبطال الزواج على أساس أنه غلط في صفة جوهرية تصيب الإرادة، ويشترط أن يرفع الزوج دعوى البطلان في ظرف شهر من وقت علمه بالغش، على ألا يكون قد حصل اختلاط زوجي بين الطرفين بعد هذا العلم ؛ لأن ذلك يعتبر إجازة ضمنية للعقد)) (نقض مصري - جلسة 12-01-1972، بموسوعة الفاكهاني ج 2، مرجع سابق، أحوال شخصية - طلاق) .

¹²³⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1065، بتاريخ 04 / 07 / 1989 .
ملف رقم 86 / 689 أورد بعض حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 19 .

¹²³⁷ - ((العذراء عند المالكية هي التي لم تنزل بكارها بمزيل . فلو أزيلت بكارها بزني، أو وثبة، أو بنكاح لا يُقران عليه فهي بكر . وعليه فالبكر أعم من العذراء، فهي التي لم تنزل بكارها أصلا)) (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 245 . و الدسوقي - ج 2، مرجع سابق، ص 281) . ((البكر في اللغة هي التي لم ينعقد عليها نكاح قط . ولا يدل لفظ البكر على كونها عذراء . وهي التي بخاتم رها)) (ميارة على التحفة . ج 1، مرجع سابق ص 205) .

ومن ناحية القانون الجنائي، تجب الإشارة إلى أن فض البكارة بفعل الغير، خارج العلاقة الزوجية، ليس جريمة في حد ذاته طبق الفصل 488 من القانون الجنائي . لكنه يعتبر ظرف تشديد في مس عرض قاصرة يقل عمرها عن خمس عشرة سنة، بدون عنف، أو في مس عرض أية أنثى مع استعمال العنف أو في الاغتصاب . (انظر : قرار المجلس الأعلى - الغرفة الجنائية - قرار عدد 536، بتاريخ 17 / 04 / 1969، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 10، ص 93) .

¹²³⁸ - يقول علال الفاسي بخصوص إطلاقات البكر والعذراء في عرف فاس بل وعرف المغرب ((وعلى كل حال، فقد جرى العمل في المحاكم المغربية، بعرف فاس في هذه المسألة، وهو عمل ما يزال قائما بناء على عرف راسخ أيضا)) (التقريب، مرجع سابق، ص 268) . وانظر حول هذه المسألة أيضا، فتوى العلمي - عيسى بن علي الحسيني العلمي - النوازل. ج 1، مرجع سابق، ص 164 .

على ما به العمل من تساوي البكر والعذراء" ¹²³⁹ . وعلى ذلك كان القضاء المغربي قبيل صدور مدونة الأحوال الشخصية يعتد بالعرف في هذا المجال ¹²⁴⁰ .

الفقرة الثالثة - الشرط المتعلق بجعل أمر الزوجة بيدها :

ويتعلق الأمر باشتراط الزوجة أن يكون أمرها بيدها، في حال تحقق ما قيد به شرطها، وهو شرط يلزم الوفاء به حسب مشهور الفقه المالكي لأنه من باب اليمين ¹²⁴¹ . فقد خولت مدونة الأحوال الشخصية للزوجة أن تشتط على زوجها ألا يتزوج عليها، وإذا تزوج عليها فأمرها بيدها (فق 2 من الفصل 30 من المدونة) . فتملك الزوجة بذلك حق إيقاع الطلاق على نفسها. ولم تتناول مدونة الأحوال الشخصية الطلاق المملك بتفصيل، وأشارت له فقط في الفصل 44 ¹²⁴² والفصل 67 ¹²⁴³ . وهو طلاق بدعي، يمنعه الظاهرية ¹²⁴⁴ ، ويجيزه الجمهور ¹²⁴⁵ ،

¹²³⁹ - علال الفاسي - التقريب . مرجع سابق، ص 207 و 268 . ومن رأيه أنه من الأحسن، أن يذكر في الوثيقة لفظ (البكر العذراء) دفعا لكل خلاف .

¹²⁴⁰ - لقد قرر القضاء المغربي قبل صدور المدونة، أن اشتراط كون الزوجة عذراء في رسم الطلاق كاف اتفاقا في وجوب رد الزوج لزوجته التي لم يجدها بكرا، حيث هو من العيوب التي ترد بها الزوجة، وعلى الخلاف إذا لم يشترط عذراء بل اشترط بكرا فقط . ويعتبر عرف البلد، فإذا كان عرف البلد بأن البكر هي العذراء كالطفلة والبنات يجب الرد بعدم البكارة . والعذراء هي التي لازالت عل خاتم رهما (حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي)، بتاريخ 02 ذو الحجة 1370 هـ الموافق 05 شتنبر 1951، بمجموعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 397) . وحول الفرق بين زوال العذرة بمحادثة سقطت أو وثبة ، أو زنى، وحكم كل ذلك، أنظر حكم قاضي تطوان بتاريخ 29 شوال 1374 هـ الموافق 20 يونيو 1956، بنفس المرجع أعلاه، ص 500 .

¹²⁴¹ - وقد تم بيان ذلك من قبل، على أساس أن الأمر يتعلق هنا بيمين . فقد سئل الشيخ الوزاني عن اشتراط على زوجها ألا يخرجها من دار أبيها ، وإن أخرجها فأمرها بيدها . فأجاب: ((بأنه يقضى على الزوج بالشرط المذكور، لأنه شرط معلق بالطلاق وهو لازم على المشهور)) . انظر : أبو عبد الله محمد المهدي الوزاني - النوازل الصغرى . ج 2، مرجع سابق، ص 162 و ص 163 .

¹²⁴² - ينص الفصل 44 من مدونة الأحوال الشخصية : ((الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو القاضي)) .

¹²⁴³ - ينص الفصل 67 من مدونة الأحوال الشخصية : ((كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والخلع، والمملك)) .

ومنهم المالكية، على خلاف فيما بينهم على أحكامه¹²⁴⁶. وهو حسب قواعد الفقه المالكي نوع من طلاق التفويض¹²⁴⁷ الذي ينقسم إلى أقسام ثلاثة¹²⁴⁸: توكيل¹²⁴⁹، وتمليك¹²⁵⁰، وتخيير¹²⁵¹.

¹²⁴⁴- يقول الإمام ابن حزم: ((ومن جعل إلى امرأته أن تطلق نفسها : لم يلزمه ذلك، ولا تكون طالقا - طلقت نفسها أم لم تطلق - لما ذكرنا قبل، من أن الطلاق إنما جعله الله تعالى للرجال لا للنساء)) (ابن حزم - المحلى . ج 9، مرجع سابق، ص 483) .

¹²⁴⁵- انظر موقف فقهاء الحنفية لدى الكاساني في بدائع الصنائع، ج 3، مرجع سابق، 165 وما بعدها .

¹²⁴⁶- وفي ذلك يقول ابن عاصم :

وفي المملك الخلاف والقضا بطلقة بائنة في المرتضى

قال الشيخ ميارة حول الخلاف في نوع الطلاق الذي يقع في الطلاق المملك : ((وفيه خلاف بين ابن القاسم وغيره . فابن القاسم يقول هو طلقة بائنة، ويقوله القضاء، وهو قول أصبغ . وحكى سحنون عن غيره أنها البتة . وقول ابن القاسم هو الذي عبر عنه بالمرتضى، لجريان العمل به)) (ميارة على التحفة . ج 1، مرجع سابق، ص 221) . ويقول ابن القاسم، أخذت مدونة الأحوال الشخصية، التي اعتبرت الطلاق المملك يقع بائنا (الفصل 67 من مدونة الأحوال الشخصية) . بينما يعتبر الإمام مالك أنه يقع رجعيا ((وإنما رأى مالك والشافعي أنه إذا طلقت نفسها بتمليكه إياها طلقة واحدة أنها تكون رجعية، لأن الطلاق إنما يحمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة، وإنما رأى أبو حنيفة أنها بائنة، لأنه إذا كان له عليها رجعة لما طلبت من التمليك فائدة ولما قصد هو من ذلك)) (ابن رشد . بداية المجتهد . ج 2، مرجع سابق، ص 54) . وحول الخلاف المذكور أيضا، انظر : التسولي - البهجة، ج 1، مرجع سابق، ص 55 وما بعدها . والتاودي في حاشيته بنفس المرجع والصفحات.

¹²⁴⁷- يقول الشيخ خليل: ((إن فوضه (الطلاق) لها توكيلا فله العزل، إلا لتعليق حق، لا تخييرا أو تمليكا)) . قال الخطاب في شرحه لما سبق : ((أعني التفويض، وهو على ثلاثة أقسام : توكيل، وتمليك، وتخيير)) - (الخطاب - ج 4، مرجع سابق، ص 91) . وقال المواق - نقلا عن ابن شاس - في تفويض الطلاق إلى الزوجة : ((وللرجل أن يجعل إلى المرأة طلاقها . وذلك على وجهين : توكيل وتمليك . ففي التوكيل له أن يرجع ما لم تطلق نفسها . وفي التمليك ليس له ذلك)) (المواق، ج 4، مرجع سابق، ص 91) .

وحول التفويض في الطلاق - انظر: ابن جزري القوانين الفقهية . مرجع سابق، ص 171../. وأبو الشتاء الغازي الحسيني - مواهب الخلاق شرح لا مية الزقاق - ج 2، ط 2، الرباط 1955، ص 128../. وص 309../. و بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 385../. ومحمد محيي الدين عبد الحميد - الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 298. - وعبد النبي ميكو - الوسيط . مرجع سابق، ج 1، ص 505. - وأحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ج 1، ص 305-311. وانظر: عبد السلام حادوش - البيان والتحرير في التوليج والحاباة والتصيير. الطبعة الأولى، الرباط 1999، ص 138-170. حيث استعرض المؤلف بتفصيل أحكام التمليك والتخيير والتمليك في الفقه المالكي.

¹²⁴⁸- يقول القاضي المالكي عبد الوهاب البغدادي : ((وللرجل أن يجعل إلى المرأة طلاقها . وذلك على وجهين

أحدها أن يوكلها، والآخر أن يملكها . ففي التوكيل، له أن يرجع ما لم تطلق نفسها . وفي التملك ليس له ذلك، إلا بأن تبطل تملكها . والتمليك على وجهين : تملك تفويض، وتمليك تحجير . وهو الخيار على ما ذكره :
فأما تملك التفويض، فهو أن تقول : قد ملكتك أمرك، أو أمرك بيدك، أو طلاقك بيدك، وما أشبه ذلك (وفي هذه الحالة إما أن تطلق أو تختار زوجها) أو تمسك عن جواب أو فعل يقوم مقامه حتى يفترقا، أو يطول بمها المجلس طولا يخرج عن أن يكون ما تأتي به جوابا، ففيه روايتان : إحداهما : إبطال حقها من التملك . والأخرى بقاءه...

وأما تملك التحجير، وهو التخيير فهو على ضربين : تخيير مطلق، وتخيير مقيد . فأما المقيد فهو أن يخيرها في عدد بعينه من أعداد الطلاق، فيقول : اختاريني أو اختاري طلقة أو طاقتين، فليس لها أن تختار زيادة على ما جعل لها . والمطلق هو التخيير في النفس، وهو أن يقول : اختاريني، أو اختاري نفسك . فهذا يقتضي اختيار ما تنقضي به العصمة وهو الثلاث . فإن قالت اخترت واحدة أو اثنتين لم يكن ذلك لها، وبطل تملكها . وإن قالت اخترت نفسي كان ثلاثا . ولا يقبل منها إن فسرتة بما دونه)) (القاضي عبد الوهاب البغدادي - المتلقين - مرجع سابق، 98 - 100 . ببعض التلخيص) .

¹²⁴⁹ - وهو أن يوكل الزوج الغير أو زوجته لإيقاع الطلاق ، وله أن يعزل من وكله، ما لم يفعل ذلك . (انظر شراح الشيخ خليل لدى قوله : ((إن فوضه (الطلاق) لها توكيلا فله العزل، إلا لتعليق حق، لا تخييرا أو تملكيا))

¹²⁵⁰ - يعرف الفقهاء المالكيون الطلاق المملك بأنه ((طلاق الخلع من غير خلع)) (ميارة على التحفة . ج 1، مرجع سابق، ص 221) . كما يعرفونه بأنه ((جعل إنشاء الطلاق حقا لغير الزوج)) . و ((تملك المرأة إيقاع الطلاق)) (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي . مرجع سابق، ص 230) .

فبالتملك يملك الزوج، الزوجة، أمر نفسها . وليس له أن يعزلها عن ذلك مادام المجلس قائما، أو لم ينصرم الوقت الذي حدد به قيام التملك، فيسقط بانقضاء المجلس إذا لم يكن محددا، أو بفوات الأجل . أو بتمكنها الزوج من نفسها طواعية منها. وإن قبلت الزوجة التملك، المخول لها، خلال المجلس، أو الذي يكون لفترة معينة، أو بصفة مطلقة، فإنها توقف لبيان موقفها : بإيقاع الطلاق أو تركه . إذ لا يتصور وجود زوجة تحت زوج وأمرها بيدها . لما في ذلك من التمادي في عصمة مشكوك فيها . فإن علق التملك على حق للمرأة، كعدم الإضرار بها، فإن الطلاق يتوقف على تحقق ذلك (انظر شراح الشيخ خليل لدى قوله : ((وعمل بجوابها، كطلاقها، وردة، كتمكينها طاعة...))) .

وهذا نموذج عقد تملك الزوجة حق الطلاق، كما وضعته وزارة العدل : ((الحمد لله أشهد (...)) أنه ملك زوجته (...)) أمرها ومنحها حق الطلاق الذي كان بيده لتوقعه بنفسها إذا أحببت ومتى أرادت . أو إذا وقع الأمر الفلاني . تملكها تاما على سبيل التفويض لها فيه . بحضور الزوجة وقبولها لهذا التملك (وإن كان بعوض نبه إليه) عرفا قدره . شهد به عليهما بأتمه)) . انظر : دليل العون الدبلوماسي والقنصلي في شؤون العدل . مرجع سابق. ص 265 .

وهذا نموذج طلاق الزوجة لنفسها تبعا لعقد التملك والتخيير، وذلك كما وضعته وزارة العدل : ((الحمد لله بعدما ملك الزوج السيد (...)) زوجته السيدة (...)) أمر نفسها وتنازل لها عن حق الطلاق على سبيل

وقد عرضت على المجلس الأعلى، واقعة تتعلق بإشهاد صدر من زوج، جعل أمر زوجته بيدها متى شاءت، فبت المجلس الأعلى في هذه القضية بمناسبة الطعن بالنقض أولاً، ثم بمناسبة الطعن بإعادة النظر في قراره نفسه ثانياً، وقد تناول في ذلك موضوع طلاق التمليك، ولذلك سيتم بيان موقفه من الموضوع في المرحلتين معا .

1 - مرحلة الطعن بالنقض :

تتلخص وقائع النازلة في أن زوجا طالب برجوع زوجته إلى بيت الزوجية ومعاشرتها له معاشرتها للأزواج . فأجابت المدعى عليها بأن المدعي جعل لها أمرها بيدها متى شاءت بدون قيد ولا شرط، حسب الإشهاد الصادر عنه بتاريخ 28 / 12 / 1974 . وقد جعلت ذلك لنفسها، وأشهدت على طلاقها بتاريخ 08-04-1978، وأنها تقدمت ضده بدعوى تطالبه فيها بنفقة بنتها منه . فرد المدعي بأن الإشهاد المذكور هو إشهاد والتزام باطل، لأن وجوده معلق على شرط إرادي، وأن حق الطلاق سقط، وأن القول قول الزوج بدون يمين في الوطاء (المدعي يشير هنا إلى أنها مكنته من نفسها) وأن حقها لم يبق له وجود، وبذلك يكون الطلاق الذي أوقعته المدعى عليها في 08-04-1978 غير صحيح . فحكم القاضي الابتدائي بسقوط الحق المزعوم للمدعى عليها، بدون قيد متى شاءت، وبعدم صحة الطلاق الصادر منها لنفسها، وبالتالي حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية . وقد بنى القاضي حكمه على قول الشيخ

التمليك حسبما برسمه عدد(....) صحيفة (....) كناش مركز (....) حضرت وأشهدت أنها اختارت نفسها بطلقة واحدة، فارقت بها كما يجب . وذلك بعد البناء بها وهي عارفة قدره وبأتمه)) . انظر : دليل العون الدبلوماسي والقنصلي في شؤون العدل . مرجع سابق. ص 267 .

1251 - وأما التخيير، فهو أن يخير الزوج الزوجة، بين أن تختار البقاء معه أو الفراق عنه، وهو كالتمليك إلا أنه ينصرف إلى ثلاث تطبيقات، ما لم يبين الزوج عدد التطبيقات المخولة للزوجة (انظر شراح خليل لدى قوله :)) إن فوضه (الطلاق) لها توكيلا فله العزل، إلا لتعليق حق، لا تخييرا أو تمليكا)) .

وهذا نموذج عقد تخيير الزوجة في حق الطلاق، كما وضعت وزارة العدل : ((الحمد لله أشهد السيد (....) أنه خير زوجته السيدة (....) في أمر نفسها وفي بقائها على عصمة الزوجية أو انفصالها . فتوقع الطلاق بنفسها حيث اختارته ومتى أرادت . تخييرا تاما على سبيل التفويض لها . بمحضرة الزوجة وقبولها لهذا التخيير، عرفا قدره . شهد به عليهما بأتمه)) . انظر : دليل العون الدبلوماسي والقنصلي في شؤون العدل مرجع سابق. ص 266 . وانظر نموذج الطلاق الذي يقع به بالصفحة 267 من المرجع السابق . وهو مبين عند الحديث عن نموذج طلاق التمليك أعلاه .

خليل ((وحيل بينهما حتى تجيب وإلا أسقطه الحاكم)) . فاستأنفته المدعى عليها بعله أنها تتوفر على إسهاد جعل لها أمرها بيدها متى شاءت دون قيد ولا شرط، وأن الاحتجاج بقول الشيخ خليل في غير محله، وأن الحكم لم يبين كيف توصل إلى أنها كانت تمكن الزوج من نفسها. وبعد سؤال محكمة الاستئناف للمحكوم عليها عما إن كانت تعاشر زوجها معاشرة الأزواج، ما بين تاريخ الإسهاد الصادر عن الزوج إلى تاريخ الطلاق الذي أوقعته، وجواب نائبا بأنها كانت تعاشره معاشرة الأزواج، أيدت محكمة الاستئناف بالرباط الحكم المستأنف، بناء على ما يقرره شراح الشيخ خليل، من أن المملّكة إن مكنت زوجها من نفسها طائعة، وإن جهلت أثر ذلك، سقط حقها في التمليك . فتقدمت المدعى عليها بطلب نقض القرار المذكور، مبينة أن القضية تتعلق بمشكلة اجتماعية، تتطلب الإطلاع على سوابق الزوجين . وأن الحكم ناقص التعليل، وحرّف وثيقة الإسهاد، الذي قصد منه الاحتياط لمستقبل المعاشرة الزوجية وأخذ ضمانات من قبل الزوج بعدم الإضرار . فقرر المجلس الأعلى¹²⁵² : ((حيث يتبين صحة ما نعي على الحكم، وذلك لأن الوثيقة نفسها لا تحمل تفسيراً آخر، ولا تقبل تفسيراً غير هذا، مادامت الحياة الزوجية قائمة، وأنه من أجل أن تستمر، التزم الزوج عدم الإضرار بزوجه استقبالا، وأردف ذلك بضمانة تطمئن معها الزوجة على مستقبلها، وضمن الشهادة بأن لها أن تطلق نفسها متى شاءت بدون قيد ولا شرط . والوثيقة نفسها فيها دلالة على أن هناك سوابق خطيرة خيف تكرارها... وواضح أن ما سلكته المحكمة مخالف لموضوع الإسهاد الصادر من الزوج، مادام الإسهاد المذكور إنما قصد منه أن يطمئن الزوج الزوجة على أنه سيعاشرها معاشرة حسنة، وأن مفعول الإسهاد لا يحتاج إليه إلا إذا طرأ ما يعكس صفو الزوجية استقبالا، وأن لها أن تستعمل هذا الحق متى شاءت، فالإسهاد معلق على أن يحصل لها ضرر، وذلك يتوقف على تجربة مستقبلية، وأما ظفرت بالحق واستعملته استعمالاً شرعياً في إبانها، لأن لها أن تستعمله متى شاءت طبق ما جعل في الإسهاد... أما الصورة التي ساقها الحُكّمان على طلاق المملك، فهي غير داخلية في حكم المملك . فجعلها من باب واحد هو قياس مع وجود الفارق . لأن الإسهاد الذي تتمسك به الزوجة هو داخل في باب ما تشترطه الزوجة على زوجها، حيث أشهد الزوج الشهيدين دون حضورها، أنه جعل لها أمر طلاقها بيدها متى شاءت، دون قيد ولا شرط . فيجب اقتصار النظر

¹²⁵² - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 126 . ملف رقم 83705، بتاريخ 26 فبراير 1980 . تم استعراض حيثياته ووقائعه في القرار عدد 296 بتاريخ 19-05-1981. المتعلق بطلب إعادة النظر في القرار 126 المذكور . مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 ص 60. وكذلك مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 318 .

هنا على ما قرره الفقهاء في ظل هاته النازلة . ففي قوانين ابن جزري : كل شرط يجعله الزوج بيد غيره ليقع عليه الطلاق، فإن كان سبب ذلك فعلا يفعلها فعلا، فهو جائز لازم للزوج مثل أن يشترط لها أنه متى أضر بها أو سافر عنها، فأمرها بيدها أو بيد أبيها أو غيره . وجاء في كتاب الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ما نصه، بعد أن تكلم على صيغ التفويض وهي ثلاثة، إلى أن قال : فإن كانت عبارة التفويض مقرونة بما يدل على التعميم، كأن يقول لها جعلت لك أن تطلقي متى شئت، أو كلما شئت . فإن للزوجة بحكم هاته الصيغة أن تختار نفسها متى شاءت وفي ما أرادت، سواء كانت حاضرة حين التفويض لها، أم كانت غائبة . لأنه ملكها هذا الحق تمليكا عاما . والخلاصة أن الأجدد بالمحكمتين أن تطبق على النازلة الفقه المحرر في باب التفويض . ولا فائدة في الاستجواب الذي طرحته محكمة الاستئناف على الطاعنة، لتزل عليه فقه المملكة، لاسيما أن ما أفتى به المجلس العلمي بفاس، يعتبر مفيدا لما بين سابقا في النازلة)) . وعلى ذلك قضى المجلس الأعلى بنقض الحكم الصادر في الموضوع، وتصدى للبت في جوهر القضية وحكم ((بصحة الطلاق الصادر من الطاعنة من نفسها طلاقا بائنا أخذا بشرطها تطبيقا للفصل 66 من مدونة الأحوال الشخصية))¹²⁵³ .

وعلى هذا، فإن المجلس الأعلى لم يعتبر الأمر يتعلق بتملك ((لأن الإشهاد الذي تتمسك به الزوجة هو داخل في باب ما تشترطه الزوجة على زوجها)) .

2 - مرحلة الطعن بإعادة النظر في قرار المجلس الأعلى :

بعد صدور هذا القرار من طرف المجلس

الأعلى، تقدم الزوج بطلب إعادة النظر فيه، بناء على عدة أسباب¹²⁵⁴، يمكن إرجاعها إلى أمرين :

- 1- عدم انطباق الفصل 66 من المدونة على النازلة .
- 2 - رغم تحدث أسباب القرار عن الطلاق كطلاق تفويض، قضى بصحة الطلاق المملك الذي أوقعته الزوجة على نفسها .
- 3 - لم يكن من حق المجلس الأعلى التصدي والبت في القضية على، لأن الأسباب التي ثبتت لقضاة الموضوع، تفيد أن الطلاق مملك، بينما القرار المطعون فيه اعتبر الطلاق طلاق تفويض .
- 4- المطعون ضدها طلق نفسها طلاقة مملكة ثانية، والقرار قضى بصحة ذلك، رغم أنه يعتبر الطلاق المذكور طلاق تفويض .

¹²⁵³ - ينص الفصل 66 من المدونة : ((كل طلاق أوقعه القاضي فهو بائن إلا طلاق المولي والمعسر بالنفقة)) . وقد قال المجلس الأعلى، بعد الطعن بإعادة النظر، بأن المقصود هو الفصل 67 من المدونة وليس الفصل 66 .
¹²⁵⁴ - فقد طعن فيه بمقتضى الفصل 379 من ق. م. م. والفصل 375 منه، وذلك تبعا للأسباب الآتية :

أ - القرار ناقش الطلاق الذي أوقعته الزوجة على نفسها على أساس أنه طلاق تفويض، في حين أنه طلاق تمليك.

ب - طلاق التمليك المطلق، يسقط إن مكنت الزوجة زوجها من نفسها .
وقد رد المجلس الأعلى¹²⁵⁵ كل الأسباب¹²⁵⁶ التي تدرع بها الطاعن في طلبه . ويمكن تلخيص ما انتهى إليه القرار فيما يلي :

- 5 - القرار قضى بصحة الطلاق رغم أن المدعى عليها لم تطلب ذلك .
- 6 - المدونة لم تتحدث عن التفويض وإنما تتحدث فقط عن التمليك (ف 44 و ف 67) .
- 7 - سواء تعلق الأمر بتمليك أو تفويض، فحق الزوجة يسقط إن مكنت الزوجة الزوج من نفسها .
- 8 - اعتماد القرار كتاب الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الذي تناول صيغ التفويض على خلاف ما هو مبسوط في أمهات كتب الفقه المالكي .
- 9 - أن القرار اعتبر الإشهاد صدر في غيبة الزوجة، بنما هو صدر بمحضر الزوجين حسبما يتبين من وثيقة الإشهاد.¹²⁵⁵ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 296، بتاريخ 19-05-1981. المتعلق بطلب إعادة النظر في القرار عدد 126 . ملف رقم 83705، بتاريخ 26 فبراير 1980 .. بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30، ص 60. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 318 .
- ¹²⁵⁶ - وقد كان رد المجلس الأعلى على أسباب طلب إعادة النظر كما يلي : فيما يتعلق بالفرع الأول من الوسيلة المتعلق بكون الفصل 66 من المدونة الذي بني عليه القرار لا ينطبق على النازلة . قال المجلس الأعلى : إن ذلك مجرد خطأ مادي لأن المقصود هو الفصل 67 من المدونة . فيما يتعلق بالفرع الثاني من الوسيلة المتعلق بوجود تناقض في القرار ((بين ما جاء من تعليل وما انتهى إليه في منطوقه . لأن كل الأسباب الواردة في المناقشات التي يطرحها القرار المذكور تنتهي إلى صيغة التمليك عما جعله الزوج لزوجته في النازلة من أمر طلاقها بيدها . في حين أن الاعتماد على الفصل 67 من المدونة لا يكون له من فهم سوى تكييف ذلك الجعل، بأنه تمليك، والتناقض بين الأسباب والمنطوق يتزل منزلة انعدام التعليل مما يجعل القرار معرضا لإعادة النظر والحكم بإبطاله)) . فأجاب المجلس الأعلى على ذلك بأن : ((التمليك الذي نفته أسباب الحكم هو التمليك المطلق أي غير المعلق على شرط . والتمليك في الفصل (67) المشار له يشمل هذا التمليك المطلق والتمليك المعلق على شرط، ومن البديهيات أنه لا تناقض بين مطلق ومقيد)) . وفيما يتعلق بالفرع الرابع من الوسيلة المتعلق بكون الزوجة طلقت نفسها طليقة ثانية مملكة، وهذا يدل على أن الأمر يتعلق بتمليك، والقرار المطعون فيه بإعادة النظر، قضى بصحة ذلك الطلاق، لكن الأسباب التي بني عليها ذلك القرار، اعتبرت الطلاق طلاق تفويض وليس طلاق تمليك . فالتناقض صريح بين الحكم بصحة الطلاق المشهود به كطلاق مملك، والقول بأنه طلاق تفويض، والتناقض يتزل منزلة انعدام التعليل)) . فأوضح المجلس الأعلى بأن ما استنتجه الطاعن استنتاج خاطئ ((لأن أسباب الحكم كلها صريحة في أن هذا الطلاق طلاق تمليك معلق على شرط . وعلى هذا الأساس أشهدت الزوجة في وثيقة الطلاق، بأنها طلقت نفسها طليقة ثانية مملكة . ولو فرضنا جدلا أن أسباب هذا الحكم اعتبرت هذا الطلاق طلاق تفويض، فإنه لا تناقض بين هاتاه

الأسباب وبين منطوقه، الذي يؤخذ منه أن هذا الطلاق تمليك، لأن التمليك نوع من أنواع تفويض الطلاق الثلاثة، المشار إليها بقول الشيخ خليل : ((إن فوضه إليها توكيلا فله العزل، لا تخييرا أو تمليكا)) . وفيما يتعلق بالفرع السادس من الوسيلة المتعلق بكون المشرع المغربي استبعد طلاق التفويض، وحصر الأمر بالنسبة للزوجة في التمليك طبق الفصل 44 من المدونة، فالزوجة ليست من مشمول من يفوض إليه الطلاق، بل لابد أن تكون مملكة، خاصة وأن الفصل 67 من المدونة لا ينص على الطلاق بالتفويض، وإنما على المملك، والقرار جعل الطلاق من باب التفويض ((والحال أنه لا تفويض ولا توكيل للزوجة في الطلاق من زوجها حسب المدونة)) . فرد المجلس الأعلى على ذلك : ((إن ما جاء في هذا الفرع، مخالف لمذهب الإمام مالك، وما نصت عليه المدونة في فصلها 44 المستدل به من طرف الطالب، لأن للزوج أن يفوض الطلاق لزوجته بأنواعه الثلاثة : التوكيل والتخيير أو التمليك لقول الشيخ خليل : ((إن فوضه إليها توكيلا فله العزل، لا تخييرا أو تمليكا))، وشراح المختصر سواء منهم الأقدمون أو المحدثون، سلموا هذا التقسيم لطلاق التفويض، كما سلموا إسناد الأنواع الثلاثة للزوجة، واعتبروا تفويض الطلاق جنسا تدخل تحته الأنواع الثلاثة المذكورة . ولم يذكروا أي خلاف في ذلك داخل مذهب الإمام مالك، مما يدل على أن ما ذكره هو المعروف في المذهب، وهو ما ينص عليه صاحب المختصر . والقول بخلاف ذلك لا يستند على أي أساس . وإسناد التفويض للزوجة ينص عليه الفصل 44 من المدونة بقوله : ((ومن فوض له ذلك)) . فلفظة (مَنْ) للعموم، تشمل الزوجة وغيرها . وأما قول هذا الفصل أو الزوجة إن ملكت هذا الحق، فليس المقصود به العموم . وفرق كبير بين ملك بتخفيف اللام وملك بتشديدها، وهي تملك الحق إذا اشترطت على زوجها أن يكون لها حق تطليق نفسها، فيكون لها ذلك بمقتضى ما اشترطته . سيما جاء في تقرير مقرر لجنة تدوين الشرع الإسلامي الأستاذ المرحوم سيدي علال الفاسي . مما كان معه ما بهذا الفرع مخالفا للشرع وغير مقبول)) . وفيما يتعلق بالفرع السابع من الوسيلة المتعلق بكون أنه، على فرض أن الأمر يتعلق بتفويض أو توكيل، فإن الزوجة المخول لها ذلك يسقط حقها إن مكنت زوجها ولو جهلت أثر ذلك لقول الشيخ خليل : ((وعمل بجوابها الصريح في الطلاق، كطلاقه ورده، كتمكينها طائفة)) . فرد المجلس الأعلى على ذلك بأن ((ما جاء في هذا الفرع مؤسس على أن التمليك الذي جعله الزوج في هاته النازلة هو تمليك مطلق، والواقع خلاف ذلك، لأنه تمليك معلق على شرط)) . وفيما يتعلق بالفرع الثامن من الوسيلة المتعلق بكون القرار المطعون فيه اعتمد ما جاء في كتاب الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، بخصوص صيغ التفويض، وأن ذلك لا يتحدث عن التفويض كما هو مبسوط في أمهات الفقه المالكي . فرد المجلس الأعلى بأن ما جاء في ذلك الكتاب نص صريح في التمليك المعلق على شرط . وفيما يتعلق بالفرع التاسع من الوسيلة المتعلق بكون القرار المطعون فيه اعتبر أن الإشهاد صدر معلقا على شرط معين، وفي غيبة الزوجة، بينما وبالرجوع لوثيقة الإشهاد يتبين أن الإشهاد تم بحضور الزوجين . فرد المجلس الأعلى بأن ذكر عدم حضور الزوجة لا يؤثر لأن ((إشهاد الزوج بما ذكر لازم سواء كان بمحضر الزوجة أو بدونها، كما يؤخذ ذلك من قول الشيخ خليل ((كما إذا كانت غائبة وبلغها)))) . وفيما يتعلق بالفرع الثالث من الوسيلة المتعلق بكون المجلس الأعلى لم يكن من حقه التصدي للقضية لأنه لا يجوز الاعتداد إلا بالعناصر التي ثبتت لقضاة الموضوع . وفي النازلة فإن قضاة الموضوع استنتجوا أن الأمر يتعلق بتمليك بينما اعتبر المجلس الأعلى أن الأمر يتعلق بتفويض . فرد المجلس الأعلى ذلك بأن العناصر المعتمدة ((هي العناصر المأخوذة من الوثائق الموجودة بالملف والتي تم الإدلاء بها أمام قضاة الموضوع، وليس من هاته العناصر، تكييف الدعوى تكييفاً

- التملك نوع من التفويض، وهذا مقرر حسب قواعد الفقه المالكي .
- المدونة تنص على التفويض في الفصل 44 .
- إسهاد الزوج بأن أمر زوجته بيدها، لازم له سواء كان ذلك بمحضر الزوجة أو بدونها.
- الإسهاد الصادر عن الزوج في النازلة، يتعلق بتملك معلق على شرط عدم الإضرار، فلا يسقط حقها في الطلاق إن مكنت الزوج من نفسها .
- وهذا الموقف هو على خلاف ما قرره محكمة الموضوع، من كون :
- الإسهاد المذكور يتعلق بطلاق مملك ومطلق .
- لا يمكن الإبقاء على عصمة الزوجية في ظل هذا الوضع .
- هذا النوع من الطلاق المملك، يسقط إن مكنت الزوجة المملكة زوجها من نفسها .
- وعليه، يثور التساؤل - بخصوص قرار المجلس الأعلى أعلاه - حول طبيعة الإسهاد الذي تم لصالح الزوجة في النازلة . هل هو يتعلق بشرط عدم الإضرار ؟ أم يتعلق بتملك ؟ وإن كان يتعلق بتملك فهل هو مطلق أو معلق؟

إن ذلك الإسهاد، جاء بعد العقد . ولذلك فهو من باب الطوع - كما سبق بيانه - لا من باب الشرط، إذ باعتباره طوعاً أو شرطاً تختلف الآثار. فإذا ((قضت في التملك واحدة (أي بطلقة) فقط فهي بئنة . إن حملناه على الشرط، لأنها قد أسقطت من صداقها لذلك الشرط، فصار خلعا، كما قال ابن زرب. وإن حملناه على الطوع، فهي (أي الطلقة) رجعية بلا خلاف))

خاطفاً كما وقع لقضاة الموضوع حيث اعتبروا أن النازلة من باب التملك المطلق، لأنهم استدلوا على ذلك بقول الشيخ خليل ((وحيل بينهما حتى تجيب)) والذي موضوعه التملك المطلق، أي غير المعلق على شرط . والتملك في نازلتنا تملك معلق على شرط . وفرق كبير بين التملكين، لأن الأول يبقى بيدها بالمجلس بقدر ما يرى الناس أنها تختار في مثله . فإن تفرقا عنه أو خرجا مما كانت فيه، وإن لم يفترقا فلا خيار لهما ويظل ما بيدها كما للعلامة الزرقاني . والتملك المعلق على شرط يبقى بيدها وإن تفرقا من المجلس، إلى أن يحصل المعلق عليه، لقول العلامة الزرقاني : وهذا ما لم يعلق على شيء كتزوجه عليها، وإلا لم يحل بينهما حتى يحصل المعلق عليه)) . وفيما يتعلق بالفرع الخامس من الوسيلة المتعلقة بكون المطعون ضدها لم تطلب التصريح بصحة الطلاق الذي أوقعته على نفسها، ومع ذلك تم الحكم لها بذلك . فقال المجلس الأعلى : ((إن طالب إعادة النظر هو المدعي، وطلب في مقاله الافتتاحي الحكم على المدعى عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية اعتماداً على أنها زوجة له، وكان دفع المدعى عليها على هذا الادعاء بأنها مطلقة . والمجلس الأعلى لما ظهر له التصدي في القضية، كان لزاماً عليه أن يبت في هذا الدفع المثار من طرف المدعى عليها بالصحة أو البطلان، وبذلك فقد تقيّد المجلس الأعلى بما نص عليه الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية . ولذلك كله قضى المجلس الأعلى في قراره عدد 296 بتاريخ 19-05-1981 برفض طلب إعادة النظر في القرار 126 المذكور أعلاه.

1257 . ولا شك أن نصوص المدونة لا تسمح بهذا الحل الفقهي الأخير، لأنها تنص صراحة على أن الطلاق المملك يقع بائنا (الفصل 67 من المدونة)، فضلا عما سبق بيانه من أن المدونة تلزم الزوج بالشرط سواء ورد في صلب عقد الزواج أم خارجه، كما هو حال النازلة .

أما اعتبار ذلك الإشهاد شرطا بعدم الإضرار، فهذا ما لم يتضح من عناصر النازلة، وقد اعتد المجلس الأعلى بمجرد السوابق الخطيرة بين الطرفين التي لم تظهر في وقائع القضية، ولم يتم البحث في شأنها . بقي القول بأن الإشهاد المذكور يجعل أمر الزوجة بيدها بدون قيد أو شرط، يعتبر تمليكا، وهو ما دافع عنه المدعي، باعتباره تمليكا مطلقا يسقط بمعاشرة الزوجة له¹²⁵⁸، وقد أقرت المدعى عليها بأنها عاشرتة بعد صدور الإشهاد بمعاشرة الأزواج¹²⁵⁹ . وهو موقف محكمة الموضوع¹²⁶⁰ . غير أن المجلس الأعلى، استنتج أن الأمر، يتعلق بتمليك معلق على شرط عدم الإضرار، فلا يسقط إذن بتمكين الزوجة لنفسها من الزوج .

ولهذا فإن أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي اعتبر ((إن القضية كما يستفاد ذلك من القرار نفسه - تتعلق في الواقع بتمليك . ولكن المجلس الأعلى تعسف في التأويل، قائلا بأن التمليك

1257 - أبو الشتاء - مواهب الخلاق - ج 2، مرجع سابق، ص 308-309.

1258 - أما إن كان التمليك معلقا على فعل شيء أو تركه، فلا يحال بين الزوج وزوجته، إلا بعد وقوع المعلق عليه . انظر : محمد العلوي العابدي - الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي . مرجع سابق، ص 137 .

1259 - فإذا ما تحقق تمكين المملكة زوجها من نفسها طوعا، فإن الفقه يرتب سقوط ما ملكته . وفي ذلك يقول الشيخ خليل : ((ورده (أي الطلاق) كتمكينها طاعة)) . وانظر شراح خليل عند قوله هذا .

1260 - التي بنت حكمها على قول الشيخ خليل : ((وحيل بينهما حتى تجيب ... وإلا أسقطه الحاكم)) . قال الشيخ خليل ممروجا بقول الزرقاني شارح المختصر : ((فلا يقرها (حتى تجيب) في التخيير والتمليك بما يقتضي ردا أو أخذًا، لا في التوكيل، لقدرة الزوج فيه على عزلها . وإذا وطئ وهي مكرهة كان ذلك عزلا، فلم يقع في عصمة مشكوك فيها ... وهذا ما لم يعلق على شيء كتزوجه عليها، وإلا لم يجل بينهما حتى يحصل المعلق عليه . والنفقة زمن الحيلولة عليها لأن الامتناع منها ... وإذا مات أحدهما زمنها ورثه الآخر . (ووقفت وإن قال) أمرك إلى سنة مثلا أو إلى زمن يبلغه عمرها ظاهرا ... (فتقضي) بإيقاع الطلاق أو برد ما بيدها (وإلا) بأن وقفت ولم تفعل (أسقطه الحاكم) وإن رضي الزوج أو هي معه بالبقاء، لحق الله تعالى، إذ فيه التمادي على عصمة مشكوك فيها)) (انظر : الزرقاني . ج 4، مرجع سابق، ص 131) .

ويلاحظ، أن التمليك إن وقع مطلقا الآن . فإنه يتعذر تعذر تدخل القاضي مباشرة وتلقائيا لتوقيف الزوجة المملكة لبيان موقفها من هذا التمليك طبق قواعد الفقه أعلاه . ولذلك يبدو، أنه وتبعاً لإعمال قواعد الفقه، يتعين على من يهيمه الأمر، رفع الأمر للقضاء لتوقيف الزوجة قصد بيان موقفها . ويثور التساؤل حول ما إن كان هناك دور لقاضي التوثيق بهذا الخصوص . ولهذا فإن بعض قضاة التوثيق يتحفظون في قبول الزواج المضمن به شرط الطلاق للمملك للزوجة .

كان معلقا ضمنيا، بعدم إضرار الزوج بزوجته، ولولا ذلك ما كانت حاجة إلى هذا التملك .
 علما بأن هذا الإضرار (المتوخى) من وثيقة التملك لا يظهر من القرار أنه نوقش أو أثبتته
 الزوجة ؟) ¹²⁶¹ ؛ خاصة وأن الزوجة لم يشترط لمصلحتها تصديقها في ادعاء الضرر دون إثبات
 من جانبها.

وحتى على فرض أن القضية تتعلق بشرط لفائدة الزوجة، فإن الفقهاء يميزون في جعل أمر
 الطلاق بيد الزوجة متى أرادت، بين ما إن كان المراد من ذلك هو جعله لها متى رأت ما لا يليق
 بها، وبأدنى شيء تكرهه في الزواج، ففي هذا يفسخ العقد قبل البناء ويثبت بعده، ويسقط
 الشرط. أما ((إن كان المراد ما لا يليق بها من الضرر الذي يجب لها شرعا القيام به والتطبيق
 بسببه... لا تحتاج إلى كلفة وأنها مصدقة في دعوى الضرر . ففي ابن سلمون : فإن التزم لها
 التصديق في الضرر بغير يمين، فقال ابن رشد : اختلف في ذلك . فروي عن سحنون أنه قال :
 أخاف أن يفسخ قبل البناء، فإن دخل بها لا يقبل قولها إلا ببينة على الضرر . وعن ابن دحون :
 أن ذلك لا يلزم، ولا يجوز إلا بالبينة)) ¹²⁶².

ولقد استدعى هذا القرار من المجلس الأعلى اللجوء إلى قواعد الفقه سواء بالنسبة للشروط
 أو طلاق التملك، كما تم تحليل نصوص المدونة المرتبطة بالموضوع . ولهذا - وتجنباً لكل اختلاف
 في تأويل شروط في عقد الزواج أو مرتبطة به، يتم طرحها على المحاكم - فإنه، ينبغي تحديد
 أحكام هذه الشروط الاتفاقية المتعلقة بالزواج ؛ خاصة الشروط التي تقرر من قبل الزوجة بما في
 ذلك شرط التملك عند تعليقه على أمر معين . لما لتلك الشروط من اعتبار عند أطراف العلاقة
 الزوجية .

¹²⁶¹ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 308 هامش 42.

¹²⁶² - انظر فتوى الشيخ التاودي في النوازل الصغرى للشيخ الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 67 .

المبحث الرابع

تحديد سن لأهلية الزواج

في محاولة للقضاء على آفة الزواج المبكر، المعزز بسلطة الجبر على الزواج التي كانت مقررة للأولياء على البنات بصفة خاصة، اتجه واضعو مدونة الأحوال الشخصية إلى تبني موقفين:

1 - تحديد سن أدنى معين، تكتسب فيه أهلية الزواج بالنسبة لكل من الفتى والفتاة .

2 - إلغاء ولاية الجبر التي كان يقرها الفقه لفائدة الأولياء على فتياتهم¹²⁶³ .

وفي سبيل تبين الموقف من السن المعتمد في أهلية الزواج، سيتم التعرض لموقف الفقه المالكي بخصوص تحديد سن أدنى للزواج (المطلب الأول)، ثم يتم التعرض لموقف مدونة الأحوال الشخصية من الموضوع (المطلب الثاني)، ثم يتم بيان موقف المجلس الأعلى من اشتراط السن في الزواج (المطلب الثالث) .

¹²⁶³ - لقد كان الفصل 12 / فق 4 من المدونة قبل تعديله سنة 1993، ينص : ((4 - لا يسوغ للولي ولو أبا أن يجبر ابنته البالغ ولو بكرا على النكاح إلا بإذنها ورضاها . إذا خيف على المرأة الفساد فللقاضي الحق في إجبارها حتى تكون في عصمة زوج كفاء يقوم عليها)) .

غير أن التعديل الذي أدخل على هذا الفصل وكذا على الفصل الخامس سنة 1993 أزال حتى سلطة الجبر التي بقيت في يد القاضي فقط . فنص الفصل الخامس من المدونة بعد تعديله ((ولا يملك الولي الإجبار في جميع الحالات)) . وألغيت مقتضيات الفقرة الرابعة السابقة من نص الفصل 12 من المدونة، بعد تعديله فأصبحت تنص على مقتضى جديد : ((4 - للرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء)) .

المطلب الأول

أهلية الزواج في الفقه المالكي

كان الزواج المبكر شائعاً في المجتمعات الإسلامية، وكان ينظر إلى الزواج المبكر بالنسبة للفتاة في المجتمع التقليدي كحادث مشرف بالنسبة لحياة المرأة¹²⁶⁴. كما أن للقضية تفسيراً آخر، من زاوية الخضوع لتأثير عوامل تربوية واقتصادية يلجأ معها بعض الآباء، إلى الدفع بيناهن إلى معترك الحياة الزوجية في سن مبكر، لا يتلاءم ومتطلبات حياة زوجية سليمة. ولذلك فقد كان الفقهاء يقرون الزواج قبل البلوغ، ويرون أن اشتراط البلوغ في الزوجين هو خلاف الإجماع¹²⁶⁵، ولذلك لم يكن القضاة يشترطون سنا معينة في الزواج. ولقد كان هذا الوضع سائغاً، في إطار قواعد الفقه المالكي التي تقر مبدأ الجبر على الزواج، المخول للأب¹²⁶⁶ ووصيه المأذون له بذلك، حيث يحق له إجبار بنته البكر على الزواج¹²⁶⁷، باعتبار أن البكارة هي مناط الإجماع عند المالكية مبدئياً، وكذلك إجبار بنته الصغيرة ولو كانت ثيباً، أو إجبار الثيب الكبيرة التي يُخاف عليها الفساد ويعجز الأب عن صونها¹²⁶⁸ فلا يشترط عند الدخول بالفتاة إلا أن تكون مطيقة للوطء¹²⁶⁹. وقد جرى العمل بخصوص اليتيمة التي خيف عليها الفساد، بأن يشترط

¹²⁶⁴ - فاطمة المريني - الجنس كهندسة اجتماعية - مرجع سابق، ص 80. وتضيف الباحثة المذكورة أن تزوج المرأة في سن مبكرة كانت ذات دلالات مهمة بالنسبة للمرأة، منها أنها تعد جميلة.

¹²⁶⁵ - عبد السلام العسري - اختيارات مدونة الأحوال الشخصية من أقوال وروايات المذهب المالكي غير المشهورة، مرجع سابق، ص 115 وما بعدها. ومن قال باشتراط البلوغ: عبد الله بن عمر، والحسن البصري و ابن شبرمة.

¹²⁶⁶ - يقول الشيخ خليل: ((وجبر المالك... ثم أب، وجبر المجنونة، والبكر ولو عانسا... والثيب إن صغرت أو بعارض أو بحرام...)). وانظر شراحه لدى قوله المذكور.

¹²⁶⁷ - قال ابن حزم: ((الحجة في إجازة إنكاح الأب ابنته الصغيرة البكر، إنكاح أبي بكر رضي الله عنه، النبي صلى الله عليه وسلم، من عائشة رضي الله عنها، وهي بنت ست سنين. وهذا أمر مشهور غنينا عن الإسناد فيه، فمن ادعى أنه خصوص لم يلتفت لقوله)) (ابن حزم - المحلى - ج 9، مرجع سابق، ص 40).

¹²⁶⁸ - الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - ج 3، مرجع سابق، ص 172.

¹²⁶⁹ - فالمدار على طاقة الوطء. انظر فتوى الشيخ الرهوني بالنازل الصغرى للشيخ الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 25.

وقد سئل الشيخ محمد الوردازي ((عن صبوية أرادت أن تتزوج، بماذا يعرف بلوغها لتتمكن من التزوج؟ فأجاب: قال الإمام ابن الحاج: يعرف بلوغ الصبوية عند النكاح بخبر من يوثق به من النساء، وبالنظر في قدها)) (

بلوغها عشر سنين تامة، بالإضافة لتوفر موجبات تبرر زواجها، مع استشارة القاضي لتزويجها تبعا لقول الشيخ خليل: ((إلا يتيمة خيف فسادها وبلغت عشرا))¹²⁷⁰ . وألحق بعض الفقهاء بنت التسع سنين بنت العشر درءا لظاهرة شاعت في عصر الفقيه الرهوي¹²⁷¹ الذي توفي سنة 1818 م .

انظر نص الفتوى بالمرجع السابق، النوازل الصغرى، ج 2، مرجع سابق، ص 107) . كما أجاب نفس الفقيه في فتوى أخرى بأن الزوج لا يمكن من زوجته وهي غير مطيقة للوطء (انظر المرجع السابق، النوازل الصغرى، ج 2، مرجع سابق، ص 265 - 266) . لكن تزويج البنت قبل البلوغ لا يؤدي إلى فسخ النكاح، وكان بعض الأباء يلجأون إلى تزويج الصبية غير المطيقة توصلا إلى إسقاط حضانة الأم ونفقة البنت، فكان الفقهاء يرون أن لا تسقط حضانتها في هذه الحالة ولو تم الدخول، وتبقى الحضانة والنفقة حتى تطبيق (انظر فتوى الشيخ الوزاني، بالنوازل الصغرى، ج 2، مرجع سابق، ص 8). جاء في فتوى الشيخ عبد الرحمان الحايك في بنت تبلغ من العمر إحدى عشرة سنة زوجت فمنعتها أمها من زوجها لصغرها، وأراد أن تبقى معه : ((النكاح صحيح، وأنه ليس لها منعها، حيث أطاق الوطء . كما في المتن وغيره وهو مذهب المدونة . عياض : حديث عائشة وهو قولها، تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا بنت ست سنين وبنى بي وأنا بنت تسع)) (النوازل الصغرى، ج 2، مرجع سابق، ص 132) .

ولذلك فإن الفقه كان يعرف مسألة إمهال الزوجة لصغرها المانع من الوطء . وقد مر معنا قول الشيخ خليل: ((وتمهل سنة إن اشترطت لتغربة أو صغر وإلا بطل لا أكثر . وللمرض والصغر المانع من الجماع وقدر ما يهين مثلها أمرها)) . كما مرت معنا فتوى في الموضوع .¹²⁷⁰ - الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - ج 3 ، مرجع سابق، ص 174 . والدردير - ج 2، مرجع سابق، ص 224 . وحتى في هذه الحالة فإن العقد يصح إن تم الدخول وطال .¹²⁷¹ - انظر نص فتواه ومناسبتها - لدى : عبد الصمد الديلمي - المعرفة والجنس (من الحداثة إلى التراث) . الدار البيضاء 1987، ص 86.

وكما قال المؤلف، فهذه الفتوى دليل على شيوع ظاهرة الزواج المبكر بالنساء في تلك الفترة . وقد أورد نفس الفتوى، الشيخ الوزاني في نوازل الصغرى (ج 2، مرجع سابق، ص 23 وما بعدها) . وفتوى الشيخ الرهوي هاته كانت جوابا على سؤال السلطان مولاي سليمان بتاريخ 19 محرم 1221، حول ظاهرة طلب فسخ زواج يتيمة بعلة عدم بلوغها عشر سنين، وذلك لعدة أغراض من طرف أهلها . سئل الشيخ محمد الوزاني عن امرأة تزوجت ثم ادعي فيها بعد ذلك أنها غير بالغة حين العقد، هل يفسخ نكاحها أم لا . فأجاب : ((قال الإمام ابن رشد في يتيمة زوجها عمها وأمها، زعما منهما أنها بالغة، ثم بعد مدة كرهت زوجها وهربت منه ورجع عمها وأمها عما زعماه أولا وقالوا : إنها غير بالغة حين العقد، وأرادا فسخ نكاحها : الواجب رد المرأة إلى زوجها وإمضاء نكاحها ولا سبيل إلى فسخه)) (النوازل الصغرى للشيخ المهدي الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 30) .

أما بالنسبة لزواج الفتى، فإنه لم يكن يخضع لسلطة إجبار الأب، إلا في حالات جد نادرة
 كزواج المجنون والصغير لمصلحة اقتضت ذلك¹²⁷². وفي غير ذلك كان يعتد ببلوغه عند
 الزواج، فليس للصي غير البالغ أن يعقد الزواج بنفسه، بل يزوجه وليه، فإذا عقد بنفسه، فإن
 العقد يتوقف على إجازة الولي الذي له حق إجازة العقد أو فسخه قبل الدخول وبعده¹²⁷³.
 وإن سن البلوغ هو محل خلاف بين الفقهاء، ويحدده المشهور من مذهب الإمام مالك في
 18 سنة بينما يحدده بعض الأئمة في سن 15 عاما¹²⁷⁴.

¹²⁷² - محمد العلوي العابدي - الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي. مرجع سابق، ص 26.

¹²⁷³ - ابن جزى - القوانين الفقهية - مرجع سابق، ص 145.

جاء في المدونة ((قلت: أرأيت الصغير إذا تزوج بغير أمر الأب فأجاز الأب نكاحه، أيجوز ذلك في قول مالك أم لا؟ قال: لم أسمع ذلك من مالك. وأرى ذلك جائزا. وهو عندي كبيع وشراؤه إذا أجاز له ذلك من يليه على وجه النظر له والرغبة فيما يرى له في ذلك. قلت: أرأيت الصبي يتزوج إذا تزوج بغير الأب ومثله يقوى على الجماع فدخل بها فجامعها. قال: لم أسمع من مالك فيه شيئا، وأرى إن أجاز الأب جاز، وهو عندي بمثلة العبد، والعبد لا يعقد نكاحا على أحد، وهو إذا عقد نكاح نفسه فأجاز له الولي على وجه النظر له والإصابة والرغبة جاز. قلت: فإن جامعها ففرق الولي بينهما، أكون عليه من الصداق شيئ أم لا؟ قال: ليس عليه من الصداق شيئ)) (انظر: المدونة الكبرى - ج 2، مرجع سابق. ص 189).

وفي ذلك يقول الشيخ خليل: ((ولولي صغير فسح عقده)) وقال شراحه أو إجازته، حسبما هو أصلح للصغير .
¹²⁷⁴ - يقصد بالبلوغ لغة: الوصول . واصطلاحا: ((انتهاء حد الصغر)) . وبلغ الغلام أدرك واحتمل . ويكون ذلك بظهور علامات تدل على البلوغ . هي بالنسبة للفتى: الاحتلام والإنزال . وبالنسبة للفتاة: الاحتلام والحبل . فإن لم يوجد شيء من ذلك فإن الحنفية حددوا سن البلوغ في 18 سنة للغلام و 17 سنة للفتاة . بينما حددها الشافعية والحنابلة في 15 سنة (انظر : سعدي أبو حبيب - القاموس الفقهي . مرجع سابق ، ص 42 . و محمد علي الصابوني - روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن . ج 2، ط 1، بيروت 1986، ص 226 وما بعدها) . أما بالنسبة للفقه المالكي، فإن حكمه في المسألة يلخصه عبد الواحد بن عاشر بقوله :

وكل تكليف بشرط العقل :: مع البلوغ بدم أو حمل

أو بمحي أو بإنبات الشعر :: أو بثمان عشرة حولا ظهر

(انظر : مختصر الدر الثمين على المرشد المعين - للشيخ ميارة، نشر وزارة الأوقاف (المغرب) فضالة، دون تاريخ الطبع ، ص 22)

وعلى ذلك نص الشيخ خليل بقوله: ((لبلوغه ثمان عشرة أو الحلم أو الحيض أو الحمل والإنبات)) . قال الخطاب حول تحديد سن البلوغ بثمان عشرة سنة : ((هذا هو المشهور، وهو أحد الأقوال الخمسة)) (الخطاب - ج 5، مرجع سابق، ص 59) . وقال المواق: قال ((المازري : المشهور أنه ثمانية عشر عاما)) (المواق، ج 5، مرجع سابق، ص 59).

المطلب الثاني

تحديد سن الزواج في مدونة الأحوال الشخصية

نص الفصل الثامن من مدونة الأحوال الشخصية على أنه : ((تكمل أهلية النكاح في الفتى بتمام الثامنة عشرة، فإن خيف العنت رُفِع الأمر إلى القاضي. وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر))¹²⁷⁵. كما نص الفصل التاسع من المدونة على أن : ((الزواج دون سن الرشد القانوني متوقف على موافقة الولي، فإن امتنع من الموافقة، وتمسك كل برغبته رفع الأمر إلى القاضي)) . وبالإضافة إلى تحديد سن الأهلية للزواج، أوجبت المدونة في فصلها السادس أن يكون كل من الزوجين ((عاقلا بالغاً)) . لكنها لم تحدد السن التي يقع فيها البلوغ، والواقع أن تحديد سن معينة لأهلية التزوج يعني عن شرط البلوغ، ما دام البلوغ يتم غالباً خلال السن التي حددها المدونة لأهلية الزواج.

وعلى هذا فإن المدونة خالفت موقف الفقه المالكي، بل والجمهور عموماً، فيما يخص السن التي تكتسب فيها أهلية الزواج، لما نصت على تحديد سن أدنى معين، لأهلية الزواج، وهو ما لا سند له في الفقه، اللهم ما كان من موقف عبد الله بن عمر والحسن البصري وابن شبرمة، بشأن اشتراط بلوغ الزوجين¹²⁷⁶، وهي سن مختلف فيها بين فقهاء المذاهب .

ويقصد بالرشد لغة الهدى والاستقامة . أما اصطلاحاً . فهو عند المالكية : ((يطلق على حفظ المال المصاحب للبلوغ، ويطلق على حفظ المال، وإن لم يكن بصاحبه بلوغ)) (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 148) .

وفي قرار، اعتبر المجلس الأعلى أن سن البلوغ يكون في سن السادسة عشرة من العمر . فقد أيد المجلس الأعلى، حكماً استثنافياً قضى برفض طلب الأم لنفقة ولدها البالغ من العمر سبعة عشر عاماً، وعلل المجلس الأعلى الرفض، بأن بلوغ الذكور يتم غالباً في السادسة عشرة فضلاً عن السابعة عشرة (قرار عدد 395 بتاريخ 27-11-1978 قضية عدد 258-67 غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخمليشي -التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 59 هامش 44) .

¹²⁷⁵ - وسيأتي الحديث عن منشور وزير العدل الذي اعتبر أن الإذن بالتزول عن سن الزواج شامل للفتى والفتاة، رغم أن ما يبدو من هذا النص، هو أن التزول بالسن خاص بالفتى، ما دام قد أتبع تحديد سن الفتى بإمكان الإذن بتخفيضه إن خيف العنت، وتم الحديث عن سن الفتاة دون أي إشارة لإمكان تخفيض سن زواجها .

¹²⁷⁶ - في مصر صدر سنة 1923 القانون رقم 56، الذي حدد سن الزواج اعتماداً على رأي لابن شبرمة وعثمان البيه وأبي بكر الأصبم . وقد قوبل بالنقد لخروجه عن مقتضيات المذاهب الأربعة. لكن الناس ألفوه بعد

وعليه، فإنه وبمقتضى الفصل الثامن المذكور أعلاه، يمنع على العدول إبرام عقد الزواج المبكر الذي لم يبلغ فيه الأطراف السن المحددة لأهلية الزواج¹²⁷⁷. غير أن المدونة وإن كانت نصت على تحديد سن الزواج، فإنها لم تحدد طبيعة أمر السن الذي نصت عليه: هل هو ركن في الزواج؟ أم شرط صحة؟ أم شرط نفاذ؟ كما أنها لم تحدد الجزاء المدني الخاص، المترتب عند الإخلال بمسألة السن، شأن السن في ذلك شأن بعض المقتضيات التنظيمية التي جاءت بها المدونة والتي لا سند لها في الفقه، كاشتراط موافقة الولي بالنسبة للزوج القاصر¹²⁷⁸ الذي يقل سنه عن 20 سنة (الفصل 9 من المدونة)¹²⁷⁹، أو شرط الشهادة الطبية للخاطبين قبل الزواج (فق 7 من الفصل 41 من المدونة)¹²⁸⁰، وإن كانت بعض التشريعات العربية تضع بعض الجزاءات لهذا النوع من الضوابط كما هو الأمر بالنسبة لعدم التجاوز في المهور¹²⁸¹.

حين وأدركوا فائدته. انظر: محمد مصطفى شليبي - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، 1985، ص 160.

وحول اشتراط المشرع المصري، بلوغ سن الزواج لإمكان سماع دعاوى الزوجية أمام القضاء، دون أن يعني ذلك أن بلوغ السن المذكورة شرطا لصحة الزواج. انظر: صلاح الدين زكي: أحكام قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 43، هامش 49.

¹²⁷⁷ - إن المدونة لم تضع جزاء جنائيا لعدم احترام ضابط السن في الزواج، كما كان فعل التشريع المصري. ومن رأي المرحوم علال الفاسي أن تحديد جزاء جنائي بخصوص ذلك يعد إفراطا لا مبرر له في روح الشريعة الإسلامية (التقريب - مرجع سابق، ص 122). كما لم تضع المدونة جزاء جنائيا بخصوص التصريحات الكاذبة التي يتوصل بمقتضاها الأولياء إلى تزويج من تحت ولايتهم دون توفر السن القانوني، خاصة مع قصور تعميم نظام الحالة المدنية. بل إن منشورا لوزارة الداخلية لا يحتم حضور المخطوبة لتسلم الوثيقة المثبتة لسنها من قبل السلطات المحلية ويكتفي عند عدم تسجيلها بالحالة المدنية، بتصريح شخصي من أقاربها أو جيرانها بخصوص المعلومات اللازمة عنها (منشور عدد 450 بتاريخ 13-11-1959) ذكره الدكتور أحمد الخمليشي، التعليق - مرجع سابق، ص 61، هامش 50.

¹²⁷⁸ - لأن الفقه إنما يخول للولي حق فسخ نكاح الصبي وإن كان يقوى على الجماع. انظر ميارة، ج 1، مرجع سابق، ص 164 - 165، لدى قول المتحرف: والعبد والمجور مهما نكحا بغير إذن فانفساخ وضحا وقول الشيخ خليل: ((ولولي صغير فسخ عقده)).

¹²⁷⁹ - وبهذا يشبه الزواج الموقوف على موافقة الولي، عقد الزواج الذي يبرمه المعتوه حيث يتوقف على إجازة الولي لأن عقد الزواج من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر. انظر حكم محكمة الجمالية (مصر) قضية رقم 74-10 لسنة 33 شرعي جزئي جلسة 18-09-1934. وحكم محكمة الوايلي (مصر) قضية رقم 89 لسنة 46 شرعي جزئي، جلسة 16-03-1947. بموسوعة الفاكهاني - أحوال شخصية - مرجع سابق، ج 2.

¹²⁸⁰ - حول شرط الشهادة الطبية لكل من الخاطب والمخطوبة، انظر: محمد الشافعي - الشهادة الطبية قبل الزواج في القانون المقارن. بمجلة المحامي، عدد 32 / 33، يونيو 1998، ص 50 - 65. ويجب التذكير أن

لقد تضاربت آراء الفقهاء بخصوص تخلف شرط السن المنصوص عليه في المدونة، كسن
يخول أهلية الزواج :

فالمرحوم علال الفاسي، يرى أن اشتراط السن في المدونة كان من باب
الاستحسان ومنشأه اعتبارات نفسية واجتماعية ((ولكنه لا يبطل نفس العقد شرعا،
فلو فرضنا أن الإيجاب والقبول حصل من ولي الصغير أو الصغيرة ودخلا بعد بلوغهما
وترتب على ذلك إنجاب أولاد، ثبت النسب . وليس للقاضي أن يمتنع من قبول
الدعوى بإثباته... وإذن فاشتراط السن لا يعتبر ركنا ولا شرط صحة، وإنما يعتبر شرط
نفاذ للعقد، وقع باستحسان ولي الأمر، فلا ينبغي التجاوز به عن حده، أي أنه يوقف
العقد عن التنفيذ ولا يبطله ولا يعرضه للإلغاء))¹²⁸².

ومن هذا الرأي أيضا، رأي الدكتور عبد العزيز الفيلاي، الذي يرى أنه ((لا يفسخ
عقد الزواج في حالة وقوعه قبل بلوغ السن المحددة قانونا، وإنما يوقف البناء بين الزوجين
حتى يبلغا السن المذكورة))¹²⁸³.

بينما يذهب أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، وخلافا للمرحوم علال الفاسي، إلى أن شرط
السن من شروط صحة العقد . موضحا أن الإخلال بشرط السن عند العقد يؤدي إلى فساد
العقد، ويفسخ قبل الدخول وبعده وفيه المسمى من الصداق بعد الدخول . ويقع هذا الفسخ
بطلاق، قياسا على العقد المختلف في فساده وما ينجم عنه من آثار، وذلك تطبيقا للمبادئ العامة
لفساد العقد المنصوص عليها في المدونة بمقتضى الفصل 32 الذي يرتب الفساد بالنسبة لكل عقد

منشورا مشتركا بين وزير العدل ووزير الصحة العمومية، قد صدر تحت عدد 46، بتاريخ 17 / 01 / 1994،
حول كيفية إصدار هذه الشهادة الطبية . ولقد نبه الأستاذ الشافعي إلى أن الزواج الذي يتم من دون إشهاد العدول
الذين يطلبون هذه الشهادة، يفرغ هذا الشرط من محتواه . وأعتقد بمذا الصدق، أن ما ينطبق على الشهادة الطبية في
هذا الزواج، ينطبق كذلك على مسألة السن . خاصة وأن المدونة لا تقرر جزاء عند الإخلال بشرط الشهادة
الطبية، أو بشرط السن .

¹²⁸¹ - لقد صدر في دولة الإمارات العربية المتحدة، قانون فريد في البلاد العربية، هو القانون الاتحادي رقم 12
لسنة 1973 نص فيه على ألا يزيد مقدم مبلغ الصداق عن أربعة آلاف درهم إماراتي، وعلى ألا يتجاوز مؤخر
الصداق مبلغ ستة آلاف درهم ، أو أن يقيم أي منهما بما يزيد على هذه القيمة . ولا تسمع أية دعوى بما يجاوز
الحدين المذكورين (انظر : وهبة الزحيلي - جهود تقنين الفقه الإسلامي، ط 1، بيروت 1987، ص 47) .

¹²⁸² - علال الفاسي - التقريب - مرجع سابق ، ص 123، ومادة الأحوال الشخصية - على استئناسيل -
مرجع سابق ، ص 22.

¹²⁸³ - عبد العزيز الفيلاي - الزواج في التشريع المغربي - ط 2، 1969، ص 30.

اختل فيه شرط من شروطه . وبمقتضى الفصل 37 الذي يحدد أنواع العقد الفاسد وأحكامه .
ويخلص الدكتور أحمد الخليلي إلى أنه كان ينبغي وضع حلول مناسبة في حالة عدم مراعاة
الضوابط المذكورة : ((إذ ما الغاية من فسخ الزواج وإن طال عليه الأمر وازداد الأولاد لعله أن
الزوجة لم تكن قد أتمت الخامسة عشرة سنة حين العقد، أو أن الزوج كان دون الثامنة عشرة...
وإذا كان لا بد من تقرير الفسخ، فينبغي أن يكون مشروطا بإثارته قبل الدخول أو في فترة معقولة
بعد بلوغ الزوج المعني بالأمر السن القانوني للزواج، باعتبار أن هذه السن تتحقق به الأهلية التي
تمكنه من قبول أو رفض الزواج))¹²⁸⁴ .

في حين يتساءل الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد، عما إن كان يجب أن تدخل
في الاعتبار مسألة الدخول أم لا في مثل هذا الزواج الذي يتخلف فيه ضابط السن
؟ وكذا وجود الأولاد أو عدم وجودهم ؟ وما إن كان يجب ترك الخيار للزوجة في
طلب الفسخ عندما تبلغ أهلية الزواج أو عندما ترشد ؟ وقد تمسك الدكتور عبد
الرزاق مولاي رشيد بالحل الأول، مشيرا، إلى أن وجود حمل متولد عن الزواج
المبكر، تتداخل فيه اعتبارات حماية مؤسسة الزواج واستقرارها من جهة، وحق حماية
المرأة من آثار الزواج المبكر من جهة أخرى¹²⁸⁵ .

ويعتبر المرحوم الأستاذ محمد ميكو، أن الزواج لا يمكن أن يقع دون السن القانوني
للمرأة، لأنه لا يمكن لها أن تفوض وليها في الزواج، إلا إذا وصلت إلى هذا السن¹²⁸⁶ .

وفي الواقع تتطافر حول ضابط السن عوامل تتعلق بالحماية من الزواج المبكر¹²⁸⁷،
والاحتياط لمسألة الرضى من جانب الفتاة بصفة خاصة، كما تكتنف الزواج دون السن القانوني،

¹²⁸⁴ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 182 و 242 .
¹²⁸⁵ - Abderazzak MOULAY RCHID, La condition de la femme, op. cit. p. 275

¹²⁸⁶ - محمد ميكو في تدخله، أمام الحلقة الدراسية الخاصة بمركز المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية
(القاهرة، 2 - 5 أكتوبر 1972) . بمجلة القضاء والقانون عدد 123، ص 124 .

¹²⁸⁷ - في دراسة قامت بها وزارة العدل بتعاون مع صندوق الأمم المتحدة للسكان FNUAP حول وضعية

المرأة، بينت الدراسة مؤشرات السن التي يتم فيها الزواج بالمغرب كما يلي في السنوات التالية:

- زواج البكر: 74.6 % (1997)، 79.2 % (1998)، 79.0 % (1999).

- معدل سن الزوجة: 25.6 (1997)، 25.0 (1998)، 25.4 (1999).

- معدل سن الزوج: 32.9 (1997)، 32.5 (1998)، 32.8 (1999).

إن تم، عوامل استقرار الزواج والحفاظ على مصير الأولاد الناجمين عنه . ولذلك، اعتقد أنه من دواعي اتخاذ حل مرن بخصوص مسألة تخلف شرط السن، اعتبار أن المشرع نفسه، أجاز الإذن بالتزول عن سن 18 سنة بالنسبة لزواج الفتى، إذا خيف العنت (ف 8 مدونة)¹²⁸⁸ . بل إن منشور السيد وزير العدل عدد 1028 بتاريخ 17 / 01 / 1994 عمم هذا التزول حتى بالنسبة للفتاة لأن ((الإذن المذكور يتعلق بالفتى والفتاة، لأن لفظ (مَنْ) الوارد في المقطع الثالث من الفصل 41 من المدونة يفيد العموم فهو شامل لهما معا))¹²⁸⁹ . فيمكن القول أنه

(المرجع: وثائق اليوم الدراسي ليوم 16 دجنبر 2000 المنعقد بالمعهد الوطني للدراسات القضائية حول المعالجة المعلوماتية للمعطيات المتعلقة بالزواج والطلاق)

¹²⁸⁸ - مما يثيره أمر التزول عن السن المحدد قانونا لأهلية الزواج، هو أن المشرع لم ينص على سن معينة يمكن الإذن معها بالزواج لمن خيف عليه العنت ولم يبلغ السن المحددة قانونا لأهلية الزواج. ولكن أعتقد أنه يتعين التمسك في هذه الحالة، بشرط البلوغ المنصوص عليه في الفصل السادس من المدونة، الذي أوجب أن يكون كل من الزوجين ((عاقلا بالغاً)) .

وقد أثير نفس التساؤل بالنسبة للتشريع التونسي، الذي لم يحدد بدوره السن الدنيا التي يمكن فيها الإذن بالزواج لأقل من السن المحدد قانونا. وفي ذلك يرى بعض الباحثين، أن سن التمييز هو أقل سن معتبر، على أساس أن عقد الزواج عقد مدني (محمد الحبيب الشريف: الإذن القضائي بالزواج، طبعة أولى، دار الميزان للنشر، حمام سوسة 2000، ص 16 ما بعدها). وتجدر الإشارة إلى أن المادة 5 من المجلة التونسية علقّت الإذن بالزواج بالنسبة لمن لم يبلغ سن أهلية الزواج على وجود ((أسباب خطيرة)) يفسرها القضاء بحالة الواقعة الجنسية برضى الفتاة مثلاً، وعلى ((المصلحة الواضحة للزوجين)) المتروكة لاجتهاد القاضي أيضاً.

- انظر حول نفس الموضوع:

Alya Chérif CHAMMARI : Le mariage, éd. ALIF, Tunisie 1995, p. 19-20.

¹²⁸⁹ - صدر هذا المنشور في إطار توضيح التعديلات التي أدخلت على المدونة سنة 1993 . وهو منشور بمجلة الملحق القضائي، عدد 28، ص 179 - 183 . أما المقطع الثالث من الفصل 41 من المدونة فهو يتعلق بالوثائق اللازمة للزواج، وقد نص على الإدلاء ((بنسخة من إذن القاضي بزواج مَنْ لم يبلغ سن الزواج)) .

وقد انتقد الدكتور محمد الكشور، هذه التسوية في الحكم بين الرجل والمرأة، بخصوص الإذن بالزواج، لمن لم يبلغ سن الزواج. انظر : محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، ط 3، الدار البيضاء 1996، ص 117، هامش 82 .

ووصف الأستاذ محمد الشافعي ما ورد بالمنشور المذكور أعلاه بأنه ((تفسير خاطئ لما جاء في الفصل 41 من المدونة لأن الترخيص بالزواج قبل بلوغ سن الزواج يتعلق فقط بالفتى دون الفتاة)) (محمد الشافعي - أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية . ط 3، دار وليلي للنشر، مراكش 1998، ص 167) .

يعتد بشرط السن ما لم يتم الدخول، فيفسخ العقد في هذه الحالة، ويثبت بالدخول . على أنه يتعين التشديد على التثبيت من عامل السن لدى الشباب المقبلين على الزواج، والفتيات خاصة . لكن هذا، سيكون صعب التطبيق ما دام لم يعمم نظام الحالة المدنية، بل والتي مع وجودها يلاحظ - الممارس - أن بعض الآباء يقبلون على طلب تغيير تواريخ ازدياد بناقهم توصلًا إلى إمكان تزويجهن، خاصة إذا لم يكن التصريح بالولادة قد تم في الأجل القانوني .
وبعيدا عن هذا النقاش الفقهي، فإن بعض القوانين العربية¹²⁹⁰ وقرارات القضاء وضعت حداً لمثل هذا الوضع :

- فقد قرر القانون العراقي عدد 188 لسنة 1959 (فقرة 3 من الفصل 40) أنه يُحَوَّل طلب التطبيق إذا كان عقد الزواج قد تم قبل إتمام أحد الزوجين 18 سنة دون موافقة القاضي . وعلى ذلك قررت محكمة التمييز العراقية¹²⁹¹، أنه : ((لا تسمع دعوى الزوجة المدخول بها والبالغة من العمر 16 سنة بالتفريق لصغر السن، إذا ثبت أن الزواج قد تم بموافقة ولي أمرها (والدها) وأنها عاشرت زوجها بعد الدخول لفترة من الزمن)) . وقد استندت المحكمة في رد

وقد سبقت الإشارة إلى أنه يبدو من نص الفصل الثامن من المدونة، أن التزول بالسن خاص بالفتى، ما دام قد أتبع تحديد سن الفتى بإمكان الإذن بتخفيضه إن خيف العنت ، وتم الحديث عن سن الفتاة دون أي إشارة لإمكان تخفيض سن زواجها.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هناك مطالب نسائية برفع سن الزواج بالنسبة للفتاة إلى 18 سنة . انظر : أشغال ندوة : مدونة الأحوال الشخصية : أي تغيير ؟. منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط . 115 . وهو ما تبنته الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية (1999) التي أعدتها كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة. ويرجع اهتمام الجهات الداعية إلى رفع سن الزواج بالنسبة للفتاة إلى 18 سنة، إلى كون التشريع الحالي لا يتلاءم مع اتفاقية حقوق الطفل التي صادق عليها المغرب (الجريدة الرسمية عدد 4440 بتاريخ 19/12/1996) والتي تحدد سن الطفولة إلى سن 18 سنة.

وتتبع الإشارة إلى أن تقريراً لمركز الدراسات والأبحاث الديموغرافية التابع لوزارة التوقعات الاقتصادية والتخطيط (بتاريخ 11 يوليوز 1999)، أفاد أنه وقع انخفاض معدل الخصوبة لدى المغاربة منذ بداية السبعينات بنسبة 7،1٪ . ومن أبرز عوامل ذلك تأخر سن الزواج، حيث ارتفع السن عند أول زواج لدى الفتيات المغربيات من 3،17 عاماً خلال سنة 1960 إلى 3،26 عاماً .

¹²⁹⁰ - حول مواقف مختلف التشريعات العربية من موضوع اشتراط سن معينة في الزواج . انظر : تقريراً على هامش الحلقة الدراسية الخاصة بمركز المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية (القاهرة، 2 - 5 أكتوبر 1972) . بمجلة القضاء والقانون عدد 123، ص 117 وما بعدها.

¹²⁹¹ - قرار عدد 165 - 1984 بتاريخ 30-07-1985 بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء عدد 4 سنة 1986

طلب النقض المقدم من طرف المدعية، على أساس، كونها لم ترفع الدعوى قبل الدخول، ولأن بالفصل مسألة يجب اعتبارها، خاصة مع وجود الأولاد.

- وفي الإمارات العربية المتحدة، قررت إحدى المحاكم الشرعية وهي محكمة (خور فكان)، تعليق زواج طفلة عمرها ست سنوات، من رجل يبلغ عمره أربعين سنة، وأعطت لها المحكمة حق طلب الطلاق من الزوج المذكور عندما تبلغ سن التمييز . مع وجوب بقاء البنت بيت والديها اللذين اعتبرتهما المحكمة مخطئين في تزويجها قبل بلوغ السن الشرعية . كما لامت المحكمة المأذون الشرعي الذي لم يتحر الدقة عندما عرضت عليه القضية ¹²⁹² .

وفي مصر، نصت المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (مرسوم بقانون عدد 78 لسنة 1931) على أنه : ((ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ستة عشر سنة هجرية، أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانين سنة هجرية، إلا بأمر منا))، ويعتبر الفقه أن قيد السن هنا له ارتباط بالنظام العام ¹²⁹³ .

وعلى صعيد القانون الغربي المقارن، في فرنسا : فإن عدم توفر سن الزواج (18 سنة للفتى و 15 سنة للفتاة) يؤدي إلى بطلان الزواج بطلانا مطلقا . لكن المشرع الفرنسي استثنى حالتين يصح فيهما (الفصل 185 و 186 من القانون المدني الفرنسي) :

- إذا مرت ستة أشهر على بلوغ الفتى سن الزواج .

- إذا ظهر حمل بالزوجة التي لا تتوفر على السن القانوني ¹²⁹⁴ .

¹²⁹² - ذكرت مجلة "الخليج"، الصادرة بالشارقة (24-09-1989) أن البنت المذكورة دُفعت للزوج سدادا لدين له على أبيها الذي عجز عن سداده، وادعى الأب للمأذون أن عمرها 19 سنة، وتم الزواج . لكن شقيق الطفلة أبلغ الشرطة عندما علم بأن تجهيزات الزفاف تتم لشقيقته الطفلة . (انظر : جريدة الاتحاد الاشتراكي - عدد يوم 26-09-1989) . ولقد اعتبرت المحكمة هذا العقد موقوف على البلوغ ومكنت الزوجة / الطفلة من الخيار .

¹²⁹³ - ممدوح عزمي - الزواج العربي، مرجع سابق، ص 56 .

¹²⁹⁴ - Claude COLOMBET, La famille. 5e éd. P. U. F, 1997, p.67.

المطلب الثالث

موقف المجلس الأعلى

من ضابط السن في الزواج

أما على صعيد القضاء المغربي ؛ وبخصوص تخلف ضابط السن في الزواج، فإن حكما صدر عن المحكمة الابتدائية لمدينة الناظور¹²⁹⁵، وكان الأمر يتعلق بطلب فسخ زواج تم فيه الدخول، وذلك لعدم توفر الزوجة على السن القانوني عند العقد . فقضت المحكمة بفسخ العقد، لأنه : ((من الثابت شرعا، إذا ثبت خلل في صلب عقد النكاح، تحتم فسخه قبل البناء وبعده بالطلاق)) . وأشار الحكم إلى الفصل 8 من المدونة الذي يتحدث عن سن الزواج، دون فساد العقد وفسخه . وعندما تم استئناف الحكم المذكور أمام محكمة الاستئناف بوجدة¹²⁹⁶، تم إلغاء الحكم المذكور أعلاه، بعلّة ((أن الفصل 8 (من المدونة) لم يرتب عليه المشرع أي جزاء، بحيث يترتب على مخالفة مقتضياته البطلان)) و ((لأن الزواج تم بموافقة الولي، الذي تُقرر المادة التاسعة (من المدونة) صحة الزواج الذي يتم بموافقته، قبل سن الرشد القانوني)) وبناء على ذلك حكمت المحكمة على الزوجة بالرجوع لبيت الزوجية . وهكذا لم يتم الالتفات للنص العام في المدونة الذي يقرر فساد العقد (الفصل 32 الفقرة 2)، كما أنه وقع تفسير خاطئ للفصل التاسع من المدونة، إذ تم الخلط بين الرشد المدني (20 سنة طبق الفصل 137 المعدل من المدونة) وأهلية الزواج المنصوص عليها في الفصل الثامن من المدونة (15 / 18 سنة) .

أما على صعيد المجلس الأعلى، فإنه وبمناسبة قرار صادر عنه، لم يتعرض المجلس الأعلى لمسألة فساد العقد وما إن كان يتعين فسخه قبل الدخول أو بعده . وإنما بين المجلس الأعلى الفترة التي يشترط فيها توفر السن المتطلب قانونا للزواج، وما إن كان يشترط هذا السن عند العقد أو عند الدخول . وكان ذلك بمناسبة دعوى تقدم بها المدعي بطلب الحكم على المدعى عليها زوجته بالدخول والالتحاق ببيت الزوجية في أجل قريب تعيينه المحكمة . فأجابت المدعى عليها بدعوى

¹²⁹⁵ - المحكمة الابتدائية بالناظور - حكم بتاريخ 05-10-1976، قضية عدد 4066 . غير منشور، ذكره الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد - وضعية المرأة - مرجع سابق، ص 275 هامش 107 . والدكتور أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 425 .

¹²⁹⁶ - محكمة الاستئناف بوجدة - حكم عدد 688 . بتاريخ 9-5-1978، قضية عدد 402-77 . بنفس المرجعين السابقين .

مقابلة تلتبس فيها الحكم بفساد عقد الزواج بين الطرفين لكون الزوجة لم تبلغ السن القانوني للزواج حين العقد . فحكمت المحكمة الابتدائية عليها بصحة عقد الزواج، وبتمكينها نفسها للزوج قصد الدخول بها . فاستأنفته بناء على عدم توفر السن القانوني للزوجة حين العقد ولعدم رضاها بالزواج ولعدم توفر العقد على بيانات حالتها المدنية، إذ تم الزواج بناء على ورقة إدارية من سلطة محل العقد تشهد ببلوغها السن القانوني . فحكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائي . فطالبت المدعى عليها بنقض الحكم المذكور، فنقضه المجلس الأعلى¹²⁹⁷ خطأ المحكمة في تأويل الفصل الثامن من المدونة، إذ اعتبرت المحكمة المذكورة أن السن المعتبرة قانونا هو السن عند الدخول، مع أنه -يقول المجلس الأعلى- يتبين من الفصل 8 من المدونة ((أن أهلية النكاح لا تكتمل عند المرأة إلا بعد بلوغها خمسة عشرة سنة منصرمة ساعة إبرام العقد لا ساعة الدخول، وحيث إنها أولت النص القانوني تأويلا خاطئا، فكان حكمها بسبب ذلك معرضا للنقض)) . وهكذا فإن هذا القرار ركز على متى يجب توافر شرط السن ولم يتعرض لمسألة ما إن كان العقد المختل فيه ضابط السن يعتبر فاسدا . هذا وإن كان المجلس الأعلى قرر مبدأ هاما وهو أنه: ((من الواجب على المحكمة، أن تعتبر السن المثبت في الحالة المدنية مع وجودها، غير ملتفتة إلى شهادة سواها)) .

ويتبين من كل ما ذكر أعلاه، أن تخلف شرط السن في عقد الزواج يثير عدة مشاكل خاصة بعد الدخول بالزوجة وإنجاب الأولاد. إذ من شأن ترتيب الفسخ كجزء أن يطرح مشكل هدم أسرة بناء على خلل في ضابط تنظيمي لا اتصال له بجوهر العقد -إلى حد ما- ويمكن تداركه مع الزمن. ولاشك أن عدم ترتيب أي أثر للإخلال بشرط السن في الزواج يحمل إهمالا تاما لحق المرأة في تجنب مخاطر الزواج المبكر، بما في ذلك مسألة التأثير على رضاها بالعقد أساسا، والذي لا يمكن تلافي الإخلال به بمرور الزمان . ولذلك وفي خضم الخلافات الفقهية السالفة وأحكام القضاء المتضاربة يجب وضع حل تشريعي، يراعي المعطيات السالفة كلها . لكن هذا لا يمنع الآن من التقيد ببعض القيود التي من شأنها الحد من ظاهرة الزواج المبكر، الذي يتم احتيالا على القانون، ومن ذلك :

1- تعميم نظام الحالة المدنية ، بحيث تكون سجلات الحالة المدنية هي منطلق احتساب السن القانوني للزوجين.

¹²⁹⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 5 . بتاريخ 15-11-1968، بمجلة قضاء المجلس

الأعلى، عدد 6، ص 52 . ومجلة القضاء والقانون، عدد 97، ص 418.

- 2- التثبت من سن الزوجين عند إعطاء الأوراق المتعلقة بالزواج من قبل السلطات المعنية، والتأكد من هوية الراغبين فيها¹²⁹⁸.
- 3- وضع جزاءات زجرية¹²⁹⁹ ضد الأولياء الذين يصرحون ببيانات كاذبة بخصوص سن من هي تحت ولايتهم، مع زجر الزوجين عند توأطئهما على إخفاء السن الحقيقي عند عدم توفرهما على دفتر الحالة المدنية، الذي هو المرجع في تحديد سنهما¹³⁰⁰.
- 4 - تحرز العدول المنتصبين للإشهاد في مسألة السن، ورفع كل حالة مشكوك فيها إلى قاضي التوثيق الذي عليه أن يجري بحثا في الموضوع.

¹²⁹⁸ - لقد صدر منشور وزارة العدل بتاريخ 23-09-1961 تحت عدد 509، يُذكر بمنشور صادر بتاريخ 07-04-1961، الذي يبينه قضاة التوثيق والعدول على وجوب التقييد بالبيانات الواردة في دفتر الحالة المدنية . إلا أنه يلاحظ أن بيانات بعض رسوم الزواج تتنافى وما أثبت بالحالة المدنية (انظر : مجلة القضاء والقانون، عدد 102، ص 62).

¹²⁹⁹ - لقد قرر القضاء، أنه إذا تحاللت امرأة وعرضت نفسها على طبيب متسمية باسم أخرى يراد عقد زواجها وطلبت إعطاءها شهادة بسنها توصلا لإثبات أن سن المرأة الأخرى أكثر من 16 سنة حتى يمكن زواجها وانخدع الطبيب وأعطاهما الشهادة المطلوبة ووقعت على هذه الشهادة ببصمة إصبعها. فهذه الشهادة لا تزوير فيها مطلقا لا ماديا ولا معنويا لأنها ليست مستندا على أحد ولا تضر أحدا فهي لا تضر الطبيب لأنه أثبت فيها ما شاهده تماما، ولا على المرأة التي كان مرادا عقد زواجها، لأن التزوير كان لمصلحتها . (جاء هذا تحت عنوان من قضاء البلاد العربية دون بيان مصدره ومراجعته وهو منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 129، ص 194). ولعل القرار المذكور استند إلى أن جرائم التزوير (كخيانة الأمانة والنصب) لا تتحقق عناصرها إلا بوجود الضرر بالغير .

كما يقرر المرحوم علال الفاسي، أن شهادة الشهود بذكرهم لسن غير السن الحقيقية لا يعد ذلك تزويرا يعاقبون عليه . لأن السن ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطا في صحته وتعتبر شهادة السن غير الحقيقية مخالفة إدارية لاتصل إلى درجة الزور ((لكون تحديد السن لا يجعل الحكم الشرعي بصحة زواج غير البالغين مفسوخا ولا العقد عليه حراما)) (التقريب - مرجع سابق، ص 202).

¹³⁰⁰ - يلاحظ هنا مشكل تزوير هوية شخص المخطوبة إذ يؤتى بامرأة تتوفر على السن القانوني للزواج في حين أن المعقود عليها حقيقة لا تتوفر على السن المذكور . انظر : فاطمة المرنيسي -الجنس كهندسة اجتماعية - مرجع سابق، ص 84.

خلاصة الفصل الأول

من خلال المباحث السالفة الذكر، يتبين أن مدونة الأحوال الشخصية خالفت قواعد الفقه المالكي، في عدة مواضيع حساسة، بهدف إيجاد حلول مستجدة لها . لكن رغم ذلك، بقيت أغلب هذه الحلول، مرتبطة ببعض تطبيقات قواعد الفقه المالكي . خاصة وأن القضاء، وأمام عدم تفصيل الكثير من أحكام المواضيع المذكورة، فإنه يرجع بشأنها إلى الفقه المذكور .

وهكذا يظهر أن مدونة الأحوال الشخصية، قد سعت مبدئياً، إلى الحد من التزاغات المتعلقة بإنكار الزوجية وعدم صحتها، فأخذت بوجود الإشهاد على عقد الزواج، خلافاً لما هو مقرر في الفقه المالكي الذي لا يشترط الإشهاد إلا عند الدخول . غير أن المدونة، فتحت المجال للخروج على القاعدة المذكورة، بسنها حالة الاستثناء من الإشهاد، مما مكن المجلس الأعلى من الرجوع بأحكام الإشهاد إلى التطبيقات التي يعرفها الفقه المالكي، في ميدان النزاع في الزوجية . إلا أن قرارات المجلس الأعلى بهذا الصدد لم تؤسس عملاً موحداً بخصوص هذا الموضوع .

وأعتقد أن حل مشكل الاستثناء المتعلق بالإشهاد على الزواج، ومشاكل الليف التي تثار بصدد الزيجات التي تتم بدون إشهاد - يكمن في حصر العمل بالاستثناء حسب ما اتجهت إليه نية واضعي المدونة، وذلك بجعله قاصراً على العقود المنجزة قبل صدور المدونة ، أو على الأقل، فإنه وتبعاً للاعتقاد بأن هناك رسوخاً لعادة اللجوء إلى الليف، عوض الإشهاد الرسمي، وهو ما لا دليل قوي عليه في جميع أنحاء المغرب الآن بعد انتظام سلك العدول¹³⁰¹ . فإني اقترح، تحديد أجل معين من أجل القيام بإعداد موجبات إثبات الزوجية بالنسبة للزيجات المعقودة من غير إشهاد،

¹³⁰¹ - هذا فضلاً عن كون العادة، لا يمكنها أن تخالف نصاً قانونياً . فقد قرر المجلس الأعلى، أنه : ((لا يعمل بالعرف إن خالف قاعدة شرعية)) (المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 203، بتاريخ 24-04-1968 . بمجلة القضاء والقانون، عدد 96، ص 329 . وبمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية (1966-1982)، مرجع سابق، 513) . كما أن الفصل 475 من ق.ل.ع ينص ((لا يسوغ للعرف والعادة أن يخالف القانون إن كان صريحاً)) .

وبعد التاريخ المعين لن يعتد بالموجبات اللغيفية لإثبات الزوجية التي تقام خارج الأجل المذكور . وهو ما يستوجب التوعية بهذا الخصوص، كما تم بخصوص نظام الحالة المدنية¹³⁰² .

كما أن مدونة الأحوال الشخصية، خالفت مشهور مذهب الإمام مالك، فيما يتعلق بأحكام النشوز، لما قررت أن نشوز الزوجة غير الحامل لا يسقط نفقتها، لكن الحل الذي قررتة، لا يقضي على أسباب النشوز والشقاق بين الزوجين . وقد حاول المجلس إعطاء دور للقاضي، في تقدير شروط وقف النفقة ، واعتبر أن إيقاف النفقة للنشوز مجرد تدبير مؤقت يمكن الرجوع عنه . فكرس بذلك ابتعاد نص المدونة عن مقتضيات الفقه في هذا المجال . غير أن هذه الحلول بدورها، لا تعتبر كافية في القضاء على أسباب الشقاق بين الزوجين. وفي الوضع الحالي للنصوص سيكون مستعبدا، لجوء القضاء إلى تطبيق مسطرة رفع الشقاق بين الزوجين، خارج دعوى التطلق العادية . لكن هذا لا يمنع المحكمة من البحث في أسباب الشقاق بين الطرفين عسى أن تجد حلا له، وعلى الأقل يتعين استغلال مؤسسة مجلس العائلة في هذا النوع من القضايا.

ورغم ما يبدو من كون مدونة الأحوال الشخصية أجازت بعض الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، فإن القضاء يرجع بشأن التطبيقات التي تم استعراضها، إلى الفقه . وهذا ناجم عن عدم تفصيل أحكام تلك الشروط بشكل كاف، خاصة ما يتعلق بالتمليك . ولذلك، ونظرا لما ينادي به البعض، من إعطاء إرادة الزوجين دورا في تحديد نظام الزواج - ودون تغيير المدونة - فإنه ينبغي تنظيم مسألة الشروط الاتفاقية في الزواج، بما يرفع الخلاف عن هذا الموضوع، ويحقق وسائل تضمن تنفيذها من قبل الزوج، خاصة أن الشروط يكون لها اعتبار عند التعاقد.

كما خالفت مدونة الأحوال الشخصية، مقتضيات الفقه المالكي، باشتراط سن معينة تحصل معها أهلية الزواج لكل من الفتى والفتاة . لكن المدونة لم تبين طبيعة هذا الشرط الذي فرضته، وما إن كان له تعلق بصحة العقد أم لا . ولم ترتب الجزاء الواجب إعماله بشأن هذا الأمر . ولذلك، ينبغي حتى يكون لهذا الشرط مفعول، أن يتم النص على حكمه، وأن لا يقبل بشأن التحقق منه، سوى دفاتر الحالة المدنية، ووضع جزاءات تتعلق بحماية هذا الشرط من قبل المخالفين.

¹³⁰² - فقد صدر منشور لوزارة العدل، عدد 843 بتاريخ 13-03-1979، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 129، ص 378 . بقصد إقامة موجبات لفيقية بالجان، وربط ذلك بجملة من أجل تعميم نظام الحالة المدنية في القرى بصفة خاصة. مع الإشارة إلى القانون يقرر مجانية الإشهاد على الزواج بجانا بالنسبة للمعوزين (فق 3 من الفصل 9 من ظهير خطة العدالة) .

الفصل الثاني

موقف المجلس الأعلى

من نصوص المدونة الموافقة للفقهاء المالكي

يتناول هذا الفصل بيان موقف المجلس الأعلى، من نصوص مدونة الأحوال الشخصية، التي جاءت في عمومها موافقة للفقهاء المالكي في عدة مواضيع. وسوف لا يكون هدف هذا الفصل هو دراسة جميع المواضيع التي أخذت المدونة بأحكام الفقه المالكي بشأنها، لأن ذلك هو الأصل فيها . بل سيتم الاقتصار على ما له ارتباط بالعمل القضائي للمجلس الأعلى، بالشكل الذي يخدم أغراض البحث وهو : بيان موقف المجلس الأعلى من هذه النصوص، وما إن كان المجلس الأعلى يميل في عمله بشأنها، إلى تأويلها تأويلاً يخرج عن إطار الفقه، أم أنه يرجع بنص المدونة إلى مصدره الفقهي، وهل خلق المجلس الأعلى قواعد قانونية جديدة تنسجم والتطورات التي تعرفها مواضيع هذا الفصل، وما إن كان لعمله المتقدم أثر بالنسبة للتعديلات التي عرفتها مدونة الأحوال الشخصية مؤخراً ؟ وستتناول ذلك على ضوء موقف المجلس الأعلى من عدة مواضيع ذات أبعاد اجتماعية لا تحفى، تعتبر من صميم الأحوال الشخصية بمعناها الضيق، أي قضايا التطبيق للضرر، والحضانة، والنفقة، وهي أهم قضايا الأحوال الشخصية التي تروج أمام المحاكم، والتي تثار بشأنها مطالب بتعديل مقتضيات المدونة، وينتظر من القضاء المغربي بشأنها اتخاذ مواقف تسائر التحولات التي تعرفها الأسرة المغربية .

وفي سبيل إبراز موقف المجلس الأعلى بكل وضوح من هذه القضايا، فإن الأمر يستدعي معالجة كل واحدة منها على حدة، وذلك على ضوء المباحث التالية :

- المبحث الأول : موقف المجلس الأعلى من النصوص المتعلقة بالتطليق للضرر.
- المبحث الثاني : موقف المجلس الأعلى من النصوص المتعلقة بممارسة حق الحضانة .
- المبحث الثالث : موقف المجلس الأعلى من النصوص المتعلقة بقضايا النفقة .
- خلاصة الفصل الثاني .

المبحث الأول

موقف المجلس الأعلى

من النصوص المتعلقة بالتطليق للضرر

تعتبر دعاوى التطليق للضرر والتطليق للغيبة، من أكثر دعاوى التطليق المعروضة على أنظار القضاء¹³⁰³. ويتبين من النسبة المرتفعة لطلبات التطليق للضرر، المعروضة أمام القضاء، أن هناك تحديات جديدة في واقع الأسرة المغربية، وأن هناك ردود فعل في مقابلها . وهذا الوضع ينعكس على مصير عدة أسر، ويطبعا بالتمزق . كما أن طلبات حسن المعاشرة¹³⁰⁴ المرفوعة - ولو عرضا- في ثنايا مقالات قضايا الأحوال الشخصية، تعكس الرغبة في ضرورة توفير

¹³⁰³ - في دراسة للباحثة كترة لمراي العلوي - فإن 91،4% من قضايا الأحوال الشخصية التي شملتها دراستها، والتي قامت بها على صعيد المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء - تتعلق بالتطليق للضرر والغيبة . تشكل منها قضايا التطليق للضرر 75.9% . في حين تشكل المطالبة بالتطليق للغيبة نسبة 24.07% . كما بينت نفس الباحثة أن نسبة طلبات حسن المعاشرة، المعروضة على قضاء المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، تبلغ 7.74% من جملة قضايا الأحوال الشخصية، التي قامت بدراستها (الأسرة المغربية - مرجع سابق، ص 144 و 157) .

¹³⁰⁴ - تجد هذه الطلبات أساها في الحقوق المتبادلة بين الزوجين، والواردة في الفقرة الثانية من الفصل 34 من المدونة التي تنص على ((حسن المعاشرة وتبادل الاحترام والعطف والمحافظة على خير الأسرة)) . وتجب الإشارة إلى أنه، وحتى على فرض الحكم بهذه المطالب فإنه يثور أمر إلزام الزوج بتنفيذها .

الاحترام المتبادل بين طرفي العلاقة الزوجية، و الحفاظ على مؤسسة أسرة مبنية على علاقات أكثر مساواة. وإزاء هذا النوع من القضايا، يبرز الدور الذي ينبغي أن يقوم به القضاء في إطار هذه القضايا، التي تترجم صراعا على مستوى الأسرة ومكوناتها، ويختلط فيها بالتالي الجانب القانوني بالجانب الاجتماعي .

ذلك أن الصراع بين الرجل والمرأة، كصراع بين جنسين، هو أمر طبيعي، غير أنه صراع مرتبط بالقضايا الاجتماعية . فاعتبارا لطبيعة البنية الأسرية وتقسيم العمل السائد بين الرجل والمرأة، يحسم الصراع غالبا لفائدة الرجل . ولذلك قد تكون الزوجة محل تعسف من طرف الزوج، خاصة في مجتمع تطبعه الأبيسية ، ويشهد ضعفا في الوازع الديني والأخلاقي، ويعيش تحولا اجتماعيا، نتيجة عدة تحديات اقتصادية وتربوية مختلفة . وإن مدونة الأحوال الشخصية، تعالج جوانب من هذا الصراع، في علاقة الزوجين داخل الأسرة، وترجم التعسف الذي قد تعاني منه الزوجة، إلى ضرر سببه الزوج . وترسم المدونة وفق منظورها النموذجي للأسرة المغربية، الطريق للزوجة لكي تلجأ للقضاء قصد الحصول على التطلاق في حالة الإضرار بها . وسيتم الاهتمام في هذا البحث، بموقف المجلس الأعلى في تطبيقه لنصوص المدونة المرتبطة بدعوى التطلاق للضرر، محاولة لفهم تعامل القضاء المغربي مع هذا الموضوع الحساس، انطلاقا من الأساس الفقهي والقانوني لدعوى التطلاق للضرر كما أخذت به المدونة (المطلب الأول)، ثم من خلال موقف المجلس من الإجراءات المسطرية المتعلقة بهذه الدعوى (المطلب الثاني)، وأخيرا من خلال موقفه من الجوانب الموضوعية للدعوى المذكورة (المطلب الثالث) .

المطلب الأول

الأساس الفقهي والقانوني لدعوى الضرر

يتميز الفقه المالكي بأخذه بنظرية التطلاق للضرر، وتوسعه في مفهوم الضرر الذي يلحقه الزوج بالزوجة، وما يخوله لها ذلك من حق في طلب التطلاق، نتيجة إساءة العشرة الزوجية من طرف زوجها¹³⁰⁵ . فقد ورد عن الإمام مالك : ((وليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شيء

¹³⁰⁵ - وتجدر الأحكام الفقهية مستندا حول هذا الموضوع، في عدة آيات قرآنية كثيرة تحث على حسن المعاشرة بين الزوجين . قال تعالى : ((وعاشروهن بالمعروف)) سورة النساء / 19، ((ولا تمسكوهن ضرارا

معروف))¹³⁰⁶. كما أن الفقهاء المالكيين يعرفون الضرر بأنه : ((هو ما لا يجوز شرعا، كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها كذلك، وسبها وسب أبيها))¹³⁰⁷. ويعد الفقهاء ((من الضرر : قطع كلامه عنها، وتحويل وجهه عنها))¹³⁰⁸. غير أن الفقه، يتصور إمكانية حصول الضرر حتى من الزوجة، وهو ما عبر عنه الشيخ خليل بقوله : ((ضرر زوج)) أي هما أو أحدهما كما قال شراحه¹³⁰⁹، بحيث يحق للزوج الذي تضرر من زوجته وهو لا يريد طلاقها، أن يطالب بالتطليق منها قضاء¹³¹⁰ حتى لا يضيع فيما دفعه في سبيلها، لأن الطلاق كان بسببها، فيكون للقاضي إذا ثبت خطؤها أن يخالعا لفائدة الزوج بما يراه سدادا¹³¹¹. كما أن الفقه المالكي يميز بين الحالة التي يثبت فيها الضرر ورغم ذلك لا تريد الزوجة الفراق، وفي هذه الحالة يتم زجر الزوج فقط لإحسان معاشرتها، وبين الحالة التي تدعي فيها الزوجة الضرر وتريد التطليق بسبب ذلك . وقد لخص الشيخ خليل كل ذلك بقوله ((وبتعديه زجره الحاكم... ولها التطليق بالضرر البين ولو لم تشهد البينة بتكرره . وعليهما (الحكمان) الإصلاح، فإن تعذر، فإن أساء الزوج طلقا بلا خلع، وبالعكس ائتمناه عليها أو خالعا له بنظرهما، وإن أساء فهل يتعين الطلاق بلا خلع، أولهما أن يخالعا بالنظر، وعليه الأكثر، تأويلان))¹³¹².

لتعدوا)) سورة البقرة / 231، ((ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف)) سورة البقرة / 238، ((ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن)) سورة الطلاق / 6 .

¹³⁰⁶ - نقلا عن الشيخ ميارة - في شرحه للتحفة - مرجع سابق، ج 1، صفحة 194. والتسولي - البهجة في شرح التحفة . ج 1، ط 1، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1998، ص 496 .

¹³⁰⁷ - الشرح الكبير - لأحمد الدردير على مختصر الشيخ خليل . ج 2، مرجع سابق، ص 345.

¹³⁰⁸ - محمد الخرشبي على مختصر الشيخ خليل - ج 3، مرجع سابق، ص 149.

¹³⁰⁹ - شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - مجلد 4، الجزء 7، مرجع سابق، ص 189.

¹³¹⁰ - ومن الحالات المماثلة التي يمكن فيها الزوج من طلب تطليق زوجته قضاء، حالة رد الزوجة للعب، طبق

الفصل 54 من مدونة الأحوال الشخصية . حيث تمكن هذه المسطرة الزوج من استرداد ما دفعه في سبيل الزوجة .

¹³¹¹ - الصديق السائح - في تعليقه على حكم متعلق بالتطليق للضرر صادر عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى

في القضية عدد 10631، بتاريخ 18 مارس 1954، والذي سنتطرق له فيما بعد- منشور بمجلة الفقه المالكي

والتراث القضائي بالمغرب - عدد 2-3-4، السنة 2 - 1982، صفحة 62 . وانظر : علال الفاسي - التقريب

- مرجع سابق، ص 278.

¹³¹² - جاء لدى الشيخ الزرقاني شارح متن مختصر الشيخ خليل، المذكور أعلاه ما مفاده : فإن كانت هي

المسيئة أقرها الحكمان عند الزوج إن رأياه صلاحا . أو خالعا بنظرهما في قدر المخالعة به، ولو زاد على الصداق إن

أحب الزوج الفراق . وإن أساء معا أو استمر الإشكال فإما الطلاق بلا خلع، أو يخالعا له بشيء خفيف من

لقد تبنت مدونة الأحوال الشخصية، هذه المبادئ العامة لنظرية التطلاق للضرر المعمول بها في الفقه المالكي، فنص الفصل 56 من المدونة : ((التطلاق للضرر :

1 - إذا ادعت الزوجة على زوجها إضراره بها، بأي نوع من أنواع الضرر، الذي لا يستطاع معه دوام العشرة، بين أمثالها، وثبت ما ادعته، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما ؛ طلقها عليه .
2 - إذا رفض طلب التطلاق، وتكررت الشكوى، ولم يتبين الضرر ؛ بعث القاضي حكمن للسداد بينهما.

3 - على الحكمن أن يتفهما أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبدلا جهدهما في الإصلاح، فإن أمكن على طريقة معينة قرراها، وإن عجزا عن الإصلاح، رُفِع الأمر إلى القاضي، لينظر في القضية على ضوء تقريرها)).

إن هذه الصياغة القانونية للنظرية الفقهية المالكية، مستوحاة من المادة 6 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 المتعلق بالأحوال الشخصية، الذي أخذ فيه المشرع المصري بمقتضيات الفقه المالكي في الموضوع¹³¹³. وهي صياغة تركز في الواقع مفهوما واسعا للضرر كما يأخذ به الفقه المالكي، فالفصل 56 لم يعرف الضرر، وإنما صورته بما لا يستطاع معه دوام العشرة . وبذلك فهو أمر يشمل الضرر المادي والمعنوي، السلبي أو الإيجابي، سواء كان عنفا أو إيذاء أو تجويعا، أو كان إهانة واحتقارا لمشاعر الزوجة، وسواء وقع الإضرار من طرف الزوج أو من طرف عائلته¹³¹⁴. غير أنه يلاحظ أن الفصل 56 المذكور، خص الزوجة المتضررة بطلب

الصداق ولا يسترعيه . (شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل-المجلد الثاني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 62-63).

¹³¹³ - من التشريعات العربية التي أخذت بالفقه المالكي في التطلاق للضرر : المشرع العراقي (المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية) . والمشرع السوري (المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية) . والمشرع الأردني (المادة 132 من قانون العائلة).

وانظر قرار محكمة النقض المصرية الذي يركز على كون المادة 6 من قانون سنة 1929 مستقاة من المذهب المالكي (نقض مصري -رقم 19 لسنة 48، بتاريخ 21 / 02 / 1979، بموسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب - ج 1، مرجع سابق، ص 348.

¹³¹⁴ - ولقد عرفت المحكمة النقض المصرية، الضرر، على ضوء المفهوم المذكور بأنه : ((إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمتلها. والإيذاء بالقول مثل القذف والسب والتشهير. والإيذاء بالفعل مثل الضرب وتبديد منقولات الزوجة، وسرقة مالها ومصوغاتها. وتستقل محكمة الموضوع بتقدير عناصر الضرر ولا رقابة عليها في ذلك لمحكمة النقض، مادام أنها استدلت على ذلك بأدلة سائغة)) (نقض مصري - بتاريخ 18-04-1962 طعن رقم 28 لسنة 29 ق . المجموعة 1 لسنة 13 - بموسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب . ج 1، مرجع سابق، ص 327) .

التطبيق وحدها، وقد مر معنا أنه وحسب الفقه المالكي، يمكن تصور وقوع الضرر من الزوجين . وهذه الجزئية الراجعة لطلب التطلق من قبل الزوج لإضرار الزوجة به، لم يتم النص عليها صراحة بالفصل 56 من المدونة، وإن كان يمكن للحكمين ، اعتبار ضرر الزوجة، في تقريرهما الذي يرفعانه للقاضي، عندما ينتدبهما للإصلاح¹³¹⁵ .

لكن الفصل 56 من المدونة تضمن شرط ((استحالة دوام العشرة الزوجية))، وهو شرط لا تتضمنه كتب الفقه المالكي¹³¹⁶ ، وقد تم إدراجه في الفصل 56 من المدونة، أخذا عن القانون المصري المذكور أعلاه¹³¹⁷ . وذلك من أجل الاستيثاق والتأكيد على جدية الادعاء .

غير أن الفصل 56 المذكور، خصص استحالة دوام العشرة بالنسبة للوضع الاجتماعي للمرأة فقط، بقوله : ((بين أمثالها))، وهذا يبدو أنه مجرد خطأ مادي¹³¹⁸ ، إذ المقصود به، وحسب مرجعية النص المصري، هو ((بين أمثالهما)) . أي بين أمثال الزوج والزوجة . ويؤيد هذا، أن المشروع الأصلي للمدونة الذي وضعته وزارة العدل، كان ينص في الفصل الثامن من الكتاب الثاني المتعلق بالطلاق على عبارة ((بين أمثالهما))¹³¹⁹ . كما أن السياق اللغوي لعبارة ((بين))

¹³¹⁵ - إن بعض التشريعات العربية، تحمّل الزوج المسيء المسؤولية، وتمكّن الآخر من التعويض. كتشريع اليمن الجنوبي (قبل الوحدة اليمنية) (انظر: قرار المحكمة الجزئية بكرت - رقم 7، لعام 1985، بالمحكمة العربية للفقه والقضاء، عدد 4، سنة 1986، صفحة 107 . وقد قرر الحكم المذكور أنه في حالة إساءة الزوجين معا لا يستحق أي منهما التعويض) . وكذلك المشرع السوري، الذي أجاز رفع دعوى الضرر من أحد الزوجين - (انظر: قرار محكمة النقض السورية بتاريخ 29-06-1981 بالجملة العربية للفقه والقضاء عدد 1، سنة أولى - أبريل 1984، ص 521) . والمشرع الكويتي (الفصول 126-135، وانظر قرار ا مرفقا بالنصوص المذكورة صادرا من دائرة التمييز بمحكمة الاستئناف العليا بالكويت بتاريخ 07-12-1981، بالجملة العربية للفقه والقضاء، عدد 3، أبريل 1986، ص 73) . والمشرع التونسي والعراقي (انظر: عبد النبي ميكو - الوسيط - مرجع سابق، ص 521) . أما المشرع المصري فمثله مثل المشرع المغربي لم يتحدث عن الضرر الصادر من طرف الزوجة، غير أني ؛ وقفت على قرار لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 12-11-1977 بصدد تطبيق استنادا إلى إساءة الزوجة لزوجها المحجور عليه للعتة - بموسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب - ج 1، مرجع سابق، ص 367.

¹³¹⁶ - غلال الفاسي - التقريب - مرجع سابق، ص 272 .

¹³¹⁷ - تنص المادة السادسة المذكورة أعلاه: ((إذا ادعت الزوجة، إضرار الزوج بها، بما لا يستطاع معه، دوام العشرة بين أمثالهما...))

¹³¹⁸ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 331 هامش 67.

¹³¹⁹ - انظر نص المشروع بمجلة القضاء والقانون عدد 5 - يناير 1958، ص 456 . ويلاحظ أن الترجمة الفرنسية للفصل 56 من المدونة تبنت عبارة بين " أمثالها "، ولكنها نصت على الوضعية الاجتماعية للزوجة :

الواردة في الفصل المذكور يقتضي أن تكون الكلمة التالية هي ((أمثالهما))، وإلا لنص الفصل ((مع أمثالها)) أو ((من أمثالها)) أو ((على أمثالها))¹³²⁰.

وأعتقد، أنه وفي جميع الأحوال، يتعين الأخذ بعين الاعتبار، عند تقدير الضرر : متزلة الزوجين، ووضعيتها الاجتماعية معا . بحيث إن تركيز النظرة على طرف واحد في العلاقة الزوجية، قد لا يساعد القاضي على القيام بدوره في هذا المجال ((الذي لا يكون القاضي فيه، في تلك اللحظة ممثلاً للجهاز القضائي والتشريعي فقط . وإنما يُطلب منه أن يقوم بدور اجتماعي وإنساني، ويترك الأمر لتقديره الشخصي فيما يخص طبيعة الضرر الواقع على الزوجة))¹³²¹ . لأن مسألة الضرر والإضرار من أبرز الموضوعات المتروكة لتقدير القاضي تماما . ((فبعد أن يسمع الدعوى والشهود، عليه أن يقدر مدى الضرر الواقع على المرأة، وأن يكون ذلك وفقاً لمعايير طبقية حديثة، بعيدة عن تلك المعايير التي وضعت في فترة تاريخية قد لا تمثل الواقع الاجتماعي الحالي))¹³²² .

ART. 56- Du divorce pour sévices :

« 1°. Si l'épouse se prétend objet de quelques sévices que ce soit de la part du mari au point que la vie conjugale en soit devenue impossible, eu égard à sa condition social..... » B.O. du 23-05-1958, P. 806.

- François-Paul BLANC et Rabha ZEIDGUY :

- انظر :

Moudawana-Code de Statut Personnel et des Successions, EDITION SYNOPTIQUE FRANCO-ARABE. Sochepress-Université, 1994, P. 75.

¹³²⁰ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 321 هامش 67.
¹³²¹ - ملك حسين زعلوك - حق المرأة المتقاضية بين النص القانوني والممارسة - مجلة اليقظة العربية (مصر)، عدد 6 - السنة الأولى، 1986، ص 130.

¹³²² - ملك حسين زعلوك - حق المرأة - مرجع سابق، ص 132 .

ويشير الباحث، إلى أن بعض المفاهيم الطبقية الإسلامية لم تنشأ إلا في مجال الأحوال الشخصية . كمفهوم الكفاءة مثلاً، الذي نشأ في مدينة الكوفة وتبناه الفقه الحنفي، حيث كان لهذا المفهوم أثر اجتماعي قوي، بل وأثر قانوني كذلك، باعتبار الكفاءة شرط لزوم يكتن أهل الزوجة من فسخ عقد النكاح لعدم كفاءة الزوج. غير أن مفهوم الكفاءة لم تعد له نفس الأهمية القانونية اليوم، وإن بقيت له آثارا اجتماعية . ويرجع ذلك لاختلاف عناصر الكفاءة الاجتماعية في الوقت الحالي عما كان من قبل . (المرجع السابق - ص 132...).

ونشير إلى أن المدونة نصت في الفصل 14، على شرط الكفاءة في الزواج كحق خاص بالمرأة والسولي، ونصت على اعتبار العرف في تفسيرها. كما أن الفصل 15 من المدونة، اعتبر التكافؤ من حيث السن حقا خاصا بالمرأة وحدها.

المطلب الثاني

موقف المجلس الأعلى

من الإجراءات المسطرية المتعلقة بدعوى التطليق للضرر

إذا كان المشرع قد أسبغ نوعاً من التعميم على الضرر الذي يخول للزوجة طلب التطليق، فإن الإجراءات المسطرية المتعلقة بهذه الدعوى متنوعة كذلك تبعاً لتعدد مصادرها . ويترتب على ذلك تأثير لقواعد الشكل على الأحكام الموضوعية للتطليق للضرر، حيث تتأثر دعوى الأحوال الشخصية عموماً من حيث موضوعها، بالإجراءات المسطرية التي تؤطرها . غير أنه قلماً يعنى بدراسة الجوانب المسطرية وتأثيرها على موضوع الحق المدعى به في مادة الأحوال الشخصية، رغم أن القضاء يعمل بقواعد مسطرية قد لا تبدو منسجمة مع القانون المسطري العام بشأن دعاوى الأحوال الشخصية . ولذلك تظهر أهمية بيان الإجراءات التي يقرها المجلس الأعلى بخصوص دعوى التطليق للضرر . فالإجراءات المسطرية المتعلقة بدعوى التطليق للضرر تتميز بتعدد مصادرها : مدونة الأحوال الشخصية، قانون المسطرة المدنية، وقواعد ذات طابع إجرائي منصوص عليها في الفقه . فقد نصت مدونة الأحوال الشخصية على الأحكام الموضوعية لدعوى التطليق للضرر، كما أنها رسمت إجراءاتها، وهذا الموقف يترجم النظرية التي تعتبر، أن قواعد الفقه الإسلامي لا تعرف تمييزاً فاصلاً بين قواعد الشكل والموضوع . فقد نص الفصل 56 على إجراءات شكلية في الموضوع كإجراء الصلح، وبعث الحكيمين . كما نص الفصل 59 على بعض الإجراءات المؤقتة بمناسبة دعوى التطليق للضرر، خاصة عند عدم تأني مساكنة الزوجين حيث يرشح الزوج بعض أقاربه لإقامة الزوجة وإلا رشح بعض أقاربها، وعند الاقتضاء يترها القاضي في دار الثقة¹³²³، وإجراء النفقة على الزوجة في كل الأحوال . كما أن أحكاماً إجرائية مهمة

¹³²³ - إن دور الثقة عملياً غير موجودة الآن . وحول الوضع المتردي الذي آلت هذه الدور، انظر مناشير وزارة العدل عدد 61.7، بتاريخ 1961.1.17 . والمنشور رقم 53-61، بتاريخ 1961.12.11 . والمنشور المؤرخ 1960/06/22 بمجموعة مناشير وزارة العدل لسنة 1961 وبمجلة القضاء والقانون عدد 37 ص 349 و 350 . وبمجلة القضاء والقانون عدد 32 ص 522 .

وفي الواقع، وفي غياب مؤسسات لائقة، تنور وضعية النساء المتقاضيات في مرحلة التقاضي، خاصة الغريات عن البلد أو اللاتي لا أهل لهن، اللاتي يجدن أنفسهن وأولادهن بالشارع عقب الخلاف الزوجي، مما يثير مشاكل إضافية على كاهل المرأة المتقاضية .

تتعلق بهذه الدعوى يرجع بشأنها إلى الفقه خاصة بالنسبة لإجراءات بعث الحكمين، وقواعد الإثبات . غير أنه وبصدور قانون المسطرة المدنية لسنة 1974، وقع توسع في المقتضيات الإجرائية المتعلقة بدعوى التطبيق للضرر، وذلك وفق ما تضمنه الفرع السادس من قانون المسطرة المدنية الخاص بالتطبيق (الفصول 212-216) . وهو ما ألقى بتأثيرات القواعد المسطرية المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، على إجراءات دعوى التطبيق للضرر المنصوص عليها بمدونة الأحوال الشخصية¹³²⁴ والفقه . مما يثور معه التساؤل حول أثر هذه المقتضيات المسطرية على القواعد المنصوص عليها بالمدونة .

إن القواعد المسطرية التي جاءت بها المسطرة المدنية لسنة 1974 وكذلك تعديلات ظهر 10 / 09 / 1993 التي مست فصول المسطرة المدنية بهذا الخصوص، لا تشكل في الواقع إلغاء للقواعد الإجرائية المنصوص عليها في المدونة بهذا الصدد . بل إن نصوص المسطرة المدنية لم تُعد أن عمّمت المقتضيات الواردة بمدونة الأحوال الشخصية . إذ أن المدونة تقدر احتمالات المطالبة بالتطبيق وكذا المسطرة المتطلبية . وقد نص الفصل 3 من ظهير التصديق على المسطرة المدنية عدد 1-34-447 بتاريخ 28 شتنبر 1974، على أنه ((تستمر محاكم الاستئناف والمحاكم، في تطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة، المنظمة لمساظر غير منصوص عليها في هذا القانون . غير أنه تُطبّق مقتضيات هذا القانون حتى في القضايا التي تنظمها نصوص تشريعية وتنظيمية خاصة إذا لم يرد في هذه القوانين نص صريح خاص بها)) . وعليه فإن مقتضيات الفصول

¹³²⁴ - في جانب مقتضيات الفصل 56 من المدونة التي سبق إيراد نصها، نص الفصل 212 من ق.م.م. : "يقدم وفقا للإجراءات العادية مقال التطبيق إلى المحكمة المختصة بالمحل الذي يوجد به موطن الزوجين. تستدعي المحكمة بعد تقييد المقال، الزوجين، قصد محاولة التصالح بينهما. إذا تم التوفيق بينهما، أثبتت المحكمة ذلك بأمر تنتهي به إجراءات الدعوى. وإذا فشلت المحاولة أو، بعد استدعاءين وتخلف الزوجين أو أحدهما عن الحضور، أصدرت المحكمة أمرا بعدم التصالح، وأذنت للمدعي بمواصلة الدعوى . تبت المحكمة عند الاقتضاء في التدابير المؤقتة والتحفظية المتعلقة بصيانة المرأة والأولاد وحضانتهم وأمتعة البيت.

يكون هذا الأمر قابلا للتنفيذ على الأصل رغم كل طرق الطعن" .
ونص الفصل 213 من ق.م.م. على الطعن بالاستئناف في هذا الأمر، ونص الفصل 214 من ق.م.م. على إجراء البحث (غرفة المشورة) وصدور الحكم . ونص الفصل 215 من ق.م.م. على أن الحكم يقرر إما الإبقاء على التدابير المؤقتة أو تغييرها . ونص الفصل 216 من ق.م.م. على الأثر الواقف للطعن بالاستئناف أو النقض وكذا لأجلهما.

212-216 من ق.م.م. لا تعارض قواعد المدونة¹³²⁵، بل إنها تتكامل معها، ويظهر ذلك بالأخص فيما يتعلق بمحاولة الصلح بين الزوجين كإجراء أمر، إذ لم تبق قاصرة على دعوى التطليق للضرر كما نص على ذلك الفصل 56 من المدونة، بل أصبحت وتطبق مقتضيات ق.م.م. تشمل جميع دعاوى التطليق، ماعدا دعوى التطليق للغيبة¹³²⁶ بل أصبحت محاولة الصلح لازمة حتى بالنسبة لإجراءات الطلاق العادي أمام قاضي التوثيق كما سنرى . وكذلك الشأن بالنسبة للتدابير المؤقتة، إذ لم تبق محصورة في تعيين مكان نزول الزوجة أثناء مرحلة دعوى التطليق للضرر بما في ذلك نزولها بدار الثقة، بل امتدت لتشمل جميع التدابير المؤقتة والتحفظية المتعلقة بصيانة المرأة والأولاد وحضانتهم وأمتعة البيت.

وسنين في الفقرات التالية موقف المجلس الأعلى من مختلف الجوانب المسطرية التي تحف دعوى التطليق للضرر، وذلك من حيث قواعد رفع الدعوى التي أقرها المجلس الأعلى (الفقرة الأولى)، وقواعد إجراء الصلح (الفقرة الثانية)، والتدابير التحفظية التي تستلزمها هذه الدعوى (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى - قواعد رفع دعوى التطليق للضرر كما قررها المجلس الأعلى :

¹³²⁵ - انظر :

Abderrazak Moulay R'CHID, La Femme et La Loi Au Maroc, Edition le fennec, 1991. p. 65.

وإن كان الفصل 5 من ظهير تنفيذ قانون المسطرة المدنية المذكور أعلاه، قد ألغى كل المقتضيات المتعلقة بوكلاء الغياب الذين يلعبون دورا مهما في دعاوى الأحوال الشخصية، خاصة بالنسبة للتطليق للغيبة .

¹³²⁶ - واستثنت دعوى التطليق للغيبة بطبيعة الحال من إجراء الصلح، وذلك لتعذر الإجراء المذكور، نظرا لغيبة الزوج . وفي هذا قرر المجلس الأعلى، ردا على وسيلة الطاعن بالنقض، المبينة على عدم احترام المحكمة - التي قضت بالتطليق - لإجراءات الصلح المبينة في الفصل 212 من ق.م.م. : ((لكن ردا على الوسيلة، فإن الطاعن لما كان غائبا (بسبب سجنه لمدة عشر سنوات)، فإن الفصل 57 من المدونة الذي طبقته محكمة الاستئناف، هي الواجبة التطبيق في هاته الحالة . وان مقتضيا الفصل 212 من قانون المسطرة المدنية، لا ينطبق على دعوى الغيبة . الأمر الذي يجعل ما أثاره غير مقبول)) (المجلس الأعلى- غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 881 . بتاريخ 21 / 07 / 1992، أورد بعض حيثياته : إدريس بلمحجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية "، مرجع سابق، ص 43 - 44) .

بالإضافة للقواعد العامة اللازم احترامها في أية دعوى، فإن تتبع عمل المجلس الأعلى بخصوص دعوى التطليق للضرر يبرز بعض مميزات رفع هذه الدعوى في العمل القضائي¹³²⁷ :

1 - يتم سماع دعوى التطليق للضرر سواء ولو قبل الدخول بالزوجة¹³²⁸ .

¹³²⁷ - مما يرتبط برفع هذه الدعوى أمام القضاء، اقتصار مقال الدعوى أحيانا، على مجرد تشكي الزوجة، وطلب إحسان معاشرتها من قبل الزوج، دون طلب صريح بإيقاع التطليق للضرر . وواضح في هذه الحالة، أنه لا يمكن للقاضي الحكم بإيقاع التطليق، لأنه مقيد بالبت في حدود طلبات الأطراف (الفصل 3 من ق.م.م.) . لكن ورغم ذلك، فإنه في هذه الحالات، خاصة عندما ترفع الدعوى في البداية بصفة شخصية من المدعية ويكون مجرد إحسان المعاشرة هو مبتغاها، فإنه يتعين على القاضي أن يلعب دوره الكامل في الإصلاح بين الزوجين . علما أن مجرد حكم القاضي بحسن معاشرة الزوجة، قد لا يعني بالنسبة لبعض الأزواج، سوى مجرد موعظة، نظرا لانعدام أي رقيب على تنفيذ مقتضيات الحكم المذكور، وافتقاد أمر الإخلال به إلى جزاء تلقائي، وهذا خلاف ما كان عليه الأمر قديما حيث كان الفقه يخول للحاكم زجر الزوج في هذه الحالة، وفي ذلك يقول الشيخ خليل : ((وتبعديه زجره الحاكم)) .

وتجدر الإشارة، إلى أن طلبات حسن المعاشرة معروفة على صعيد المحاكم، فقد بينت الأستاذة كتره لمراي العلوي (الأسرة المغربية - مرجع سابق، ص 144) أنه ومن بين قضايا الأحوال الشخصية التي درستها بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، تبين أن 7.74% من تلك القضايا تتعلق بإحسان المعاشرة . وأن 65% منها مقدمة من طرف الزوجات . و 35% منها مقدمة من طرف الأزواج .

¹³²⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 970 . بتاريخ 01-07-1986 . أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية "، مرجع سابق، ص 40 - 41 .

وقد قرر المجلس الأعلى في هذا القرار ، أن الزوجة التي لم يُدخل بها، يحق لها طلب التطليق ولو لم يثبت الضرر . بل يكفي ثبوت عدم رضا الزوج قبل الدخول طبق قواعد الفقه المالكي . ومما جاء في هذا القرار : ((حيث يطعن طالب النقص في الحكم بحرقه الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية، ونقصان التعليل . إذ أن القرار تأسس على أن الزوجة غير المدخول بها، يكفي لتطليقها، عدم رضاها . في حين إن الفصل 56 يشترط أن يبلغ الضرر درجة تحول دون دوام العشرة، وأن يثبت الضرر للقاضي، ويعجز عن الإصلاح، وأن تتبع إجراءات معينة . والمحكمة خالفت مقتضيات هذا الفصل، كما خالفت قول المتحرف الذي نسبت إليه ما لم يقله . وأنه لا بد من تحقق الضرر كما أن الحكم استند إلى وقائع محرفة : من ذلك أن الزوج يطمع في أجرهما . وأن الحكم الذي قضى بدخولها بقي بدون تنفيذ مع أنها الممتنعة من تنفيذه، ولا يمكن أن ترتب آثار الامتناع لفائدتها .

لكن - يقول المجلس الأعلى - المحكمة لم تخالف النص الفقهي، ولا مقتضيات الفصل 56 المحتج به . وإنما لاحظت ما بين الزوجة المدخول بها وغيرها . واستدعت الطرفين لإجراء صلح بدون جدوى . ورأت كثرة التزاغات التي نشأت بين الطرفين قبل الدخول، لا تسمح بأن تكون هناك علاقة زوجية كما وصفها المشرع ((ميثاق ترابط وتماسك شرعي على وجه البقاء وفي طمأنينة واحترام ... الخ)) ومما يدل على ذلك بقاء المطلوبة في النقص في بيت أبيها رغم كبر سنها لمدة طويلة، وذلك يشكل ضرها عليها الخ . بالإضافة إلى أن هذه الأخيرة استصدرت حكما قضى على الطاعن بأن يجوز زوجته بعد أن يعد لها محلا للسكنى . وبقي بدون تنفيذ . وهذا كاف لجعل حد لهذه

2 - يجوز توجيه دعوى التطليق للضرر ضد الزوج الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني بصفته الشخصية: وذلك مادام النزاع لا يتعلق بتصرفات مالية، وإنما بعلاقة شخصية لا دخل للحاجر فيها¹³²⁹ كما يجوز رفعها من طرف الزوجة التي لم تبلغ سن الرشد القانوني، وذلك دون تدخل من وليها في المطالبة بالتطليق للضرر¹³³⁰، وفي الواقع، فإن المبادئ - التي سبق

الممارسة . أما دعوى الطاعن فلم يقيمها إلا بعد الحكم عليه لصالح المطلوبة، ولم يقيم بتنفيذها . الشيء الذي كان معه الحكم معللاً)).

وقد بنت محكمة الموضوع حكمها على القاعدة الفقهية التالية : ((إن الزوجة غير المدخول بها، إذا ادعت عدم الرضى بعد العقد وقبل الدخول فإنها تطلق عليه . كذا أجاب السجلماسي ونقله المعيار . وإن إثبات ضرر غير المدخول بها، لا يشترط فيه الشرطان المشار إليهما في قول المتحف ((ويثبت الإضرار الخ)) بل يكفي إثبات عدم الرضى)) . وقد اعتبرت المحكمة أن امتناع الزوج عن تنفيذ الحكم القاضي عليه بالدخول بزوجه، دليلاً على عدم رضاه .

ومن قرارات المجلس الأعلى الأخرى التي أقر فيها إيقاع التطليق للضرر قبل الدخول، قراره الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، قرار عدد 674، بتاريخ 31 / 05 / 1994، ملف عدد 575 / 91 . منشور بمجلة الملحق القضائي، عدد 33، ص 142 - 145 . مع تعليق الأستاذ أحمد زوكاغي عليه، ص 137 وما بعدها، من نفس المرجع . ويتعلق بطلب فسخ الزواج قبل الدخول نظراً لفسق الزوج، وقد اعتبر المجلس الأعلى أنه كان على المحكمة أن تسلك في القضية مسطرة التطليق للضرر . وسنعود لهذا القرار فيما بعد .

¹³²⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 50 . بتاريخ 24-01-1972، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 24، ص 43 .

¹³³⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1922، بتاريخ 26-12-1989، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44 ص 108 . ومجموعة قرارات المجلس الأعلى - أحوال شخصية - ج 2، مرجع سابق، ص 68.

وقد قرر المجلس الأعلى في هذا القرار : ((حقا، فبصرف النظر عن التناقض الوارد في منطوق القرار المطعون فيه، من حيث أنه قضى بعدم قبول الطلب المرفوع من طرف الطاعنة شخصياً، لانعدام أهليتها للتقاضي، وفي نفس الوقت، قبل الطلب الموجه إليها شخصياً وعلى نفس الحالة . فبصرف النظر عما ذكر، فإن موضوع الأهلية بالنسبة لعقود الزواج والطلاق، يختلف عن باقي العقود والتصرفات القانونية الأخرى . فعقد الزواج وكذلك الطلاق الذي نتج عنه، لا يستوجب بلوغ 21 سنة . فالأهلية في النكاح غير الأهلية في التصرفات المالية . فالفصل 8 من مدونة الأحوال الشخصية، نص على أن الأهلية تكتمل في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر . والطلاق أو التطليق، يأتي نتيجة لعقد النكاح . كما أن الفصل 62 (مدونة) جاء فيه : والتي دون الرشد إذا حولت، وقع الطلاق، ولا تلزم ببذل الخلع، إلا بموافقة ولي المال، ولم نجد أحداً من الفقهاء اشترط في الطلاق والتطليق بلوغ 21 سنة . نعم، اشترطوا في المطلق البلوغ، كما نص عليه غير واحد كابن جزري في الكتاب الثاني من كتاب القوانين الفقهية . بل وقد نص الشيخ التسولي في شرحه لتحفة ابن عاصم، عند قوله : ((ويثبت الإضرار بالشهود الخ)) في تنبيهه 6 على ما نصه : ((وحيث كان الضرر في بدنها، فالكلام لها، وإن سفيهة، مولى

ذكرها - بخصوص تقاضي أو مقاضاة القاصر في مادة الأحوال الشخصية¹³³¹، مستفادة من قواعد الفقه الإسلامي، الذي لا يقيم حجرا على تصرفات القاصر فيما يتعلق بشؤون بدنه وحالته الشخصية، ولا يتكلم الولي عنه في ذلك إلا بوكالة، ما لم يتعلق الأمر بالمال، فيكون للولي حق التصرف دون القاصر. قال أبو الشتاء بن الحسين الغازي الحسيني ناظما المبدأ المذكور :

وكل ما يرجع للأبدان لا حجر فيه واضح البرهان¹³³²

وتبعاً لذلك، فإن المجلس الأعلى¹³³³ يقرر أن : ((الأهلية في النكاح غير الأهلية في التصرفات المالية، التي تستوجب بلوغ 21 سنة . فالفصل 8 من مدونة الأحوال الشخصية، نص على أن الأهلية في الفتي تكمل بتمام الثامنة عشرة، وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة . وبالطبع إن الطلاق جاء نتيجة لعقد الزواج وتابع له، ولم نجد أحدا من الفقهاء اشترط بلوغ 21 سنة فهم اشترطوا في المطلق البلوغ لا غير . نص على ذلك غير واحد كابن جزري في الكتاب الثاني ..)).

عليها، ولا كلام لوليها إلا بتوكيل منها . وإن كان الضرر في مالها فالكلام له لا لها . والله أعلم)) . والمحكمة حينما استندت إلى الفصل 1 من قانون المسطرة المدنية، دون أن تنتبه إلى أن الأهلية في الزواج، والطلاق، تختلف عن الأهلية المتعلقة بالتصرفات المالية، على النحو المومأ إليه أعلاه، تكون قد بنت قرارها على أساس غير سليم، وبالتالي جاء منعدم التعليل وتعرض بذلك للنقض)) .

¹³³¹ - انظر بحثنا : بعض مواقف القضاء المغربي من القاصر - بمجلة الملحق القضائي، عدد 21، ص 19 وما بعدها . وبحثنا كذلك : مميزات دعوى الأحوال الشخصية . ضمن كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993) الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويسي بالرباط، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فريدريك إيبيرت FRIEDRICH EBERT حول ((تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظواهر 10 شتنبر 1993 - حصيلة أولية))، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، 1997، ص 147 وما بعدها.

¹³³² - أبو الشتاء - التدريب على تحرير الوثائق العدلية - ج 1، مرجع سابق، ص 37.

وتجدر الإشارة إلى أنه ورغم تحديد سن الزواج بسن تقل عن سن الرشد القانوني. فإن الفصل 9 من المدونة يشترط موافقة الولي في الزواج دون سن الرشد القانوني، ويرفع الأمر للقاضي عند التراع بين القاصر ووليّه . فإن تم عقد الزواج دون موافقة الولي كان العقد موقوفا على إجازة الولي وليس باطلا من أساسه . انظر: - أحمد الخليلي - في انتقاده للفصل 9 المذكور في مؤلفه : التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 206-209.

¹³³³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 976، بتاريخ 15 / 09 / 1992 ، ملف رقم 78 / 71 / 91 ، أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 13 - 14 . كما أورده : عبد العزيز توفيق - التعليق على مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 47 .

ويقر بعض الفقه المغربي هذا الاتجاه¹³³⁴ ، ويعمل به القضاء السوري أيضا حيث قرر : ((إن الاجتهاد مستمر، على أن الزوجة بعد عقد زواجها، تعتبر كاملة الأهلية فيما يعود لحقوقها الزوجية))¹³³⁵ .

غير أن بعض الفقه يوجه مؤاخذات على العمل القضائي الذي يقبل التقاضي من قبل القُصّر بشأن التطليق للضرر، ويلاحظ أنه ليس لمقتضيات قانون الأحوال الشخصية، المتعلقة بقواعد الموضوع، أن تنافي مقتضيات القواعد المسطرية، خاصة ما يتعلق بأهلية التقاضي، التي تعتبر من النظام العام، طبق الفصل 1 من ق. م. م. ويعتبر هذا الجانب من الفقه تبعاً لذلك ((أن إنهاء الزواج عن طريق الطلاق أو التطليق مؤسسة قانونية قائمة بذاتها، لها آثارها القانونية الخاصة بها، ولا تعد نتيجة مباشرة للزواج، كما يستنتج من موقف المجلس الأعلى))¹³³⁶ .

3 - رفع دعوى التطليق للضرر يوجب إيقاف النظر في دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية : أساس هذا المبدأ، هو أن دعوى التطليق للضرر تسقط إن مكنت الزوجة المدعية زوجها من نفسها، أثناء سريان دعوى التطليق للضرر، وذلك حسبما تقرره قواعد الفقه المالكي . وهذه

¹³³⁴ - وهكذا يرى الأستاذ موسى عبود، أنه بإمكان القاصر الذي له أهلية الزواج - إيقاع الطلاق، كما يمكن للزوجة القاصرة طلب التطليق أمام القضاء، دون تدخل من الولي . انظر :

Moussa ABOUD, La condition juridique du mineur au Maroc. Collection de la faculté de droit de rabat, n°21, 1968, p. 70.

¹³³⁵ - محكمة النقض السورية - قرار رقم 237، بتاريخ 20 / 06 / 1984، بموسوعة الفاكهياني، ج 4، مرجع سابق. ص 213.

¹³³⁶ - محمد الكشور - التعليق على قرار المجلس الأعلى - بالجملة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 18، ص 130 و 131 .

ويرتكز المؤلف في موقفه، على كون المدونة نفسها (الفصل 9) تستلزم موافقة ولي من لم يبلغ سن الرشد على زواجه ، وأن الفصل 212 من ق. م. م. يوجب تقديم مقال التطليق إلى المحكمة وفق الإجراءات العادية، ومن جملتها توفر أهلية التقاضي، هذا فضلا عن كون محاكم الدار البيضاء تقضي بعدم قبول دعوى التطليق التي تقدمها الزوجة القاصرة بدون محضر وليها الشرعي . كما أنه آخذ المجلس الأعلى على اعتماد الفصل 62 من المدونة لأنه يمثل مجرد استثناء . وقد أشار الدكتور محمد الكشور إلى موقف المشرع الليبي الذي حسم الأمر لما نص في المادة السادسة من قانون الزواج والطلاق على أنه ((يكتسب من تزوج وفق الفقرتين السابقتين أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وآثاره)) ، وطالب بتدخل المشرع المغربي على نحو مماثل لرفع كل خلاف .

وانظر ملاحظات الفقه كذلك على الحالة المماثلة بالنسبة لقبول دعاوى المطالبة بالنفقة المرفوعة من القصر أو أمهاتهم ضد الأب . بمبحث النفقة، عند حديثنا عن النفقة .

القاعدة التي لم تنص عليها المدونة ولا المسطرة المدنية، أقرها المجلس الأعلى¹³³⁷ تبعا لمبدأ الإحالة على الفقه المالكي اعتمادا على الفصل 82 من المدونة، وسيتم التعرض بتفصيل، لهذا القرار في الباب المتعلق بالإحالة على الفقه المالكي، ونشير الآن إلى هذا القرار فقط لأغراض البحث.

4 - إمكانية رفع دعوى جديدة بالتطبيق للضرر بعد رفض الأولى بناء على وقائع ضرر جديدة : فقد قرر المجلس الأعلى¹³³⁸ : ((حيث يعيب الطاعن على الحكم، خرق الفصل 451 من قانون العقود والالتزامات، إذ قضى بتطبيق المدعية رغم سبقية الحكم في الموضوع قضى برفض الطلب .. وان الشواهد الطبية سبق الإدلاء بها في الدعوى السابقة . وهذا يعد مخالفا للفصل المحتج به . كما عاب بخرقه الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية . ذلك أن المدعية لم تثبت الضرر المزعوم والمحكمة لم تعتمد أية حجة قانونية، ولم تحترم إجراءات الصلح المنصوص عليها في الفصل المذكور . لكن - يقول المجلس الأعلى - حيث إن القانون المطبق على النازلة هو قانون الأحوال الشخصية، ولا مجال لتطبيق قانون الالتزامات والعقود لأن الضرر مهما تكرر يسوغ للزوجة طلب التطبيق ولو سبقت دعاوى في الموضوع . وهو ما ينص عليه الفصل 56 من المدونة . لاسيما وأن لفظة التكرار والتجدد تعني ضررا جديدا غير الذي حكم في شأنه)) . إذ الحكم برفض الدعوى هنا، لا ينهي الخصومة ولا يقطعها، وإنما كان نتيجة عدم ثبوت الضرر بالبينة . ولذلك فالحكم الأول القاضي بالرفض لا يجوز الحجية، إلا إذا كانت الدعوى الجديدة مؤسسة على نفس الأسباب السابقة¹³³⁹ . هذا مع ملاحظة أن تكرر الشكوى دون إثبات الضرر يفتح المجال أمام القاضي لبعث الحكمين .

¹³³⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 246، بتاريخ 19-04-1982، بمجلة القضاء والقانون، عدد 132، يناير 1984، ص 151 .

¹³³⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 882، بتاريخ 24 / 06 / 1986 ، ملف رقم 544084، أورد حيثياته : إدريس بلحمجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 41 و 42 .

¹³³⁹ - ولذلك فإن المجلس الأعلى (في قراره الصادر عن الغرفة الاجتماعية - عدد 11، بتاريخ 8 دجنبر 1969، بمجلة القضاء والقانون، عدد 107-108، ص 393) قرر بأنه : ((يجب اعتبار دفع أحد الأطراف بقوة الشيء المحكوم به سابقا في مسألة التطبيق لنفس الضرر)) . وفي نازلة القرار، سبق للمدعية أن طالبت بالتطبيق لتزوج المدعى عليه، عليها من مطلقة أحيها، وقد تم رفض دعواها . فأعادتها من جديد على نفس الأسباب، ورغم دفع المدعى عليه بسبق الحكم في القضية صدر الحكم بتطبيقها . فنقض المجلس الأعلى الحكم الجديد للعلة المذكورة، لأن الدعوى الجديدة مؤسسة على نفس الضرر .

5 - عدم إحالة دعوى التطليق للضرر على النيابة العامة، لا يؤدي إلى بطلان الحكم : ذلك أن المجلس الأعلى، يعتبر أن مقتضيات الفصل 9 من ق.م.م. الذي ينص على تبليغ النيابة العامة بدعاوى الأحوال الشخصية، قاصر على قضايا الأحوال الشخصية التي يكون فيها نزاع جوهري في الحالة الشخصية للأطراف كالنسب وإنكار الزوجية، وعلى ذلك رفض المجلس الأعلى الطعن بالنقض لعدم إحالة دعوى التطليق على النيابة العامة¹³⁴⁰. وأعتقد أن دعوى التطليق بصفة عامة تم بالإضافة للزوجين، أطفالاً قُصِّرَ تعيين الدفاع عن مصالحهم في هذه القضية، وهذا باب يفترض أن تتصرف من خلاله النيابة العامة في هذه القضية من خلال مستنجاتها، مما يعني أنه لا مجال لاستبعاد دعاوى التطليق للضرر من مجال دعاوى الأحوال الشخصية، التي ينص الفصل التاسع المذكور، على إحالتها على النيابة العامة تحت طائلة البطلان.

6 - مشكل ابتداء العدة في التطليق القضائي بصفة عامة، وعدم لزوم تسجيل الطلاق فيه:

لم تبن المدونة متى تبتدئ العدة في التطليق القضائي، وما إن كان الأمر يتوقف على حكم نهائي . فالمجلس الأعلى وبمناسبة حكم يتعلق بالتطليق لعدم الإنفاق لم يحسم في الأمر بوضوح، واكتفى بأن قرر إعطاء الأحكام القاضية بالتطليق حجيتها وكفايتها الذاتية في إيقاع الطلاق القضائي. فقد دفع طالب نقض بأن عدة مطلقته المحكوم بتطليقها لعدم الإنفاق، لا تبدأ إلا من تاريخ تحرير رسم التطليق . غير أن المجلس الأعلى¹³⁴¹ قضى بأن ((الحكم بالتطليق المتحدث عنه، لا يحتاج إلى الإشهاد به أمام العدلين أو تحرير رسم به، ولا يتوقف على التجاء المرأة المحكوم بتطليقها إلى العدلين للإشهاد بأنها تطلق، وتبتدئ عدتها . بل إن كل ما ورد بالوسيلتين حول هذا لا أساس له . فالمرأة المحكوم بتطليقها تبتدئ عدتها من تاريخ الحكم بالتطليق كما هو منطوق الفصل 78 من المدونة . وإذا علمنا أن المألكة قد طلقت على الطاعن بتاريخ ثاني أبريل 1963 وتوفيت بتاريخ 09 / 02 / 1975، والطاعن لم يدل بما يفيد أنه ارتجع زوجته داخل العدة كما

¹³⁴⁰ - المجلس الأعلى - قرار عدد 176 . بتاريخ 27 مارس 1978، قضية رقم 64.686، غير منشور - ذكره الدكتور أحمد الخليلي: "التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1،"، مرجع سابق، ص 353 هامش 95. وانظر مجمل القرارات المتعلقة بإحالة مختلف قضايا الأحوال الشخصية على النيابة العامة، في بحثنا: مميزات دعوى الأحوال الشخصية ."، مرجع سابق، ص 140 وما بعدها .

¹³⁴¹ - المجلس الأعلى - الغرفة شرعية - قرار عدد 673، بتاريخ 07-05-1985، بمجموعة قرارات المجلس الأعلى - أحوال شخصية - الرباط 1993 - ص 131 . وبمجلة القضاء والقانون، عدد 138، ص 197 . وقد صدر هذا القرار اعتماداً على الفصل 78 من المدونة الذي ينص على أنه : ((تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الوفاة أو الفسخ أو المفارقة في النكاح الفاسد)) .

لم يدل بما يفيد أنه استأنف معها العلاقة الزوجية بعد ذلك، فإنه والحالة ما ذكر أصبح شخصياً أجنبياً عنها تماماً، وبانت عنه منذ أكثر من اثنتي عشرة سنة، ولم يعد له أي سبب يستحق به الإرث . وأن مطالبته بذلك إنما هو مطالبة بحق ليس له . والحكم المطعون فيه أصاب الصواب فيما قضى به . والطعن المقدم لا مبرر له أصلاً مما يستوجب تغريم مقدمه وفق ما تقتضيه الفقرة الثانية من الفصل 376 من ق. م. م. 1342 .

وما قرره المجلس الأعلى، بخصوص عدم لزوم الإشهاد على التطليق القضائي، وتاريخ بداية العدة، حكم عام، يشمل باقي حالات التطليق الأخرى¹³⁴³ بما في ذلك حالة التطليق للضرر . ولربما يكون الحل التشريعي أفضل وسيلة لتلافي بعض الآثار الناجمة عن هذا الوضع، خصوصاً بالنسبة لبداية احتساب مدة العدة وأمد الحمل في التطليق القضائي، بل وما إن كانت الزوجية قائمة إلى حين اكتساب الحكم لقوة الشيء المقضي به¹³⁴⁴ . بحيث يتعين إيجاد حل قانوني وأن لا يترك الأمر هنا للاجتهاد¹³⁴⁵ .

الفقرة الثانية - محاولة الصلح :

¹³⁴² - وتجب الإشارة إلى أنه يستنتج من قرار صادر عن المجلس الأعلى، أن الحكم لا بد أن يكون نهائياً، فالمشرع لم يقرر للأحكام الاستئنافية النهائية أي مفعول من حيث التنفيذ إذا ما تم الطعن فيها بالنقض وذلك بخصوص الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية . إذ الطعن بالنقض في مثل هذه الأحكام يوقف تنفيذها طبق الفصل 361 من ق. م. م. وانظر : قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 19، بتاريخ 08 / 01 / 1968، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 3، ص 60 . حيث نقض المجلس الأعلى الحكم الذي رفض دعوى الرجوع لبيت الزوجية، اعتماداً على حكم استصدرته الزوجية استئنافية بالتطليق للضرر . وقد علل المجلس الأعلى النقض بكون الحكم القاضي بالتطليق لم يصير بعد نافذ المفعول، مادام لم يسلمه من صدر ضده، أو يمض أجل الطعن فيه بالنقض، الذي يوقف التنفيذ بخصوص قضايا الأحوال الشخصية .

¹³⁴³ - محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 295 . ويجبذ الأستاذ الكشور أن يصير الحكم نهائياً قبل الاعتداد .

¹³⁴⁴ - خصوصاً وأن المجلس الأعلى، يعتبر أن المطلقة رجعيًا تظل أثناء فترة العدة، في حكم الزوجة . ولهذا تكون المحكمة على صواب لما أدانت الطاعنة من أجل جريمة الخيانة الزوجية، التي اعترفت باقترافها أثناء فترة العدة (المجلس الأعلى - الغرفة الجنائية - قرار عدد 7471، بتاريخ 02 / 10 / 1984، بمجلة القضاء والقانون، عدد 135 / 136، ص 225) .

¹³⁴⁵ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 23، و ص 326 هامش 63 . وكذلك كتابه التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 222، هامش 65 .

إن الحث على الصلح بين الزوجين في حالة وجود شقاق بينهما، مبدأ مقرر في الشريعة الإسلامية، تبعاً لقوله تعالى: ((وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً))¹³⁴⁶. ولقد نصت المدونة على إجراء الصلح في الفقرة الأولى من الفصل 56 من المدونة. كما أن الفقرة الثانية من الفصل 212 من ق.م.م. نصت على نفس الإجراء. بل إن مبدأ الصلح تعدى به المشرع بعد تعديل الفصل 179 من ق.م.م. (ظهير 1993.9.10)¹³⁴⁷ حتى إلى حالة إيقاع الطلاق من طرف الزوج¹³⁴⁸، فلا يقع الإذن بالطلاق من طرف قاضي الوثيق، إلا بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين¹³⁴⁹. وتعتبر مسطرة الصلح في دعوى التطليق للضرر من أهم الوسائل التي بيد القاضي لرأب الصدع بين طرفي العلاقة الزوجية. ولذلك فهي لا تعتبر محاولة شكلية بسيطة، بل هي مسطرة تعتبر إجراءً وجوبياً، لا بد للقاضي من القيام بها قبل البت في القضية، لأن محاولة الصلح

¹³⁴⁶ - النساء / 35. والشقاق هو الخلاف والعداوة. والخطاب هنا موجه لأولي الأمر (انظر : محمد علي الصابوني - روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن . ج 1، مرجع سابق، ص 525).

¹³⁴⁷ - انظر منشور وزير العدل: رقم 2000/2 بتاريخ 22 فبراير 2000. الذي تم توجيهه إلى القضاة المكلفين بالتوثيق، من أجل تفعيل مسطرة الصلح بين الزوجين قبل الإذن بالطلاق.

¹³⁴⁸ - إن البعض يعتبر أن كل أشكال الطلاق بالمغرب الآن تعتبر قضائية، بما في ذلك الطلاق الذي يصدر بإرادة مفردة من الزوج، نظراً لما تقتضيه مقتضيات الفصل 48 من مدونة الأحوال الشخصية، والفصل 179 من قانون المسطرة المدنية، من تدخل لقاضي التوثيق، وتوقف الطلاق على إذنه (أحمد زوكاغي - الطلاق حسب الصيغة الحالية لمدونة الأحوال الشخصية، مطبعة الأمنية - الرباط 1994، ص 37). غير أني أعتقد أن الطلاق القضائي هو الذي يوقعه القاضي بناء على حكم، وبمناسبة خصومة قضائية بالمعنى وبالمسطرة المحددين قانوناً. وبالتالي فإن توقف طلاق الزوج على إذن قاضي التوثيق، لا يغير من طبيعة الطلاق المذكور، من حيث كونه إنما يوقعه الزوج لا القاضي. بدليل أن الزوج يبقى - رغم إذن القاضي له بالطلاق - متحملاً بعواقب طلاقه الواقع بدون مبرر مقبول، إذ تراعى الأضرار اللاحقة بالزوجة من جراء ذلك عند تقدير المتعة، طبق الفقرة الأخيرة من الفصل 52 مكرر من مدونة الأحوال الشخصية. غير أن السؤال الذي يطرح هنا تبعاً للمسطرة الحالية هو: هل يعتبر الطلاق واقعاً من تاريخ طلب الطلاق، أو من تاريخ الإذن به من طرف قاضي التوثيق، أو من تاريخ الإشهاد عليه فقط؟

¹³⁴⁹ - حسب دراسة قامت بها وزارة العدل المغربية بتعاون مع صندوق الأمم المتحدة للسكان FNUAP حول وضعية المرأة، بينت الدراسة أن نجاح محاولة الصلح تشكل 10% من القضايا الراجعة أمام قضاة التوثيق، وأن نسبة العدول عن الطلاق بعد تحديد واجبات الطلاق تشكل 0.2%، وأن نسبة حضور الزوجة في إجراءات الطلاق تشكل 90% وتصل النسبة إلى 100% في الطلاق الخلعي، الذي ارتفعت نسبته إلى 58.4% من قضايا الطلاق سنة 1999 (وثائق اليوم الدراسي ليوم 16 دجنبر 2000 المنعقد بالمعهد الوطني للدراسات القضائية حول المعالجة المعلوماتية للمعطيات المتعلقة بالزواج والطلاق)

تعتبر إجراء داخلا في الدعوى . ونبرز موقف المجلس الأعلى من هذا الإجراء على ضوء النقط التالية :

أولا - تكييف إجراء محاولة الصلح من قبل المجلس الأعلى :

رغم عدم النص، على الجزاء المترتب عن الإخلال بمسطرة الصلح، فإن المجلس الأعلى¹³⁵⁰ يعتبر أن ((إجراء التصالح من النظام العام))، وتبعاً لذلك قرر المجلس الأعلى¹³⁵¹ أنه ((فيما يتعلق بالإصلاح بين الزوجين، فإن المشرع يعتبره إجراء جوهرياً تفتتح به دعوى التطبيق ويترتب على نجاحه إثبات ذلك في أمر تنتهي به الدعوى. كما يترتب على فشله إصدار أمر بعدم التصالح والإذن بمواصلة الدعوى. ولهذا فإن المحكمة لما رفضت الدفع بعدم احترام هذا الإجراء، بعلّة أنه لا يكون ضرورياً إلا عند قيام الحجة على الضرر، تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض)) . وقد اعتبر المجلس الأعلى، في هذا القرار، أن التنازلي عن هذا الإجراء يمس بحقوق الدفاع، مما يبرر الطعن بالنقض طبق مقتضيات الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية . وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى¹³⁵² ، ((إن الفقرة الأولى من الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية تقيد صلاحية القضاء للبت بالتطبيق من أجل الضرر، بتوافر عنصرين : أولهما ثبوت الضرر المدعى به، وثانيهما عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين . وحيث إن المحكمة المطعون في حكمها، حين قضت بالتطبيق، دون أن تبذل أي مسعى للتوفيق بين الزوجين والحيولة ما أمكن دون تصدع الأسرة التي يكونانها، قد خرقت النص المحتج به من طرف الطاعن... ومن أجله قضى المجلس الأعلى بنقض الحكم المطعون فيه)) . كما أن المجلس الأعلى، أكد هذا الاتجاه في قرار آخر¹³⁵³ عندما

¹³⁵⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 164 . بتاريخ 19 / 04 / 1980 ، ملف عدد 81153 (غير منشور)، ذكره محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، ط 3، مرجع سابق، ص 312، هامش 120 .

¹³⁵¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 904 . بتاريخ 12 . 09 . 1983 ، مجلة القضاء والقانون، عدد 133-134، صفحة 190. وقد صدر هذا القرار بناء على الفصلين 56 من المدونة و 212 من ق.م.م.

¹³⁵² - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 50 . بتاريخ 24 / 01 / 1972، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 24 ص 43.

¹³⁵³ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 67 . بتاريخ 1 يوليو 1968، بمجلة القضاء والقانون، عدد 94، ص 190 . ومجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 3، 73 .

قرر أنه : ((بناء على الفقرة الأولى من الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية، الذي ينص على أن التطبيق للضرر لا يقع إلا إذا عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين . . . وحيث إن المحكمة عندما أبطلت الحكم الابتدائي، وحكمت بالتطبيق بين الطرفين من غير أن تشير في حكمها إلى تطبيق الفصل 56 المشار إليه أعلاه، مخالفة بذلك التشريع الداخلي للبلاد)) . واعتبر المجلس الأعلى في قرار آخر¹³⁵⁴، أن عدم إجراء مسطرة الصلح يعد خرقاً للفصل 212 من قانون المسطرة المدنية يوجب نقض الحكم . بل إن المجلس الأعلى¹³⁵⁵، أكد على ضرورة إجراء محاولة الصلح، رغم أن الزوج، كان التزم في حكم سابق بجعل الطلاق بيد الزوجة، إن تجدد إضراره بها. وعلل المجلس الأعلى قضاءه بالنقض، بقوله : ((المحكمة لما ثبت لديها الضرر، كان عليها، قبل اتخاذ أي إجراء آخر، أن تقوم بمحاولة الإصلاح بين الطرفين))¹³⁵⁶ .

غير أن المجلس الأعلى، لا يرتب أي أثر على الإخلال بمسطرة إجراء الصلح، إذا كان الزوج هو الذي فوت على نفسه هاته المسطرة . فقد قرر المجلس الأعلى¹³⁵⁷ رداً على الطاعن بالنقض الذي دفع بأن محكمة الموضوع بتت دون إجراء مسطرة الصلح : ((لكن حيث إن المحكمة عللت حكمها بأن الطاعن فوت على نفسه فرصة التصالح مع زوجته، لما استدعي في

-
- وكذلك : قرار المجلس الأعلى عدد 370 . بتاريخ 18 / 10 / 1978 . قضية عدد 66154 .
 - وكذلك : قرار المجلس الأعلى عدد 147 . بتاريخ 16 / 06 / 1975 . قضية عدد 477251 .
 - وهما قراران غير منشورين، ذكرهما الدكتور أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 337، هامش رقم 72 .
 - ¹³⁵⁴ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1322، بتاريخ 19 / 11 / 1985 .
 - بمجلة الندوة، عدد 1، ص 92 .
 - ¹³⁵⁵ - قرار المجلس الأعلى - عدد 147 . بتاريخ 16 / 06 / 1975، قضية عدد 477251 - غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 337، هامش رقم 72 .
 - ¹³⁵⁶ - في تعليق للدكتور أحمد الخليلي على هذا القرار - لاحظ أن القضية تتعلق بطلاق مملك للمرأة، وأن المحكمة لم تزد على إعلان الطلاق استجابة لرغبتها . ولذلك لم تكن مسطرة الصلح واجبة، خاصة وأن محكمة الاستئناف هي التي حكمت بالتطبيق، وهي غير مطالبة بالقيام بمحاولة الصلح - انظر التعليق، بمجلة القضاء والقانون عدد 131 ص 115 هامش 8 .
 - ¹³⁵⁷ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1039، بتاريخ 13 / 09 / 1988 ، ملف رقم 86 / 6410 ، أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 42 .

المرحلة الابتدائية لإجراء مسطرة التصالح المنصوص عليها في الفصل 212 من قانون المسطرة المدنية، وتوصل بالدعوة ولم يحضر، الأمر الذي كان ما علل به الحكم صواباً ((.

ومن الناحية العملية، يلاحظ أنه كثيراً ما يتم التعامل مع محاولة الصلح كإجراء شكلي فقط، كما أن غالبية المقالات التي تقدم بخصوص دعاوى التطليق للضرر، لا تتضمن التماس المدعية إجراء محاولة الصلح . فماذا يمكن تفسير هذا ؟ : هل برغبة الأطراف في تجاهل هذه المسطرة ؟ أو باعتقادهم بعدم جدواها ؟ أم كتعبير عن عدم الرغبة في العودة للحياة المشتركة نهائياً ؟ بل يلاحظ على العكس من ذلك، أن بعض المقالات تحمل طلب الإعفاء من مسطرة الصلح . ولذلك، وباعتبار أن هذه المسطرة، تمارس من طرف القاضي لمصلحة الطرفين باعتبارها مرحلة أولية قبل البت في جوهر الدعوى . فإنه ينبغي على القاضي، عدم مسايرة الخصوم في تنكبهم عن هذه المسطرة، وتنبيه الأطراف إلى أهميتها. ذلك أن للصلح جانين: الأول وهو مادي، ويتمثل في الحث على العودة إلى الحياة المشتركة . والثاني وهو معنوي، ويتجلى في الدعوة إلى نسيان الأخطاء المرتكبة من قبل الزوجين¹³⁵⁸، وهو بذلك يحو أثر الأخطاء السابقة بين الزوجين¹³⁵⁹ . كما أن حضور الطرفين شخصياً أمام القاضي ضروري لنجاح المحاولة، أو الوصول إلى حل آخر على أساس الطلاق، أو الخلع، أو غير ذلك في حالة الرغبة في العودة إلى الحياة المشتركة . ولا يخفى دور القاضي في هذه المسطرة، حيث ينبغي أن تتخذ هذه المحاولة صبغة حوار بين القاضي والطرفين المتنازعين، وليس مجرد استنطاق بطرح مجموعة من الأسئلة فقط¹³⁶⁰ . فإن تم التوفيق بين الطرفين، أثبت القاضي ذلك بأمر تنتهي به إجراءات الدعوى (الفصل 212 فق 3 من ق.م.م)¹³⁶¹ . وإن فشلت المحاولة سواء لعدم اتفاق الطرفين أو عدم

¹³⁵⁸ - بلمير السعدية - الروابط العائلية - الرباط 1981، ص 79 .

¹³⁵⁹ - كما جاء في ديباجة قاعدة قرار صادر عن المجلس الأعلى (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 32 . بتاريخ 10-11-1971 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25، ص 67) .

¹³⁶⁰ - الهادي مريخ - تجربة محكمة بورردو الفرنسية في إحداث دائرة مختصة لقضايا الأحوال الشخصية . بمجلة القضاء والقانون، عدد 96، ص 295 وما بعدها .

¹³⁶¹ - لقد وضعت وزارة العدل نموذجاً للأمر المذكور، وهو تحت عدد 30080 ر.ب . ويمكن كتابة الأمر ولو في ذيل المحضر . انظر :

- A. Ruolt - Procédure Civile - op. cit. p. 163.

ويلاحظ أن هذا الأمر قلما يصدر في دعاوى التطليق . حيث يتم الانتقال مباشرة إلى جوهر الدعوى، بعد فشل محاولة الصلح . وإن كان يمكن القول، أنه يتم احترام هذه الجزئية بالنسبة لدعاوى التطليق الخاصة بالأجانب، والتي قد تنص عليها بعض القوانين الأجنبية الخاصة بالأحوال الشخصية، للأطراف المعنية .

حضورهما معا أو عدم حضور أحدهما، يتم تحرير أمر بعدم الصلح، ويؤذن للمدعي بمواصلة الدعوى (الفصل 212 فق 4 من ق.م.م) وحينذاك يجري تحقيق الدعوى بالاستماع إلى الأطراف وأقوال الشهود¹³⁶².

ثانيا - المرحلة القضائية الواجب إجراء محاولة الصلح فيها :

إذا كان إجراء محاولة الصلح ضروريا في دعوى التطليق للضرر كما سبق القول . فهل ذلك واجب أمام محاكم الموضوع بدرجتيها : المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف ؟ أم أن ذلك مقصور على المحكمة الابتدائية ؟ إن المجلس الأعلى¹³⁶³ نقض الحكم الاستئنافي الذي لم يجر قضائه، محاولة الصلح بين طرفي دعوى التطليق للضرر أمام محكمة الاستئناف. واعتبر المجلس الأعلى في قراره هذا : ((إن المحكمة عندما أبطلت الحكم الابتدائي، وحكمت بالتطليق بين الطرفين، من غير أن تشير في حكمها إلى تطبيق الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية، مخالفة بذلك التشريع الداخلي للبلاد)) .

إن هذا الاتجاه يخالفه أستاذنا الدكتور أحمد الخمليشي¹³⁶⁴، لأنه يرى أن لا ضرورة لإجراء الصلح من جديد أمام محكمة الاستئناف بعد فشل المحاولة أمام المحكمة الابتدائية ومواصلة الدعوى بالبت في جوهرها وصدور الحكم فيها . خاصة وأن الفصل 213 من ق.م.م. لا ينص على إجراء محاولة الصلح عند مرحلة الاستئناف. كما أن نصوص المسطرة لا تشير إلى هذا الإجراء أمام محكمة الاستئناف . إن هذا الرأي مأخوذ به في القضاء المصري، فقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية : ((عرض محكمة أول درجة للصلح، ورفض أحد الزوجين له، كاف لتحقيق العجز عن الإصلاح . ولا محل لعرضه مرة أخرى في الاستئناف))¹³⁶⁵.

¹³⁶² - ويقرر القضاء المصري، أن المشرع لم يبين طريقا معينا لإجراء الصلح ، ولذلك فإن هذا القضاء، يقبل إرجاء محاولة الإصلاح إلى ما بعد سماع البينات المقدمة في الدعوى (نقض مصري - جلسة 1982.03.16 . بموسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب، ج 1، مرجع سابق، ص 371) .

¹³⁶³ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 67 . بتاريخ 1 يوليوز 1968، بمجلة القضاء والقانون، عدد 94، ص 190 . ومجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 3، ص 73.

¹³⁶⁴ - الدكتور أحمد الخمليشي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 338.

¹³⁶⁵ - نقض مصري - جلسة 1983.02.16 - بموسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب - ج 1، مرجع سابق، ص 350 .

وجاء في قرار آخر - أنه لا يلجأ للصلح أمام محكمة الاستئناف " ما دام لم يستجد ما يدعو إليه " - نقض مصري - بجلسته 1980/08/05 - المرجع السابق، ص 364.

والواقع، أن السعي للصلح بين الزوجين . من مهمات القاضي في كل آن وكلما كان ذلك بالإمكان، وكلما استجد ما يبرره . غير أن ذلك لا يرقى بهذا الإجراء إلى حد الوجوب أمام محكمة الاستئناف بالشكل الذي يترتب على الإخلال به الحكم ببطان الحكم الاستئنافي . خاصة إذا ما استنفدت المحاولة أمام المحكمة الابتدائية وأصدرت حكمها في الجوهر. وأعتقد، أن مبرر عدم الإلزام بإجراء الصلح أمام محكمة الاستئناف، يجد مستنده في كون القاضي لا يلزم بإتباع إجراء لم يتم رسمه من طرف قانون المسطرة . ما دام سكوت قانون الشكل يفيد المنع . ثم إن صياغة الفصل 212 من ق.م.م الفقرة 3، تفيد أن الإجراء منوط بالقاضي الابتدائي، الذي يباشر المسطرة عقب تقديم مقال الدعوى . كما أنه لا فائدة من العودة بالقضية إلى مبدئها بعد الأمر بمواصلة دعوى التظليق، ما لم يكن قد استجد أمر، تبدو معه ضرورة تكرار المحاولة تبعا للسلطة التقديرية لمحكمة الاستئناف .

الفقرة الثالثة - التدابير المؤقتة :

تعكس دعوى التظليق بصفة عامة، وضعا اجتماعيا ونفسيا معقدا، خاصة بالنسبة للأطفال . وهي وضعية تنسم بالتصعيد مع تطاول مسطرة التقاضي، مما يعرض مصالح الزوجة، والأطفال بالأخص إلى الضياع . ولذلك فإن المشرع خول للقاضي - في حالة الأمر بعدم الصلح - الحق في اتخاذ إجراءات مؤقتة وتحفظية، بخصوص صيانة الزوجة والأولاد . وهذه التدابير ذات مصدرين :

- المصدر المنبثق من نصوص المدونة : والمتعلق بمصير إقامة الزوجة أثناء مراحل المسطرة، والإنفاق عليها (الفصل 59 مدونة)¹³⁶⁶.

- والمصدر الثاني لهذه التدابير هو نص الفصل 212 من ق.م.م : الذي وسع تلك التدابير لتشمل صيانة الزوجة والأولاد وحضانتهم وأمتعة البيت، وتصل تلك التدابير إلى حد إمكانية المطالبة بوضع الأختام على الأموال المشاعة وإيقاع حجز تحفظي على الأموال المنقولة الموجودة ببيت الزوجية¹³⁶⁷ كتدبير مؤقت . خاصة وقد أصبحت نفقة الزوجة والأولاد، تتمتع بالامتياز، طبق التعديل الذي أدخل على الفصل 1248 من

¹³⁶⁶ - ذلك أن ((إقامة الزوجة دعوى التفريق للضرر ضد زوجها، لا يوجب استئجار دعوى النفقة المقامة من قبلها)) (تمييز عراقي - رقم 1862، بتاريخ 31 / 05 / 1983، بمجلة الأحكام العدلية عدد 41، 50 . أورده : عبد العزيز توفيق - التعليق على مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 74) .

¹³⁶⁷ - محكمة الاستئناف بالرباط - قرار عدد 4599 . بتاريخ 18-02-1955 - قرارات محكمة الاستئناف بالرباط - (1949-1956) - ترجمة وإعداد : محمد العربي المجدود . الرباط 1982، ص 438.

ق.ل.ع وفق ظهير 1993.09.10 . وبالإضافة إلى ذلك يقرر القانون النفاذ المعجل للأمر الصادر بالتدابير المؤقتة (الفصل 212 من ق.م.م)، وذلك تلافياً لتدهور وضعية تنذر بالاستفحال . ويتم استئناف هذا الأمر خلال خمسة عشر يوماً كما هو الشأن بالنسبة للطعن بالأوامر بصفة عامة¹³⁶⁸ ، ويتم البت في استئنافه بصفة استعجالية أمام غرفة المشورة .

إن البت في هذه التدابير أُسند الآن للقضاء العادي، تبعاً لكون أمر البت فيها، يصدر عقب فشل مسطرة الصلح، أمام المحكمة التي تبت في دعوى التطليق. لكن البعض يرى أن ذلك لا يحول دون اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية للبت في أمور تتعلق بالتدابير المؤقتة، نظراً لحالة الاستعجال¹³⁶⁹ . ورغم أن النفاذ المعجل المشمول به الأمر الصادر بالتدابير المؤقتة، يكون بقوة القانون - فإن عدة مشاكل تنثور بهذا الخصوص، خاصة ما يتعلق بإيقاف تنفيذ الأمر المذكور، أو إثارة صعوبة ما بشأن تنفيذه. وهكذا ؛ وبخصوص نازلة تتعلق، بتمكين المدعية من النفقة وحضانة

¹³⁶⁸ - A. Ruolt - Procédure civile, op. cit. p.164 .

إذ لم ينص المشرع على أجل الاستئناف الأمر المذكور صراحة . غير أن الفصل 153 من ق.م.م بخصوص تنفيذ الأوامر الاستعجالية، ينص على تقديم استئناف الأوامر الاستعجالية خلال 15 يوماً من تبليغ الأمر، عدا إذا نص على خلاف ذلك .

¹³⁶⁹ - خاصة في مسائل الحضانة وحق الزيارة والرؤية . فقد قرر القضاء الاستعجالي المغربي، أن منع المعني بالأمر من صلة الرحم بالمحزون يشكل إزعاجاً فادحاً غير مشروع يسمح بتدخل قاضي المستعجلات، لتوفر عنصر الاستعجال (قرار رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط-عدد 325/3751 بتاريخ 17-07-1986-مجلس المحاكم المغربية، عدد 48، ص 121 . وكذلك قرار محكمة الاستئناف بالرباط- عدد 973، بتاريخ 10-5-1930، مجموعة " قرارات محكمة الاستئناف بالرباط " - ترجمة وإعداد - الأستاذ العربي المجدود - ج 1 .

ويبدو أن مسلك هذا القضاء، يعتمد على عمومية الفصل 149 من ق.م.م وكلمة توافر عنصر الاستعجال (انظر قرار رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء- عدد 707-21 بتاريخ 23-12-1978، مجلس المحاكم المغربية عدد 19-20-101) .

وتمشيا مع هذا الاتجاه كذلك، يرى البعض أن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف، يحق له اتخاذ التدابير المؤقتة بمناسبة استئناف دعوى التطليق في حالة طروء أسباب تستلزم، نظراً لمصلحة الأولاد، نقل الحضانة إلى الغير أو وضع الأولاد في مؤسسة تربوية أو أي إجراء آخر. وذلك اعتماداً على الفقرة الثالثة من الفصل 149 من ق.م.م . انظر : التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي - الدار العربية للموسوعات "حسن الفكهاني" - الطبعة الأولى، القاهرة - الدار البيضاء 1983، ج 2، صفحة 50 - 52 .

وانظر الخلاف بين رؤساء المحاكم الابتدائية بخصوص اختصاصهم بالبت في النفقة المؤقتة عند حديثنا عن موضوع النفقة .

الأولاد . طعن المدعى عليه في الحكم القاضي عليه بما ذكر . فحكمت محكمة الاستئناف بإيقاف التنفيذ فيما يخص حضانة الولد وإيقاف التنفيذ بخصوص جزء من النفقة . فنقض المجلس الأعلى¹³⁷⁰ الحكم المذكور قائلاً : ((وحيث إن التدبير الذي أمر به القاضي الابتدائي، وإن كان قابلاً للاستئناف للنظر في جوهره، فإنه يبقى قابلاً للتنفيذ، رغم كل طعن . وينفذ بقوة القانون، ولا يملك القضاة في نطاق سلطتهم التقديرية حق إيقافه . لذلك فإن القرار المطعون فيه مخالف مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 212 من ق.م.م. عندما أمر بإيقاف تنفيذ الحضانة المؤقتة وجزء من النفقة ؛ ويتعين بالتالي إبطاله)) . وقد تصدى المجلس الأعلى للموضوع وقضى برفض طلب إيقاف التنفيذ¹³⁷¹ . وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قرار آخر، وكان الأمر يتعلق بتدابير مؤقتة تتعلق بنفقة بنت المدعية وإرجاعها للمدعية . فأمرت محكمة الاستئناف بإيقاف التنفيذ . لكن المجلس الأعلى، نقض الحكم المذكور وتصدى للبت في الموضوع وقضى برفض طلب إيقاف التنفيذ¹³⁷² .

غير أنه وإن كان من غير الجائز طلب إيقاف تنفيذ الأوامر المتعلقة بالتدابير الوقائية، وكذا الأمر بالنسبة للأوامر الاستعجالية والأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون - فإنه يجوز إثارة الصعوبات بشأن تنفيذها¹³⁷³، خاصة عندما يتعلق الأمر بالنظام العام¹³⁷⁴ .

¹³⁷⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 76 . بتاريخ 1977/06/06، بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 109.

¹³⁷¹ - انظر : تعليق الدكتور أحمد الخليلي - على القرار المذكور - التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 339 . ومن جملة ملاحظاته أنه إن كان الأمر لا يقبل إيقاف التنفيذ، فإنه كان يتعين التصريح بعدم قبول الطلب لا برفضه .

¹³⁷² - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 385 . بتاريخ 1982-05-10، بقضاء المجلس الأعلى، عدد 33-34، صفحة 116.

¹³⁷³ - فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط : إن الأحكام بالنفقة، وإن كانت مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون ولا يمكن إيقاف تنفيذها طبق الفقرة الأخيرة من الفصل 147 من ق.م.م. فإن ذلك لا يمنع من تقديم طلب الصعوبة في التنفيذ بشأهما، في حالة ما إذا كانت هناك أسباب جدية لتقديم هذا الطلب - قرار صادر بتاريخ 1992-05-14، ملف استعجالي عدد 90/1950، بمجلة الإشعاع - عدد 8، ص 109 .

¹³⁷⁴ - فقد أمر رئيس المحكمة الابتدائية بفاس، بإيقاف تنفيذ أمر قاضي التوثيق (الذي ينفذ على الأصل ولا يقبل أي طعن طبق مقتضيات الفصل 179 من ق.م.م.)، وذلك بخصوص واقعة حدد فيها قاضي التوثيق توابع الطلاق بالنسبة للمطلقة ومولودها، وباشرت إجراءات تنفيذه . فتقدم المدعى عليه بطلب إيقاف التنفيذ أمام رئيس المحكمة الابتدائية بفاس، بعلّة أنه رفع دعوى ضد مطلقته لأنها وضعت حملها بعد شهرين من زواجه بها، بعدما ادعت أنها بكر . فأمر الرئيس بإيقاف التنفيذ بعلّة أن ما أثاره المدعي في طلبه وفي دعوى الموضوع يطرح مشكلاً قانونياً

و نشير في نهاية الحديث عن التدابير المؤقتة، إلى أنه وباعتبار نصوص المسطرة المدنية المتعلقة بالأحوال الشخصية يخضع لها حتى الأجانب غير المسلمين¹³⁷⁵، فإنه لا يجوز للمحاكم المغربية أن تعتمد في أمرها بتدابير مؤقتة على حكم محكمة كنيسية. فقد نقض المجلس الأعلى¹³⁷⁶ القرار الاستثنائي الصادر عن محكمة الاستئناف بطنججة، الذي أيد حكما ابتدائيا أمر بتدابير مؤقتة، بناء على حكم صدر عن المحكمة الكنسية بطنججة سبق أن قضى بالتفريق الجسماني بين الزوجين (الفصل 61-68 من القانون المدني الإسباني). وذلك لأن هذه المحكمة الكنسية ليس لها وجود قانوني طبق التنظيم القضائي المغربي، ويعتبر وجودها ماسا بالنظام العام المغربي، مادام القضاء من مظاهر السيادة المغربية¹³⁷⁷، وقد تصدى المجلس الأعلى للقضية بعد تصريحه بالنقض، وقضى بعدم سماع الدعوى على حالتها¹³⁷⁸.

وشرعيا معروضا على القضاء . يحول دون الاستمرار في تنفيذ أمر قاضي التوثيق . ويلاحظ أن الرئيس غلب مقتضيات النظام العام المتعلقة بنظام الزواج والنسب، على مبدأ النفاذ المعجل بقوة القانون المقرر لأمر قاضي التوثيق (المحكمة الابتدائية بفاس - أمر استعجالي - رقم 1115 . بتاريخ 22-12-1983، ملف عدد 83/909 . بمجلة المحامي، عدد 5، السنة 4 / 1984، ص 67) .

¹³⁷⁵ - فمما جاء به قانون المسطرة المدنية، توحيد القضاء بالنسبة للوطنيين والأجانب . وتعميم نظام المراقبة على تنفيذ الأحكام الأجنبية في المغرب . وإخضاع مسطرة الأحوال الشخصية للأجانب للقانون المغربي، بصفته قانون المحكمة . وحذف رقابة المجلس الأعلى في تأويل وتطبيق القانون الأجنبي للأحوال الشخصية (انظر : العياشي المسعودي - محاولة تقييم قانون المسطرة المدنية الحالي من زاوية القانون الدولي الخاص . بمجلة القانون والاقتصاد) عدد خاص بأشغال ندوة القضاء في المغرب : واقع وآفاق)، عدد 6، سنة 199، الصفحات 169 - 211 .

ولقد قرر المجلس الأعلى بهذا الصدد، أنه إذا كانت الأحوال الشخصية للأجانب تحكمها قوانينهم الشخصية فيما يخص الجوهر، فإن قانون الإجراءات يبقى هو قانون المسطرة المدنية المغربي (قرار المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - قرار عدد 71، بتاريخ 08 / 04 / 1983، منشور بمجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص - للأستاذ حسن والقيد، مرجع سابق، ص 79 وما بعدها) .

¹³⁷⁶ - المجلس الأعلى - قرار عدد 15 . بتاريخ 11 يناير 1985 - بالمجلة المغربية للقانون - السلسلة الجديدة . عدد 3، سنة 1985، ص 195.

¹³⁷⁷ - ولذلك فقد سبق للمجلس الأعلى، أن أكد في قرار سابق عدم اختصاص الأسقفية الكنسية بالرباط، في إصدار حكم بالتفريق بين زوجين غير مسلمين، واعتبر أن المحكمة الكنسية عديمة الاختصاص القضائي للبت في كل قضية غير زوجية بين غير المسلمين، على أساس أن القضاء وممارسته بالمملكة المغربية تكون بتفويض من جلالته الملك الذي تصدر باسمه الأحكام وتنفذ . في حين أن المحكمة الكنسية المذكورة تستمد اختصاصها من الفاتيكان .

انظر : قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 251، بتاريخ 5 يوليوز 1967، بمجلة القضاء والقانون عدد 88-89 ص 404 . وبمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 2، ص 12 . وانظر خطاب المرحوم الحاج أحمد اباحنيبي الرئيس الأول السابق للمجلس الأعلى، بمناسبة افتتاح السنة القضائية للمجلس الأعلى (1967 -

المطلب الثالث

موقف المجلس الأعلى

من الجوانب الموضوعية لدعوى التطليق للضرر

يرتبط البت في دعوى التطليق للضرر، بالبحث في نوع الضرر المدعى به وإثباته وتقديره . ذلك أن الزوجة المتضررة قد تستطيع إقامة الحجة على الضرر المدعى به وتثبته، أو أنه يتعذر

(1968)، الذي تناول فيه بالبحث والتحليل هذا القرار الهام . وذلك بالصفحة 3 وما بعدها من المرجع السابق . ويعتبر هذا القرار خطوة هامة في إطار تطوير القانون الدولي الخاص المغربي. انظر:

FATNA SARHANE, Le caractère religieux du divorce et de la Séparation du corps devant la cour suprême in R. M. D. D n° 19/1989. p. 310-311.

¹³⁷⁸ - جاء في التعليق الذي ارفق بالقرار عدد 15 المشار إليه أعلاه، وفي نفس المرجع ص 198 - 199، وبعض التصرف : إنه وطبق الفصل 3 من ظهير وضعية الأجانب بالمغرب (12-08-1913)، يكون للأجانب الخضوع لقانونهم الوطني . وإن كان الاجتهاد القضائي قد سن استثناء لهذه القاعدة، بالنسبة للأجانب المسلمين (انظر قرار المجلس الأعلى بتاريخ 05-07-1974 - قضية" راسيتي" منشور بمجلة القانون الدولي سنة 1978 عدد 3-ص 681 باريس المنشورات التقنية) إلا أن القرار عدد 15 المشار إليه أعلاه، غير الاتجاه الذي كانت تأخذ به محكمة الاستئناف بالرباط حتى السنوات الأولى من الاستقلال، عندما بتت في قضية مماثلة، حيث اعتبرت الاختصاص الذي يخوله الفصل 80 من القانون المدني الإسباني للمحكمة الكنسية لا يشكل قاعدة مسطرية، بل إنها قاعدة قانونية تتعلق بالجوهري" وتشكل بالتالي جزءا لا يتجزأ من الأحوال الشخصية للمواطنين الأسباب" (قرار محكمة الاستئناف بالرباط، بتاريخ 15-03-1957، بمجلة المحاكم المغربية، سنة 1957، ص 57) لكن هذا القرار صدر قبل توحيد القضاء ومغربته . والخلاصة التي وضعها القرار عدد 15 هو أن خضوع الأجانب لقانون أحوالهم الشخصية الوطنية يرجع للقواعد الجوهرية دون المسطرية .

وقديما قضت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء : ((أنه وطبق الفصل 9 من ظهير 12 / 08 / 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للأجانب بالمغرب، والفصل 80 من القانون المدني الإسباني، واستنادا إلى الفصل 394 من قانون المسطرة المدنية (لسنة 1913) - لا يجوز للمحاكم المغربية أن تنظر في دعوى الانفصال الجسماني بين زوجين تزوجا أمام كنيسة، تلك الدعوى التي يجب على المحاكم المدنية الإسبانية لو أحيلت عليها أن تصرح بعدم اختصاصها لصالح المحاكم المسيحية)) (المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء - حكم رقم 4138، بتاريخ 18 / 01 / 1950 . منشور بقرارات محكمة الاستئناف بالرباط (1949 - 1956)، تعريب محمد العربي المجبود، الرباط 1982، ص 41) .

عليها ذلك . ويهمننا هنا بيان موقف المجلس الأعلى من مختلف أنواع الضرر المدعى به أمام المحاكم (الفقرة الأولى) وبيان تأثير صعوبة الإثبات على دعوى التطليق للضرر (الفقرة الثانية) ثم بيان موقف المجلس الأعلى من بعث الحكامين عند تعذر إثبات الضرر (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى - موقف المجلس الأعلى من مختلف أنواع الضرر المدعى به :

إن التوسع في مفهوم

الضرر، يفترض تمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في دعوى التطليق للضرر، وهو ما يواكبها القضاء أحيانا بقرارات تترجم المفهوم الواسع للضرر من ناحية، وتبرز مدى استقلال القاضي في تقدير وقوع الضرر من ناحية أخرى¹³⁷⁹ . ففي ظل النص المصري الذي استقي منه الفصل 56 من المدونة، قرر القضاء المصري : ((إن معيار الضرر المنصوص عليه في المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929، والذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين الزوجين، معيار شخصي. وأن تقرير مدها يدخل في سلطة قاضي الموضوع))¹³⁸⁰ . كما أن المجلس الأعلى¹³⁸¹ قرر : ((إن ثبوت الضرر يتعلق بالواقع، ويخضع لقضاة الموضوع)) . ولذلك، ومادام معيار تقدير قيام الضرر ليس

¹³⁷⁹ - فقد اعتبر القضاء التونسي مثلاً، أن تدخل زوجة رئيس الدولة (وسيلة بورقيبة زوجة الرئيس التونسي السابق الحبيب بورقيبة) في الشؤون السياسية للبلاد بالإضافة لأسباب شخصية أخرى يرر الطلاق بين الزوجين المذكورين. وقد عرضت قضيتهما على القضاء التونسي يوم 11-08-1986، وصدر بعد ذلك الحكم بالطلاق - انظر جريدة العلم : عدد يوم 27-09-1986. كما اعتبر القضاء التونسي أيضاً، أن ثبوت اتصال الزوج بعائلة أجنبية في اجتماعاتها وتزهاتها دون استصحاب زوجته، يشكل إغراضاً عنها وترك العناية بها وعدم إحسان معاشرتها ؛ مما استوجب تطليقها للضرر . (محكمة استئناف تونس - بتاريخ 14 يوليو 1966 - نقلاً عن أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 332 هامش 70) .

¹³⁸⁰ - نقض مصري - رقم 19 . لسنة 44 /ق . جلسة 24-03-1976 - بموسوعة الأحوال الشخصية . لمعوض عبد التواب - ج 1، مرجع سابق، ص 347.

وقد قررت محكمة التعقيب التونسية كذلك : ((إن الضرر وإثباته هو أمر مادي وواقعي، تصدره محكمة الأصل في نطاق اجتهادها المطلق دون رقابة عليها من طرف محكمة التعقيب، طالما عللت وجهة نظرها بتعليل كاف ومقنع)) (محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 50913 مؤرخ في 19/11/1996، بنشرية محكمة التعقيب 1996، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس، ص 273 وما بعدها).

¹³⁸¹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 882، بتاريخ 24 / 06 / 1986 ، ملف رقم 544084، أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 41 و 42 .

موضوعيا، فإن سلطة تقديرية واسعة تفتح أمام القاضي، لتقدير الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية . خاصة، وأن نوع العشرة يختلف من علاقة زوجية إلى أخرى .

غير أنه ورغم كون الفصل 56 من المدونة، يكرس في الواقع مفهوما واسعا للضرر¹³⁸² كما يأخذ به الفقه المالكي، فإن القضاء لازال يحدد الضرر الموجب للتطبيق، وكذا وسائل إثباته بصورة ضيقة، لا تستوعبها متطلبات حركة التغير الاجتماعي، التي أصبحت لا تسمح ببعض الممارسات في حق الزوجة . يضاف إلى ذلك أن القضاء يكاد يقصر الضرر على العنف بالضرب والجرح، مع إضافة شروط لا يقول بها حتى الفقه نفسه¹³⁸³ . ولاشك أن الضرر المادي هو أكثر صور الضرر شيوعا في طلبات التطبيق، غير أن المجلس الأعلى أخذ يعتد أخيرا بصور أخرى للضرر، ترتبط بالضرر المعنوي، مما يدل على الدور الذي يمكن أن يلعبه القضاء بهذا الصدد¹³⁸⁴ . ونستعرض فيما يلي أهم أسباب التطبيق للضرر التي تثار أمام القضاء المغربي، وموقفه منها:

أولا - الضرب والعنف ضد الزوجة :

إن ضرب الزوجة والاعتداء الجسدي عليها من قبل الزوج، أو ما يعرف بالعنف ضد المرأة¹³⁸⁵، من أهم صور الضرر الذي تعاني منه الزوجات.

¹³⁸² - فالفصل 56 من المدونة لم يحدد الضرر بشكل خاص، أو بعمل مخصوص، فيدخل في ذلك كل عمل أو قول، يعتبر ضارا بالزوجة . فحسب الفصل 56 المذكور فإن ما يشترط هو :

1. حصول الضرر وثبوته.
2. أن يكون هذا الضرر مما لا يمكن معه دوام العشرة الزوجية.
3. عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين.

¹³⁸³ - أحمد الخليلي - الثلاثي المتحكم في تطور قانون الأحوال الشخصية . مجلة الميادين، عدد 3، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي، ص 85 .

¹³⁸⁴ - تجدر الإشارة إلى أن المجلس الأعلى، يمكنه أن يلعب دورا هاما، حتى فيما يتعلق بالتطبيق للعيب، خصوصا بالنسبة للأمراض التي لم تتطرق إليها المدونة . فقد قرر المجلس الأعلى، أنه كان على المحكمة أن تأمر بإجراء خبرة طبية على الزوج للتأكد من مرض الثعلبة ليس معديا . ونقض لذلك الحكم الذي لم يعتبر الثعلبة سببا للمطالبة بالتطبيق للعيب . بعله أنه ليس من الأمراض التي ذكر الفقهاء أنها تبرر التطبيق (انظر قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 744 . بتاريخ 30 / 06 / 1987، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 49 / 50، ص 311) .

¹³⁸⁵ - يعتبر عنفا حسب المادة الأولى من الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد النساء (1993) - كل فعل عنيف موجه ضد النساء ينتج أو يمكن أن ينتج عنه ضرر وآلام جسمانية أو جنسية، بل حتى التهديد بأفعال من هذا القبيل . وقد عدت المادة الثانية من الإعلان المذكور، حالات من صور العنف ضد المرأة داخل الأسرة .

وضرب المرأة في حقيقته ذو أبعاد ثقافية واجتماعية أكثر منها مرضية . ولذلك فإنه ممارسة معتادة في الأوساط الاجتماعية، لكنها ممارسة إن كانت ما فتت تثير الاستنكار، فإنها وبالمقابل لازالت تحظى بالانتشار . فباسم حق الطاعة يعتبر بعض الأزواج أن ضرب الزوجة هو من باب التأديب الشرعي¹³⁸⁶ المعبر عنه بالضرب، والمستقى من الآية الكريمة : ((واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا))¹³⁸⁸ .

ويلاحظ أنه، قلما يعتد بالعنف المعنوي من طرف المحاكم . وانظر حالات ميدانية بهذا الخصوص بأشغال ندوة : العنف ضد النساء . أية حماية ؟ - لمجموعة من الباحثين . منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط. ص 44 وما بعدها . وإحصائيات حول دعاوى التطليق للضرر بالمدار البيضاء (فضالة (المغرب)، د. ت. ط. ص 44 وما بعدها . وإحصائيات حول دعاوى التطليق للضرر بالمدار البيضاء (فضالة (المغرب)، د. ت. ط. ص 19 وما بعدها .

فمثلا لا يعتد بالاهيار العصبي الذي تسببه تصرفات الزوج . ففي قضية أدلت المدعية بالضرر بحجة صادرة عن المسؤول عن ضريح (بويما عمر)، الذي مكثت فيه مدة شهرين، لإثبات الأزمة النفسية التي أصيبت بها من جراء تصرفات زوجها . انظر : مدونة الأحوال الشخصية : أي تغيير ؟ . لمجموعة من الباحثين . منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط. ص 18 - 19 .

¹³⁸⁶ - يعرف الفقه التأديب بأنه التهذيب . وبالضرب والوعيد والتعنيف ((سعدي أبو حيب - القاموس الفقهي . مرجع سابق، ص 17) . وذلك حفاظا على حق الطاعة المقرر للزوج على زوجته . وهو حق منصوص عليه لفائدة الزوج في الفصل 36 من المدونة . وقد ألغت مجلة الأحوال الشخصية بتونس واجب الطاعة بمقتضى التعديل الذي طال المادة 23 في سنة 1993، بحيث تم التركيز على حسن المعاشرة بين الطرفين مع الاحتفاظ للزوج برئاسة العائلة .

¹³⁸⁷ - وحول المبررات الفقهية لحق الزوج في الإصلاح والتأديب - انظر : فريدة بناني - مدى شرعية العنف داخل البيت الزوجي . مرجع سابق . ص 51 وما بعدها .
ولنفس الباحثة - تقسيم العمل بين الزوجين (في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي - الجنس معيارا)، مرجع سابق، ص 85 وما بعدها .

¹³⁸⁸ - النساء / 34 . وقد اختلف العلماء، حول ما إن كانت العقوبات الواردة في الآية الكريمة واردة على الترتيب أم لا (انظر : محمد علي الصابوني - روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن . مرجع سابق، ص 523 وما بعدها).

وحسب الفقه المالكي، فإنها على الترتيب . فقد نص الشيخ خليل في مختصره : ((ووعظ من نشزت، ثم هجرها، ثم ضربها إن ظن إفادته)) . وقال المواق نقلا عن ابن شاس : ((إن نشزت وعظها، فإن لم تقبل هجرها، فإن لم تقبل ضربها غير مخوف . وإن غلب على ظنه أنها لا تترك النشوز إلا بضرب مخوف لم يجوز)) (المواق - التاج والإكليل لمختصر خليل . بهامش شرح الحطاب، ج 4، مرجع سابق، ص 15 - 16) .

ويجمع الفقهاء على أن الضرب المقصود في هذه الآية هو ضرب الأدب غير المبرح وغير المخوف، أي غير مؤثر ولا شاق كاللكزة ونحوها . فإن كان عمداً وجب على الزوج الضمان . فهم يميزون بين الضرب المبرح الذي يترك أثراً على الجسم، وهو ضرر يجب رفعه ولا يشترط تكرره لإيقاع التطليق . وضرب خفيف لا يبقى معه أثر في الذات، وهذا يجب أن يتكرر لإمكان أن يعتبر سبباً للتطليق ((لأن الضرب الخفيف لا يكاد يسلم منه الأزواج))¹³⁸⁹ ، ((فصار كالمَدْخول عليه))¹³⁹⁰ وهي ((مسألة مما تعم به البلوى ... فوقع الحكم فيها أنه لا بد فيها من التكرار))¹³⁹¹ . ويقولون أيضاً : ((ومع أن الضرب مباح، فقد اتفق العلماء على أن تركه أفضل . لقوله عليه السلام : " ولن يضرب خياركم "))¹³⁹² . كما أن القضاء المصري، قرر على ضوء الآية السابقة، أن الضرب ((لا يلجأ إليه إلا بعد سلوك سبيل الموعظة الحسنة والهجر في المواضع ؛ باعتباره الوسيلة الثالثة والأخيرة للإصلاح، والرأي فيه : أن يقتصر مجاله، على حال انحراف البيئة وغلبة الأخلاق الفاسدة، ولا يباح إلا إذا رأى الرجل أن رجوع المرأة عن نشوزها يتوقف عليه . فهو منوط بالضرورة الأشد، وأشبه بالحلال المكروه . وتقديره بهذه المثابة متروك لقاضي الموضوع))¹³⁹³ .

قد لا يبدو من أحكام القضاء المغربي المنشورة، ما يوضح طبيعة الضرب الذي يحول للزوجة طلب التطليق . إذ يهتم القضاء غالباً بما إن كان الضرب من غير موجب، لكن لا يتبين من القرارات المنشورة، ما هو الأمر، أي الموجب الذي يستوجب ضرب الزوجة، ويبرره، دون أن

ونفس الأمر بالنسبة للمذهب الحنفي، فالواو في الآية الكريمة، هي وإن كانت للجمع فإن المراد منه هو الجمع على الترتيب (الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . ج 2، مرجع سابق، 494) .
¹³⁸⁹ - أبو الشتاء - التدريب على تحرير الوثائق العدلية - ج 1، مرجع سابق، ص 105 - 106 .
وانظر شروط ضرب الزوجة وكيفيته ومتى يُلجأ إليه في شرح الزرقاني لمختصر الشيخ خليل - مجلد 2، ج 4، مرجع سابق، ص 60 .
وقد أوضح القضاء المصري أن : " المقصود بالضرب في التشريع الإسلامي هو الضرب اللطيف غير المبرح " (نقض مصري رقم 2358 . لسنة 30 شرعي . جلسة 05-12-1931 . بموسوعة الفاكهاني - ج 2، أحوال شخصية، مرجع سابق .

¹³⁹⁰ - التسولي - البهجة في شرح التحفة . ج 1، مرجع سابق، ص 495 .
¹³⁹¹ - انظر : النوازل الصغرى للشيخ الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 187 .
¹³⁹² - محمد علي الصابوني - روائع البيان تفسیر آيات الأحكام من القرآن . ج 1، مرجع سابق، ص 523 .
¹³⁹³ - نقض مصري - بتاريخ 09-11-1977 . طعن رقم 5 / س 46 ق . منشور بموسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب - ج 1، مرجع سابق، ص 358 .

يكون للزوجة معه، حق طلب التطليق للضرر¹³⁹⁴. فرغم صعوبة إثبات الضرر في الوضع الحالي، فإن البيّنات اللغيفية التي تقبل عادة بهذا الصدد قد ترد، فقط لعدم احتوائها على عبارة مما يرد في تلفيقات الرسوم العدلية : ((من غير ذنب جنته))، كما أن هناك صعوبة في تقبل الشواهد الطبية الشاهدة بالضرب بدعوى أنها لا تشهد بمن قام به، ونفس الأمر بالنسبة لإعمال القرينة القانونية القاطعة لحجية الأمر المقضي (الفصل 450 من ق. ل. ع) عند تعلق الأمر بحكم جنحي فهائي¹³⁹⁵ يقضى بإدانة الزوج من أجل ضربه لزوجته¹³⁹⁶، حيث يعتبر حجة قاطعة في إثبات الضرر ودليلا على عدم أمانة الزوج على زوجته¹³⁹⁷، لكن رغم ذلك يتم ترجيح شهادات اللفيّف السماعية على مقتضيات القرينة القانونية المذكورة.

ففي قرار للمجلس الأعلى¹³⁹⁸، لم يأخذ المجلس بعين الاعتبار الحكم الجنحي القاضي بإدانة الزوج المدعى عليه، من أجل ضرب وجرح زوجته المدعية . ونقض حكم محكمة الاستئناف التي قضت بالتطليق لذلك السبب . وذهب المجلس يبحث في موجب الضرر، أي الحجة العدلية المقامة من طرف الزوجة لإثبات الضرر، وخلص المجلس الأعلى إلى أنه : ((يتبين من تصفح لفيّف إثبات الضرر عدد 355 أنه لفيّف سماعي، وأن شهوده يشهدون بمعرفتهم للزوجين ويسمعون أن الزوج يضرب زوجته بأنواع الضرر المختلفة، وأن كل ذلك في علمهم وصحة يقيّنهم بالسماع

¹³⁹⁴ - ورد عن ابن القاسم ((قد تستوجب (المرأة) الضرب الوجيع بالذنب ترتكبه، وذلك إذا كان الذنب معروفا)) . انظر : التسولي - البهجة في شرح التحفة . ج 1، مرجع سابق، 1998، ص 495 .

¹³⁹⁵ - لقد قرر المجلس الأعلى : ((تكتسي الأحكام الزجرية قوة الشيء المقضي به، ليس فقط بمنطوقها، بل وحتى بالوقائع الثابتة لديها، والتي تكون دعامة حتمية لمنطوقها)) (المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - قرار عدد 341 . بتاريخ 24 / 09 / 1982، مجلة القضاء المجلس الأعلى، 32، ص 103) .

¹³⁹⁶ - تجب الإشارة إلى مقتضيات الفصل 336 من قانون المسطرة الجنائية، الذي يشترط حصول الزوجة على الإذن من المحكمة، لتنتصب كطرف مدني ضد زوجها .

¹³⁹⁷ - بل إن محكمة التعقيب بتونس اعتبرت أنه ((يتم إثبات الضرر بسائر الطرق القانونية كمحاضر الأبحاث الجزائية أو شهادة الشهود، دون الاقتصار على الأحكام الجزائية وحدها. ولا يجوز تقديم هذه الأحكام الأخيرة لأول مرة لدى محكمة التعقيب، لعدم وقوع عرضها على محكمة الدرجة الثانية)) (محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 51701 مؤرخ في 15/10/1996، بنشرية محكمة التعقيب 1996، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس، ص 219 وما بعدها).

¹³⁹⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 2546 . بتاريخ 20 مارس 1984، مجلة القضاء المجلس الأعلى، عدد 37-38، ص 129 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 396 .

الفاشي . وموجبٌ كهذا لا يمكن قبوله شرعا . لإثبات الضرر بالسماع أن يشهد (كذا) الشهود بأن إساءة الزوج لزوجته تكون من غير ذنب جنته فقد نص الزرقاني شارحا لقول خليل، عاطفا على ما تعمل فيه شهادة السماع من باب الشهادات ((وضرر زوج)) هما أو أحدهما كأن يشهدوا بالسماع الفاشي، أن فلانا يضر بزوجته بالإساءة إليها، من غير ذنب . وسلمه محشوه بنابي والرهوني وكنون بالسكوت عنه (الزرقاني ج 7 ص 189) . وصرح الشيخ أبو الغازي في شرحه لوثيقة إثبات ضرر الزوجين بالسماع نقلا عن الإمام المتيطي (التدريب على الوثائق ج 1 . ص 207) : " فلا تكون الشهادة بالضرب أو الضرر عاملة حتى يقول الشهود : أنه ضربها أو أضر بها من غير ذنب تستوجبه . وتظهر ثمرة هذا الشرط فيما إذا كان الضرر بسببها، فإنها تخالغ عن نفسها، وإلا طلقت بدون خلع . لقول خليل في باب القسم للزوجات : "فإن أساء الزوج طلقا (أي الحكمان) بدون خلع وبالعكس" . مما يتعين معه القول بأن موجب إثبات الضرر السماعي الذي اعتمده المحكمة على أساس أنه مستجمع لشروط وأركان الشهادة المطلوبة في إثبات الضرر ساقط عن درجة الاعتبار، وأن المحكمة قد قومته تقويما مخالفا لنصوص الفقه فعرضت بذلك قرارها للنقض)) . وهكذا نقض المجلس الأعلى الحكم القاضي بالتطبيق، عن طريق استبعاد اللفيف دون اعتداد بالحكم الجنحي القاضي بإدانة الزوج من أجل ضربه وجرحه للمدعية . ولذلك رجَّح القرار المذكور، الخوض في شروط اللفيف الشاهد بسماع الإضرار، وملاحظة تخلف عبارة فيه¹³⁹⁹، والحال أن أغلب تعبيرات شهادة اللفيف عبارة عن عبارات تُملَى من طرف محرري الوثيقة ولا يعرف الشهود معناها. هذا فضلا عن كون فرض عبارة ((من غير ذنب جنته)) فيها تخويل الشاهد صلاحية تكيف ما هو ذنب وما لا يعتبر كذلك، زيادة على كون الشهادة بذلك مما يستحيل الإشهاد به فيما يتعلق بالزوجين، علاوة على ما في ذلك من قلب لعبء الإثبات

¹³⁹⁹ - وانظر : قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - عدد 64 . بتاريخ 18 مارس 1970، بمجلة القضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 30 . ويتعلق هذا القرار، بطلب الزوجة المطلقة بإبطال رسم الخلع لضرر الزوج بها والذي حملها على الخلع . وقد أقامت المدعية الحجة على ما تدعيه، غير أن محكمة الاستئناف ردت حجتها لعيوب شكلية، كما أن الخصم دفع بكون حجتها لم تشهد بكون الإضرار كان من غير ذنب استوجبه . وقد أيد المجلس الأعلى ذلك الحكم .

بالنسبة للزوجة¹⁴⁰⁰، خاصة وأن الفقه يلزم الزوج بالبيئة على أنه ضربها لذنب جنته والقول قولها أنه ظالم لها¹⁴⁰¹.

وهذا الموقف من المجلس الأعلى يجد صداه كذلك لدى محاكم الموضوع، فقد قررت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء¹⁴⁰² بمناسبة قضية تتعلق بالمنازعة في الخلع لأنه تم نتيجة إضرار الزوج بالمختلعة، بأن ((الإضرار المدعى به لا يثبت بمجرد الشكايات المقدمة من طرف مدعيه، ولا بالالتزام المضمن بالرسم العدلي... وإنما يثبت، كما قال المتحرف :

ويثبت الإضرار بالشهود أو بسماع شاع في الوجود

وإن تكن قد خالعت وأثبتت إضراره ففي اختلاع رجعت

قال شراحه : يعني أن الإضرار من الزوج يثبت بأحد أمرين، إما بشهادة عدلين فأكثر، أو بالسماع الفاشي المستفيض بأن فلانا يضرب أو يشتم بغير ذنب ارتكبه، ولا بد أن يضمن الشهود في الوجهين أنهم لا يعلمون أن المضر رجوع عن الإضرار وأقلع عنه، وإلا لم تعمل)) . ويبدو من هذا القرار أنه أضاف لشرط من غير ذنب جنته، شرطا آخر وهو تضمين الشهادة عدم رجوع المضر عن إضراره¹⁴⁰³ بالمختلعة إلى يوم الخلع¹⁴⁰⁴.

¹⁴⁰⁰ - الدكتور أحمد الخليلي في تعليقه على القرار 1208 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 49 / 50، ص 307 - 308.

¹⁴⁰¹ - يقول الشيخ التسولي : ((فإن ضربها وزعم أن ذلك على وجه التأديب لذنب أته، فإن كان مثله ممن يؤدب ويعتني بالأدب صدق . وإن كان ليس من أهل الأدب ولا يعتني به، فعليه البيئة أنه إنما ضربها لذنب تستوجب به الضرب والقول قولها حينئذ أنه ظالم لها...)) (التسولي - البهجة في شرح التحفة . ج 1، مرجع سابق، ص 503).

¹⁴⁰² - محكمة الاستئناف بالدار البيضاء - قرار عدد 756، بتاريخ 20 / 06 / 1990، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 64 / 65، ص 180 .

¹⁴⁰³ - لقد نبه على هذا الشرط الشيخ التسولي بقوله : ((لا بد أن يضمن الشهود في الوجهين، أنهم لا يعلمون أن المضر منهما رجوع عن الإضرار بصاحبه وأقلع عنه وإلا لم تعمل - شهادتهم - كما في المعيار وغيره)) (التسولي - البهجة في شرح التحفة . ج 1، مرجع سابق، 1998، ص 496) .

¹⁴⁰⁴ - بل إن المجلس الأعلى يقرر أيضا قيادا آخر، وهو عدم جواز الرجوع في الخلع بسبب الإضرار بالمختلعة، إن مرت سنة على الخلع . جاء في قرار للمجلس الأعلى : ((إذا كان المنصوص عليه لدى الفقهاء، أن الزوجة إذا اختلعت من عصمة زوجها، ثم أثبتت الضرر ولو بشهادة السماع فإنها تسترد ما اختلعت به كما جاء في الفقه : " وإن تكن قد خالعت وأثبتت ** إضرارا ففي اختلاع رجعت " . ونقلت الوسيلة كلام شراح التحفة وبيان التسولي، أنهما يميّنان بين التكملة ويمين لرفع التهمة، ولم يطبق القرار أقوال الفقهاء . لكن - يقول المجلس الأعلى - ردا على الوسيلة، فإن المطلوب في النقض قد أثار مرور سنة على تاريخ الخلع الذي هو 24 / 01 / 1980، ولم

بينما تذهب بعض المحاكم¹⁴⁰⁵، إلى إلزام طالبة التطليق، التي تثبت الضرر، بضرورة أداء اليمين على أن زوجها يضربها من غير موجب¹⁴⁰⁶. بل لقد اعتبر الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بطنجة¹⁴⁰⁷، أن ضرب الزوج لزوجته ومتابعته طبق الفصل 400 من القانون الجنائي، ومعاقبته بمجرد غرامة، لا يخول للزوجة التطليق للضرر المذكور¹⁴⁰⁸ حيث استنتج الحكم المذكور أن الحكم على الزوج بمجرد غرامة مالية، يعتبر دليلاً على خفة الضرر الذي لحق الزوجة.

تتم الدعوى من الطاعنة إلا في 26 / 03 / 1984، أي بعد أكثر من سنة. وقد نص الفقهاء على أن قيام المرأة المختلعة تدعي إثبات الضرر بعد مرور العام يسقط حقها في الرجوع على الزوج. وحيث إن المجلس يستبدل علة الحكم المطعون فيه الخاطئة، بعلّة مرور سنة على دعوى الطاعنة بثبوت الضرر، ما يجعل منطوق الحكم على صواب وما نعته الوسيلة غير ذات أثر)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1017، بتاريخ 07 / 07 / 1988، ملف رقم 85 / 5668، أورد حيثياته: إدريس بلحمحوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 47 و 48).

¹⁴⁰⁵ - المحكمة الابتدائية بمراكش - حكم بتاريخ 31 / 12 / 1991، في الملف عدد 20 / 92 / 2. مذكور بقرار محكمة الاستئناف بمراكش، عدد 15، بتاريخ 04 / 01 / 1994، ملف رقم 831 / 93. منشور بمجلة الحمّامي، عدد 25 / 26، ص 247. وقد أثبتت المدعية الضرر اللاحق بما هنا: بواسطة محضر للضابطة القضائية يشهد بهجوم المدعى عليه، عليها بالمدرسة التي تدرس فيها، وبواسطة شواهد طبية، ثم بواسطة لفييف عدلي. وقد أقرت محكمة الموضوع فضلاً عن ذلك بحثاً مع الأطراف والشهود. مما يثبت صعوبة إثبات دعوى الضرر أمام القضاء.

¹⁴⁰⁶ - مع أن اليمين المنصوص عليها في الفقه، تخص حالة المطالبة بمقابل الخلع إن ادعت الزوجة الضرر الملحق بالخلع، وهي يمين محل خلاف. قال صاحب التحفة: وإن تكن قد خالعت وأثبتت... ففي اختلاع رجعت / وباليمين النص في المدونة... وقال قوم ما اليمين بينة. اللهم إن اعتبرت المحكمة أن الشهادة المقدمة في سبيل إثبات الضرر هي شهادة سماعية، وفي هذه الحالة يشترط الفقهاء حلف الزوجة تعضيداً للحجة السماعية لأنها حجة ضعيفة. لاحتمال كون السماع كان من واحد ولا يقوم الحق بذلك إلا مع اليمين (الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - المجلد 4، جزء 7، مرجع سابق، صفحة 188 و 189) لدى قول خليل: "وحلف" أي المحكوم له بشهادة السماع، وتكون اليمين على قاعدة النكول.

¹⁴⁰⁷ - المحكمة الابتدائية بطنجة - حكم عدد 88 / 151. تاريخ 10-02-1982، ملف رقم 962. 87. 33 غير منشور.

¹⁴⁰⁸ - وانظر نماذج من أحكام قضائية ابتدائية، قضت برفض طلب التطليق للضرر، الذي أثبتته الزوجة بواسطة شواهد طبية، ومحاضر الضابطة القضائية. بعلّة أن الشواهد الطبية لا تثبت العلاقة السببية بين الضرر ومن أحدثه. وهي أحكام غير منشورة أوردتها الأستاذة فريدة بناني - تقسيم العمل بين الزوجين، مرجع سابق، ص 270، هامش 74، و 271 هامش 76.

إن ما يستنتج من هذه القرارات هو تجلي صعوبة إثبات الضرر عمليا أمام القضاء، فضلا عن استنكاف الشهود عن أداء الشهادة فيما يتعلق بعلاقة الزوجين بصفة خاصة . فأمام مرونة مفهوم الضرر من الناحية الفقهية والقانونية، تقوم مفاهيم صلدة من حيث إثباته، والحال أن مرونة مفهوم الضرر تستلزم وسائل إثبات تلائم هذه المرونة، وتحول للقاضي التقدير الصحيح للوقائع التي تثار أمامه والوقوف على حقيقتها .

ولقد صدرت بعض القرارات القضائية وهي تنطوي على تعامل مرن مع وسائل الإثبات من غير الليف والشهادات السماعية، ومن شأن ذلك التخفيف من ظروف إعداد الإثبات أمام القضاء بشأن الضرر . فقد قرر المجلس الأعلى¹⁴⁰⁹ : ((حيث يعيب الطاعن على الحكم، خرق الفصل 451 من قانون العقود والالتزامات، إذ قضى بتطبيق المدعية رغم سبقية الحكم في الموضوع قضى برفض الطلب ملف... وان الشواهد الطبية سبق الإدلاء بها في الدعوى السابقة . وهذا يعد مخالفا للفصل المحتج به . كما عاب بخرقه الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية . ذلك أن المدعية لم تثبت الضرر المزعوم والمحكمة لم تعتمد أية حجة قانونية، ولم تحترم إجراءات الصلح المنصوص عليها في الفصل المذكور . لكن - يقول المجلس الأعلى - حيث إن القانون المطبق على النازلة هو قانون الأحوال الشخصية، ولا مجال لتطبيق قانون الالتزامات والعقود لأن الضرر مهما تكرر يسوغ للزوجة طلب التطلاق ولو سبقت دعاوى في الموضوع . وهو ما ينص عليه الفصل 56 من المدونة . لا سيما وأن لفظة التكرار والتجدد تعني ضررا جديدا غير الذي حكم في شأنه . كما أنه بالإضافة إلى أن ثبوت الضرر يتعلق بالواقع، ويخضع لقضاة الموضوع، فإن المحكمة لم تستند إلى شواهد طبية فقط، رغم ما أثبتته من انهيار عصبي بسبب تصرف الزوج، بل استندت إلى شهادة العمل والمهجوم وأحكام جنحية، خصوصا القرار الاستثنائي عدد... الذي جاء فيه أن الزوج غير مأمون في نفسه . وأن المحكمة عجزت عن إجراء صلح بين الزوجين لوجود الزوج خارج البلد وعدم حضوره، الشيء الذي كان معه الحكم مرتكزا على أساس)) . إن هذا القرار يتسم ببعض المرونة، نظرا لاعتداده الجزئي بالشواهد الطبية الشاهدة بالضرر اللاحق بالزوجة، لكن الشواهد الطبية لم تكن وحدها كافية لو لم تعزز بمفعول الحكم الجنحي وشواهد أخرى . كما أن المجلس الأعلى وفي قرارا آخر، اعتبر أن المحكمة تحرق القواعد

¹⁴⁰⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 882، بتاريخ 24 / 06 / 1986 ، ملف رقم 544084، أورد حيثياته : إدريس بلحمجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 41 و 42 .

المسطرية الجوهرية، لما لم تنذر المدعية بإتمام موجب الضرر الناقص أو الإدلاء بموجب ضرر آخر¹⁴¹⁰ وقد نقض المجلس الأعلى الحكم الذي لم يتضمن الإجراء المذكور.

وحديثاً قرر المجلس الأعلى¹⁴¹¹ أن ((حجية الوقائع الواردة في الحكم الأجنبي فيما يثبت من الضرر المبرر للتطبيق، من خلال ما تضمنه من واقعة غياب الزوج عن بيت الزوجية بصفة نهائية لمدة تزيد على سنة، ومن سوء معاملته لها بصرف النظر عن كون ذلك الحكم نهائياً أم لا، ما دام لم يدل الطالب بما يفيد سلوكه مسطرة الطعن ضده فعلاً، ومن خلال ما استخلصته المحكمة من جلسة البحث التي أجرتها بين الطرفين، تكون قد ركزت قضاءها على أساس قانوني ومعلل بما فيه الكفاية)).

كما أن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء قبلت شهادة كتابية من شهود يوجدون خارج المغرب بخصوص نزاعات تقوم بين زوجين أجنبيين¹⁴¹². إن خطوات مثل هذه من شأنها أن تخول للقاضي لعب دوره كاملاً في تقدير وسائل إثبات الضرر، بعيداً عن قوالب الليف الجاهزة. وقد اعتدت محكمة النقض المصرية في هذا المجال حتى بتقارير الخبراء في الطب، بما تخضع له من تقدير من طرف قضاة الموضوع، كحالة اعتماد تقرير خبير طبي لإثبات معاشرته الزوج لزوجته معاشرته جنسية شاذة¹⁴¹³، بل إن المحكمة المذكورة أقرت إمكانية إضافة أسباب أخرى للتطبيق، ولو أمام محكمة الدرجة الثانية، ولا يعد ذلك طلباً جديداً لأن ذلك يدخل في باب إعداد الحجة على قيام الضرر¹⁴¹⁴.

¹⁴¹⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1. بتاريخ 04-11-1969، بمجلة القضاء والقانون، عدد 107-108، ص 388. وكذلك، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 12، ص 23. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 128. وهذا المبدأ يطبقه المجلس الأعلى بخصوص اللقييات الناقصة التي تقدم في الإثبات (انظر على سبيل المثال: قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 2، بتاريخ 04 / 11 / 1969. بالمرجع الأخير المذكور سابقاً، ص 130).

¹⁴¹¹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 922، بتاريخ 04/10/2000، ملف عدد 1999/494. وردت حيثياته في النشرة الخاصة التي أصدرها المجلس الأعلى بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2001، ص 43).

¹⁴¹² - محكمة الاستئناف بالدار البيضاء - قرار عدد 187، بتاريخ 30 / 03 / 1973، منشور بمجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص - للأستاذ حسن والقيد، مرجع سابق، ص 84 وما بعدها.

¹⁴¹³ - نقض مصري - بتاريخ 03-11-1976، بموسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب. مرجع سابق، ج 1، ص 361.

¹⁴¹⁴ - نقض مصري - بتاريخ 23-12-1986. بموسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب، مرجع سابق، ص 355.

ثانيا - ضرر التعدد :

لا يعتبر الفقه الإسلامي أن مجرد تزوج الزوج بزوجة أخرى، يعد إضرارا بالزوجة الأولى¹⁴¹⁵ لما يتضمنه ذلك من منع ضمني لتعدد الزوجات . ولذلك ثارت ضجة كبرى، سواء عندما منعت مجلة الأحوال الشخصية التونسية التعدد (الفصل 18) أو عند صدور القانون رقم 44 لسنة 1979 المعدل للفصل 56 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 بمصر، والذي اعتبر من باب الإضرار بالزوجة، تزوج الزوج بأخرى من غير رضاها، وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بأخرى . وقرر هذا القانون سقوط حق الزوجة في طلب التفريق بمضي سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر. وقد اعتبر البعض أن القانون المذكور يخالف تعدد الزوجات، واشترط البعض الآخر ضرورة إثبات الضرر، بينما رأى البعض أنه إذا تضررت الزوجة نفسيا قياسا على الهجر فلها أن تطلب الطلاق¹⁴¹⁶ .

لقد أثار هذا القانون عدة انتقادات هذه من جملتها، إلى أن ألغي في النهاية .

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فيبدو أن الفصل 30 المعدل من المدونة، ربط طلب التطليق في هذه الحالة بثبوت الضرر . إذا لم تكن الزوجة قد اشترطت الخيار، بأن يكون أمرها بيدها متى تم التزوج عليها. وعليه، فإنه في حالة عدم شرط عدم التزوج، فإن مجرد زواج الزوج بزوجة ثانية لا يبرر طلب التطليق، بل لا بد من ثبوت الضرر من هذا الزواج. وقد قرر القضاء المغربي أنه يشترط الضرر في هذه الحالة، ولو كان الزوج قد تزوج بمطلقة أخ زوجته¹⁴¹⁷ . أما إن كانت الزوجة اشترطت عدم الزواج عليها، فإن خرق الالتزام المذكور يخولها طلب ((فسخ)) الزواج حسب تعبير الفصل 31 من المدونة . وبالنسبة للزوجة الثانية التي لم يتم إعلامها من قبل الزوج، بزواجه الأول، فإن القضاء المغربي خول لها حق المطالبة بفسخ الطلاق، لأن ((الإعلام شرط جوهرى لصحة انعقاد الزواج بالثانية ... وعدم إعلامها يعد تدليسا من شأنه أن يعدم رضی التعاقد))¹⁴¹⁸ . وتجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى أن من أسباب التطليق كذلك في حالة تعدد

¹⁴¹⁵ - انظر : شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - مجلد 2، جزء 4، مرجع سابق، صفحة 62 . ويؤسس الفقهاء ذلك على قوله تعالى : " فانكحوا ما طالب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع " - النساء / 3 .

¹⁴¹⁶ - حول الموضوع، انظر : جريدة " المسلمون " - عدد يوم 21 بتاريخ 5 يونيو 1985 .

¹⁴¹⁷ - انظر مضمن حكم محكمة الموضوع، كما ورد بثنايا قرار المجلس الأعلى الصادر عن الغرفة الاجتماعية - عدد 11، بتاريخ 8 دجنبر 1969، بمجلة القضاء والقانون، عدد 107-108، ص 393 . وبمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 12، ص 56 . الذي صدر بخصوص أثر حجية الأمر المقضي في قضايا التطليق للضرر .

¹⁴¹⁸ - محكمة الاستئناف بالقنيطرة - قرار بتاريخ 29-01-1990، ملف عدد 359 . بمجلة الإشعاع (القنيطرة)، عدد 3، ص 131 .

الزوجات، تحقق ضرر عدم العدل من طرف الزوج بين زوجاته، ويقع إثبات العدل في هذه الحالة على الزوج، إذ هو الذي عليه إثبات التساوي عند الإنكار¹⁴¹⁹.

ثالثا - ضرر السمعة أو التضمر من سجن الزوج :

لقد كان القضاء المغربي مترددا في قبول

طلب التطلاق بسبب سجن الزوج¹⁴²⁰، وكانت بعض طلبات التطلاق لهذا السبب تبني على أساس أن سجن الزوج يلحق الضرر بسمعة الزوجة من جراء ذلك¹⁴²¹. غير أن القضاء المغربي أقر في أحكامه الحديثة، الحكم بإيقاع الطلاق في حالات تعتبر فيها الزوجة أن سمعتها تضمرت من جراء ارتباطها بزواج ذي سمعة شائنة.

فقد قررت المحكمة الابتدائية بالصويرة¹⁴²²، أن الحكم على الزوج بعقوبة السجن لمدة أربع سنوات من أجل قضية مخدرات، يعتبر ضررا يبرر تطلاق الزوجة. واعتبرت المحكمة الابتدائية بمراكش¹⁴²³، أن الحكم على الزوج بعقوبة سجن لمدة ثلاث سنوات من أجل قضية

¹⁴¹⁹ - قرار صادر عن القضاء السوري - لم تتم الإشارة لمراجعته - وقد أوردت القرار - مجلة القضاء والقانون عدد 100-101، صفحة 456. واكتفت المجلة المذكورة، بالإحالة على أنه نقل عن مجلة "الخامون" السورية عدد 5، ص 128-145.

¹⁴²⁰ - انظر نماذج من أحكام ابتدائية كانت ترفض طلب التطلاق المرفوع من الزوجة، بسبب سجن الزوج.

أوردتها الأستاذة فريدة بناني - تقسيم العمل بين الزوجين، مرجع سابق، ص 240، هامش 168.

كما أن المرحوم غلال الفاسي يرى أنه إذا تيسر اجتماع الزوج السجين بزوجه فلا طلاق (التقريب، مرجع سابق - ص 282). ومعلوم أن أنظمة السجون حاليا تخول فرصة لقاء السجين مع زوجته طبق شروط معينة.

¹⁴²¹ - المحكمة الابتدائية بالقنيطرة - حكم بتاريخ 13-02-1985. حيث رفض طلب التطلاق المؤسس على ضرر سمعة الزوج الشائنة وسوابقه القضائية. وغُلل رفض الطلب بكون أسباب التطلاق محصورة في المدونة وأن المدعى عليه عوقب وأدين من أجل ما اتم به !! (انظر جريدة 8 مارس - عدد 37 - بتاريخ فبراير 1987).

- والمحكمة الابتدائية بمراكش - حكم عدد 1348، بتاريخ 24 / 05 / 1993. بمجلة المحامي، عدد 25-26، ص 183. الذي رفض طلب التطلاق المرفوع من طرف الزوجة التي تتضرر ماديا ومعنويا من زوجها المحكوم عليه في سوابق جنائية متعلقة بالمخدرات. وقد عللت المحكمة رفضها للطلب على أساس أن المدونة والفقهاء لم ينصا على السجن كسبب للتطلاق، وأن السجن يعتبر عدرا قاهرا لا يجعل الزوج مهملًا لواجباته الزوجية.

¹⁴²² - المحكمة الابتدائية بالصويرة - حكم عدد 47. بتاريخ 03-02-1992، بمجلة المحامي، عدد 25-26،

ص 181.

¹⁴²³ - المحكمة الابتدائية بمراكش - حكم عدد 896. بتاريخ 12-04-1993، بمجلة المحامي، عدد 25-26،

ص 183.

أخلاقية، يعتبر ضرراً على الزوجة يخولها طلب تطليق الزوجة . واعتبرت المحكمة الابتدائية بطنجة¹⁴²⁴ أنه ورغم عدم نص المدونة على حالة السجن، فإن نوع الجريمة، ومدة العقوبة المحكوم بها على الزوج، يقوم معها ضرر يبرر تطليق الزوجة . وقررت المحكمة الابتدائية بأكادير¹⁴²⁵ ((إن تضرر المدعية في هذه النازلة من وضعية زوجها ثابت ومتكرر . ومجرد كونه محكوم بالسجن المؤبد يجعلها تعاني من أضرار مختلفة نتيجة بعده عنها، واستحالة معاشرته ومساكنته، وبالتالي عدم استمتاعها بحقوق الزوجية . مما يجعل عناصر الفصل 56 متوفرة ويتعين معه الاستجابة لطلبها)) . أما على صعيد المجلس الأعلى، فقد اعتبر المجلس¹⁴²⁶ أن الحكم على الزوج بسنتين سجناً من أجل قضية نصب واحتيال، يعتبر ضرراً، يبرر الحكم بتطليق الزوجة المتضررة من جراء ذلك . وقد أيد المجلس الأعلى حكم محكمة الموضوع الذي طلق المدعية تأسيساً على الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية، قائلاً : ((إن الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية، ينص على أنه إذا ادعت الزوجة ضرراً من أي نوع كان، لا يستطيع معه دوام العشرة مع أمثالها، وثبت ذلك وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه، وهو ما سلكته المحكمة في قرارها الشيء الذي كان معه القرار معللاً بما فيه الكفاية)) . وإذا كان المجلس الأعلى في هذا القرار، قد كيف سجن الزوج على أساس أنه ضرر يبرر التطليق طبق الفصل 56 من المدونة . فإن المجلس الأعلى اعتبر في قرار آخر أن سجن الزوج يعتبر غيبة تبرر التطليق طبق الفصل 57 من المدونة . فقد رد المجلس الأعلى مطاعن الطاعن بالنقض المؤسسة على كون أسباب التطليق محددة قانوناً (الفصل 53 - 60 من المدونة)، وأن سجنه يعتبر غيبة مؤقتة، وقال المجلس الأعلى¹⁴²⁷ ((إن الطاعن لما كان غائباً بمقتضى حكم جنائي قضى عليه بعشر سنوات سجناً، وقد بنت المدعية مقالها على طلب التطليق للضرر الحاصل لها من هجرها وهجر فراشها وعدم الإنفاق عليها . فإن محكمة

¹⁴²⁴ المحكمة الابتدائية بطنجة - حكم عدد 500 . بتاريخ 05-05-1993، بمجلة الندوة، العدد 11، سنة 1996، ص 89.

¹⁴²⁵ - المحكمة الابتدائية بأكادير - حكم عدد 89 / 17، بتاريخ 17 / 01 / 1989، ملف عدد 265 / 88 (غير منشور) أوردته الأستاذة فريدة بناني - تقسيم العمل بين الزوجين، مرجع سابق، ص 241، هامش 168 .

¹⁴²⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 594 . بتاريخ 27-07-1993، بمجلة المحامي، عدد 25-26، ص 232.

¹⁴²⁷ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 881 . بتاريخ 21 / 07 / 1992 . أورد حيثياته : إدريس بلحمجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية "، مرجع سابق، ص 43 - 44 .

الاستئناف لما قضت بتأييد الحكم الابتدائي بالتطليق لثبوت الضرر بالغيبة حسب الحكم الجنائي عدد... تكون قد طبقت الفصل 57 من المدونة مما يجعل قرارها معللاً تعليلاً سليماً)).

وفي الواقع، فإنه وفي مثل أحكام القضاء المذكورة، يختلط أمر التطليق لغيبة الزوج بسبب السجن، والتطليق للتضرر من سمعته الشائنة بفعل الجرم المبرر لسجنه. ومعلوم أن طلب التطليق من طرف زوجة السجين لم تتحدث عنه المدونة صراحة، إذ لم تأخذ لجنة وضع المدونة بما ورد في مشروع المدونة بهذا الصدد¹⁴²⁸. مما يبقى معه وفي جميع الأحوال اعتبار الأحكام القضائية المذكورة، اجتهاداً في الموضوع على أي وجه أخذناه: سواء من حيث غيبة الزوج القسرية نتيجة السجن أو من حيث ضرر السمعة الذي يلحق الزوجة من جراء سجن الزوج¹⁴²⁹، كما يمكن اعتباره أخذاً من القضاء المغربي بأحكام فقهية من غير المذهب المالكي، ومن التشريعات العربية التي تخول لزوجة السجين طلب التطليق¹⁴³⁰.

¹⁴²⁸ - لقد كان مشروع المادة 57 من المدونة ينص على حق زوجة المحبوس في طلب التطليق، إذا كانت عقوبته المقيدة للحرية من ثلاث سنوات فأكثر، ومرت سنة على حبسه، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه. لكن المدونة في نصها النهائي لم تأخذ بهذا الحكم. وتجدد الإشارة إلى أن الفقه المالكي لم يتناول حالة التطليق لسجن الزوج صراحة (بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق ص 448 وما بعدها)، وإنما فصل في التطليق لغيبة الزوج، كما تناول حالة المفقود والأسير في أرض الكفر، فقد جاء في المدونة الكبرى: ((قلت: أرأيت الأسير في أرض العدو أهو بمترلة المفقود في قول مالك؟ قال: لا. والأسير لا تتزوج امرأته إلا أن يتنصر أو يموت...)) انظر: المدونة الكبرى - ج 2، مرجع سابق. ص 456 - 457.

ويذهب بعض الباحثين إلى أن التطليق لسجن الزوج يجد مصدره في الفقه الحنبلي وفتاوى ابن تيمية. انظر: محمد الشافعي - أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية. ط 3، دار وليلي لطباعة والنشر، مراكش 1998، ص 289 وما بعدها.

¹⁴²⁹ - بينما تذهب بعض أحكام القضاء العربي إلى أن " مجرد كون الزوج من أرباب السوابق في الماضي لا يكفي لثبوت الضرر بالزوجة، يستلزم التفريق، ما لم يتأيد بالبينة، كون الضرر بالزوجة مستمر، لسبب سلوك الزوج وأخلاقه " (محكمة التمييز العراقية - قرار بتاريخ 22-10-1969، بمجلة القضاء العراقية ص 24، عدد 4، ومجلة القضاء والقانون، عدد 104، السنة 11، 1969 ص 148).

¹⁴³⁰ - كالقانون المصري (المادة 14 من قانون الأحوال الشخصية)، والمشرع الجزائري (المادة 53 من قانون الأسرة)، والمشرع السوري (المادة 129 من الأحوال الشخصية)، والمشرع العراقي (المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية) .

ولعل من أهم القرارات القضائية الحديثة بخصوص التطليق للضرر، لسوء سلوك الزوج وشربه الخمر، ما قرره المجلس الأعلى¹⁴³¹ بخصوص قضية طالبت فيها الزوجة - قبل الدخول - بفسخ عد الزواج نظرا لسوء سيرته ، فقد قرر وهو ينقض حكم محكمة الاستئناف بالناظر ((حقا، ... ذلك أن طلب الفسخ للنكاح اعتمد فيه على ثبوت حالة قائمة بالزوج لا تحسن معها المعاشرة وتم إثبات تلك الحالة بحجة هي عبارة عن تلقية ... تفيد سوء سلوك الزوج . وحيث إن الطاعنة تهدف من وراء دعواها إلى التفرقة بينها وبين زوجها للسبب الذي ادعته وأثبتته، وما دامت المرأة المتدينة، إذا عقد عليها زوجها ثم تبين لها أنه فاسق¹⁴³²، فإن من حقها المطالبة بتطليقها عن طريق القضاء . فكان على محكمة الاستئناف أن تجري في حقها مسطرة التطليق للضرر، لما هو معلوم من أن العبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني، ولما هو معلوم أيضا من أن الكفاءة في التدين أساسية في النكاح، لأنها أساس السعادة الزوجية، والتي لا تتأتى إلا بالاستقرار النفسي والتجاوب والتوادد . وهذا لن يحصل إلا إذا كانت الاستقامة رائد الزوجين، خاصة وأن انعكاساتها تتجاوزهما إلى الأبناء . وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم : ((اختاروا لنطفكم، فإن العرق دساس)) والقرار المطعون فيه عندما لم يراع ذلك يكون خارقا للقانون ومعرضا للنقض)) . فرغم أن الطلب كان يتعلق بفسخ عقد الزواج نظرا لفسق الزوج، فإن المجلس الأعلى اعتد بالمقصود حقيقة من الطلب، واعتبر أنه كان على المحكمة أن تسلك في القضية المسطرة المتعلقة بالتطليق للضرر، الذي أدلت المدعية بما يثبتته .

¹⁴³¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 674، بتاريخ 31 / 05 / 1994، ملف عدد 575 / 91 . منشور بمجلة الملحق القضائي، عدد 33، ص 142 - 145 . مع تعليق الأستاذ أحمد زوكاغي عليه، ص 137 وما بعدها، من نفس المرجع .

¹⁴³² - الفاسق هو من فعل كبيرة، أو أكثر من فعل الصغائر . والفسق في الشرع : الخروج عن الطاعة (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي : لغة واصطلاحا . ط 2، دار الفكر، دمشق، 1988، ص 286) . ويذهب الفقهاء إلى أن مخالطة الفاسق ممنوعة وهجره واجب شرعا فكيف بخلطة النكاح ؟ وقد اختلف الفقهاء على ثلاثة أقوال إذا تبين فسق الزوج : الأول لزوم الفسخ لفساد العقد، والثاني صحة النكاح، والثالث يرد ما لم ترض الزوجة بالمقام معه . وقد سئل الشيخ قاسم العقباني عن فسخ زواج الرجل الفاسق بالجوارح، فقال : ((ونحن نميل في هذا الزمان - 851 هـ - إلى ما أشار إليه من قال من الشيوخ : " لو أخذ بهذا لفسخت أكثر الأنكحة، يشير بهذا إلى قلة من يخلو عن الفسق بالجوارح، ولولا ستر مولانا الحليم الكريم لكاد الوصف يعم ")) . انظر : النوازل الصغرى للشيخ الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 182 وما بعدها .

ونشير إلى أن لجنة مراجعة المدونة، اقترحت إضافة فقرة إلى الفصل 29 من المدونة المتعلقة بالموانع الشرعية للزواج، تقضي بعدم ترتيب الحرمة على الزنى، الذي اعتبرته فقط ضررا يبيح للمرأة طلب التطليق، لكن المدونة لم تأخذ بهذا في نصها النهائي .

رابعاً - توجيه الكلمات الجارحة للزوجة :

يعتبر الفقه أن توجيه الألفاظ النابية والكلمات الجارحة للزوجة، مما يبرر التطبيق للضرر. ولذلك اعتبر المجلس الأعلى¹⁴³³، تبعاً لقواعد الفقه المالكي¹⁴³⁴، أن الاتهام الصريح من قبل الزوج لزوجته بالزنى وتعاطي الفساد، يُعد إضراراً بها، ويحق لها، أن تطلب الطلاق منه، لهذا السبب. ولذلك قضى المجلس الأعلى، بنقض الحكم الذي اعتبر أن اتهام الزوج لزوجته بالفساد لا يعد ضرراً، واعتبر المجلس الأعلى، أن المدعية قد أدلت بما يفيد هذا الضرر، وهو عبارة عن محضر للضابطة القضائية¹⁴³⁵ الذي يتهمها فيه الزوج بتعاطي الفساد مع الغير.

¹⁴³³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 844 . بتاريخ 21 يوليوز 1987، بمجلة القضاء المجلس الأعلى، عدد 41، ص 132.

- وقد اعتبر القضاء المصري أن اتهام الزوج لزوجته بالسرقة وإقامة الدعوى الجنائية ضدها، يعتبر ضرراً لا يستطاع دوام العشرة معه، خاصة إذا ثبت أن المنقولات المسروقة ملك لها (نقض مصري) - عدد 20 . لسنة 141/ ق بجلسة 17-10-1973 . بموسوعة الفاكهاني، ج 2 ، مادة أحوال شخصية) .

- كما قرر نفس الحكم بالنسبة لمن شهّر بزوجته من أجل إجهاض لم يثبت في حقها (نقض مصري) - بتاريخ 24-11-1976 - بموسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب - ج 1، مرجع سابق، ص 375 . وانظر عدة قرارات مشابهة بنفس المرجع .

¹⁴³⁴ - فقد اعتمد المجلس الأعلى في قراره (رقم 844) على نص الشيخ خليل ((إن قذفها بالزنى في نكاحه)) . قال الشيخ الزرقاني شارحه : ((إن قذفها بزنى من قُبِل أو دُبِر، أي ادعى حصوله منها طوعاً . ورفعت له لأنه حقها . ولا بد من كونه قذفاً صريحاً لا تعريضاً . وأدب فيه فقط، على الراجح في زمن نكاحه أو قبله)) . ويلاحظ أن نص الشيخ خليل المذكور أعلاه، ورد في مختصره باب اللعان كما يلي : " إنما يلاعن زوج وإن فسد نكاحه أو فسقاً أو رقاً لا كفراً، إن قذفها بزنى في نكاحه " . انظر : مختصر خليل في فقه الإمام مالك - مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر 1341 هـ / 1922 م، ص 139 .

¹⁴³⁵ - إن المجلس الأعلى اعتد في القرار (844) المذكور أعلاه، بمحضر الضابطة القضائية في إثبات الضرر الناجم عن اتهام زوجته بمقتضى المحضر المذكور، بتعاطي الزنا والفساد .

غير أن المجلس الأعلى، لم يعتد بتصريحات زوجة في محضر الضابطة القضائية، اعترفت فيه، بأنها كانت تعاشر من تدعي الزوجية منه، بدون عقد مدة عامين قبل زواجها منه . واعتبر المجلس الأعلى أن ((ما صرحت به المطلوبة في محضر الضابطة القضائية، لا يعتبر تصريحاً قضائياً)) (انظر : قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 697 . بتاريخ 07 / 06 / 1994، بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 238) .

كما أن المجلس الأعلى، وبمقتضى قرار صادر عن غرفتين مجتمعتين (المدنية والإدارية) قرر أن محاضر الضابطة القضائية، إذا كانت لها حجة إثباتية أمام القضاء الجنائي، ضد مرتكبي المخالفات فإنها، لا تعتبر حجة أمام القضاء المدني، ولا يطبق أمامه، إلا ما هو وارد في قانون الالتزامات والعقود، في باب وسائل الإثبات، التي ليس منها

إن هذه هي أهم التطبيقات القضائية لبعض صور الضرر، التي اتخذ فيها القضاء موقفا معينا، وإن كانت هناك عدة أسباب تثار أمام القضاء للتطبيق من الضرر. كالطلبات المتعلقة بالضرر من السكن مع أهل الزوج¹⁴³⁶، والطلبات المتعلقة بعدم المعاشرة¹⁴³⁷، والطلبات المتعلقة بعقم الزوج أو عدم الإنجاب¹⁴³⁸، وضرر الارتجاع إذا كان المقصود من رجعة الزوج

محاضر الضابطة القضائية (انظر : قرار المجلس الأعلى - الغرفتين المدنية والإدارية - قرار عدد 2223 . بتاريخ 08 / 11 / 1989، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44، ص 41 . وفي نفس الاتجاه قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 2534 . بتاريخ 13 / 12 / 1989، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44، ص 45) .
¹⁴³⁶ - حسب الفقه المالكي، فإن الزوجة لا تجبر على السكن مع أهل الزوج لاحتمال تعرضها للإساءة، سواء كان الزوج مع أهله حين العقد أم لا. قال الشيخ خليل " ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه" . وانظر : ميارة على التحفة - ج 1، مرجع سابق، ص 276 . ولقد نص الفصل 119 من المدونة على عدم إجبار الزوجة بالسكن مع ضررتها دون رضاها .

ولقد أفادت الأستاذة كتره المراني العلوي- في دراستها السابقة الإشارة إليها أعلاه " الأسرة المغربية، ص 147 " أن 35.55% من ملفات قضايا الأحوال الشخصية المتعلقة بالسكن التي درستها بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء - تتعلق بتوفير السكن . وأن 46.66% من هذه الملفات تتعلق بطلب سكن مستقل عن الأهل والأسرة . في حين تمثل طلبات السكن المستقل عن الضررة 11.11% .

¹⁴³⁷ - وقد قرر المجلس الأعلى، أن الزوجة التي لم يُدخل بها، يحق لها طلب التطلق ولو لم يثبت الضرر . بل يكفي ثبوت عدم رضا الزوج قبل الدخول طبق قواعد الفقه المالكي (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 970 . بتاريخ 01-07-1986 . أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية "، مرجع سابق، ص 40 - 41) .

وحسب المدونة فإن المعاشرة الزوجية من واجبات الزوجين (الفصل 34) . غير أن الفقه يقرر أن المرأة المتضررة من عدم المعاشرة، لها حق طلب التطلق . ولكن لا يحكم على الزوج بمساكنة الزوجة حسب الفقه المالكي (علال الفاسي - التقريب - مرجع سابق، ص 182) .

ويقرر القضاء المصري، أن تراخي الزوج عن الدخول بزوجته، يعتبر ضربا من الهجر (نقض مصري- بتاريخ 21-03-1979، طعن 14-47، بموسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب . مرجع سابق، ص 233) .

وبالمقابل، فإنه وفي مجتمعات أخرى تُعرف ممارسات أخرى ؛ حيث صدر في بريطانيا حكم أدان الزوج باغتصاب زوجته، لأن الاغتصاب هو الاغتصاب أيا كان فاعله . وقد صدر هذا الحكم الذي كان محل ترحيب من طرف عدة جمعيات نسائية بعد إلغاء قانون سنة 1726، الذي لم يكن يعاقب على هذه الحالات . بينما ومن ناحية أخرى بدأت تنور حالات من عدم المعاشرة، ناتجة عن تغيير الجنس (انظر : جريدة " العلم " عدد يوم 06.09-1991) .

¹⁴³⁸ - ففي قضية طالبت سيدة بالتطلق من زوجها، نظرا لتضررها من كونه عقيما بالمرّة بشهادة الأطباء، خاصة وقد انتظرت 12 سنة لبرئه . مستدلة بقوله تعالى : ((المال والبنون زينة الحياة الدنيا))، وبقوله صلى الله عليه

لزوجته المطلقة رجعيًا هو الإضرار وقصد المضارة، ويبدو هذا القصد، حتى من انعدام السبب الباعث على الطلاق ابتداء¹⁴³⁹.

غير أن الساحة القضائية بدأت تعرف بعض طلبات التطليق للضرر، من قبل المهاجرين المغاربة بأوربا، إذ لا يتم، في الغالب، البت في قضاياهم المتعلقة بالتطليق هناك. فيلجأ الأطراف إلى المحاكم المغربية، محمّلين طلباتهم بآثار الحياة الاجتماعية التي يعايشونها في دول المهجر الغربي؛ حيث يحس القاضي بإيقاع جديد بالنسبة لهذا النوع من القضايا. فضلا عما يثور من إشكاليات بهذا الخصوص، كوجود حكم أجنبي قضى بالطلاق هناك، لكنه لم يعترف به في المغرب ولم تُعط له الصيغة التنفيذية. ويقدم هذا الحكم للاحتجاج على سوابق الزوجين في الشقاق، ويكون الحكم الأجنبي مستندا على أسباب للضرر، أكثر توسعا وتفتحا، قد لا تقبل أمام القضاء المغربي، فقد سبق لمحكمة بر وكسيل بلجيكا أن قضت بفسخ عقد زواج مغربيين لعدم قيام الزوج بمعاشرة

وسلم: ((لا ضرر ولا ضرار)) . لكن المدعى عليه رد على طلبها بأن المدعية لم ترض بحكم الله تعالى الذي يقول: ((يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ويزوجهم ذكرا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما)) . غير أن المحكمة رفضت طلب التطليق على أساس أن العقم ليس عيبا مبررا للطلاق . وقد لاحظت الباحثة أن الطلب يتعلق بالضرر وليس بالعيب . انظر : حديجة الروكاني : العنف داخل مؤسسة الأسرة . مرجع سابق. ص 45 - 55 .

وقد قررت المحكمة العليا بالسودان في دعوى تطليق رفعتها الزوجة ضد الزوج العقيم : " المنصوص عليه شرعا والمعمول به مذهبا ، أن العقم لا يُعد من العيوب الموجبة لطلب الطلاق " (قرار عدد 42، بتاريخ 04-04-1984، بالجملة العربية للفقهاء والقضاء، عدد 8 ص 133.../.) .

غير أنه يثور التساؤل، حول الزوج الذي يمتنع عن الإنجاب، باتخاذهِ لوسائل تمنع وقوعه عند المعاشرة الجنسية بغير رضی الزوجة، لأن في ذلك حرمانها من حقها الطبيعي في الأمومة . ففي واقعة مشابهة - تخص زوجين أجنبيين غير مسلمين - قرر المجلس الأعلى، تأييد الحكم القاضي بإيقاع الطلاق، وذلك لخطأ الزوجة، بامتناعها عن الإنجاب من زوجها بدون عذر . وقد اعتبرت محكمة الموضوع، أن هذا العمل يكتسي صبغة سب في حق الزوج، ويشكل خرقا خطيرا ومتكررا للواجبات والالتزامات الزوجية، يستحيل معها استمرار العلاقة الزوجية . انظر قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 32 . بتاريخ 10-11-1971 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25، ص 67 .

وحول العقم كعيب، انظر : عبد العزيز فتحاوي : العقم وأسباب الخيار . بمجلة المحاكم المغربية، عدد 74، ص 67 وما بعدها.

¹⁴³⁹ - عبد النبي ميكو - الوسيط - مرجع سابق، ص 450 .

زوجته، وقد كانت هذه المعاشرة مستحيلة عمليا لكون السلطات البلجيكية عمدت إلى طرد المهاجر المغربي¹⁴⁴⁰.

الفقرة الثانية - صعوبة إثبات الضرر أمام القضاء وآثار ذلك :

إن الوقائع المدعى بها في دعوى التطليق للضرر يجب إثباتها. غير أن الإثبات هنا ليس سهل المنال، سواء من حيث تعلق الإثبات بنوع الحجج المطلوبة أمام القضاء : شهادة اللقيف غالبا، أو من حيث التفسير الذي يقرره القضاء عند إعماله لتلك الحجج : ضرورة النص على عبارة " من غير ذنب جنته"، وهذا مما لا يمكن للشهود القطع به . أو من حيث استبعاد وسائل إثبات قاطعة : شواهد طبية صدرت بناء عليها أحكام جنحية . فالمطلب القانوني للفصل 56 من المدونة الذي يستوجب ((وثبت ما ادعته)) الزوجة، تصفه الأستاذة فاطمة المريني بما يلي: ((هذه الجملة ((وثبت ما ادعته)) تجسد ثقل الجهاز القانوني ضد المرأة لأنها لن تقنع القضاء بأنها تعرضت للضرب فعلا رغم كونها تحمل الآثار الواضحة على ذلك كانتفاخ العين مثلا - فإن ذلك ليس كافيا وحده كدليل، لأن الأهم هو وجهة نظر القاضي))¹⁴⁴¹ . وتلاحظ الأستاذة فاطمة المريني أنه على عكس المرأة الأوربية التي تحتل ضرب الزوج وهي صامته حفاظا على

¹⁴⁴⁰ - انظر حكم المحكمة الابتدائية ببر وكسيل - بلجيكا -، بتاريخ 30 / 06 / 1993 . الذي قضى بفسخ عقد زواج مغربيين تم بالقتضية العامة للمملكة المغربية ببر وكسيل، وذلك لعدم معاشرة الزوج لزوجته التي بقيت عذراء بعد زواجها مدة أربع سنوات . وقد اتخذت السلطات البلجيكية قرارا بطرد الزوج من التراب البلجيكي لأنه لم يعاشر زوجته حتى يمكنه الاستفادة من نظام التجمع العائلي . وقد اعتمدت المحكمة في حكمها على مقتضيات الفصل الأول والفصل الرابع من مدونة الأحوال الشخصية قائلة : ((وحيث حسب القانون المغربي بشأن زواج الزواج، فإنه لا يتم الزواج إلا إذا كان محققا لغايته التي هي التماسك الشرعي بين الزوجين على وجه البقاء بإنشاء أسرة وبإيجاب وقبول)). وهو حكم علق عليه الأستاذ الحسين محجوبي تحت عنوان : فسخ العقد بسبب إخلال الزوج بالتزاماته (تعليق على حكم صادر عن القضاء البلجيكي بفسخ زواج مغربيين) . منشور بمجلة الملحق القضائي، عدد 32، السنة 1997، ص 150 - 154 . وقد اعتبر المعلق أن القضاء البلجيكي راعى مقتضيات النظام العام المغربي في هذا الحكم . بينما ذهب معلق آخر لم يذكر اسمه، في تعليق منشور في مجلة الإشعاع - عدد 18، ص 271 وما بعدها - إلى أن النظام العام المغربي لم يحترم في الحكم المذكور، وأن ((عدم الدخول شرعا بالزوجة لا يرتب الفسخ)) (ص 273 من نفس المرجع) . وأن المساس بالنظام العام المغربي يتجلى في أنه ((لا يجبر الزوج على تطليق زوجته قضائيا إلا في ضوء أحكام التطليق القضائي المنصوص عليها قانونا)) (ص 274 من نفس المرجع) .

¹⁴⁴¹ - فاطمة المريني - الجنس كهندسة اجتماعية - ترجمة فاطمة الزهراء زربول . مرجع سابق، ص 92.

كرامتها، يبدو أن المرأة المغربية تلجأ للوسيلة الوحيدة التي تتوفر عليها ضد الزوج وهي الصراخ والتشهير به ، وهذا لا يعني أن الجيران أو المارة يهون لنجدتها¹⁴⁴² !! ، لأن ((العنف ضد الفتيات الصغيرات والنساء، عندنا مندمج في المشهد الثقافي، لدرجة أن إدانته تظهر مسألة طوباوية وسريالية))¹⁴⁴³ .

وإن صعوبة الإثبات في دعاوى التطليق للضرر، تُحجّم في الواقع، ممارسة دعوى التطليق للضرر، وتقضي حتى على ذلك الأمل الضعيف بانتهائها بالصلح. كما أن تلك الصعوبة تقوم كمبرر لممارسة دعاوى تستهدف في النهاية الوصول إلى الفرقة، لكن ليس استنادا على السبب الصحيح وهو الضرر. ولذلك (تزدهر) دعاوى التطليق للغيبة بالادعاء أمام القضاء بأسباب غير

¹⁴⁴² - نفس المرجع السابق - بالهامش رقم 9 .

وحول العنف الذي تتعرض له النساء . انظر :

- كتاب ((النساء والعنف)) - لمجموعة من الباحثين - بمساهمة من مؤسسة فريدريك إبيرت . المنشورات الجامعية المغربية، مراكش 1993 .

- العنف ضد النساء . أية حماية ؟ - لمجموعة من الباحثين . منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط. ويتضمن هذا المرجع أبحاثا حول الإعلان العالمي لمناهضة العنف ضد النساء، الذي اعتمده جمعية الأمم المتحدة في دجنبر 1993 . ودراسات ميدانية عن دعاوى التطليق للضرر الراجعة أمام المحاكم، وشهادات حول معاناة بعض النساء بسبب العنف .

- التحقيق الذي أجرته جريدة العلم (عدد 17005 بتاريخ 17 / 11 / 1996)، تحت عنوان : " المرأة المغربية ضحية العنف " . مع إحصائيات لتدخل مركز الاستماع والإرشاد القانوني والنفسي في الموضوع .

¹⁴⁴³ - فاطمة المرينسي في تقديمها لكتاب ((النساء والعنف)) - لمجموعة من الباحثات - بمساهمة من مؤسسة فريدريك إبيرت، المنشورات الجامعية المغربية، مراكش 1993، ص 10 .

وتجدر الإشارة إلى أنه، وفي سبيل تحسيس الرأي العام، بمحاربة العنف ضد النساء . فإن كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة ، نظمت ابتداء من 24 نونبر 1998، حملة لتحسيس الرأي العام بشأن موضوع العنف الذي تتعرض له المرأة . وذلك بمشاركة عدة فعاليات حقوقية واجتماعية . وقد انطلقت هذه العملية في المغرب، في إطار الحملة الإفريقية بخصوص محاربة العنف ضد النساء . والمنظمة من طرف اليونسكو (انظر : الحدث القانوني، عدد 11، دجنبر 1998، ص XXIII) . وانظر : خالد المختاري : الحملة الوطنية لمناهضة العنف ضد النساء : بعد التحسيس جاء دور الحلول العملية . بجريدة الاتحاد الاشتراكي - عدد 12 / 13 / 1998 / .

وتجدر الإشارة إلى أن وزارة العدل المغربية تقوم بتعاون مع صندوق الأمم المتحدة للسكان FNUAP بإعداد دراسات حول وضعية المرأة، خاصة استعمال العنف ضد النساء (انظر وثائق اليوم الدراسي ليوم 16 دجنبر 2000 المنعقد بالمعهد الوطني للدراسات القضائية حول المعالجة المعلوماتية للمعطيات المتعلقة بالزواج والطلاق)

صحيحة، وإعطاء عناوين وهمية للزوج قصد تفويت المسطرة عليه، بكل ما يحمله ذلك من تدليس مُرفَقَ بحسن النية، إذ الهدف هو الحصول وبأي ثمن على الفرقة مادام طريق الفصل 56 من المدونة لا يوصل إليها. والغريب أن أحكام التطبيق للغبية تصدر بسرعة لسهولة إجراءاتها، وطرق الطعن تفوّت مادام التبليغ يتم للقيم القضائي . ولذلك يمكن الحديث عن ((بدائل واقعية)) لدعوى التطبيق للضرر : وهي طلب التطبيق للغبية، والفرقة عن طريق الخلع ؛ خاصة وأن مسطرة بعث الحكمين نادرة التطبيق في حالة عجز المدعية عن إثبات دعواها مما يؤدي بها إلى تكرار دعواها كما سنرى في المبحث المتعلق بهذا الموضوع .

فطالبة التطبيق للضرر يقع على عاتقها إقامة الحجة على ما تدعيه . فنادرا ما تشترط الزوجة على زوجها تصديقها عند الادعاء بالضرر¹⁴⁴⁴ . حيث يمكن للزوجة حسب قواعد الفقه المالكي¹⁴⁴⁵ ، أن تشترط تملكها حق الطلاق إن ضارَّها زوجها¹⁴⁴⁶ . وقد تزيد الزوجة في

¹⁴⁴⁴ - انظر مثالا لهذا الشرط في قرار المجلس الأعلى عدد 147 . بتاريخ 16 / 06 / 1975 . قضية عدد 477251 . أورده أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 337، هامش رقم 72.

وقد أوجب المجلس الأعلى على المحكمة، إجراء محاولة الصلح بين الطرفين، رغم أن الزوج، كان قد التزم بجعل الطلاق بيد الزوجة، إن تجدد إضراره بها. وقد علق الدكتور أحمد الخليلي على هذا القرار، ملاحظا أن الأمر يتعلق بطلاق مملك وليس مجرد دعوى للضرر، فضلا عن كون محكمة الاستئناف غير مطالبة بإجراء محاولة الصلح . (التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 377، هامش 72) . وكذلك ملاحظته على نفس القرار، بمناسبة تعليقه على قرار المجلس الأعلى بتاريخ 11-01-1982 ملف عد 80/783، بمجلة القضاء والقانون، عدد 131 ص 115 و 116 هامش 8 .

¹⁴⁴⁵ - انظر الشيخ التسولي لدى قول ابن عاصم في تحفته : / ويثبت الإضرار بالشهود... أو بسماع شاع في الوجود / إذ قال : ((مفهوم النظم أنه لا يثبت بغير هذين الأمرين، ولو شرطت عليه في أصل العقد أو بعده أنها مصدقة في الضرر الذي تدعيه بغير يمين . وفي ذلك تفضيل... وحاصله، إن كان بعد العقد لزم شرطها اتفاقا...)) . وأضاف الشيخ التسولي حول شرط الزوجة عدم إضرار الزوج بما تحت طائلة جعل طلاقها بيدها، شارحا قول المتحرف : /وحيثما الزوجة تثبت الضرر... ولم يكن لها به شرط صدر/ قيل لها الطلاق كالملتزم... وقيل بعد رفعه للحكم/ ((وقد تحصل أنه إن أضر بها في بدنها فلها التطبيق من غير رفع للحاكم، إذا كان لها به شرط، وثبت الضرر عند الحاكم ولم يجد الزوج فيه مطعنا)) (التسولي - البهجة في شرح التحفة . ج 1، مرجع سابق، ص 496 - 497 و ص 503) .

¹⁴⁴⁶ - انظر : قرار المجلس الأعلى - عدد 147 . بتاريخ 16-06-1975، قضية عدد 47.79.51 . السابق الإشارة إليه أعلاه، والذي ذكره الدكتور أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 377 . حيث يتبين من القرار أن الزوج سبق له، وبمقتضى حكم سابق، أن التزم بتملك الزوجة لأمرها إن عاود الإضرار بها .

شرطها، أنها تكون مصدقة إن ادعت إضرار الزوج بها¹⁴⁴⁷. فإذا اشترطت الزوجة ذلك، وادعت تضررها من فعلٍ لزوجها، فإنها تكون مصدقة في ادعائها، دون إلزامها بإثبات الضرر. والمحكمة حيال هذا الشرط لا تزيد في حكمها على إعلان الطلاق استجابة لرغبة الزوجة، إذ يكون لها، حسب الفقه، تطبيق نفسها من غير رفع للحاكم¹⁴⁴⁸. لكن في غياب مثل هذا الشرط لا مناص للمدعية بالضرر من إثبات الضرر الذي تدعيه¹⁴⁴⁹.

وحسب قواعد الفقه التي يطبقها القضاء لحد الآن في الموضوع، يمكن أن تتخذ هذه الحجة إحدى صورتين: إما أن تكون حجة قطعية، أو تكون شهادة بالسماع. وتتمتع محكمة الموضوع بحريتها في تقدير هذه الحجج، بشرط تسيب تقديرها بأسباب معقولة وللمجلس الأعلى عدة قرارات بهذا الصدد¹⁴⁵⁰. والحجة القطعية هنا، هي المتمثلة في الدليل الحاسم على قيام

وانظر: قرار الدائرة الشرعية بمحكمة الشارقة الاتحادية (الإمارات العربية المتحدة)، رقم 42 لعام 83، بتاريخ 09-01-1984. منشور بالمجلة العربية للفقه والقضاء، عدد 4، س 1986، ص 85. وقد اعتبرت المحكمة المذكورة مثل هذا الطلاق من قبيل الطلاق المعلق.

1447- حيث يُنص في العقد على " ألا يضرَّ بها، في نفسها ولا في شيء من مالها، فإن فعل شيئاً من ذلك فقد جعل أمرها بيدها في طلقة واحدة مملّكة - وهي مصدقة في دعوى الضرر تصديقا مطلقا، دون بينة تلزمها في ذلك، بعد يمينها في الجامع الأعظم على صحة ادعائها. (انظر: - أبو العباس أحمد بن عرضون - اللائق لمعلم الوثائق - طبعة حجرية، دون تاريخ، ملزمة 13). وقد اختلف الفقهاء في اشتراط يمين الزوجة في هذه الحالة. والراجح أنها لا تُشترط (أبو الشتاء - مواهب الخلاق - ج 2، مرجع سابق، ص 335). غير أن الشيخ الزقاق، ذهب في لاميته على خلاف الراجح، وذلك بمنعه قبول شرط التصديق في دعوى الضرر بدون يمين الزوجة فقال:

"وعرس بلا إضرار بلا حلف جرى وإلا فصدق والسماع به اقبلا"

وقد مر معنا كلام الشيخ التسولي حول هذا الشرط.

1448 - علال الفاسي - التقريب - مرجع سابق، ص 270.

1449 - يستفاد من حكم لمحكمة الموضوع ورد في ثنيا قرار للمجلس الأعلى ((أن الزوجة غير المدخول بها، إذا ادعت عدم الرضى بعد العقد وقبل الدخول فإنها تطلق عليه. كذا أجاب السجلماسي ونقله المعيار. وإن إثبات ضرر غير المدخول بها، لا يشترط فيه الشرطان المشار إليهما في قول المتحف ((ويثبت الإضرار الخ)) بل يكفي إثبات عدم الرضى ((. وقد اعتبرت المحكمة أن امتناع الزوج عن تنفيذ الحكم القاضي عليه بالدخول بزوجه، دليلا على عدم رضاه، وقضت بالتطبيق تبعا للفقه. انظر: قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 970. بتاريخ 01-07-1986. أورده: إدريس بلمحجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية "، مرجع سابق، ص 40 - 41.

1450 - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 882، بتاريخ 24 / 06 / 1986، ملف رقم 544084، أورده حيثياته: إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 41 - 42.

الضرر ووقوعه، فقد تكون شهادة شهود بمعاينة إضرار الزوج بزوجته . وقد تكون إقرار الزوج بالإضرار بزوجته وإذ ذاك لا تكلف الزوجة في هذه الحالة - النادرة - بالإثبات، كما يدخل في ذلك القرائن التي تفيد القطع بالضرر¹⁴⁵¹، ويمكن القول أن الحصول على حجة قاطعة بإثبات الضرر بين الزوجين مسألة صعبة التحقق. ولذلك يتم التركيز على الشهادة السماعية - التي تعرضنا لها في مبحث الإشهاد على الزواج - حيث يتم قبولها في إثبات الضرر وفق قواعد الفقه المالكي¹⁴⁵². وهي شهادة لا يعتمد فيها الشاهد على مستنده الخاص بمعاينة الضرر، بل يعتمد

- وقرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 149 . بتاريخ 24-01-1967، بقضاء المجلس الأعلى، عدد 4، ص 25 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 15 . حيث قرر المجلس الأعلى ردا على الطاعنة التي دفعت بأنه يتعين تطبيقها لتكرار الضرر : ((حيث إن المحكمة قدرت موجب الضرر بما لها من سلطة تقدير قيمة الحجج، وطبقت عليه مقتضيات القواعد الفقهية تطبيقا صحيحا، وليس بأوراق الملف ما يدل على تكرار الضرر . كما أن الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية، موضوعه فيما إذا ثبت الضرر بوجه تام)) .

- قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - عدد 187 . بتاريخ 8 يونيو 1979 . بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المواد المدنية (1966-1982)، الرباط 1985، ص 295 .
- المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار 219 بتاريخ 29-04-1970 . بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المواد المدنية (1966-1982)، مرجع سابق، ص 549 .
- المجلس الأعلى - قرار عدد 400 . بتاريخ 17-04-1963 . ذكره أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج 1، ص 447 .

¹⁴⁵¹ - الشيخ المعداني - في حاشيته على شرح ميارة للتحفة - ج 1، مرجع سابق، ص 192 .

وهذا دليل على أن فقهاء المذهب المالكي، لا يحرصون الإثبات في شهادة اللقيف ؛ بل يتركون للقاضي استنتاج الضرر من دلالة القرائن القطعية .

¹⁴⁵² - انظر :

أبو العباس أحمد بن الحسن بن عرضون الزجلي - كتاب اللائق لمعلم الوثائق - المطبعة الحجرية - دون تاريخ - ملزمة 17 .

الشيخ خليل لدى قوله " وجازت بسماع فشا عن ثقة وغيرهم... وضرر زوج " - الزرقاني على مختصر خليل - مجلد 4، الجزء 7، مرجع سابق، ص 189

ميارة على التحفة لدى قول المتحف " ويثبت الإضرار بالشهود *** أو بسماع شاع في الوجود".

علال الفاسي - التقريب - مرجع سابق، ص 269 - 270 .

أبو الشتاء - التدريب على تحرير الوثائق العدلية - ج 1، مرجع سابق، ص 104-105 .

والجاري به العمل أمام المحاكم الآن، بخصوص شهادة السماع هو اعتماد شهادة اللقيف فيها، أي شهادة اثني عشر نفرا كما مر معنا في مباحث سابقة . وانظر تطبيقا لذلك بقرار مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى - في

على ما يتسامعه الناس فيما يتصل بعلاقة الزوجين، فيشهد الشهود بمستند سماعهم الفاشي على ألسنة الجيران والنساء والخدم وغيرهم، أن الزوج يضر بزوجه¹⁴⁵³: بالضرب الموجه، أو بالثتم المستمر، أو بالهجران من غير ذنب . وهي بذلك شهادة تفيد مطلق الظن، وعلم الظن - حسب قواعد الفقه - لا يعمل به إلا في مسائل خاصة، كضرر الزوجين وإثبات العسر¹⁴⁵⁴. واعتماد مثل هذه الشهادة هنا، هو الوجه الآخر لمبدأ التوسع في مفهوم الضرر. وإن كان لا يُقيد من حرية الإثبات بها، إلا اشتراط الفقهاء والقضاء وجوب أن تكون الشهادة مفسرة لا مجملة¹⁴⁵⁵، واشتراط المجلس الأعلى أن تتضمن الشهادة السماعية بالضرر النص على سبب الضرر، فقد قرر المجلس الأعلى¹⁴⁵⁶ ((إن بينة المدعية السماعية بالضرر عد 560 لا تنهض بها حجة، لعدم النص على سبب الضرر، وعجز وكيل المدعية عن بيانه بعد تكليفه))، فضلا عما سبق بيانه بخصوص ضرورة تضمينها عبارة (من غير ذنب جنته) . ولقد سبق الحديث - في مبحث

القضية عدد 10631 . بتاريخ 18 مارس 1954، بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، سنة 2، 1982، عدد 3-4، ص 42 . ومعه تعليق للأستاذ الصديق السايح .

¹⁴⁵³ - إن القضاء المصري، ورغم كون التطبيق للضرر مأخوذ من الفقه المالكي، يقرر أن شهادة السماع لا تقبل في دعوى التطبيق للضرر (نقض مصري - رقم 11 لسنة 47 بتاريخ 25 / 04 / 1979 . منشور بالمستحدث في قضاء الأحوال الشخصية . لمعوض عبد التواب - مرجع سابق، ص 132) كما أن القضاء المصري يقرر أن التطبيق للضرر ورغم أنه منقول عن الفقه المالكي، فإن الضرر يجب إثباته وفقا لأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة (نقض مصري - رقم 47 لسنة 51، بتاريخ 18 / 05 / 1982، بالمرجع السابق ص 137) .

¹⁴⁵⁴ - يقول الشيخ خليل : ((واعتمد في إيسارٍ بصحةٍ وقرينةٍ ضرٍ كضرر الزوجين)) (مختصر خليل في فقه الإمام مالك - مرجع سابق، ص 248) .

¹⁴⁵⁵ - أبو الشتاء بن الحسين الغازي الحسيني - مواهب الخلاق - ج 1، مرجع سابق، ص 340 .

ويشترط الفقهاء كذلك حلف الزوجة تعصيها للحجة السماعية لأنها حجة ضعيفة . لاحتمال كون السماع كان من واحد ولا يقوم الحق بذلك إلا مع اليمين (الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - المجلد 4، جزء 7، مرجع سابق، صفحة 188 و 189) لدى قول خليل : " وحلف " أي المحكوم له بشهادة السماع، وتكون اليمين على قاعدة النكول .

¹⁴⁵⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 149 . بتاريخ 24-01-1967، بقضاء المجلس الأعلى، عدد 4، ص 25 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 15 .

حيث قرر المجلس الأعلى ردا على الطاعنة التي دفعت بأنه يتعين تطبيقها لتكرار الضرر : ((حيث إن المحكمة قدرت موجب الضرر بما لها من سلطة تقدير قيمة الحجج، وطبقت عليه مقتضيات القواعد الفقهية تطبيقا صحيحا، وليس بأوراق الملف ما يدل على تكرار الضرر . كما أن الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية، موضوعه فيما إذا ثبت الضرر بوجه تام)) .

الإشهاد على الزواج - عن الليف ودوره في الإثبات أمام القضاء المغربي، والمشاكل التي ترتبط بإعماله . وإن الليف يقوم في دعوى التطليق بدور حاسم أيضا، وإنما نؤكد هنا نفس الملاحظات التي سبقت إثارتها هناك بهذا الصدد، خاصة ما يتعلق بإعمال مقتضيات قانون المسطرة المدنية المتعلقة بالشهادة والأبحاث، وبالأخص المقتضيات المتعلقة بالأبحاث في مادة الأحوال الشخصية، طبق الفصل 214 من ق.م.م. حيث ((يؤمر بالبحث تلقائيا أو بطلب من الأطراف. ويستمع إلى الشهود في هذا البحث أمام القاضي في غرفة المشورة)) وهو ما يعني ضرورة أداء الشهود لشهاداتهم أمام القاضي . وكل ذلك لأن الأبحاث المأمور بها طبق الفصل 214 ق.م.م. تخضع لقواعد المسطرة المدنية المنظمة للموضوع طبق الفصول 71-84 . خاصة ما يتعلق بأداء الشاهد للقسم القانوني على قول الحقيقة، وهو الإجراء المقرر تحت طائلة البطلان (الفصل 76 من ق.م.م.)، وكذلك استفسار القاضي للشاهد حول كل ما يراه ملائما لتوضيح الشهادة (الفصل 81 من ق.م.م.)، وبيان الشاهد لنوع الضرر المدعى به¹⁴⁵⁷ . إن هذه المقتضيات، تهدف إلى حماية مبدأ اقتناع القاضي في القضية، وترسيخ المفهوم الحقيقي للإثبات . وتُعطي لقاضي الأحوال الشخصية، من جهة أخرى، الوجه الحقيقي للسلطة التقديرية التي يتمتع بها في هذا المجال . أما الاعتماد المطلق على الليفيات، فكما أنه قد يعرض القضاء للتضليل، فإنه قد يكون قاصرا عن حماية حقوق الزوجة المتضررة . وأعتقد، أنه، وحتى في إطار الوضع الحالي لإثبات الضرر، حيث يُفترض الإثبات بالليف أساسا - لا يوجد ما يحول دون استماع القاضي، إلى شهود الليف واستفسارهم بنفسه .

إن كل ما يكتنف مسألة الإثبات في دعاوى التطليق للضرر، هو ما يؤدي إلى اللجوء إلى وسائل أخرى تضمن الحصول على الحكم بالفرقة، خارج دعوى التطليق للضرر، مما يفوت فرصة قد تكون ملائمة لإيجاد صلح بين الطرفين في إطار دعوى التطليق للضرر . وهكذا يتم اللجوء إلى مسطرة التطليق للغيبة أو الحصول على الفرقة عن طريق الخلع . إذ لا تكتنف دعوى التطليق

¹⁴⁵⁷ - فقد قرر القضاء المصري: ((إن الشاهد الثاني من شاهدي المطعون عليها، وإن شهد بأن الطاعن تهجم على زوجته في حضوره، حال وجوده في منزلها، إلا أنه لم يفسح عن كيفية حصول التهجم المشهود به وما إذا كان قد تم بالقول أو الفعل، حتى تقف المحكمة على حقيقة ما صدر من الطاعن تجاه المطعون عليها، وتقدر ما فيه من إساءة لها وتضرر أمثالها منه)) (نقض مصري - جلسة 18-01-1983، بموسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب، مرجع سابق، ج 1، ص 198).

ويتبين من هذا القرار، أن الأسئلة المطروحة من طرف محكمة النقض، يتعذر الإجابة عليها من طرف محكمة الموضوع . إن لم يتم الاستماع إلى الشهود مباشرة من طرف القاضي .

للغيبية الصعوبات التي تعرفها دعوى التطليق للضرر¹⁴⁵⁸ ، ولذلك تعرف دعوى التطليق للغيبية إقبالا، وتحولا في اتجاهها على حساب دعاوى التطليق للضرر، خاصة وأن المجلس الأعلى¹⁴⁵⁹ قضى بأن الحكم بالتطليق لا يحتاج إلى الإشهاد به أمام العدلين أو تحرير رسم به، ولا يتوقف على التجاء المرأة المحكوم بتطليقها إلى العدلين للإشهاد بأنها تطلق. كما أن صعوبة الإثبات، هي التي تدفع إلى اللجوء لطلاق الخلع، مما يفرز وضعاً طبقياً تكون فيه النساء الغنيات هن اللاتي يمكنهن اللجوء للخلع مادمن قدرات على دفع الفدية¹⁴⁶⁰. أما النساء الفقيرات فليس هن إلا تجربة

¹⁴⁵⁸ - مما يبرز السهولة التي كان يتم بها التطليق للغيبية عقب صدور المدونة، أن منشورا لوزارة العدل تحت رقم 60/7 بتاريخ 1960-04-06 تنبّه إلى كون قضاة التوثيق هم الذين يوقعون التطليق للغيبية بدل قضاة الحكم ولذلك تم تنبيه قضاة التوثيق إلى أهم وإن كانوا يباشرون الوثائق المتطلبية للتطليق للغيبية فليس لهم القيام بأمر هي من صميم الترافع، ونبه المنشور كذلك إلى طبيعة الإجراءات بخصوص الدعوى المذكورة (1) طلب التطليق لا بيت فيه إلا بحكم (2) ضرب الأجل وهو من الإجراءات المسطرية (3) الإعدار وهو من الإجراءات المسطرية (4) القضاء (الحكم) يكون بطلقة بائنة (5) تعيين وكيل الغياب والتلوم له. وقد نبه هذا المنشور إلى أن قضاة الحكم هم المختصون بكل ذلك. (المرجع مجموعة مناشير وزارة العدل لسنة 1960).

كما أن وزارة العدل تنبّهت إلى ظاهرة تستدعي الاهتمام، ولها ارتباط بالنظام العام: وتعلق بصودر أحكام التطليق في حق عسكريين فقدوا في ساحة المواجهة. ولذلك أصدرت الوزارة منشورا تحت رقم 970 بتاريخ 1984-11-05 تحت فيها على ضرورة تبليغ النيابة العامة بأحكام التطليق في حق العسكريين المذكورين لتتولى الطعن فيها بطريق الاستئناف.

وقد بين الأستاذ بلمحجوب مبدأ صفة النيابة العامة طبق الفصل 4/9 والفصل 263 من ق.م.م بخصوص الأشخاص المفترضة غيبتهم واقترح تدخل النيابة العامة في الدعوى حتى يتسنى لها الاستئناف (إدريس بلمحجوب - صفة النيابة العامة للطعن في أحكام مدنية - مجلة رسالة المحاماة، عدد 4، ص 65).

¹⁴⁵⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 673، بتاريخ 1985-05-07، بمجموعة قرارات المجلس الأعلى - أحوال شخصية - الرباط 1993، ص 131. وبمجلة القضاء والقانون، عدد 138، ص 197. وقد صدر هذا القرار اعتمادا على الفصل 78 من المدونة الذي ينص على أنه: ((تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الوفاة أو الفسخ أو المفارقة في النكاح الفاسد)).

¹⁴⁶⁰ - وإذا ما أرادت الزوجة المختلعة استرجاع الفدية نظرا لكونها كانت مضطرة للخلع نتيجة الضرر المسلط عليها طبق مفهوم الفصل 63 من المدونة. فإنها تصطدم مرة أخرى بصعوبة إثبات الضرر الذي يبرر لها استرجاع الفدية (انظر قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - عدد 64، بتاريخ 1970-03-18، بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 20، صفحة 30: حيث لم يؤخذ بحجة المدعية كذلك من طرف محكمة الاستئناف في إثبات الضرر لعيوب شكلية باللفيف، فأبطلته لذلك، وقد دفع الخصم بأن الحجة لم تتضمن أن الإضرار كان من غير ذنب جنته الزوجة).

حظهن مع طرق الإثبات الوعرة، أو اللجوء إلى التقاضي بسوء نية في مساطر الغيبة . أو أكثر من ذلك باللجوء، كرد فعل مباشر ضد الزوج، لمساطر تستهدف التخليق عن طريق ضرب الزوج في قدرته الجنسية بادعاء العجز الجنسي من قبله حتى يتم استبعاده تماما من الظهور بساحة التقاضي، خاصة في وسط اجتماعي محافظ . والممارسون يلمسون كل هذه الأوضاع ويرون عدة زيجات تُهدم بطرق تدليسية، كان يمكن إنقاذها لو اتبعت المسطرة الحقيقية في دعاوى التخليق للضرر على علاقتها. ويضاف لصعوبة الإثبات المذكورة، الإحساس المتولد في نفسية المرأة المتقاضية إزاء القاضي وشخصيته حيث يظهر بوضوح عدم التكافؤ في الرؤية الاجتماعية بين القاضي والمتقاضيات مما يؤدي إلى تباينات واضحة في تقييم الضرر¹⁴⁶¹ ولذلك فإن بعض الفعاليات النسائية تطالب بقلب قاعدة عبء الإثبات بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية أسوة بقانون الشغل¹⁴⁶²

إن كل ما ذكر يستدعي إعادة النظر في دور القاضي في هذا المجال، ومراعاة معطيات وظروف التحول الاجتماعي في نظرة القاضي لشؤون الأسرة . ومراعاة مثل هذه الأمور ليست غريبة في تراثنا الفقهي، فقد جاء على لسان صاحب العمل السوسي أبي زيد عبد الرحمان بن عبد الله الجشتيمي¹⁴⁶³:

ويرى أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي: أن الزوج طبق الفصل 63 مدونة هو المكلف بإثبات عدم الضرر (التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 325) . بينما يجعل الفقه المالكي عبء إثبات الضرر على الزوجة لاسترداد الخلع - قال الشيخ خليل "ورد(الزوج) المال بشهادة سماع على الضرر وييمينها مع شاهد أو امرأتين" (انظر : الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - المجلد 2، ج 4، مرجع سابق، ص 74 - وأبو الشتاء - مواهب الخلاق - ج 2، ط 2 - مرجع سابق ص 336) .

¹⁴⁶¹ - انظر دراسة ميدانية هامة حول أوضاع المتقاضيات، ونظرتهم للقضاء، ونظرة القضاة لهن، وتجربة الخطأ والصواب التي تطبع مسيرة تقاضيهن أمام المحاكم المصرية - لدى الدكتور ملك حسني زعلوك : " حق المرأة المتقاضية بين النص القانوني والممارسة " - مجلة اليقظة العربية (مصر)، عدد 6، سنة أولى 1986، صفحة 130.../.

وبالنسبة للدراسات المماثلة في المغرب حول هذه النقطة، انظر : زينب معادي - الأسرة المغربية بين الخطاب الشرعي والخطاب الشعبي - نشر المركز الوطني لتنسيق وتخطيط لبحث العلمي، 1988، ص 81 وما بعدها .

¹⁴⁶² - انظر التوصية الصادرة عن أشغال ندوة : العنف ضد النساء . أية حماية ؟ (الدار البيضاء 1995) . منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط. ص 84 . وقد طالبت نفس التوصية باعتبار الاجتهاد القضائي وسيلة لتكييف القوانين بهدف حماية النساء ضد العنف .

¹⁴⁶³ - المنهل العذب السلسيل - ج 1 . الرباط 1984، مرجع سابق، صفحة 244-245.

من رفعت إلى القضاة أمرها :: ليكشفوا بعدلهم ما ضررها
 يلزمهم إسعافها ما أمكنا :: وينفذون الحق إذا تبيّننا
 وأعتقد أن القاضي الآن يتوفر على آليات للعمل في مجال دعوى التطليق للضرر بصفة
 خاصة، لأنها هي التي يبرز فيها تدخل القاضي واستعمال سلطته التقديرية، وكل ما عليه هو
 إحسان استعمال تلك الآليات (مجلس العائلة، جلسات الصلح، والبحث، الحكمان) وتفعيلها بما
 يخدم صالح الأسرة .

الفقرة الثالثة - بعث الحكّمين في دعوى التطليق للضرر غير المعصدة بالحجة :

قد لا تستطيع الزوجة
 إثبات الضرر اللاحق بها من طرف زوجها. ولذلك يُرفض طلبها المتعلق بالتطليق للضرر .
 غير أن الضرر يبقى ملازماً لها. ولذلك، وتقديراً لصعوبة الإثبات في هذا الباب، لتعلق
 الأمر بمسائل شخصية في الغالب، يتعذر إقامة الحجة عليها، يمكن للزوجة المتضررة رفع
 دعواها بالضرر من جديد¹⁴⁶⁴ تكراراً لشكواها بالزوج . غير أنه، وفي هذه الحالة، يتم
 اللجوء إلى مسطرة أخرى، تتأرجح فيها الدعوى بين عدة خيارات، ويلعب فيه عنصر
 جديد وهو الحكمان قديماً، وربما مجلس العائلة حديثاً، دوراً مهماً، إن قاما بالفعل بالدور
 المنوط بهما على حقيقته . وقد ينتهي تدخل هذه الجهات بأحد الحلول التالية : إما إنهاء
 العلاقة الشقاق بين الزوجين بالصلح، أو بإيقاع التطليق، أو بإقرار الخلع .
 فقد نص الفصل 56 من المدونة ((2 - إذا رُفض طلب التطليق، وتكررت
 الشكوى، ولم يثبت الضرر، بعث القاضي حكّمين للسداد بينها .

ونشير لمنشور وزارة العدل بشأن إرشاد المتقاضيات الضعيفات والحث على دور نقابة المحامين والنيابة
 العامة في الموضوع .(منشور عدد 512، بتاريخ 04-01-1969، بمجلة القضاء والقانون، عدد 103، سنة
 11، صفحة 126).

¹⁴⁶⁴ - يرى أستاذنا الدكتور أحمد الخمليشي، أن الزوجة لا تقدم في هذه الحالة، دعوى تطليق ثانية . وإنما تقدم
 شكوى (التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 342) . وأعتقد أن الفصل 56 من
 المدونة اقتبس عبارة "الشكوى"، من تعبيرات الفقهاء المالكيين . وأنه في إطار القواعد العامة للتقاضي حالياً لا يبد
 وأن يتعلق الأمر بدعوى، حسبما تقتضيه مقتضيات التنظيم القضائي . ويلاحظ أن الفقهاء يعبرون كذلك على
 تكرار الدعوى، بتكرار الرفع .

3 - على الحكّمين، أن يتفهّما أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبدّلا جهدهما في الإصلاح . فإن أمكن على طريقة معينة قرراها، وإذا عجزا عن الإصلاح رُفِع الأمر إلى القاضي، لينظر في القضية على ضوء تقريرهما)) .

وإنه، ولعدم تفصيل مهمة الحكّمين بمقتضى الفصل المذكور، فإن القضاء يتلمس مهمتهما على ضوء قواعد الفقه المالكي . فقد قرر المجلس الأعلى¹⁴⁶⁵ أنه ((لا تكون الشهادة بالضرب أو الضرر عاملة، حتى يقول الشهود : أنه ضربها أو أضرَّ بها، من غير ذنب تستوجبه . وتظهر ثمرة هذا الشرط فيما إذا كان الضرر بسببها، فإنها تخالغ عن نفسها، وإلا طلقت بدون خلع . لقول خليل في باب القسم للزوجات : " فإن أساء الزوج طلقا (أي الحكمان) بدون خلع أو العكس")) . وحسب قواعد الفقه المالكي، فإن أولى الخطوات بالنسبة لدعوى التطليق للضرر غير المعضدة بالحجة، تكون بإسكان الزوجة بين قوم صالحين وذلك حتى يمكن للقاضي، الاستعانة بشهادة الجيران حول ظروف حياة الزوجين . فإن شهدوا بثبوت الضرر كانت الدعوى معضدة بالحجة وتطبق عليها مسطرة الضرر الثابت¹⁴⁶⁶ . فإن دام الإشكال، ولم يستطع الجيران التوصل إلى معرفة الحقيقة، فهنا يأتي دور الحكّمين، اللذين يتمتعان بدورهما بسلطة تقدير الضرر¹⁴⁶⁷ . إن مدونة الأحوال الشخصية، لم تأخذ بالخطوة الأولى، خاصة وأن أزمة السكن، تحول دون تكليف الزوج بهذا الإجراء غالبا . ولذلك اكتفت المدونة بالنص مباشرة على بعث الحكّمين في الحالة التي يتعذر فيها إثبات الضرر . ومناطق اتخاذ إجراءات التحكيم بواسطة الحكّمين، هو محاولة التعرف على أسباب الشقاق والضرر التي تعذر إثباتها، تبعا لقواعد الإثبات . إذ أن تكرّر الشكوى، دون استطاعة إثبات الضرر، قرينة، على وجود شقاق بين الزوجين، مما استوجب بعث حكّمين لتقصيه وتفهم أسبابه بينهما .

¹⁴⁶⁵ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 2546 . بتاريخ 20-03-1984، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 37-38، ص 129 .

¹⁴⁶⁶ - الصديق السايح - في تعليقه على حكم مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى . عدد 1084 . مرجع سابق، ص 63../. وانظر : الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - مجلد 2، ج 4، مرجع سابق، ص 60 و 61 .

¹⁴⁶⁷ - محكمة التعقيب السورية - قرار رقم 600 ق 633، بتاريخ 29-06-1981، بالمجلة العربية للفقه والقضاء، عدد 1، ص 1، 1984، ص 188 .

كما أن الفصل 56 من المدونة، لم يحدد من له الصفة ليكون حكماً : هل يكون من أهل الزوجين أو من غير أهلها ؟ كما لم ينص على شكل القرار الذي يتخذه القاضي ببعثهما¹⁴⁶⁸ . ومادام القضاء، وتبعاً لمبدأ الإحالة، يرجع لأحكام الفقه المالكي، فإن هذا الفقه، يشترط أن يكون الحكم عدلاً راشداً له معرفة بأحكام النشوز عند الفقهاء، مثل التطبيق بلا عوض أو مع العوض، وأن يكون الحكمان من أهل الزوجين، لأنهما بهذه الصفة يكونان أعلم بأسباب الخلاف، ولهم رغبة في رأب الصدع¹⁴⁶⁹ ، لقوله تعالى ((وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها، إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما، إن الله كان عليماً خبيراً))¹⁴⁷⁰ . فإن لم يتوفر الحكمان من الأهل عُيناً من غير الأهل¹⁴⁷¹ خاصة من الجوار. غير أن هذه المقتضيات الفقهية، يمكن أن تتأثر الآن بإحداث مؤسسة " مجلس العائلة "، كما يثور التساؤل عما إن كان بعث الحكمين قاصر فقط على حالة تعذر ثبوت الضرر :

أولاً - أثر إحداث مجلس العائلة على مسطرة بعث الحكمين :

بمقتضى التعديلات الأخيرة لمدونة الأحوال الشخصية (ظهير 1993/09/10) تمت إضافة الفصل 156 مكرر لفصول المدونة . وقد نص هذا الفصل على أنه : ((يُحدث مجلس للعائلة تناط به مساعدة القاضي في: اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة . ويحدد تكوينه ومهامه بمقتضى مرسوم)) . ولقد صدر مرسوم بشأن تكوين مجلس العائلة، بتاريخ 26 دجنبر 1994¹⁴⁷² . وحدد تركيبته ومهامه . وقد نص الفصل السابع

¹⁴⁶⁸ - إن المشرع المصري (الفصل 8 المعدل من قانون الأحوال الشخصية لسنة 1929) حدد تشكيلات قرار بعث الحكمين، وذلك بالنص على تاريخ بدء وانتهاء مهمة الحكمين، على أن لا تتجاوز مدة ستة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر . وأدائهما اليمين للقيام بمهامهما بعدل وأمانة .

¹⁴⁶⁹ - الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - مجلد 2، ج 4، مرجع سابق، ص 60 و 61.

¹⁴⁷⁰ - النساء - 35 .

وحول هذه الآية الكريمة انظر كتيب الدكتور تقي الدين الهلالي - أحكام الخلع في الإسلام - مبحث بعث الحكمين - نشر المكتب الإسلامي، بيروت 1983، ص 10.../.

¹⁴⁷¹ - وسبب جواز تعيين الحكم ولو من غير أهل الزوجين، هو أن الفقهاء لم يحملوا قوله تعالى : ((حكماً من أهله وحكماً من أهلها)) - على الوجوب، بل حملوه على الاستحباب (انظر : محمد علي الصابوني - روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن . ج 1، مرجع سابق، ص 524 وما بعدها) .

¹⁴⁷² - مرسوم رقم 2 - 94 - 31 بتاريخ 26 . 12 . 1994 بالجريدة الرسمية عدد 4292، بتاريخ 01 .

من المرسوم على أن ((مهام مجلس العائلة مهام استشارية . يقوم مجلس العائلة بالتحكيم لإصلاح ذات البين إذا خيف الطلاق أو التطلق، أو الشقاق بين الزوجين . له كذلك، أن يُبدي رأيه في نطاق الاختصاصات المسندة للقاضي في الزواج وانهلال ميثاقه... وفي النفقة... وفي الأهلية والنيابة الشرعية... وفي المساطر المتعلقة بالأحوال الشخصية، من قانون المسطرة المدنية)) . وحسب هذا الفصل، تتوافر أمام مجلس العائلة إمكانية التدخل في مجال مهم، بخصوص مقتضيات المدونة والمسطرة المدنية المتعلقة بمادة الأحوال الشخصية، ولذلك يبدو من المقتضيات السالفة الذكر، أنه يمكن أن يعين الحكمان من أعضاء هذا المجلس، ويمارسان مهامهما بتنسيق مع باقي أعضائه .

إن آلية هذه المجلس لم تبلور بعد في التطبيق القضائي، وإن كان الفهم السائد يذهب إلى أن هذا المجلس يقوم بدوره أمام قاضي التوثيق فقط . أي أنه يتدخل في المرحلة غير القضائية . بينما وحسب النصوص المبينة أعلاه يتبين بوضوح، أن مجلس العائلة يلعب دوره حتى في المرحلة القضائية، أي أمام جهة الحكم . واعتقد أنه، يتعين على قاضي الموضوع استغلال إمكانيات هذا المجلس في دعوى التطلق بالأخص . لأن إجراءات وكذا أشخاص المجلس محددة ومهامه مبينة . وبذلك يتم تلافي الغموض الذي يكتنف أمر بعث الحكمين وفق مقتضيات الفصل 56 من المدونة . هذا الغموض الذي يحول في الواقع، غالباً، دون بعثهما . مما يجعل هذه المسطرة شبه معطلة أمام المحاكم . وعسى ألا يكون هذا القاضي الذي يستعين بمجلس العائلة، مضطراً لاستعمال مقتضيات الفصل 8 من المرسوم المذكور أعلاه التي تنص : ((يصرف القاضي النظر عن استشارة مجلس العائلة بعد استفاد جميع الوسائل لتكوينه)) .

وسواء تم تعيين الحكمين، بالاعتماد على مقتضيات الفصل 56 من المدونة أو في إطار مرسوم تكوين مجلس العائلة، فإن مهمتهما هي السعي إلى محاولة الصلح بين الزوجين . فإن أمكن على طريقة معينة قرراها وإن تعذر ((رُفِع الأمر إلى القاضي لينظر في القضية على ضوء تقريرها)) (الفصل 56 من المدونة) . وبذلك فإن الحكمين يتمتعان بسلطات واسعة في هذا الباب، وهي

-
- القاضي بصفته رئيساً .
 - الأب، والأم، أو المقدم .
 - أربعة أعضاء يعينهم القاضي من بين الأقارب أو الأصهار، بالتساوي، بين جهة الأب وجهة الأم أو جهة الزوج حسب الأحوال . وإذا تعذر توفرهم من الجهتين أمكن تكوينه من جهة واحدة "

سلطات مفصلة في الفقه المالكي¹⁴⁷³، تمكنهما من اتخاذ عدة حلول تبعا لمصدر الإساءة للعلاقة الزوجية، والتي يقدرها الحكماء، والتي يجب إثباتها كذلك أمامهما من قبل من يدعي الإساءة¹⁴⁷⁴. ويتوفر الحكماء حسب قواعد الفقه المالكي، على ثلاث إمكانيات بهذا الصدد :

1 - إذا ثبت أن الإساءة هي من طرف الزوج فقط، فإنهما "يحكمان" بالتطبيق بدون خلع لأن الضرر منه، والضرر يزال¹⁴⁷⁵.

2 - وإن ثبت أن الإساءة من الزوجة فقط، فيمكن لهما : إما أن يأتمناه عليها . أو يصدران حكما بالتطبيق ويخالعا لصالحه بمقابل حسب اجتهادهما.

3 - أما إن كانت الإساءة مشتركة فيمكن التطبيق لصالح الزوجين بلا خلع .

¹⁴⁷³ - انظر : الزرقاني علي مختصر الشيخ خليل لدى قوله : " طلقا بلا خلع... وأتيا الحاكم فأخبراه ونفذ حكمهما". مجلد 2، جزء 4، مرجع سابق، ص 60-63. وابن جزى - القوانين الفقهية - مرجع سابق - ص 157. وميارة على التحفة - ج 1، مرجع سابق، صفحة 195 .

¹⁴⁷⁴ - محكمة التعقيب السورية - قرار عدد 600 / ق 633 . بتاريخ 29-06-1981 بالجملة العربية للفقه والقضاء، عدد 1، سنة 1984، ص 188 .

¹⁴⁷⁵ - يرى أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، أن من حق المطلقة تطليقا قضائيا، خاصة لضرر الزوج، الحق في المتعة . مشيرا إلى أن المشرع المغربي نفسه خرج عن أحكام المتعة وفق الفقه المالكي الذي يعتبرها مستحبة، بينما أوجبها المدونة . انظر : أحمد الخليلي - الثلاثي المتحكم في تطور قانون الأحوال الشخصية . بمجلة الميادين، عدد 3، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي، ص 86 .

وتجدر الإشارة، إلى أن الفقه المالكي يعتبر المتعة مستحبة . ذلك أن الإمام مالكا اعتبر الخطاب الوارد في قوله تعالى : ((ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره)) البقرة / 236، محمولا على الندب لقوله تعالى في نفس الآية ((حقا على المحسنين))، ولقوله تعالى في آية أخرى : ((وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين)) البقرة / 229 . إذ لو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين (محمد علي الصابوني - روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن . مرجع سابق، ص 414 وما بعدها . وص 322 وما بعدها، من الجزء الثاني من نفس المرجع والطبعة) .

وقد سبقت إشارتنا للقضية التي عرضت على القضاء، وكانت تتعلق بطلب الزوجة تطليقها لأن زوجها لم يقيم حفلة الزفاف ولم يدخل بها منذ أربع سنوات، وأنه بعد العقد تمرب من التزاماته بإعداد بيت الزوجية . وطالبت المدعية بتعويضها عن الضرر الذي لحق بها بما قدره 20000 درهم . فقضت المحكمة بالتطبيق لكنها رفضت الحكم بالتعويض، بحجة عدم وجود ما يبرر ذلك . انظر : خديجة الروكابي : العنف داخل مؤسسة الأسرة (نموذج الزوجية)، بأشغال ندوة : العنف ضد النساء . أية حماية ؟. منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط. ص 48 وما بعدها . ومن رأي الباحثة المذكورة أن المدعية هنا لها الحق في التعويض عن الأضرار اللاحقة بها من جراء تركها معلقة، وتفويت فرص الزواج عليها . وأن مستند الحكم بالتعويض هو الفصل 230 و 236 من قانون الالتزامات والعقود.

وعلى ذلك، يتخذ الحكمان قرارهما تبعا لمقدار تساوي أو تفاوت إساءة أي من الطرفين، ويرتبان على ذلك جعل التطليق بعوض أو بغير عوض . وكان من المعمول به في القضاء المغربي قديما، تحرير رسم عدلي بما قرره الحكمان¹⁴⁷⁶ . وينفذ القاضي ما قرراه¹⁴⁷⁷ . ويظهر من كل هذا، أن مهمة الحكّمين حسب الفقه المالكي، تشمل بالإضافة للصّح، إمكانية إيقاع الطلاق، حيث يستقلان به وينفذه الحاكم ولا معقب على حكمهما هذا . ولذلك فإن مقرر لجنة وضع المدونة المرحوم علال الفاسي، وللتقريب بين نصوص المدونة في الموضوع ومقتضيات الفقه المالكي المذكورة أعلاه، يرى أن لفظ الإصلاح المنوط بالحكمين طبق الفصل 56 من المدونة، يشمل حتى الحكم بالطلاق، ليتفق ذلك مع أحكام المذهب المالكي . وإذن فيجري الحكمان على مقتضى ما في الفقه المالكي ويمضي ما يقررانه من حكم . وحسب المرحوم علال الفاسي دائما، فإن أخذ نص المدونة على ظاهره، لا يخوّل للحكمين حق الحكم بشيء وإنما لهما محاولة الإصلاح، ثم رد الأمر للقاضي عند العجز . والصواب، أن الحكم مكلف بالحكم لا بالصّح¹⁴⁷⁸ . ولذلك تساءل أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، بحق : ((ومقتضى هذا أن يكون قرارهما ملزما . فهل ينفذ بأمر

¹⁴⁷⁶ - وهذا نموذج لذلك الرسم، بخصوص إساءة الزوجة : " ... رأيا (أي الحكمان) تفارقهما (أي الزوجين) حكما فيه بأن أخذ للزوج من زوجته فلانة كذا، وأسقط عنه كالثها قبّله، بعد علمهما بقدره، كما أسقط عنه خراج عدتها منه، على أن طلاقها عليه طليقة واحدة تملك بها المرأة نفسها بعد اجتماعهما على ذلك . ونفّذا حكمهما بذلك لما رأياه والصّاح لهما. وثبت عنده (القاضي) أعزه الله. قبض فلان لما أخذاه له من زوجه المذكورة... وأوجب إمضاء ما فيه (الرسم) ونفاذه والحكم به فأمضاه وأنفذه "

وإن كان الزوج هو المسيء، يجرر الرسم كما يلي : " وظهر للحكمين من النظر والحكومة والتحكيم، أن طلقا عليه زوجته فلانة، فلا أخذ شيء منها له، ولا إسقاط حق من حقوقها، إذ تبين لهما عداؤه عليها وظلمه لها. وطلقت فلانة طليقة واحدة... " . انظر : ابن عرضون - كتاب اللائق لمعلم الوثائق - مرجع سابق، ملزمة 17 .

¹⁴⁷⁷ - قال الشيخ خليل : " ونفذ طلاقهما وإن لم يرض الزوجان والحاكم ولو كان من جهتهما " . وقال : " وأتيا (أي الحكمان) الحاكم، فأخبراه، ونفذ حكمهما " - الزرقاني على مختصر الشيخ خليل، مجلد 2، ج 4، مرجع سابق، ص 60-62 .

وقال صاحب التحفة :

" وما به قد حكما يمضي ولا إعدار للزوجين فيما فعلا " . انظر : ميارة على التحفة - ج 1، مرجع سابق، ص

195.

¹⁴⁷⁸ - علال الفاسي - التقريب - مرجع سابق، ص 276.../.

من رئيس المحكمة، كما هو الشأن بالنسبة لأحكام المحكّمين عموماً (الفصل 320 من ق.م.م) ؟ أم بأمر من القاضي الذي رفعت إليه الشكاية ؟¹⁴⁷⁹ .

وأعتقد، أن القاضي هو الذي أمر ببعث الحكمين، ولم يتم تعيينهما من قبل الأطراف كما هو الشأن في التحكيم، وعلى ذلك فالقاضي الذي بعثهما هو الذي يتولى تنفيذ قرارهما، بالنص على نفاذه بمقتضى حكمه في الموضوع، سواء تعلق الأمر بالصلح أو بإيقاع الفرقة، وهذا كله انطلاقاً من كون القضاء يربط مهمة الحكمين بقواعد الفقه الإسلامي، ومن كون الفقه ينظر للتطليق كجزاء . إذ في حال الإساءة من قبل الزوجة يقابل بخلع لفائدة الزوج، في حين تقابل إساءة الزوج بإيقاع التطليق دون تعويض لصالح الزوجة¹⁴⁸⁰ .

ثانياً - هل بعث الحكمين مقصور على حالة تعذر إثبات الضرر فقط ؟

إن مبعث هذا التساؤل، ناتج

عن قرارين صادرين عن المجلس الأعلى .

* فقد قرر المجلس الأعلى¹⁴⁸¹ ((إن المشرع، قصر بعث الحكمين على ما إذا تعذر ثبوت الضرر، وتكرّر الرفع حسب الفقرة الثانية من الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية . أما إذا اثبت الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة، فإن القاضي يطلق على الزوج على مقتضى الفقرة الأولى من نفس الفصل المذكور)) . وكان هذا رداً من المجلس الأعلى على الطاعن الذي طعن في صحة حكم استئنافي قضى عليه بتطليق زوجته للضرر دون بعث الحكمين . وكانت الزوجة قد أثبتت الضرر .

¹⁴⁷⁹ - يأخذ الأستاذ الصديق السايح، بكون التنفيذ يكون بأمر رئيس المحكمة . انظر تعليقه على حكم مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، عدد 10631 . مرجع سابق، ص 69 . وربما أخذ بهذا الرأي لكون حكم الحكمين طبق قواعد الفقه المالكي، لا يقبل الطعن، ولكون حكمهما يحتاج كحكم المحكّمين لمن يأمر بتنفيذه (الفصلان 319-320 من ق.م.م) .

¹⁴⁸⁰ - انظر : قرار المجلس الأعلى عدد 2546 . بتاريخ 20 مارس 1984، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 37-38، ص 129 . وقد سبقت الإشارة للأحكام التي تضمنها بخصوص دور الحكمين والجزاء الناجم عن إساءة أي من الزوجين .

¹⁴⁸¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 130 . بتاريخ 5 يوليوز 1971، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 23، ص 38 .

* كما أن المجلس الأعلى¹⁴⁸²، رفض طلب النقض الذي تقدمت به المدعية بالضرر، ضد حكم استئنائي قرر ((إن بعث الحكّمين لا يكون إلا مع تكرار رفع الشكوى وتعذر ثبوت التعذر . وأن التعذر لا يتحقق إلا بعد تكليف (كذا) المدعية بإثبات الضرر، وتدعي التعذر . وتقوم قرينة على ذلك التعذر وهو الأمر الذي لا يتوفر في النازلة)) . وقد ألغى الحكم الاستئنائي المذكور حكم المحكمة الابتدائية الذي أمر القاضي فيه، ببعث حكّمين لإصلاح ذات البين، خاصة، وأن الزوج يضرب بها ويهددها بالقتل، وقضى الحكم الابتدائي تبعاً لذلك بالتطبيق . وقد سار المجلس الأعلى على خطى محكمة الاستئناف بقوله : ((وحيث إن توفر شرط تكرار الشكوى بالضرر، مع عدم إثباته، مفقود سواء في المرحلة الابتدائية أو الاستئنافية، بالحصص الوارد في الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية ؛ مما يجعل القرار المطعون فيه مصادفاً للصواب)) .

من خلال هذين القرارين، يظهر أن مقتضى هذا الاتجاه، هو عدم اصطناع الحجة بالضرر للزوجة، بواسطة الحكّمين وبمجرد رفعها للدعوى الأولى بالضرر المجردة عن الحجة . وكان هذا الاتجاه، يرى أن تكرار الشكوى هو الدليل على جدية الادعاء¹⁴⁸³، غير أنه، وكما يلاحظ أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، فإن بعث الحكّمين بمجرد الدعوى الأولى المجردة عن إثبات الضرر لا يؤدي بحد ذاته إلى بطلان الدعوى¹⁴⁸⁴ . خاصة وأنه وحسب قول للمالكية، لا يشترط تكرار الشكوى ؛ بل يجوز إرسال الحكّمين لأول مرة تعجز فيها الزوجة عن الإثبات¹⁴⁸⁵ .

¹⁴⁸² - المجلس الأعلى - قرار عدد 176 . بتاريخ 27-03-1978، قضية عدد 86-646، ذكره الدكتور أحمد الخليلي - في تعليقه على قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 11-01-1982، بمجلة القضاء والقانون، عدد 131، ص 116 - وكتابه - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 341 .

¹⁴⁸³ - يلاحظ الدكتور صبحي محمصاني - أنه يشترط في المذهب المالكي، وفي القانون المصري، وفي القانون السوري - لإمكان بعث الحكّمين " ألا يكون الشقاق ثابتاً، ولكن إذا ثبت ذلك وعجز القاضي عن الإصلاح فإنه يحكم بالتفريق من دون تعيين الحكّمين . وهو قول موافق لنص الآية التي تقول : " وإن خفتم شقاق بينهما " ومعلوم أن الخوف أقل من الثبوت " (صبحي محمصاني - الأوضاع التشريعية في الدول العربية - مرجع سابق، صفحة 505) .

¹⁴⁸⁴ - أحمد الخليلي - في تعليقه المشار إليه أعلاه، بمجلة القضاء والقانون، عدد 131، مرجع سابق، ص 116 .

¹⁴⁸⁵ - عبد الكريم شهبون - شرح مدونة الأحوال الشخصية - الكتاب الثالث، تطوان، دون تاريخ الطبع، صفحة 34 .

وأضيف، إن أعمال مقتضيات مجلس العائلة، من شأنها القول ببعث الحكّمين منذ الدعوى الأولى . مادام من اختصاصات المجلس المذكور، وحسب الفصل 7 من مرسوم تكوين مجلس العائلة (26 دجنبر 1994) " التحكيم لإصلاح ذات البين، إذا خيف الطلاق أو التطليق أو الشقاق بين الزوجين " . فصياغة هذا الفصل عامة، تشمل تدخّل هذا المجلس سواء بمناسبة دعوى التطليق للضرر الأولى أو الثانية، بل إن تدخله يكون حتى عند الخوف من وقوع الشقاق بين الزوجين .

وتبقى الإشارة إلى أنه عند إغفال محكمة الدرجة الأولى، لإجراء بعث الحكّمين، عند تكرار دعوى التطليق للضرر وتعذر إثباته، فإني أعتقد أنه يمكن لمحكمة الاستئناف التي تنظر في الدعوى من جديد القيام بالإجراء المذكور، ببعث حكّمين من طرفها. لأن نشر الدعوى من جديد أمام محكمة الاستئناف يخولها بعث الحكّمين، ولا تقضي المحكمة بإرجاع الملف إلى المحكمة الابتدائية لاستكمال الإجراء المذكور، فمحكمة الاستئناف تملك وبما لها من سلطة في التصدي، البت في القضية مباشرة، تلافياً لإطالة أمد النزاع، وزيادة الهوة بين الزوجين المتنازعين .

المبحث الثاني

موقف المجلس الأعلى

من نصوص المدونة المتعلقة بممارسة حق الحضانة

مادة الحضانة من أخصب المواد الرائدة أمام القضاء¹⁴⁸⁶، ونشرت بشأنها عدة قرارات خاصة على صعيد المجلس الأعلى . ولذلك يثور التساؤل حول ما إن كان لعمل المجلس الأعلى بهذا الخصوص، صدى في التعديلات التي تناولت بعض مسائل الحضانة في مدونة الأحوال

¹⁴⁸⁶ - تبعا لدراسة الأستاذة كترة المراني العلوي : فإن قضايا الحضانة التي درستها بالمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء تتعلق نسبة 55.5% منها بالمطالبة بحق الحضانة سواء من قبل الأب أو الأم . و نسبة 37.03% تتعلق بإسقاط حضانة الحاضنة للفساد . و نسبة 7.40% تتعلق بإسقاط الحضانة لزواج الحاضنة (كترة المراني العلوي - الأسرة المغربية - مرجع سابق، ص 153).

الشخصية، وما إن كانت الحلول القضائية المتخذة أكثر استجابة للمفاهيم الحديثة في ميدان الحضانة، خاصة بعد انضمام المغرب إلى الاتفاقية الدولية حول حقوق الطفل .

لقد مس التعديل الذي هم مدونة الأحوال الشخصية مؤخرًا، بعض مسائل الحضانة، فتم تعديل الفصل 99 من المدونة، وتقرر بمقتضى ذلك إسناد الحضانة للأب عقب الأم مباشرة في حالة انفصام العلاقة الزوجية، كما عدل الفصل 102 الذي غير حد سن الحضانة بالنسبة للفتى فجعله 12 سنة بدل سن البلوغ، وغير حد سن الحضانة بالنسبة للأنثى فجعله 15 سنة بدل امتداد الحضانة إلى حين دخول زوجها بها¹⁴⁸⁷. كما تضمن التعديل حق خيار المحضون، بعد انتهاء فترة حضانتهم، في الالتحاق بمن يشاء من أبويه أو أقاربه المنصوص عليهم بالفصل 99 من المدونة . وبذلك لم يمس هذا التعديل جملة من القضايا التي تعرفها الساحة القضائية على صعيد الحضانة . سواء بالنسبة لطبيعة حق الحضانة (المطلب الأول)، أو مراعاة مصلحة المحضون (المطلب الثاني)، أو بالنسبة لبعض حالات إسقاط الحضانة (المطلب الثالث)، أو بالنسبة لسكنى المحضون (المطلب الرابع) . وهي حالات كلها ترتبط بمصلحة المحضون وتؤثر عليها .

المطلب الأول

الموقف من طبيعة حق الحضانة

اختلف فقهاء المذاهب حول ما إن كانت الحضانة تعتبر حقًا أم واجبا . وهل هي حق للصغير فيجبر الحاضن على القيام بها كواجب عليه، أم أن الحضانة حق للحاضن فلا يجبر على القيام بها، ويمكنه التنازل عنها ؟ وقد تفرع هذا الخلاف بين الفقهاء إلى أربعة أقوال¹⁴⁸⁸ : الأول يرى أن الحضانة حق للحاضن وهو مشهور مذهب الإمام مالك، والثاني يذهب إلى أنها حق للمحضون لتعلقها بذاته، والثالث يرى أنها حق للحاضن والمحضون مع رجحان حق المحضون وهذا هو الراجح عند الحنفية، أما الرابع فيعتبر أن الحضانة حق لله تعالى، أي من الحق العام لأن

¹⁴⁸⁷ - يلاحظ أن المدونة ورغم خروجها عن أحكام الفقه المالكي بهذا الصدد، فإنها أبقّت على التمييز بين الذكر والأنثى فيما يتعلق بسن الحضانة .

¹⁴⁸⁸ - عبد الله الداودي : الحضانة - فقهيًا في صياغة جديدة - بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب .

كفالة الأطفال واجب على الناس جميعاً¹⁴⁸⁹ . وعليه فمشهور المذهب المالكي هو اعتبار الحضانة حقاً للحاضن¹⁴⁹⁰ . وإن كان الفقيه المالكي ابن محرز يقول بكون الحضانة حق مشترك بين الحاضن والحضون¹⁴⁹¹ . ولم تبين مدونة الأحوال الشخصية طبيعة هذا الحق صراحة . وإنما يتبين أن المشرع اختار الأخذ بمشهور المذهب المالكي، لما جوز الخلع للزوجة بشيء يتعلق به حق الأولاد ما لم تكن المرأة معسرة (ف 65 مدونة)، وهو ما يستفاد أيضاً من مقتضيات الفصل 106 من المدونة الذي يرتب سقوط حق الحضانة إذا ما سكت من له الحق فيها مدة سنة بعد علمه بزواج الحاضنة بغير محرم الحضون، إذ أن السكوت المذكور يعتبر بمثابة تنازل عن الحضانة . وكل هذا يفيد أن المدونة تعتبر الحضانة حقاً للحاضن .

والجلس الأعلى يقر هذا التكييف الفقهي والقانوني للحضانة، ففي نازلة تتعلق بالتزام الأم بالتنازل عن الحضانة، قرر المجلس الأعلى¹⁴⁹² مبدأ عاماً مفاده أن ((الحضانة حق للحاضن، إذا أسقطها تسقط كما يلزمه تنازله عنها))، واعتبر المجلس الأعلى تبعاً لذلك، أن حكم محكمة الاستئناف يكون مخطئاً لما قضى بأن ((الالتزام في النازلة يتعلق بحق ثابت للمحضون لا يملك الحاضن حق التنازل عنه حتى يلزم بتنفيذ هذا التنازل)) . فلا يشترط المجلس الأعلى، سوى أن

¹⁴⁸⁹ - والقول الأول هو للشافعي وأحمد الثوري ورواية عن مالك . واختار القول الثالث الحنفية وهو المرجح لديهم (الشيخ أبو زهرة - الأحوال الشخصية . ط 2 ، مصر، دون تاريخ . ص 413) .

¹⁴⁹⁰ - انظر :

- القوانين الفقهية لابن جزي - مرجع سابق . ص 166 .

- وابن عاصم في التحفة، حيث يقول :

الحق للحاضن في الحضانة وحال هذا القول مستبانة

لكونه يسقطها فتسقط وقيل بالعكس فما إن تسقط

- و الزرقاني على مختصر الشيخ خليل . المجلد 2، ج 4، مرجع سابق، ص 268، 272 و 273 .

¹⁴⁹¹ - ميارة على التحفة - مرجع سابق، ج 1، حيث أورد قول ابن محرز بالصفحة 269 . وهو قول يوصف بأنه ضعيف (الزرقاني - المجلد 2، ج 4 - مرجع سابق . ص 273) .

¹⁴⁹² - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 296 . بتاريخ 5 يوليوز 1978 . بمجلة القضاء والقانون عدد 129 ص 112 .

- و قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - عدد 139 . بتاريخ 13-06-1970 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 22، ص 40 .

- وكذلك حكم محكمة السدد بالرباط - في القضية الشرعية عدد 70/1208 . ذكره عبد النبي ميكو - الوسيط - ج 1 . مرجع سابق، ص 484 .

يكون التنازل عن الحضانة صريحاً¹⁴⁹³، وألا يكون التنازل عن الحضانة قد تم قبل ثبوتها¹⁴⁹⁴ حيث قرر المجلس الأعلى بهذا الصدد : ((نص الفقهاء، على أن إسقاط الحضانة قبل وجودها، لا أثر له، ولا يُلزم مسقطها، ومن ثم كان على المحكمة أن تقيم حجة التنازل، طبق الفقه المنصوص عليه في النازلة، بعد التأكد من اسم المتنازلة عن الحضانة، وصفتها، وعلاقتها بالمخضون، مما كان معه قرارها ناقص التعليل)) . وعلى ذلك نقض المجلس الأعلى الحكم الذي قضى بجرمان الجودة من الحضانة بعلّة تنازلها عنها، والحال أن إشهادها بالتنازل المذكور كان قبل ازدياد المخضون¹⁴⁹⁵.

إن هذا الموقف بخصوص اعتبار الحضانة حقاً للحاضن، مخالف لما أخذ به المشرع والقضاء المصريّ، اللذين وتبعاً للإحالة على المذهب الحنفي، يعتبران هذا الحق مشتركاً بين الحاضن

¹⁴⁹³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1724 . بتاريخ 24 / 12 / 1991، بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 222 .

وقد اعتبر المجلس الأعلى في هذا القرار، أن عبارة " تَحْمُلُهُ لِبنته منها " الواردة في رسم الطلاق عبارة ((فيها احتمال، ومعلوم أنه لا قضاء مع احتمال)) وهي بذلك عبارة، لا تفيد تنازل المدعية عن حقها في الحضانة .

¹⁴⁹⁴ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 406 . بتاريخ 21 / 04 / 1992، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، ص 145 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 86 .

¹⁴⁹⁵ - لقد جاء في ديباجة القرار عدد 406 لمذكور أعلاه، والمنشور كذلك بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية (1962 - 1995)، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 1997، ص 155 - ((إسقاط الحضانة قبل وجودها، لا أثر له، ولا يلزم مسقطها . ففي النوازل للسيد المهدي الوزاني الجزء 2 ص 389 ما نصه " وسئل عن خالعت زوجها، على أن تنفق على ابنتها إلى أن تتزوج، فإن تزوجت، ردت البنت إلى أبيها . وحضرت أمها جدة المخضونة، ووافقت وأسقطت حقها من الحضانة، إن وجبت لها . فأجاب : إسقاط الجودة حضانتها، غير لازم لها، لأنها من إسقاط الشيء قبل وجوبه، كما في التزامات الخطاب وشرحه إلى أن قال ابن عرفة : الفتوى عندنا، في من خالعت زوجته على أن تسقط هي وأمها الحضانة، إنما لا تسقط في الجودة لأنها أسقطت ما لم يجب لها)) . ومحتوى هذه القاعدة، لم يرد بمجلة قضاء المجلس الأعلى (عدد 46 ص 145) . كما أن محتوى القاعدة المذكورة - من حيث النصوص الفقهية - لم يتضمنه القرار . وهذه الحالة كثيرة الوقوع في القواعد التي تدرج في ديباجة القرارات المنشورة من طرف المجلس الأعلى . وفي بعض محاكم النقض توجد مكاتب فنية تعنى بصياغة ديباجة القرارات الصادرة، صياغة فنية، تبرز محتوى القرار قي قواعد قانونية مختصرة، كما تسهل البحث بواسطة كلمات - مفتاح في المصنفات الورقية والإلكترونية، ويظهر أن هناك اهتماماً بهذا الموضوع على صعيد المجلس الأعلى مؤخراً .

والمحزون، مع تقوية جانب المحزون¹⁴⁹⁶، على أساس أن الحضانة كولاية نظر، مدارها على مصلحة المحزون. كما أن موقف المشرع المغربي والقضاء المغربيين يخالف ما أقره المشرع التونسي تحت ضغط أحكام القضاء التونسي، الذي دفع بالمشرع إلى اعتبار مبدأ مصلحة المحزون عند التنازل عن الحضانة¹⁴⁹⁷، وهذا يدل على أهمية عمل القضاء في الموضوع. فمبدأ مراعاة

¹⁴⁹⁶ - جاء في حكم محكمة جربا الشرعية (مصر) بتاريخ 22 يوليوز 1933 ((لكل من الحضانة والمحزون حقا في الحضانة وأن حق المحزون أقوى من حق الحضانة، وأن إسقاط الحضانة حقها في الحضانة لا يسقط حق الصغير)) . انظر بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 545. وحول الموضوع بمصر، انظر:

- أنور العمروسي - أصول المرافعات الشرعية في الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ط 3، ص 319.

- محمد محيي الدين عبد الحميد - الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية - مرجع سابق ص 333.

- علي حسب الله - الفرقة بين الزوجين، مصر - د.ت.ط - ص 256.

¹⁴⁹⁷ - ونظرا لأهمية موقف القضاء التونسي، واستجابة المشرع التونسي له اعتقد أنه من المفيد استعراضه، ببعض التركيز استنادا إلى دراسة الأستاذ : محمود شمام - الحضانة : وتطورها في التطبيق بالبلاد التونسية - بمجلة القضاء والتشريع (تونس) عدد 7، س 24، سنة 1982، ص 45 وما يليها .

فقد كان الفصل 64 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية يخول للحاضن إسقاط حق الحضانة، ما لم يكن هناك مستحق آخر للحضانة فلا يقبل الإسقاط . ورغم هذا الفصل فقد كان القضاء التونسي يعتبر الحضانة حقا للمحزون أو أنها حق للحاضن والمحزون مع تقديم حق المحزون، وأن إسقاط الحضانة لا يقبل إلا متى وجدت مصلحة في ذلك للمحزون. فقد جاء في الحكم الاستثنائي عدد 55.681 بتاريخ 10-01-1963 " حيث انحصر الخلاف بين الطرفين في صحة التمسك بإسقاط المدعى عليها لحضانة ابنتها. وحيث اقتضى الفصل 64 من المجلة أن لمستحق الحضانة أن يسقط حقه فيها ثم ينتقل الحق لمن يليه في الرتبة بشرط وجود هذا الأخير وعدم امتناعه من قبول الحضانة وإلا فلا يقبل الإسقاط . وحيث يظهر مما جاء بهذا الفصل(64) أن المشرع لما اشترط في صحة إسقاط الحضانة توفر الشرط المذكور كان ذلك منه باعتبار الحضانة هي حق للمحزون لا للحاضنة. وحيث تبين بالإطلاع على حجة الإسقاط أن المدعى عليها أسقطت حقها بدون مراعاة ذلك الشرط..."

كما أن محكمة التعقيب التونسية أصدرت قرارها عدد 4875 بتاريخ 24-08-1966 ضد حكم استثنائي صادر بتاريخ 1 دجنبر 1965 (أي في ظل الفصل 67 من المجلة قبل تنقيحه والذي ينص على تحديد سن الحضانة في 7 سنوات للذكر و 9 سنوات للإنتى وبعدها يكون للأب أخذ المحزون ما لم تقتض مصلحة المحزون بقاءه عند الحضانة) . وقد جاء في قرار محكمة التعقيب ((أن الأساس الأصلي الذي تجب مراعاته أولا وبالذات في هذا الموضوع هو مصلحة المحزون، وذلك لمعرفة من هو الأصلح من الأبوين لحضانة الابن: ضرورة أن أحكام الحضانة كلها إنما تهدف لحماية المحزون وتحقيق مصلحته على أكمل صورة ممكنة)) .

وتحت ضغط أحكام القضاء التي تصب في هذا الاتجاه، باعتبار مصلحة المحزون قبل كل شيء، ضاربا صفحا عن مصلحة الحاضن وعواطفه دون إهمال حقه. سارع المشرع التونسي بتاريخ 03-06-1963 إلى إصدار القانون عدد 49 (المنشور بالرائد الرسمي عدد 24) بإلغاء الفصل مقتضيات الفصل 57 وأحل محله

مصلحة المحضون، هو المدخل لكل إصلاح فيما يخص الحضانة، خاصة وأن أغلب أحكام الحضانة هي أحكام اجتهادية¹⁴⁹⁸ من طرف الفقهاء، وأن التقديم في رتب الحضانة هو من باب الأولى لا من باب الأوجب، أي أن الأولوية تكون لمن يكون أضمن لمصلحة المحضون لا مجرد ورود رتبة الحاضن في ترتيب معين.

ولذلك فإن اعتبار الحضانة حقا للحاضن وتمكينه من إسقاطها ولو كان في ذلك مضرة للمحضون، من المسائل التي تتنافى مع فلسفة الحضانة في حد ذاتها، خاصة وأن من أهم الآثار الخطيرة لاعتبار الحضانة حقا للحاضن، هو إمكانية جعل إسقاط الحضانة مقابلا في الخلع، حيث تتنازل الزوجة عن حقها في الحضانة مقابل حصولها على الطلاق الخلعي، مما يضر بمصلحة المحضون لا محالة .

مقتضيات تنص على كون الحضانة مشتركة بين الأبوين مادامت الزوجية قائمة . كما ألغى مقتضيات الفصل 67 وعوضها بمقتضيات تنص على إعطاء الحاكم صلاحية إسناد الحضانة في حالة انفصام الزوجية لأحد الأبوين أو لغيرهما تبعا لمصلحة المحضون . وتُوج هذا التدخل التشريعي بتعديلات سنة 1981 حيث حول القانون رقم 7 بتاريخ 18-02-1981 (الرائد الرسمي عدد 11) للقاضي صلاحية إسناد الحضانة للأم ولو كانت متزوجة بغير محرم للمحضون إذا كانت مصلحة المحضون تقتضي ذلك. وبلغ الإصلاح مداه لما حول المشرع للأم حق الولاية على أبنائها القصر بعد وفاة الأب (وهو ما أخذ به المشرع المغربي بمقتضى التعديل الأخير للمدونة (ظهير 10 . 09 . 1993) .

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الأنظمة (هولندا : في سنة 1970، سويسرا : في سنتي 1972، و 1976 . وفرنسا في سنة 1970، ثم وبالأخص قانون 22 / 07 / 1987) قد ألغت السلطة الأبوية (Puissance paternelle) وأحلت محلها ولاية القرابة (Autorité parentale)، فيما يتعلق بشؤون الطفل . وذلك انسجا ما مع مبدأ المساواة بين الزوجين فيما يخص إدارة شؤون الطفل الشخصية والمادية، ولو بعد الطلاق . وانسجاما كذلك، مع مقتضيات الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، التي تنص على الحفاظ على علاقة الطفل مع كلي أبويه . انظر :

- Claude COLOMBET, La famille. 5e éd. P. U. F, 1997, p. 255 et s.
- Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Les droits de l'enfant. 3e éd. « que sais-je? » , P. U. F. n°852,1991. p 7.

- أحمد الخلميشي : الأسرة الغربية والأسرة الإسلامية (التطور والمصير) . بكتابه وجهة نظر مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1988، ص 228، هامش 8 .

¹⁴⁹⁸ - مما يدل على كون أحكام الحضانة اجتهادية قابلة للتغيير، ما تعرضت له أحكام المدونة من تغيير بمقتضى ظهير 10-09-1993 .

إن الفقه المالكي يميز مبدئياً الخلع مقابل إسقاط الزوجة لحقها في حضانة أطفالها¹⁴⁹⁹، غير أنه لا يميزه إذا كان في التنازل عن الحضانة ضرر على المحضون، سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً¹⁵⁰⁰. بينما نجد المدونة لا تميز الخلع بحق من حقوق الأولاد إلا في حالة ما إذا كانت المرأة معسرة فقط (الفصل 65)¹⁵⁰¹، مما يدل على أن القيد يتعلق فقط بالضرر المادي الذي يمكن أن

¹⁴⁹⁹ - قال الشيخ خليل، وهو يستعرض ما يمكن الخلع به: ((وبإسقاط حضانتها)) . انظر شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل، ج 4، مرجع سابق، ص 66.

¹⁵⁰⁰ - قال الشيخ الدسوقي في حاشيته على مختصر الشيخ خليل: ((وهذا مقيد بالألأ يخشى على المحضون ضرر، إما بعلوق قلبه بأمه أو لكون الأب غير حصيف، وإلا فلا تسقط الحضانة حينئذ ويقع الطلاق)) . انظر: الدسوقي في حاشيته على شرح الدردير على مختصر الشيخ خليل - ج 2، مرجع سابق، ص 349.

¹⁵⁰¹ - انظر منشور وزارة العدل عدد 61/5 بتاريخ 06-01-1960 (مجموعة مناشير وزارة العدل لسنة 1964، ص 46) الذي نبه القضاة إلى ضرورة البحث عن الوضعية المادية للمختلفات تطبيقاً للفصل 65 من المدونة. وكذلك منشور وزارة العدل بتاريخ 06-01-1967 حول نفس الموضوع. وقد قرر المجلس الأعلى أنه بعد إعسار المختلعة فإن نفقة الأبناء تقع على أبيهم (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 816. بتاريخ 14 / 07 / 1992. ملف رقم 6324 / 91، أورد حيثياته: إدريس بلمحجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية"، مرجع سابق، ص 43 - 44). كما اعتبر المجلس الأعلى أن الزوجة غير الراشدة إذا اختلعت بنفقة الولد، دون حضور وليها، فإنها لا تلزم بما اختلعت به طبق مقتضيات الفصل 62 من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص على أنه ((تخالع الرشيدة عن نفسها، والتي دون الرشد إذا خولعت، وقع الطلاق، ولا تلزم ببذل الخلع، إلا بموافقة ولي المال)) (قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 707، بتاريخ 1998/12/29. بمجلة المحاكم المغربية، عدد 85، نونبر/دجنبر 2000، ص 136 وما بعدها).

ولقد نبه الدكتور أحمد الخليلي إلى ملاحظة هامة، وتتعلق بأثر اختلاع الأم بنفقة الأولاد، بالنسبة للأطفال تبعاً لمبدأ نسبية أثر العقود (الفصل 128 من ق.ل.ع). حيث يبقى للأبناء بناء على ذلك مطالبة الأب بالنفقة، ولا يمكن دفع دعواهم باتفاق الخلع المعقود مع أمهم المختلعة. لكن طبق قواعد المدونة لا يبقى على الأب أي التزام، ولا يحق للأولاد مطالبته بالنفقة ربما حتى في حالة عسر الأم الملتزمة (أحمد الخليلي - كيف نقرأ قانون الالتزامات والعقود - مرجع سابق، ص 23). وهذه حالة من الحالات التي تتجابه فيها أحكام المدونة مع الإطار القانوني العام.

ومن رأيه، أنه في حالة موت المختلعة أو إعسارها أو امتناعها من تنفيذ تعهداتها؛ فإن الأب يبقى ملزماً بنفقة الأبناء ويمكن مقاضاته من طرف الأبناء، وكذلك النيابة العامة قياساً على الفصل 471 من القانون الجنائي. ويكون للأب الرجوع على المختلعة (أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية. ج 1، مرجع سابق، ص 321، والهامش 60).

يصيب الخضون تبعا لعدم القدرة المالية للمرأة . في حين يتعين إدخال حتى الجانب المعنوي في الاعتبار، إذ لا داعي للتمييز بين الالتزامات المالية وغير المالية بهذا الصدد¹⁵⁰².

ولذلك فإن بعض فقهاء المذهب المالكي المغربي المعاصرين، نادى باعتبار الحضانة حقا خاصا بالخضون، لأن اعتبار الحق للحاضن يجعل حقه ماليا يباع ويشترى ويُعاوض به في الخلع، ويخلص تبعا لذلك إلى أن ((الخلع على إسقاط الحضانة لا يجوز، وهو لاغ بقوة الشرع، وأن الإنسان أشرف وأكرم من تقبل العبث بمصالحه))¹⁵⁰³.

وإذا كان للخلع بإسقاط الحضانة وحقوق الأولاد ضرر على الأطفال، فإن له أثرا سلبيا آخر ويتعلق الأمر بمخلخلة ترتيب الحاضنين، وما يجر ذلك من نزاعات أمام المحاكم، خاصة قبل تعديل الفصل 99 من المدونة الذي لم يكن ينص على مرتبة الأب كحاضن بعد الأم عند الطلاق، والذي كان يتم التنازل عن الحضانة لمصلحته في الخلع¹⁵⁰⁴. وقد استقر عمل المجلس الأعلى

¹⁵⁰² - وفي سبيل القضاء على بعض الأسباب التي تلجئ الزوجة إلى الخلع بحقوق الأولاد، فإن بعض الباحثين يقترح تعديلا للفصل 65 من المدونة كما يلي : ((لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأولاد كالتزام المرأة بتحمل نفقة أولادها بدلا عنه:

- إذا امتنع الزوج من قبول الطلاق بالخلع فللمرأة رفع أمرها للقضاء .
- إذا أثبتت المطلقة نشوز زوجها، أو أبدت للقاضي الأسباب المعقولة لطلب الخلع، فله أن يختلعا منه برد جزء من المهر أو نصفه وإلا ألزمت برده كله أو أغلبه " (الدكتور إدريس الكتاني، جريدة الشرق الأوسط، ليوم 01 - 11-1985) .

¹⁵⁰³ - عبد الله الداودي - الحضانة - مرجع سابق، ص 149.

¹⁵⁰⁴ - كان الفصل 99 من المدونة قبل التعديل ينص على حضانة الأم ثم أمها ثم أم أمها ثم أخت الأم.... بحيث لم يذكر الأب من جملة مستحقي الحضانة . وقد أصبح الأب بعد تعديل الفصل المذكور، يحتل المرتبة الثانية، بعد الأم، في ترتيب مستحقي الحضانة . وهو تعديل يعتبره البعض غير مناسب للنصوص الفقهية المتعلقة بترتيب الحاضنين في الفقه المالكي . (انظر : السعيد بوركية - نظرة حول تعديل الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية . ضمن كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993) الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويسي بالرباط، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فردريك إبيرت FRIEDRICH EBERT حول ((تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظواهر 10 شتنبر 1993 - حصيلة أولية، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، 1997، ص 78 وما بعدها، وبالأخص ص 85 . بينما يرى البعض في التعديل المذكور، إعادة لاعتبار الأب في مادة الحضانة . انظر بحث عبد الرزاق مولاي رشيد، بنفس المرجع السابق، ص 17 - 18 :

Abderrazak MOULAY R'CHID - La réforme du code de statut - personnel marocain (Une avancée dans la consolidation des droits de l'homme) .

على ما جرى به العمل وفق قواعد الفقه المالكي بهذا الخصوص¹⁵⁰⁵، أي انتقال الحضانة لمن يلي الأم المختلعة في مراتب الحضانة لا إلى الأب مباشرة¹⁵⁰⁶. فقد قرر المجلس الأعلى¹⁵⁰⁷ في ظل النص السابق قبل تعديله ((حيث إن المطلوبة في النقص تنازلت عن حضانتها، فإن الحضانة تنتقل إلى من يأتي بعدها (الجدة قبل تعديل الفصل 99 مدونة) حسب ترتيب الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية، لا للأب مباشرة، الذي هو الطاعن)) . كما قرر المجلس الأعلى في نفس السياق¹⁵⁰⁸ أن الأم ((إنما أسقطت حضانتها عن المولود ولم تتكفل بالعمل على أن يكون المتنازل له رغم كل شيء هو الطاعن (وهو الأب في النازلة))) . كما قرر المجلس الأعلى¹⁵⁰⁹ أن ((الحكم المحكوم بإعطائه الصيغة التنفيذية قضى بإسقاط حضانة الطاعنة التي هي أم المحضونين ... كما تنص على ذلك مقتضيات الفصل 107 من مدونة الأحوال الشخصية، وكان الحكم المذكور لصالح المطلوبة في النقص التي هي أم الأب، وكانت هي المدعية في الدعوى المسجلة في محكمة طرابلس . بحيث لم يتقدم لطلب الحضانة من يسبقها في الترتيب المنصوص عليه في الفصل 99 من نفس المدونة . فإنه لم يقع خرق للفصل المشار إليه)) . كما أن المجلس الأعلى، يذهب بخصوص تنازل الأم عن الحضانة، إلى أن التنازل لا يمتد إلى الحاضنات من جهتها . فقد قرر المجلس الأعلى¹⁵¹⁰ أن تنازل المطلقة عن حضانتها ((لا يشمل أمها المدعية، التي لم تلتزم بشيء، فحقها باق، وليس للبنت المطلقة أن تحرمها منه وليس للمطلقة أن تصرف الحضانة لمن شاءت،

1505 - انظر حاشية الشيخ البناي على شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل . ج 4، مرجع سابق، ص 66.

1506 - وهو ما أفتى به المفتي (الأستاذ الغازي الحسيني) في ركن المفتي بالتلفزة المغربية يوم 21-09-1984.

1507 - المجلس الأعلى - قرار عدد 296 . بتاريخ 1 يوليوز 1978، بمجلة القضاء والقانون، عدد 129، ص 172.

1508 - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 139 . بتاريخ 13 يوليوز 1970، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 22، ص 40.

1509 - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 509، بتاريخ 28 / 06 / 1982، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 26، ص 62 .

1510 - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 911 . بتاريخ 28 / 06 / 1988، بمجلة القضاء والقانون، عدد 140-141، ص 164. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 34 . ووفق هذا، هو ما أفتى به نفس المفتي بركن المفتي بالتلفزة المغربية بتاريخ 21-09-1984، والذي أوضح أن إسقاط الحضانة من طرف الأم والجدة معا في آن واحد في الطلاق الخلعي، لا يلزم الجدة . لأنها أسقطت الحضانة قبل استحقاقها لها، بخلاف إن عبرت الوثيقة على أن الأم أسقطت حضانتها وبعد ذلك أو في التالي أسقطت الجدة حضانتها فهنا تسقط حضانة الجدة بخلاف الحالة التي يتم فيها التعبير بواو العطف.

وإنما لها أن تحضن إن شاءت وهي أولى بالحضانة من غيرها، أو تتنازل عنها وتذهب إلى حال سبيلها، ويصل الحق إلى الجدة أم الأم وهي المدعية حسب الفصل 99 من المدونة . فإن الجدة المدعية لم تأخذ بالحضانة بعلّة أن المطلقة صرفتها لها، وإنما أخذتها بوصفها جدة للمحضونة وليس لوالدة الطفلة أن تمنعها من حقها... وليس في أي كتاب من كتب الفقه أن للأم أن تتصرف في الحضانة كيف تشاء، فتمنعها لمن تشاء)) . ولذلك رفض المجلس الأعلى طلب النقض الذي قدم في مواجهة الجدة التي أخذت المحضونة بعد تنازل الأم عن حضانتها.

إن المجلس الأعلى كان يأخذ في حلوله هاته، بما جرى به العمل في باب الحضانة¹⁵¹¹ . أما بعد تعديل الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية (ظهير 10 / 09 / 1993)، فإن تنازل الأم عن الحضانة، ينقلها إلى الأب، الذي أصبح تاليا للأم في الرتبة، بعد التعديل المذكور . ويطبق القضاء هذا المقتضى الجديد بأثر رجعي . فقد اختلعت زوجة بحضانة ولدها لفائدة الأب بتاريخ 01 / 12 / 1992، وبقي الولد عند أبيه . فتقدمت جدته من جهة الأم بطلب إسقاط حضانة الأب بتاريخ 09 / 06 / 1993، على أساس أنها هي المستحقة لها طبق الفصل 99 من المدونة (قبل تعديل 10 / 09 / 1993) . فصدر الحكم الابتدائي مستجيبا لطلب الجدة بتاريخ 23 / 07 / 1993 . فطعن فيه المحكوم عليه بالاستئناف بتاريخ 06 / 12 / 1993، محتجا بالفصل 99 من المدونة بعد التعديل، الذي جعل الأب في الرتبة الثانية بعد الأم في مراتب الحاضنين . فدفعت المستأنف عليها بأن الفصل 99 المذكور بعد التعديل يسري بأثر فوري وليس بأثر رجعي، خاصة وأن الحكم المستأنف صدر قبل تعديل الفصل المذكور . فألغت محكمة الاستئناف بمراكش الحكم الابتدائي على أساس الفصل 99 من المدونة المعدل، مصرحة أن ((الظهير المتمسك به ليس بقانون إجرائي حتى يمكن مناقشة قاعدة الرجعية والفورية))¹⁵¹² . وتصدت للقضية وقضت تبعا لذلك برفض طلب المدعية . ويبدو من قرار منشور للمجلس الأعلى، أنه يطبق مقتضيات الفصل 99 المعدل من المدونة، بأثر رجعي ولو كانت الدعوى الراجعة سابقة على

¹⁵¹¹ - يقول صاحب العمل المطلق :

وإن تكن بعقد خلع أبرمت	وفي الحضانة لزوج سلمت
انتقل الحق بما للأقرب	من بعدها كأما لا للأب
إذ مالها في نقلها للغير حق	وتمّ من بما منه حـق
وإن يخلعها على أن تسقطا	مع أمها حضانة ابن سقطا
حق المخالعة لا الأم كما	أفتى بتونس الشيوخ العلما

¹⁵¹² - محكمة الاستئناف بمراكش، قرار عدد 469، بتاريخ 03 / 05 / 1994، بمجلة المحامي، عدد 25 /

التعديل . فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى¹⁵¹³ وهو ينقض حكما استثنافيا قضى بأحقية الجدة في الحضانة بعد سقوط حضانة بنتها: ((حقا، حيث إن ما عابته الوسيلة صحيح، ذلك أن الطاعن أثار أن الجدة الطالبة لاستحقاق الحضانة، تسكن مع بنتها المطلقة والتي سقطت حضانتها . وما ردت به المحكمة عن هذا الدفع من كون الفصل 98 لم ينص على عدم سكنى المستحق للحضانة مع من سقطت حضانته الخ. هذا الجواب غير سليم . فقد نص غير واحد من الفقهاء على انفراد سكنى الجدة عن بنتها التي سقطت حضانتها . قال الشيخ خليل : " وحضانة الذكر للبلوغ والأنتى كالفقة الخ - إلى أن قال : - ثم أمها ثم الجدة، إذا انفردت بالسكنى عن أم سقطت حضانها الخ ... " إضافة إلى أن الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية، الذي ينص على ترتيب المستحقين للحضانة، قد تم تغييره بالظهير رقم 347-93-1 وتاريخ 10 / 09 / 1993 وبمقتضاه أصبح الأب في الرتبة الثانية بعد الأم، الشيء الذي كان معه القرار ناقص التعليل، الذي هو بمثابة انعدامه، وتعرض بسبب ذلك للنقض))¹⁵¹⁴ .

المطلب الثاني

تحقيق مصلحة المحضون

تتزامن في الحضانة عدة حقوق، تعود للمحضون والحاضن والولي. غير أن الأولى بالرعاية هو حق المحضون، وهذا المبدأ أصبح عالميا الآن بإقرار الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، والتي انضم

¹⁵¹³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1208 . بتاريخ 10/04/1994، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 47، ص 163. ومنشور كذلك بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية (1962 - 1995)، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربعة، مرجع سابق، ص 175 .
¹⁵¹⁴ - حول اتجاه بعض محاكم الموضوع، وتردها بين تطبيق مقتضيات الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية، بأثر رجعي، وبين تطبيقه على القضايا اللاحقة للتعديل . انظر : حسن بومزوغ - الاجتهاد القضائي وتعديل المدونة (عرض لبعض الأوجه العملية لتطبيق مدونة الأحوال الشخصية)، . ضمن كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993) الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويسي بالرباط، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فردريك إبيرت FRIEDEDRICH EBERT حول ((تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظواهر 10 شتنبر 1993 - حصيلة أولية))، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، 1997، ص 237 - 242 .

إليها المغرب¹⁵¹⁵. ولذلك فالحضانة سواء في إقرارها أو إسقاطها تتعلق أساسا بمصلحة المحضون ، وقد نصت المدونة في عدة مواضع على تلمس هذه المصلحة (الفصول : 97، 101، 108، 107، 102، 109، 110) .

وإن المجلس الأعلى قرر في عدة مناسبات مبدأ حماية مصلحة المحضون . فقضى المجلس الأعلى¹⁵¹⁶ بأنه ((شرعت الحضانة لمصلحة المحضون، كما هو الراجح . وهذه المصلحة على محاكم الموضوع أن تتلمسها في كل قضية))، ولذلك رفض طلب النقض الذي تقدم به الأب ضد حكم المحكمة التي وازنت فيه بين مصلحة المحضونة وهي عند أبيها غير المتزوج وبين مصلحةها وهي عند أمها المطلقة التي انتقلت بها إلى بلد آخر، فقررت أن مصلحةها تكون عند أمها . كما قرر المجلس الأعلى¹⁵¹⁷ أن ((الحكم الذي لم تبين فيه مصلحة نقل المحضون يكون ناقص التعليل وهو يوازي انعدامه))، وقضى تبعا لذلك بنقض الحكم الذي قرر نقل المحضون إلى مؤسسة تربية بها داخلية بالدار البيضاء، دون أن يبين ذلك الحكم المحكمة في ذلك، رغم أن الحاضنة تقيم ببني ملال . وقد تصدى المجلس الأعلى ورفض الطلب لما فيه من إسقاط ضمني لحق الحضانة للوالدة وهي - تعمل معلمة - دون موجب .

¹⁵¹⁵ - تنص الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل (20 نونبر 1989) (والتي انضم إليها المغرب في سنة 1993 - وتم نشرها بالجريدة الرسمية عدد 4440، بتاريخ 19 دجنبر 1996) : ((المادة الثالثة " 1- في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى)) . كما أن الفصل 9 من الاتفاقية المذكورة ينص على اعتبار المصالح الفضلى للطفل في حالة الفصل عن أبيه مع الاحتفاظ بعلاقة شخصية واتصالات مباشرة بكلي والديه إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى .

وتجدر الإشارة إلى أن المادة الأولى من الاتفاقية نصت على أن الطفل في عرف هذه الاتفاقية، هو كل كائن إنساني له من العمر أقل من 18 سنة، ما لم يكن قد بلغ سن الرشد قبل تلك السن .
وأشير هنا كذلك إلى أن محكمة النقض الفرنسية، وخلافا لما كان معقودا عليها من آمال، بخصوص تفعيل مقتضيات الاتفاقية، قررت بتاريخ 10 / 03 / 1993 بأن اتفاقية الأمم المتحدة المذكورة، لا تخلق سوى التزامات على الدول التي هي أطراف في الاتفاقية . و لا يمكن إثارتها مباشرة أمام المحاكم (قرار أورده :
Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Les droits de l'enfant. op. cit. p. 5,
note n° 1.

¹⁵¹⁶ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 118 . بتاريخ 30-06-1970، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 21، ص 28 .

¹⁵¹⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 111. بتاريخ 29-08-1977، بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 91.

وفي قضية أخرى، تتعلق بتدابير مؤقتة قضية بها ضد الزوج لفائدة زوجته، وتشمل نفقة مستعجلة لبنت المدعية وإرجاعها إليها من عند الزوج الذي تدعي الزوجة أنه خطف البنت المذكورة - أمرت محكمة الاستئناف بإيقاف تنفيذ هذه التدابير . لكن المجلس الأعلى¹⁵¹⁸، نقض الحكم المذكور وتصدى للبنت في الموضوع وقضى برفض طلب إيقاف التنفيذ، على أساس أنه وإن كانت الحضانة تخص الأبوين لكون الزوجية قائمة، فإن الأم أولى بحضانة البنت (4 سنوات) لما يخشى عليها من الضياع، وأن للمحكمة حق اختيار الأصلاح من الأبوين ولا سيما في سن مبكرة من عمر المحضون .

ويتم التوسع في هذه المصلحة بما يحقق صالح المحضون، سواء تعلق الأمر بذات المحضون، أو تربيته¹⁵¹⁹، أو تعلق الأمر بماله فقد أجاز المجلس الأعلى¹⁵²⁰ بيع التافه من أموال المحضون من طرف الحاضنة، ولو لم تكن مقدمة على القاصر.

ومن الحالات العملية في مراعاة مصلحة المحضون المتروكة صراحة للقاضي :

¹⁵¹⁸ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 385 . بتاريخ 10-05-1982، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 33-34، صفحة 116.

¹⁵¹⁹ - لقد رفض القضاء التونسي تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية، قضى بالحضانة للأم التي توجد بالخارج وابنها يوجد بتونس مقيما مع أبيه. وقالت محكمة التعقيب التونسية، إن من شأن تنفيذ الحكم المذكور نقل المحضون إلى بيئة أخرى تنافي في عقيدته مما يمس بانتظام العام ويجول دون تنفيذ الحكم المذكور. (قرار محكمة التعقيب بتاريخ 03-06-1982، تحت عدد 7422، بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء، عدد 3، ص 59 .

¹⁵²⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 134، بتاريخ 26-03-1969، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 10، ص 25. حيث قرر المجلس الأعلى: ((حيث إن مجموع المبيع يبلغ 41 آرا، وأن ثمن بيع 22 آرا ونصف، يبلغ 225 فرنك، مما يدل على تفاهة الشيء المبيع، ويرر جواز بيع الحاضنة آنذاك لأملاك محضوناتها، حسب قول الشيخ خليل في باب الحجر : " وعمل بإمضاء اليسير " خصوصا وأنه يتفق في أهل البوادي، أن يموت شخص من غير وصية ويحضر الصغير قريبه، فهو كالوصي)) . وقد صدر هذا القرار قبل تعديل 1993 الذي أصبحت معه الأم وليا بعد وفاة الأب، ويشترط الآن الفصل 148 من المدونة حصول الأم على إذن القاضي لتفويت أملاك القاصر . وقد طبق المجلس الأعلى هنا قواعد الفقه لقول خليل : " وعمل بإمضاء اليسير " . مما يدل على قابلية أعمال قواعد الفقه في باب الحضانة، بما تتحقق فيه مصلحة المحضون. وانظر تعليق الأستاذ عبد السلام حادوش - البيان والتحرير في التوليج والمحابة والتصيير. الطبعة الأولى، الرباط 1999، ص 208-214. وقد اعتبر المؤلف أنه وعند الاقتضاء يحق لقضاء الموضوع الاستعانة بأهل الخبرة لتحديد قيمة ما يتم تفويته. كما أشار المؤلف إلى نصوص أخرى في الموضوع، كقول ابن عاصم في التحفة:

وجاز بيع حاضن بشرط أن أهمل محضون ولا يعلو الثمن

- مسألة مبيت المحضون عند غير حاضنته طبق الفصل 109 من المدونة : إذ الأصل أن يبيت المحضون عند حاضنته، إلا إذا رأى القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك¹⁵²¹. كأن يأذن القاضي بأن يبيت المحضون في داخلية ثانوية أو في إصلاحية يتربى فيها.

- كما يمكن لقاضي الموضوع التوسعة في أوقات الزيارة المنصوص عليها في الفصل 111 لفائدة أحد الوالدين، وذلك بمقتضى سلطة القاضي التقديرية بما في ذلك مبيت المحضون عند وليه خاصة في المناسبات والأعياد حتى يتسنى للمحضون - مادامت مصلحته في ذلك - الاحتكاك مع الولي في ظروف أوسع¹⁵²². ويؤيد المجلس الأعلى هذا الاتجاه¹⁵²³ بعلّة : ((إن الفصلين 109 و 111 من مدونة الأحوال الشخصية، ليس فيهما ما يمنع قاضي الموضوع من اتخاذ ما يراه لمصلحة المحضون في المبيت عند غير حاضنته، بل إنها صريحة في تقدير مصلحة المحضون وذلك كالمبيت عند غير الحاضن... بما هو واقع تحت سلطته التقديرية))، فتقدير هذه المصلحة متروك لقضاة الموضوع، وكما قرر المجلس الأعلى فإنه ((لا رقابة للمجلس الأعلى على سلطتهم التقديرية هذه))¹⁵²⁴ إلا من حيث التعليل .

¹⁵²¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 146 . بتاريخ 26-06-1972، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25، ص 155. وكذلك مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، (1965-1989)، الرباط 1990، ص 207 .

وقد جاء في هذا القرار : ((مسألة مبيت حضانة المحضون عند حاضنته، قد قيدها الفصل المستدل به (109 من المدونة) بعدم وجود مصلحة المحضون في غير ذلك . وأن أمر تقدير هذه المصلحة قد أوكلها الفصل المذكور إلى قضاة الموضوع الذين لا رقابة للمجلس الأعلى على سلطتهم التقديرية هذه)) .

¹⁵²² - محكمة الاستئناف بالرباط - قرار عدد 8052 . بتاريخ 27-10-1986، بمجلة القضاء والقانون، عدد 138، ص 334 . وهو القرار المؤيد بقرار المجلس الأعلى عدد 533 الآتي ذكره .

وقد علق الأستاذ عمر براءة على قرار محكمة الاستئناف بالرباط المذكور، ملاحظاً تحفظ المحاكم من توسعة أوقات الزيارة خوفاً من أن يصبح الاستثناء قاعدة (المرجع السابق - ص 341) .

¹⁵²³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 533 . بتاريخ 28-03-1988، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 140-141، ص 172 .

¹⁵²⁴ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 146 . بتاريخ 26-06-1972، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25، ص 155 .

وكذلك مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 207 . وانظر كذلك قرار المجلس الأعلى عدد 111 والقرار رقم 533 المشار إليهما أعلاه .

ولقد اتخذ العمل القضائي بشأن زيارة المحضون وصلة الرحم به، منحى واضحا في إضفاء الصبغة الاستعجالية على مثل هذه الطلبات . نظرا لاتصال موضوع صلة الرحم¹⁵²⁵ أو الزيارة، بالمشاعر الإنسانية سواء للمحضون أو من له حق زيارته . فقد قرر رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط ((أن منع الأم لجد الطفل الذي توفي عنه والده، من صلة الرحم بحفيده يشكل إزعاجا فادحا غير مشروع يسمح بتدخل قاضي المستعجلات، لتوفر عنصر الاستعجال، ليضع حدا لانتهاك هذا الحق الذي هو حق طبيعي))¹⁵²⁶ . وهو ما قضى به رئيس المحكمة الابتدائية بمراكش¹⁵²⁷ ، حيث قرر ((إن حق مشاهدة الأم لأبنائها، هو حق تقرره جميع الشرائع، وتقضي به كافة الأعراف ... إذ أن حرمان الأم من حق رؤية أولادها يعرض شعورها ووجدانها وعاطفتها لكثير من الأسى والألم، ويجعلها تعيش في حالة غير عادية، نتيجة الحرمان المذكور، مما يستلزم معه العمل على إبعاد ما ذكر عنها بكيفية مستعجلة)) . كما أن محكمة الاستئناف بالرباط، قررت قديما ((أن قاضي المستعجلات يختص نظرا للاستعجال برد الوليد إلى أمه " وحددت أمد تنفيذ أمرها خلال أجل 48 ساعة تحت طائلة استعمال القوة العمومية " ¹⁵²⁸ .

¹⁵²⁵ - يقصد بصلة الرحم : ((الإحسان إلى الأقارب، على حسب الواصل والموصول . فتارة تكون بالمال، وتارة بالخدمة، وتارة بالزيارة والسلام وغير ذلك)) (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 145) .
¹⁵²⁶ - المحكمة الابتدائية بالرباط - أمر استعجالي عدد 325/3751 . بتاريخ 27-07-1986، ملف استعجالي عدد 36-158. وهو الحكم المؤيد من طرف محكمة الاستئناف بالرباط بالملف عدد 86-971، قرار بتاريخ 7-1-1987 : حيث حددت المحكمة المذكورة مدة الزيارة من الساعة الثامنة صباحا إلى الساعة السادسة مساء . و القراران منشوران بمجلة المحاكم المغربية عدد 48 ص 121 .
¹⁵²⁷ - المحكمة الابتدائية بمراكش - أمر استعجالي بتاريخ 11 / 07 / 1977، بمجلة المحامي، عدد 3، ص 59 .

- وكذلك : أمر رئيس المحكمة الابتدائية بالقنيطرة - بتاريخ 12 / 05 / 1998، ملف استعجالي عدد 86 / 98، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 17، سنة 1998، ص 243 .
¹⁵²⁸ - محكمة الاستئناف بالرباط - قرار عدد 973 . بتاريخ 10-05-1930، منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط (1930-1950) ج 3 . تعريب محمد العربي المجدوب - الرباط - 1986، ص 13 .
 وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري لم يتخذ من وسائل تنفيذ الحكم القاضي بالزيارة، طريق التنفيذ بالقوة العمومية . فقد قرر الفصل 20 من القانون رقم 100 لسنة 1985 حرمان المحكوم عليه (الممتنع من احترام حق الزيارة) - من حق الحضانة مؤقتا بنقلها لمن يليه من أصحاب الحق فيها وذلك لمدة يحددها القاضي. ولاشك أن التنفيذ بالقوة العمومية من شأنه المساس بمشاعر المحضون .
 وأشير إلى حكم المحكمة الابتدائية بطنجة عدد 687-13/89 بتاريخ 16-03-1989 قضية عدد 13/88-2210 - غير منشور - الذي قضى بالغرامة التهديدية عند الامتناع من تنفيذ الحكم القاضي على الحضانة

ويلاحظ، أن المجلس الأعلى¹⁵²⁹، قضى للجدة بالحضانة، رغم معارضة الأب، الذي أدلى بحكم قضى على الجدة بمنعها من زيارة ابنتها عندما كانت زوجة له، وقال المجلس الأعلى : ((لكن، حيث إن الحكم عدد 4801 الذي قضى برفض طلب صلة الرحم، لا علاقة له بموضوع النازلة، المتعلقة بطلب التمكين من الحق في الحضانة... مما كان معه جواب الحكم المطعون فيه كافيا في إبعاده وعدم الاعتداد به)) . وهذا الموقف يفيد - حسب المجلس الأعلى - أن الأحكام الصادرة في موضوع صلة الرحم، لا تأثير لها من حيث الحجية على قضايا الحق في الحضانة .

ونظرا لل صعوبات التي تعترض حق الزيارة، تبعا للشئان الحاصل غالبا بين الأم والأب مفارقتها، فإن للقاضي صلاحية أمر نقل المحضون إلى وليه لممارسة هذا الحق¹⁵³⁰، بعيدا عن مواقف صد الأبواب التي تمارسها بعض الحاضنات تجاه الولي عند زيارة المحضون، أو تعسف بعض الأولياء عند ممارستهم لهذا الحق، مما يترك مشاعر مؤلمة في نفسية الطفل. كما أنه لا مانع من أمر القاضي بأن تكون الزيارة لدى طرف ثالث من عائلة أحد الأبوين، يكون قادرا على توفير الظروف الملائمة للزيارة .

غير أن ما يقف حقا، في مواجهة كل هذه السلطات التقديرية الواسعة، واستعمالها في مصلحة المحضون حقا، هو الترتيب الصارم لترتيب الحاضنين المقرر بترايبية الفصل 99 من المدونة . وتتضافر زيادة على ذلك عدة عوامل تمنع من التوسع في مفهوم مصلحة المحضون، ومن ذلك :

1) كون الحضانة حق للحاضن مبدئيا حسب نصوص المدونة ومشهور المذهب المالكي .

2) عدم تمكين القضاء من التصرف في ترتيب الحاضنين (الفصل 100 من المدونة)

بحيث لا يتمتع القضاء في مجال مراعاة مصلحة المحضون، تبعا لمبدأ ترتيب الحاضنين، إلا بسلطة

بتمكين الأب من رؤية المحضون خلال الفترات المحدد قضاء . وإن كان يطرح التساؤل، حول ما إن كان الإخلال بحق الزيارة يرتب الحق في المطالبة بإسقاط حضانة الحاضن، وفق القانون المغربي .

1529 - المجلس الأعلى - قرار (غير منشور) عدد 118 . بتاريخ 22 / 02 / 1982 . ذكره أستاذنا أحمد الخمليشي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 167، هامش 110 . وقد علق أستاذنا أحمد الخمليشي على هذا القرار، بقوله : ((فالمرأة التي منعت بحكم قضائي من مجرد صلة الرحم ببنتها في بيت زوجها، أصبحت أهلا وصالحة لحضانة أطفال هذا الزوج والعناية بتربيتهم ؟؟)) .

1530 - قرار المجلس الأعلى - عدد 82 . بتاريخ 11-02-1980، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، ص 89 . ويتبين من هذا القرار أنه اعتمادا على الفصل 111 من المدونة، يقضي القضاء بنقل المحضون لوليه قصد الزيارة .

تقديرية ضئيلة جدا، ونادرة الوقوع ، وذلك في حالة تساوي، رتب مستحقي الحضانة حيث يحق للقاضي اختيار الأصلح منهم .

إن الاتجاه الحديث في التشريع بهذا الخصوص، هو عدم تقييد المحكمة بترتيب الحاضنين بصفة مطلقة، وإن كان ذلك في حدود معينة وخارج حق الأب والأم والجدة . كما هو الأمر بالنسبة للتشريع الليبي¹⁵³¹ . أو تمكين القضاء من سلطته الواسعة بهذا الخصوص، بإعطائه حق إسناد الحضانة في حالة انفصام الزوجية للأب أو للأم أو لغيرهما تبعا لمصلحة المحضون كما هو الأمر بالنسبة للمشرع التونسي¹⁵³² . أو جعل ممارسة حق الحضانة مقيدا فقط بأمر وحيد هو مصلحة المحضون كما نصت على ذلك الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981¹⁵³³ . وأعتقد أن صلاحية القضاء ستتوسع أكثر، مع إقرار المبادئ الجديدة بتعديلات ظهر 10-09-1993 المتعلقة بسن الحضانة وتخويل المحضون الذكر بعد بلوغه 12 سنة و الأنثى المحضونة بعد بلوغها 15 سنة، حق اختيار من يقيمان معه ممن يشاءان : من أب أو أم أو غيرهما من الأقارب المنصوص عليهم في الفصل 99 من المدونة، وذلك وفق ما نص عليه 102 المعدل من المدونة، وهي مبادئ لم تتبلور

1531- نص الفصل 66 من القانون رقم 10 لسنة 1984 المتعلق بالأحوال الشخصية بليبيا على أنه : ((للمحكمة ألا تتقيد بالترتيب الوارد في الفقرة السابقة (ب) لمصلحة المحضون فيما عدا أم المحضون وأمه وأبيه وأمه)) .

1532- بفعل ضغط القضاء في اتجاه مصلحة المحضون تدخل المشرع التونسي بقانون 3 جوان 1966 عدد 49، وتم إلغاء الفصل 57 و الفصل 67 وعوضهما بمقتضيات جديدة أعطت الحق للحاكم في إسناد الحضانة للأب أو للأم أو لغيرهما مراعاة لمصلحة المحضون. (انظر محمود شمام - الحضانة - مرجع سابق - ص 45) .

وفي التراث الفقهي بتونس، حدث خلاف بين الشيخ إبراهيم الرياحي كبير أهل الشورى بتونس سنة 1836 وبين تلميذه الشيخ البحري بن عبد الستار القاضي بتونس . حيث قضى الشيخ البحري بحضانة الجدة لتيتم تزوجت أمه حسب مشهور مذهب مالك . بينما قضى الشيخ الرياحي لعم البيتيم بالحضانة مادام استعد العم للإنفاق على اليتم اعتمادا على قول مشهور وذلك لمصلحة اليتم . وقد تركز الخلاف بين الرجلين حول ما إن كان "المعتبر في الحضانة مصلحة اليتم أو صرفها لأقاربه من جهة الأم- باعتباره -" تعبدي" ؟ . أي أن الخلاف قام بين من يراعي مصلحة المحضون ولو اعتمادا على قول غير مشهور في المذهب المالكي. وين الطرف المتمسك بالنصوص دون مراعاة المصلحة المذكورة. انظر عرض الخلاف المذكور لدى محمد شمام - الحضانة - مرجع سابق- ص 27 وما بعدها .

1533- تنص المادة 19 من الاتفاقية الثنائية المغربية الموقعة بالرباط في 10 / 08 / 1981 والمتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي (ظهر 14 / 11 / 1986) - على أنه : ((تلتزم الدولتان عن طريق المعاملة بالمثل بأن تضمنتا فوق تراهما وتحت مراقبة سلطتهما القضائية، حرية ممارسة حق الحضانة على طفل قاصر مع التقييد فقط بمصلحته دون أي اعتبار آخر مستمد من قانونهما الداخلي)) .

بشكل واضح في العمل القضائي . خاصة وأن المدونة لم تتوسع في معالجة حق المحضون في اختيار من يضمه¹⁵³⁴ بعد انتهاء الحضانة، ولم يذكر فيه حتى تدخل القضاء بصفة صريحة¹⁵³⁵، بل لم يتم حتى بيان مدى سلطة القضاء في الموضوع . فقد تم الاكتفاء بالنص على الخيار المتروك للمحضون، ولم يتم يتعرض لما إن كان اختيار المحضون نهائي أم أنه يحق له أن يختار فيما بعد مع من يقيم معه¹⁵³⁶، ولاشك أن منازعات كثيرة ستثور بخصوص حق ضم المحضون¹⁵³⁷،

1534 - حق الضم أو الأصلحية للاحتفاظ بالمحضون بعد سن الحضانة، أو الحفظ . كلها مصطلحات تختلف عن مصطلح الحضانة، وتعني الحق في الاحتفاظ بالمحضون بعد سن الحضانة . ولا يخضع لترتيب معين، بل هو متروك لتقدير القاضي بما يتوافق ومصلحة المحضون . انظر : فتحي حسن مصطفى - مرافعات الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 25 .

1535 - جاء في قرار محكمة الاستئناف بالرباط ، يتعلق برفض طلب الولي، إسقاط حضانة مفارقتها، التي تزوجت بآخر : إن الولد بلغ سن 18 سنة، واختار الإقامة مع والدته (قرار محكمة الاستئناف بالرباط - ملف عدد 96 / 2171 . بتاريخ 23 / 12 / 1996 . بمجلة الإشعاع، عدد 16، ص 277) . فهل معنى هذا أن الخيار يباشر خارج سلطة القضاء؟

1536 - للوقوف على موقف مختلف مذاهب الفقه الإسلامي في الموضوع، انظر : الدكتور أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 108 وما بعدها .

1537 - لقد عرضت على القضاء بعض القضايا قبل تعديل 1993، يختلط فيها طلب تمديد الحضانة مع طلب الضم . فقد تقدمت مدعية بطلب نفقة لفائدة ابنتها من مفارقتها مع أجرة حضانتها، رغم أن الولد يبلغ 26 سنة، بعلة أن الولد يعاني من خلل عقلي، وهو يحتاج بذلك للرعاية والنفقة من طرف أبيه الموسر . وبعد أن أجرت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، معاينة على الولد وتبين لها خلله العقلي تبعا لملفه الطبي، قضت على الأب بالنفقة وأجرة الحضانة . فطعن الأب المذكور بالاستئناف بعلة أن الولد أصبح راشدا، لكن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، اعتبرت، ورغم أن الفقه لا ينص على تمديد سن الحضانة، أن المصاب بخلل عقلي في حكم الطفل المحتاج للرعاية ويستحق النفقة وأجرة الحضانة رغم تجاوزه لسن الحضانة، وقضت تبعا لذلك بتأييد الحكم المستأنف (محكمة الاستئناف بالدار البيضاء - قرار عدد 314، بتاريخ 28 / 02 / 1990، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 64 / 65، ص 173) .

وبخلاف ما ورد في هذا الحكم من أن الفقه لا ينص على تمديد سن الحضانة في حالة النازلة . فإن الفقه المالكي تناول هذه الحالة، مثلها في ذلك مثل تمديد السن التي تبقى فيها النفقة واجبة على الأب في حالات معينة كما تناولناه في الباب المتعلق بالنفقة .

يقول أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي (التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 112 هامش 18) : ((فالفقه يمدد الحضانة على المعتوه والمجنون أيا كان سنهما، كما أن المميز الذي يضمه إليه أبوه بعد انتهاء حضانة أمه - إذا مرض، تكون الأم أولى بتمريضه " لأنها أهدى إليه وأصبر عليه من الأب ونحوه)) . وجاء

وستعرض على القضاء قضايا الضم المذكورة أو ما يسمى بالأصلحية للاحتفاظ بالخصون بعد تجاوزه سن الحضانة . وسوف يكون على القاضي مراعاة مصلحة الخصون في القضايا المذكورة، خاصة إذا كان هدف الأب هو التخلص من نفقة الخصون بضمه إليه¹⁵³⁸.

وفي سبيل تحقيق أمثل للمصلحة الفضلى للمخصون، يكون من المفيد ألا يتم التقييد بمعايير إسناد الحضانة وتطبيقها على حالة ضم الخصون، بحيث إذا تبين أن مصلحة الخصون تقتضي إلحاقه بأمه ولو كانت متزوجة بأجنبي عن الخصون مثلا، أو أن بقاءه مع أبيه فيه مضرة، فإن ضم الخصون لأمه يحقق المصلحة المتوخاة في هذه الحالة. وهو ما ظهر أن المجلس الأعلى لا يأخذ به، إذ ورد في قرار له¹⁵³⁹ ((إن الخيار المقرر في الفصل 102 من المدونة، لا موجب لتطبيقه بالنسبة للأم التي سقطت حضانتها بموجب شرعي، كما لو تزوجت بغير قريب محرم من الخصون أو وصي عليه. وأن سقوط الحضانة لا يتعلق بالأب سواء كان متزوجا أو غير متزوج، وإنما يتعلق بالأم الحاضنة بعد الفراق وتوفر موجب لإسقاط حضانتها)). وأعتقد أن عمومية نص الفصل 102 من المدونة تفرض أن تمارس مسطرة الاختيار أو الضم، تحت رقابة فعلية للقاضي، الذي عليه تحري مصلحة الخصون أولا، وبذلك يظهر هذا الموضوع مدى الآمال المعقودة على القضاء، للنهوض بمؤسسة الحضانة، ولو بصفة جزئية، وفق مفاهيم حديثة تتلاءم ومتطلبات التربية المعاصرة، والأوافق الدولية المرتبطة بحقوق الطفل التي صادق عليها المغرب.

في القاموس الفقهي في تعريف الحضانة بأنها : ((تربية من لا يستقل بأموره، بما يصلحه، ويقبه عما يضره . ولو كان كبيرا مجنوناً)) (سعدي أبو حيب - القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 93) .
وجاء للزرقاني عند قول الشيخ خيل : ((وحضانة الذكر للبلوغ)) : ((فإن بلغ ولو زمنا أو عاجزا على الكسب أو مجنوناً سقطت حضانة الأم واستمرت نفقته على الأب)) (الزرقاني- المجلد 2، ج 4 - مرجع سابق ص 263) .

¹⁵³⁸ - جاء في قرار للمجلس الأعلى ((إن مقتضيات الفصل 102 المذكور المحتج بحرقه ، وإن أعطى الخيار للمخصون حين بلوغه 12 سنة بالنسبة للذكر، و15 سنة بالنسبة للإناث في إقامته مع من يشاء، فإنه لم يسقط الحضانة عنه، وبالتالي فأجرة الحضانة تبقى قائمة إذا اختار الخصون القيام مع غير والده. وإن عدم رد المحكمة على الدفع المثار يعتبر جوابا ضمنيا برفضه)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية- قرار 431، بتاريخ 1999/05/20، ملف عدد 1995/126. ذكرت حيثياته في النشرة الخاصة التي أصدرها المجلس الأعلى، بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2001. ص 41).

¹⁵³⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية- قرار 369، بتاريخ 1999/09/06، ملف عدد 1997/446 ذكرت حيثياته في النشرة الخاصة التي أصدرها المجلس الأعلى، بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2001. ص 41).

المطلب الثالث

إسقاط الحضانة في حالات معينة

ترتبط أغلب النزاعات المتعلقة بالحضانة، بمسألة سقوط الحضانة، ولقد عالجنا جانباً من هذا الموضوع فيما يتعلق بموقف المدونة من إسقاط الحضانة نظراً لانتقال الحضانة بالمحضون، أما باقي الحالات فترتبط في أغلبها بإسقاط الحضانة لتزوج الحاضنة (الفقرة الأولى) أو سقوط الحضانة بالسكوت عن ممارسة هذا الحق مدة سنة (الفقرة الثانية) أو إسقاط الحضانة لخروج الحاضنة للعمل (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى - سقوط الحضانة بتزوج الحاضنة (الفصل 105 من المدونة) :

رتب الفصل 105 من المدونة سقوط حضانة الحاضنة إذا تزوجت¹⁵⁴⁰ بغير قريب مَحْرَمٍ من المحضون أو وصي عليه، ما لم تكن وصياً أو مرضعاً لم يقبل غيرها. ويقول الفقه بسقوط الحضانة في هذه الحالة، ولو كانت الحاضنة، قد اختلعت بنفقة المحضون إلى أن تسقط عن أبيه شرعاً¹⁵⁴¹. ويجب على المدعي إثبات واقعة الزواج وعلى المحكمة أن تتمكن من ذلك¹⁵⁴²، ولا

¹⁵⁴⁰ - لم تنص المدونة على حالة من لها الحق في الحضانة وكانت متزوجة قبل حلول دورها في حق الحضانة. وحسب الفقه المالكي فإنها لا يمكن حالاً من ممارسة حقها ويقتى لها الحق محفوظاً إذا تأيئت (عبد الله الداودي - الحضانة - مرجع سابق . ص 141 - وميارة على التحفة - ج 1 - مرجع سابق . ص 274) . فالهمم عند إسقاط حضانة الحاضنة طبق الفصل 105 مدونة، هو وقوع الزواج بعد أن لم تكن متزوجة أو استئنافه من قبلها .
¹⁵⁴¹ - فقد قال الفقيه الوانغلي في فتواه : ((فالمرأة المختلعة المذكورة تسقط حضانتها بالتزويج وتنتقل إلى غيرها ممن يستحق ذلك وتلزم الأم النفقة والكسوة على ولدها على نحو ما شرطه الأب إلى الأجل المذكور ... إذ على ذلك وقع الطلاق)) . انظر : النوازل الصغرى للشیخ الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 231 - 232) .
¹⁵⁴² - انظر قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 498 . بتاريخ 12 / 05 / 1992 ، ملف رقم 6096 / 90 أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب : الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 73 - 74 . وقد قرر المجلس الأعلى في هذا القرار، أنه يتعين ترك الفرصة أمام المدعي لإثبات تزوج الحاضنة بغير محرم للمحضون، خاصة إن لم تكن قد حضرت ولم تجب عن المقال.

يكفي مجرد العقد، بل لا بد من الدخول¹⁵⁴³. وهذا العذر المسقط للحضانة، يعتبر عذرا اختياريا حسب مشهور الفقه المالكي، لا تعود الحضانة بارتفاعه¹⁵⁴⁴. بخلاف العذر غير الاختياري، فإن

وإذا كان القضاء يوجب تمكين المدعي هنا من إثبات زواج الحاضنة، فإنه يبقى على الزوجة أن تثبت أن من تزوجت به ليس أجنبيا عن المحضون.

¹⁵⁴³ - يقول الشيخ خليل وهو يستعرض شروط الحضانة : ((وللأئني الخلو عن زوج دخل بها)) . ولم توضح المدونة في الفصل 105، ما إن كان يقصد بالزواج مجرد العقد أم لا بد من الدخول - إلا أن الفصل 106 من المدونة يفيد أن الأمر يتعلق بالدخول لأن الفصل المذكور ربط سقوط من له الحق في الحضانة بسكوته مدة سنة بعد علمه بالدخول .

¹⁵⁴⁴ - ساق أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، في تعليقه المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 49 / 50 ، ص 304، هامش 7، عند تعليقه على القرار 1208 الصادر بتاريخ 1994 / 10 / 04 - جملة من الآراء الفقهية (ثلاثة) في موضوع سقوط الحضانة بحكم أو باتفاق بسبب الزواج :

- الرأي الأول : يرى أن الحضانة ترجع إلى الحاضنة فور انتهاء زواجها : الحنفية والشافعية والحنابلة (المغني لابن قدامة، ج 7، ص 624 . وابن جزري ص 165) . وهو قول في مذهب مالك أيضا . يقول التسولي (البهجة على التحفة ج 1 ص 410) نقلا عن ابن سلمون : ((ولا تعود الحضانة لها إن طلقت بعد ذلك على القول المشهور . وهي رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة والعتيبة . وقيل عنه في غيرهما أنها تعود إن طلقها الزوج أو مات عنها . قال ابن رشد، وهو قول المغيرة، وابن دينار، وابن أبي حازم . ووجه هذا القول، أنه رأى، أن التزوج من الأمور الضرورية، فجعله عذرا كالمرض وانقطاع اللبن)) .

- الرأي الثاني : يرى أن الحضانة ترجع إليها ولكن بعد سقوط حضانة من كان يحضن الولد وقت زواجها . الموافق نقلا عن الموازية : ((إذا تزوجت الأم فأخذتم الجدة، ثم فارق الأم زوجها، فللجدة أن تردهم عليها، وليس للأب في ذلك حجة .. لأن حقها من الحضانة لم يطل رأسا إلا في حق من حضن الولد عند تزوجها . إذ ليس لها أخذه منه إذا طلقت . فأما لو ماتت الجدة في هذا الموضع أو تزوجت والأم فارغة لا زوج لها كانت أحق بالولد من أبيهم)) (التاج والإكليل - ج 4، ص 219 - التسولي البهجة، ج 1، ص 410) وعلى هذا الرأي اقتصر خليل في مختصره بقوله : ((أو لموت الجدة والأم خالية)) .

- الرأي الثالث : أن الحضانة لا ترجع إليها أبدا، وهو ما بين ابن سلمون أنه المشهور . رغم أنه - يقول الدكتور الخليلي - يبدو ضعيفا سواء بالمقارنة مع الموقف العام للفقه الإسلامي أعلاه، وموقف ابن حزم الذي يرى أن زواج الأم لا يسقط حضانتها إطلاقا (المحلى ج 10، ص 325) . أو من حيث سنده إذ يستند إلى أن الأم بتزوجها تسقط حضانتها، والإسقاط تنازل، ومن تنازل عن حقه لا يمكن أن يرجع إليه هذا الحق . والحال أن الأم عند زواجها لا تنشئ سقوط الحضانة بل يفرض الفقه عليها ذلك، والذي يحدث هو السقوط وليس الإسقاط، فضلا عن الحضانة ليست حقا شخصيا للحاضن تطبيق عليه أحكام التنازل الإرادي عن الحقوق الشخصية .

ويضيف أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي في تعليقه بمرجه السابق (ص 305) : ((على كل حال، مدونة الأحوال الشخصية، وإن اعتبرت الزواج سببا لسقوط الحضانة، فإنها لم تفرض أيا من الآراء الثلاثة بشأن الرجوع، واكتفت بالنص في المادة 110 على أنه : ((تعود الحضانة لمستحقها، إذا ارتفع عنه العذر غير الاختياري الذي

الحضانة تعود لمستحقها إذا ارتفع عنه العذر غير الاختياري (كالمرض) الذي منعه منها، طبق مقتضيات الفصل 110 من المدونة . وعلى ذلك، وباعتبار عذر الزواج عدرا اختياريا فلا تعود الحضانة للحاضنة المتزوجة بعد طلاقها من ذلك الزوج أو موته عنها كما يقرر الفقه ذلك¹⁵⁴⁵ . وإنما تمنع عودة الحضانة، إذا نقل الحضانة فعلا من يد الحاضنة بعد زواجها، أما إذا طلقت الأم أو توفي عنها زوجها، وبقي الولد معها أثناء الزواج، فلا تسقط حضانتها بعد ذلك ، وفق ما يستفاد من نصوص الفقه المالكي¹⁵⁴⁶ .

وسقوط الحضانة، لزواج الحاضنة، محله ما لم تكن الحاضنة، قد اشترطت في عقد الخلع عدم سقوط حضانتها بالزواج . فقد قرر المجلس الأعلى¹⁵⁴⁷ أنه : ((حيث ورد في رسم الطلاق الخلعي، اتفاق الطرفين على زواج الحاضنة وسفرها بالحضونين، فلم يبق للمفارق الحق في مطالبة الحاضنة بالانتقال إلى حيث استوطن هو، من أجل مراقبة أحوال الحضونين، مما يجعل الحكم الذي قضى بخلاف ذلك معرضا للبطلان))¹⁵⁴⁸ .

منعه عنها)) . فللمحكمة أن تأخذ بعدم عودة الحضانة إذا اعتبرت أن الزواج مانعا اختياريا، ولها أن تقرر عودتها بناء على أنه اختياري ومن الأمور الضرورية، كما يقول النص الذي نقلناه عن التسولي))
¹⁵⁴⁵ - أبو الشتاء - التدريب على تحرير الوثائق العدلية - ج 1، مرجع سابق، ص 113 .
ويقول ابن عاصم في تحفته : وما سقطها لعذر قد بسدا :: وارتفع العذر تعود أبسدا
وهي على المشهور لا تعسود إن :: كان سقوطها بتزويجها قسرن
انظر : ميارة على التحفة - ج 1، مرجع سابق، ص 274 .
- والبهجة للتسولي - ج 1، مرجع سابق، ص 410 .

غير أن الدكتور الكشور (قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 441) يرى أن زواج الحاضنة بأجنبي، يعتبر عدرا اضطراريا، لأن الزواج مسألة ضرورية للإنسان، وقد أوضح الأستاذ الكشور أن هذا الرأي، غير مجمع عليه من الناحية الفقهية، حسب نصوص فقهية أوردها .

¹⁵⁴⁶ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 172 . وقد بين أستاذنا (ص 173 من نفس المرجع) أن الأم بعد طلاقها أو تأيمها تبقى مقدمة في رتبة الحضانة على، باقي من لهم الحق في الحضانة .

¹⁵⁴⁷ - المجلس الأعلى - قرار عدد 157 . بتاريخ 13 / 03 / 1978، ملف عدد 64065، غير منشور، ذكره أستاذنا أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 176، هامش . 131 .

¹⁵⁴⁸ - وانظر في هذا ما أورده الخطاب (تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 238) بخصوص عدم لزوم شرط ترك المختلعة للزواج .

وإذا كان الفصل 105 المذكور يعلق سقوط الحضانة، على زواج الحاضنة من زوج أجنبي غير محرم للمحضون، فإن المجلس الأعلى¹⁵⁴⁹، اعتبر أن ((الزواج بالأجنبي يسقط الحضانة حتى ولو كان هذا الأجنبي كفيلا للحاضنة في حال صغرها إلى أن تزوجت . فالكفيل الأجنبي ليس من بين الأقارب الذين لا يؤثر الزواج بهم في حق الحضانة)) . وقد علل المجلس الأعلى قراره المذكور، بأن الفصل 105 من المدونة لم يدرج الكفيل الأجنبي في عداد الأقارب الذين لا يؤثر زواج الحاضنة بهم في حق الحضانة، وبذلك لم يعتد المجلس الأعلى، بالحرمة الناتجة فقط عن المصاهرة، دون القرابة .

ويلاحظ أن الفصل 58 من مجلة الأحوال الشخصية بتونس، وتحت مبدأ مصلحة المحضون الذي أقره القضاء في مناسبات عديدة، قد عدل بالقانون رقم 8 لفرابر 1981، حيث أضيفت فقرة جديدة للفصل المذكور حولت للحاكم، ولو كان زوج الحاضنة غير محرم للمحضون، أن يأذن ببقاء المحضون عند حاضنته إذا تحقق أن مصلحة المحضون تقتضي ذلك¹⁵⁵⁰ . ولذلك، وأخذا بمصلحة المحضون يرى البعض¹⁵⁵¹، أن حضانة الأب في حالة زواج الأم لا يمكن أن تناقش بصفة مجردة، إذ أن الأب نفسه قد يكون متزوجا بزوجة من غير أقارب المحضون، ولا يمكنها إعطاء المحضون نفس رعاية الأم ولو كانت متزوجة بغير محرم للمحضون . ولذلك يرى أن تبقى الحضانة للأم رغم زواجها، محافظة على مصلحة المحضون ولا يمكن المطالبة بإسقاط الحضانة حسب هذا الرأي، إلا عندما يثبت تضرر المصلحة المذكورة بزواج الحاضنة بالأجنبي عن المحضون .

ولذلك فإن أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، يذهب إلى أن التعليل الفقهي لسقوط الحضانة بالزواج، ليس له أساس سليم، وأنه يتعين البحث فيما ينجم عن زواج الحاضنة من ضرر للمحضون لإمكان إسقاط الحضانة، وأن ابن حزم ضعف الأحاديث والآثار التي يتم الاحتجاج بها في الموضوع¹⁵⁵² .

¹⁵⁴⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 247 . بتاريخ 26-03-1984، بمجلة القضاء والقانون، عدد 135-136، ص 189 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 169 .

¹⁵⁵⁰ - انظر بحث :محمود شمام - الحضانة . مرجع سابق- ص 47 .

¹⁵⁵¹ - لطيفة المنوني - جريدة "رسالة الأمة" (المغرب) عدد يوم 25 يناير 1984 .

¹⁵⁵² - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 152 و 153 .

الفقرة الثانية - سقوط الحق في الحضانة بسكوت من له الحق فيها، مدة سنة بعد العلم بالدخول:

إذا كان زواج الحاضنة يسقط حضانتها طبق الفصل 105 من المدونة، فإن ((سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة، بعد علمه بالدخول يسقط حضانتها)) طبق الفصل 106 من المدونة، وهو شرط يجد مرجعه في الفقه المالكي¹⁵⁵³. غير أن مدة السقوط هذه، تثير التساؤل عن مدى شمولها لكل حالات السكوت عن المطالبة قضاء بالحضانة ولأي سبب آخر من الأسباب (كالإخلال بالشروط العامة للحضانة) أم أن المدة المذكورة مقصورة على حالة زواج الحاضنة المنصوص عليها بالفصل 106 المذكور فقط؟ أي، هل يعتبر السكوت مدة سنة بعد العلم بالسبب الموجب لإسقاط الحضانة - مرتبطاً فقط بمسألة الزواج المنصوص عليها بالفصل 105 مدونة، أم أنه يتعداه إلى الأسباب الأخرى التي يترتب عليها سقوط الحضانة للإخلال بشروطها العامة؟

إن مبنى الفصل 106 من المدونة، يفيد أن مقتضياته قاصرة على حالة زواج الحاضنة، وبالتالي فإنه لا يتعدى إلى حالات أخرى تسقط فيها الحضانة، لأن المشرع لم يقيد طلب الإسقاط فيها بأجل معين، وهذا ينسجم مع ما يورده أغلب الفقه، الذي يقصر السقوط على حالة تزوج الحاضنة¹⁵⁵⁴. وعلى ذلك لا يعتد بالسكوت مدة سنة بخصوص الحالات التالية:

1) سكوت صاحب الحق عن المطالبة بالحضانة من يد من هو متأخر عنه في الرتبة، كحالة سكوت الأم عن المطالبة بحضانة المحضون الذي يستبد به الأب بعد انفصام العلاقة الزوجية¹⁵⁵⁵.

أما ابن حزم فيقول: ((وأما قولنا إنه لا يسقط حق الأم في الحضانة بزواجها إذا كانت مأمونة وكان الذي تزوجها مأموناً، فللنصوص التي ذكرنا، ولم يخص عليه الصلاة والسلام زواجها من غير زواجها)) (ابن حزم - المحلى، ج 10، مرجع سابق، المسألة 2010، ص 146).

¹⁵⁵³ - فقد نص الشيخ خليل: ((إلا أن يعلم ويسكت العام)) . قال المواق: ((ابن عرفة: لو علم الوالد بتزويجها ولم يقم بأخذ الولد حتى طال المدة ثم خلت من الزوج فليس له أخذه منها لأنه يعد بذلك تاركاً لحقه)) (التاج والإكليل - ج 4، مرجع سابق، ص 217).

¹⁵⁵⁴ - وهناك خلاف حول ما إن كان السقوط يشمل جميع مستحقي الحضانة ولو متأخري الترتيب، أم أنه يشمل فقط من يلي في الرتبة من سقطت حضانتها؟ انظر البهجة للتسولي، ج 1، مرجع سابق ص 645 - 646 . ويلاحظ أنه يجري الحديث عن أجل سقوط الحضانة كالحديث عن أجل الشفعة .

¹⁵⁵⁵ - لقد قرر القضاء المغربي قبل صدور المدونة، سقوط حضانة الأم لسكوها أكثر من سنة، عن مطالبة عمه المحضون بالحضانة التي مارسها على المحضون، لقول خليل: ((إلا أن يعلم ويسكت العام)) (حكم قاضي

2) حالة انتقال الحاضنة من بلد ولي المحضون (الفصل 107 مدونة)، إذ مناط هذه الحالة هو عسر المراقبة متى تحقق .

3) باقي الحالات التي تتم فيها المطالبة بإسقاط الحضانة للإخلال بشرط من شروط الحضانة العامة والمتعلقة بالقدرة والصلاحية للحضانة .

ولقد قرر المجلس الأعلى بخصوص الحالة الأولى، أنه ((لا يوجد في نصوص المدونة ما يوجب سقوط حق الأم في الحضانة لسكوها مدة سنة))¹⁵⁵⁶ . وهو ما أكدته المجلس الأعلى كذلك في قرار آخر¹⁵⁵⁷ عندما قضى بأن ((ما ورد في الفصل 106 من مدونة الأحوال الشخصية يطبق في حق الحاضن الذي انتقلت إليه الحضانة بعد الأم وسكت سنة، فإنه تسقط حضنته . أما الأم فإن حضنتها لا تسقط بالسكوت وإنما لأسباب أخرى (مذكورة في الفصول 105- و 107 من المدونة)) .

وأعتقد أنه ولضمان الاستقرار النفسي للمحضون، يكون من مصلحة المحضون تقييد ممارسة طلب الحضانة بأجل معين حتى تستقر الأوضاع النفسية والاجتماعية للمحضون والقائم بحضنته ولا يبقى التهديد بممارسة حق الحضانة سببا لدعاوى كيدية تضر بالمحضون أساسا¹⁵⁵⁸ . ولقد تبني القضاء المغربي موقفا سليما لما اعتبر أن مباشرة مستحق الحضانة لحقوقه في حالة زواج الحاضنة، لا يشترط أن يتم في جميع الأحوال عن طريق القضاء حتى لا يسرى تجاهه أجل السقوط المنصوص عليه بالفصل 106 من المدونة (وهو سنة) بل يمكن له، إذا كان المحضون تحت يده لسبب ما، وبمجرد سقوط حق الأم، أن يبادر تلقائيا لممارسة حقوقه في الحضانة، خاصة إذا كان

شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العماري)، بتاريخ 09 رمضان 1362 هـ — موافق 20 / 09 / 1943، بمجموعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 162) .

¹⁵⁵⁶ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 583 . بتاريخ 14-10-1981، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، ص 97.

¹⁵⁵⁷ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 514 . بتاريخ 12-04-1983، بمجلة القضاء والقانون، عدد 132، ص 142.

¹⁵⁵⁸ - لقد نص التشريع الليبي المتعلق بالأحوال الشخصية رقم 10 لسنة 1984- بأن "الحضانة تسقط بسكوت من له الحق فيها لمدة سنة من تاريخ العلم بسبب ذلك السقوط" . انظر قرار محكمة طرابلس الابتدائية - الدائرة الاستئنافية طعن رقم 3057 بجلسة 17 يناير 1985 - بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء عدد 4 ص 100 . و الذي رفض طلب الجدة بتسليمها المحضونة، نظرا لسكوت الجدة مدة سنة عن المطالبة بالحضانة. على أن القضاء يشترط العلم بالسبب المسقط للحضانة وكون السكوت مسقط لطلب الحضانة (طعن شرعي في نفس اتجاه القرار الأول المذكور أعلاه - رقم 28/4 ق بتاريخ 04-04-1984 بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء - عدد 1- ص 196) .

تاليا للأم في الرتبة . فقد قرر المجلس الأعلى¹⁵⁵⁹ أن ((القانون (الفصل 99 من المدونة) لا يشترط فيمن له حق الحضانة بعد الأم أن يطالب بها قضائياً مادام قد مارسها فعلياً)) باعتبار أن الحضانة تنتقل تلقائياً وبقوة القانون دون المطالبة بها قضائياً إذا كان المحضون تحت كفالة حاضنه الشرعي. واعتبر المجلس الأعلى في قراره المذكور، وفي ظل الفصل 99 من المدونة قبل تعديله، أن سكوت الجدة مدة سنة بعد زواج بنتها - عن المطالبة قضاء بالحضانة غير مسقط لحقها مادامت قد مارست الحضانة فعلياً على المحضون تلقائياً ودون تدخل القضاء¹⁵⁶⁰ .

الفقرة الثالثة - خروج المرأة إلى العمل أو التجارة وأثره على حق الحضانة :

يتزايد خروج المرأة إلى العمل لمواجهة الأعباء الاقتصادية المستجدة للأسرة، في مجتمع هو في طور التحول، ولم تستطع بنيته الثقافية العميقة، تقبل النشاطات العملية الجديدة للمرأة الحاضنة، أو أنها تحتويها على مضض . حيث تتم مواجهة بين هذه الحاجيات الجديدة للمرأة الحاضنة والنظرة التقليدية للحضانة التي تفترض ملازمة الحاضنة للمحضون¹⁵⁶¹ وبالتالي منعها من ممارسة أي عمل خارج البيت، ولو كان بإمكان الحاضنة إرسال المحضون إلى دار الحضانة -

¹⁵⁵⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 545 . بتاريخ 12 . 07 . 1982، بالجملة العربية للفقهاء والقضاء، عدد 5، صفحة 112. وكذلك مجلة القضاء والقانون، عدد 133-134، ص 183.

¹⁵⁶⁰ - ويلاحظ أن حكم محكمة الموضوع الذي نقضه المجلس الأعلى بقراره المذكور أعلاه (عدد 545) اعتبر مدة السنة مدة تقادم، والواقع أنه أجل سقوط.

¹⁵⁶¹ - من أمثلة القضاء العربي بهذا الخصوص ما تم القضاء به في مصر من ((أن عمل المرأة الأساسي هو الزوجية والأمومة، فلا يسلم التحلي عن هذا الواجب الطبيعي الأساسي، بحجة الاشتغال بعمل، مهما قيل في فائدة وصلاحيات المرأة له، فإنه لا يصح أن يطغى، بل إنه لا يعدل الوظيفة الأساسية الطبيعية للمرأة . ولو قبلت دعوى عدم القدرة على هذه الأمومة بحجة العمل الحكومي أو غير الحكومي. لكانت النتيجة أن الإخلال بالالتزام يؤدي إلى الحصول على حق وأن الباطل هو سبيل الحق وهي نتيجة غير مقبولة)) (حكم محكمة القاهرة بتاريخ 16-04-1956. مجلة المحاماة (مصر) لسنة 37 ص 202 نقلاً عن الشيخ أبو زهرة- الأحوال الشخصية- مرجع سابق ص 414).

وهناك نظرة أخرى للحضانة من طرف نفس القضاء حيث قرر أن الحضانة هي ((تربية الطفل ورعايته والإشراف عليه في مدة معينة حسبما جرى عليه العرف. وليس معناها ملازمة الصغير بحيث لا تفارقه الحاضنة)) (محكمة بني سويف الكلية الشرعية (مصر) بتاريخ 05-12-1951. مجلة المحاماة الشرعية (مصر) سنة 22 ص 640 - نقلاً عن أنور العمروسي- المرافعات الشرعية - ط 3- مرجع سابق- ص 326) .

مثلا - وذلك بعلة المحافظة على حق المحضون في عاطفة أمه ولكون عملها يبعدها عنه¹⁵⁶² . و تربط هذه النظرة بين عمل المرأة الحاضنة خارج البيت وتضييع أمانتها على المحضون، وتقييم فصلا قاطعا بين حضانة المرأة وهي حضانة سكن مرتبطة بذات المحضون ومعاشه اليومي، وبين حضانة الولي وهي حضانة ولاية .

وفي الواقع، فإن المقصود حسب الفقه المالكي بالخروج من البيت المخل بأمانة الحاضنة هو ((كثرة الخروج لغير حاجة))¹⁵⁶³ ، ولذلك فإن الفقه المالكي لا يمنع الزوجة من ممارسة التجارة وإن كان يتشدد في خروجها، كما أن مجرد ممارستها للتجارة لا يسقط حضانتها¹⁵⁶⁴ . وتبعاً لذلك فإن المجلس الأعلى لم يلتفت لما ساقه الطاعن من فقه بهذا الخصوص، وقرر¹⁵⁶⁵ ((إن الفصل 98 من مدونة الأحوال الشخصية، الذي يحدد شروط الأهلية للحضانة على سبيل الحصر، لا ينص على أن التعاطي للتجارة يعتبر من موانع الحضانة . وحيث إن الكتاب الثالث من مدونة الأحوال الشخصية الذي وردت في بابه الثالث المقتضيات التي تطبق فيما يتعلق بالحضانة، لا يشمل فصلا يحيل على الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك ؛ خلافا لما هو عليه الشأن بالنسبة لباقي كتب المدونة)) . غير أن المجلس الأعلى يقيد عمل المرأة الحاضنة من أجل الكسب، بعدم تفويت مبدأ صيانة المحضون . فقد قرر المجلس الأعلى¹⁵⁶⁶ أن تعاطي الحاضنة لأنواع الكسب المشروعة مع حفظها للمحضون في نطاق المسافة التي لا يعسر فيها على الولي مراقبة المحضون والقيام بواجباته لا يسقط الحضانة . كما قرر المجلس الأعلى¹⁵⁶⁷ ((حيث إن الحاضنة إذا زاولت وظيفة من الوظائف الإدارية أو التعليمية، التي لا تستغرق

¹⁵⁶² - أبو زهرة - الأحوال الشخصية . مرجع سابق . ص 413 .

¹⁵⁶³ - مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى - حكمه في القضية عدد 106-27 بتاريخ 106-23-12-1953- بالمجلة المغربية للفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب - عدد 5-6 . ص 151 .

¹⁵⁶⁴ - فقد نص الشيخ خليل في مختصره، لدى استثنائه السفر للتجارة من مسقطات الحضانة : ((أو تسافر هي سفر نقلة، لا تجارة))، قال شارحه الشيخ الزرقاني : ((لا يسقط حق الذات الحاضنة بسفرها للتجارة)) (الزرقاني على خليل، ج 4، مرجع سابق، ص 271) .

¹⁵⁶⁵ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 327 . بتاريخ 1980-09-22، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 27، ص 145 .

¹⁵⁶⁶ - المجلس الأعلى - قرار عدد 67 . بتاريخ 1958-12-08، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 17، ص 595 .

¹⁵⁶⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 33، بتاريخ 10 / 02 / 1975، ملف عدد 31 / 418 (غير منشور) ذكره الأستاذ محمد الكشور - قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات 1993، مرجع

إلا جزءاً من يومها، لا يقوم بها مانع يمنعها من القيام بشؤون المحضون . وأن القول بخلاف هذا ادعاء لا تصدقه حالة الناس اليومية)).

والملاحظ أن قبول القضاء لهذه المبادئ بخصوص بعض المهن خاصة التدريس والطب، لا يتم عملياً بخصوص بعض المهن الأخرى كاحتراف الحاضنة للرقص مثلاً . غير أنه يتعين البحث دائماً، فيما إن كان لممارسة مهنة ما، ضرر على المحضون أم لا .

المطلب الرابع

القضايا المتعلقة بسكن المحضون

من الوقائع الكثيرة الشائعة بعد الطلاق، بقاء الحاضنة مع محضونها بيت الزوجية العائد لمفارقها رغم انقضاء عدتها . حيث تتذرع الحاضنة بأن سكنها تابعة لسكن المحضون، الواجب على الأب توفيره لفائدة المحضون . بينما يطالب الأب بإفراغ الحاضنة لانقضاء عدتها من جهة، ولكونه يؤدي مبالغ مالية عن توابع الطلاق بما فيها النفقة وهي تشمل السكنى . ولم تتناول المدونة الحل القانوني لهذه المسألة¹⁵⁶⁸، كما أن التعديل الأخير لم يتطرق إليها رغم حدة المشاكل الناجمة عن ذلك والمطروحة أمام القضاء¹⁵⁶⁹ خاصة في ظل أزمة السكن . أما من الناحية الفقهية فإن السكنى تجب على الأب حسب مشهور الفقه المالكي¹⁵⁷⁰ .

سابق، 372، هامش 65 . وفريدة بناني - حق تصرف الزوجة في مالها (حق شرعي وقيود تشريعية) . ط 1، مراكش 1995، ص 70.

1568 - بخلاف المشرع التونسي، الذي نص في الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية على أن ((مصاريق شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه. وإذا لم يكن للحاضنة مسكن، فعلى الأب إسكانها مع المحضون)). وقد أقر القضاء التونسي عدة مبادئ بصدد تطبيق هذا النص: كاحتفاظ المطلقة بالسكن، أو تمكينها من منحة السكن بصفة دورية، إلى حين سقوط الحضانة- وكل ذلك بما فيه مصلحة للمحضون. انظر:

Bochra BelHaj Hmida Sahli : Le Divorce, éd. ALIF, Tunisie 1999, p. 62 et ss.

وقد اعتبرت محكمة التعقيب التونسية أن طلب إسكان الحاضنة مع المحضون، يتعلق بالنظام العام لارتباطه بحق القاصر، فقررت ((حيث طلبت الطاعنة من محكمة الموضوع إبقاءها بمقر الزوجية بوصفها حاضنة للبيت منال، أو إسناد منحة سكن لها في نطاق أحكام الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية، الذي يقتضي أن "مصاريق شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال وإلا فمن مال أبيه. وإذا لم يكن للحاضنة مسكن، فعلى الأب إسكانها مع المحضون". فالإسكان بمقتضى هذا النص تراعى في إسناده مصلحة المحضون، وتهم بالتالي أحكامه النظام العام لتعلقها

بقاصر. لذلك فإن طلب الطاعة جوهرى لا يمكن إغفاله، وكان على محكمة الدرجة الثانية فحصه، كما ينبغي استنتاج ما يجب استنتاجه منه. ولما لم يقع ذلك، فإن حكمها أمسى مشوبا بضعف التعليل، متسما بمضم حق الدفاع وخرق القانون بصورة تعرضه للنقض ((محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 49352 مؤرخ في 1996/05/21، بنشرية محكمة التعقيب 1996، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس، ص 245 وما بعدها). وجاء في قرار آخر لمحكمة التعقيب التونسية: إن الحاضنة تستحق منحة السكن إن لم يكن لها مسكن يحقق إسكانها مع المحضونين، وإلا حكم لها بالإسكان المقرر في الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية. وقد ألزمت محكمة التعقيب محكمة الموضوع بالتحقق والبت في أمر توفر الحاضنة على سكن أم لا، وإلا تعرض قرارها للنقض (محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 49278 مؤرخ في 1996/05/14، بالمرجع السابق، ص 262 وما بعدها. وكذلك قرار محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 48522 مؤرخ في 1996/06/11، بنفس المرجع السابق، ص 305 وما بعدها).

وقد اعتبر القضاء التونسي أن الإسكان طبق مفهوم الفصل 56 المذكور يعني ((قيام الحاضنة بمصلحة المحضون)) (محكمة التعقيب بتونس. قرار عدد 48522 مؤرخ في 1996/06/11، بنشرية محكمة التعقيب 1996، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس، ص 305 وما بعدها).

كما أن **المشرع المصري** تناول الموضوع، فخص الحاضنة بالسكن. انظر: فتحي حسن مصطفى - مرافعات الأحوال الشخصية. مرجع سابق، ص 25 و 26. وكذلك المشرع العراقي الذي نظم حق المطلقة في السكنى. انظر: محمد الشافعي - أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية. مرجع سابق، ص 341 وما بعدها.

1569 - ويكفي للتدليل على حساسية هذا الموضوع، ما وقع بمصر بمناسبة صدور القانون رقم 44 لسنة 1979 المتعلق بتعديل قانون الأحوال الشخصية، حيث نص الفصل 4 من القانون المذكور على استقلال المطلقة مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر، ما لم يهيئ المطلق مسكنا آخر مناسباً وذلك طيلة مدة الحضانة. وقد أثار هذا القانون عدة مناقشات صاخبة. انتهت بإلغاء القانون المذكور لعدم دستوريته - من حيث جهة إصداره - فصدر القانون عدد 100 لسنة 1985 ونص الفصل 18 مكرر ثالثاً على إلزام الزوج بأن يهيئ لصغاره من مطلقته والحاضنتهم سكناً مستقلاً مناسباً فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة. وإذا لم يكن السكن مؤجراً وجب عليه تهيئ سكن مناسب بعد انقضاء العدة. وتخير المطلقة بين الاستقلال بمسكن الزوجية، وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب لها وللمحضونين.

1570 - جاء للشيخ خليل ممزوجاً بكلام شارحه الزرقاني " (و) للحاضنة أيضاً (السكنى بالاجتهاد) على الأب فيما يخص نفسها على مذهب المدونة وهو المشهور، وإن كان مبنياً على الضعيف وهو أن الحضانة حق للمحضون . إذ لا غرابة في بناء مشهور على ضعيف خلافاً لقول سحنون : عليها هي أجرة ما يخص نفسها. ولقول يحيى بن عمر على قدر الجماجم. فلأئهما ضعيفان، وأما السكنى فيما يخص المحضون فعلى الأب اتفاقاً)) (الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - ج 4 - مرجع سابق، ص 273). وقال الشيخ الدردير شارحاً قول الشيخ خليل "والسكنى بالاجتهاد" : ((وأما السكنى فمذهب المدونة الذي به الفتوى أنها على الأب للمحضون والحاضنة معا ولا اجتهاد فيه . وقال سحنون سكنى الطفل على أبيه وعلى الحاضنة ما يخص نفسها بالاجتهاد فيهما أي فيما يخص الطفل وما

أما على صعيد القضاء المغربي، فإن موقفه غير مستقر في الموضوع، بما في ذلك المجلس الأعلى .

فقد أيدت الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى¹⁵⁷¹ قرار محكمة الاستئناف الذي لم يستجب لطلب الإفراغ الموجه من طرف الأب ضد بنيه القصر وحاضنتهم . كما أن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى وفي قرار آخر¹⁵⁷² رفض طلب الطعن بالنقض المقدم من طرف الطاعن الذي طالب بإفراغ الحاضنة من المحل الذي يعود إليه، وأيد المجلس الأعلى ما ذهبت إليه محكمة الموضوع التي رفضت طلب المدعي بعله ((إن اضطرار أبنائه للسكن جزء من اضطراره هو)) . ولم يعتد المجلس الأعلى بالتنازل الذي أنجزته الحاضنة بخصوص تنازلها عن المسكن . كما قررت الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى في قرار آخر¹⁵⁷³ تبعا لدفع الحاضنة بأن التزامها بإفراغ المسكن لا أثر له على المحضون طبق الفصل 228 من ق.ل.ع (نسبية العقود) أنه ((حقا، حيث يتبين صحة مانعته الوسيلة على الحكم، ذلك أنه طبقا لمقتضيات الفصل 127 من مدونة الأحوال الشخصية . فإن السكنى هي من مشمولات نفقة الأولاد وحق من حقوقهم، وأن الحاضنة مادامت ملتصقة بمحضونها فهي تسكن معهما بصفتهاتهن، ولا حق لها في التنازل عن حق محضونها. ولهذا فإن المحكمة عندما اعتبرت موافقة الطاعنة على تحديد النفقة والتزامها بالإفراغ، يفقدها حقها في السكنى مع أولادها، وحكمت بإفراغها تكون قد خالفت الفصل 127 المذكور وعرضت حكمها للنقض)) . ولذلك قضى المجلس الأعلى بنقض الحكم الاستئنافي وتصدي مؤيدا الحكم الابتدائي القاضي

يخص الحاضن . وقيل توزع على الرؤوس فقد يكون المحضون متعددا وكلاهما ضعيف . وظاهر قول المصنف وللحاضنة السكنى بالاجتهاد المشي على مذهب سحنون، ولو مشى على مذهبها لقدم قوله بالاجتهاد على قوله والسكنى لكن رجح بعضهم ما في التوضيح وغيره من أن كلام سحنون تفسير للمدونة قال شيخنا وهو صواب وهذا هو القول المشهور المعمول به المذكور في المدونة وغيرها سحنون . ويكون عليه من الكراء على قدر ما يجتهد الحاكم)) . (الدردير - ج 2، مرجع سابق، ص 533 - 534) .

1571 - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 394 . بتاريخ 26-09-1979، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 131.

1572 - المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 214 . بتاريخ 29-04-1970، بمجموعة قرارات المجلس الأعلى (المادة المدنية- 1966-1982) ص 765 . ومجلة القضاء والقانون، عدد 117، ص 374 .

1573 - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 539 . بتاريخ 23-01-1984 . بمجلة القضاء والقانون ، عدد 135-136، ص 194-196 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 173.

برفض طلب الإفراغ . كما أن غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى¹⁵⁷⁴ قررت وهي تستجيب لطلب النقص المرفوع من حاضنة مطلقة، والتي دفعت بكون مبلغ النفقة زهيدا : ((حقا، حيث إن المطلوب لم ينازع في كونه مالكا لعدة عقارات سكنية وغيرها، وأن سكنى الطاعنة بوصفها حاضنة لأبنائه الأربعة، لا يجعلها أجنبية يتوجب إفراغها . والاجتهاد القضائي اعتبر أن الأبناء جزء من والدهم، سكنهم هو مسكنه . وطبقا للفصل 127 من مدونة الأحوال الشخصية، فإن السكن يعتبر من مشمولات نفقة الأولاد وحق من حقوقهم . وأن الحاضنة ما دامت متصلة بمحضونيتها فهي تقيم معهم بصفقتها تلك، ولا تملك حق النازل عن حقوقهم . ولذلك فالقرار المطعون فيه، عندما اعتبر النفقة بقدرها الزهيد شاملة للكفى، لم يراع ظروف الحال فيما يتعلق بالقيمة الشرائية التي توجد عليها البلاد . وغير مرتكز على أساس)) .

إلا أن هذا الموقف الذي أكدته مختلف غرف المجلس الأعلى في عدة قرارات، خالفه المجلس الأعلى بقرارات أخرى . ففي قضية تم فيها الحكم بإفراغ مطلقة حاضنة من بيت الزوجية السابق لانقضاء عدتها، أيدت الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى¹⁵⁷⁵ حكم محكمة الاستئناف المعلن بما يلي ((حيث إن الأمر بتحديد الالتزامات المترتبة عن الطلاق... يتضمن التنصيص على تعيين محل سكنى المستأنف عليها، خلال العدة، ببيت الزوجية . وحيث إنه لا يتضمن بقاءها في المنزل إلى حين سقوط الحضانة عنها شرعا، ولذلك يكون الحكم المستأنف، عندما قرر خلاف ذلك قد أول الأمر القضائي تأويلا خاطئا . الأمر الذي يستوجب إبطاله .. إذ لم يبق للمستأنف عليها أي حق في البقاء ببيت الزوجية بعد انقضاء عدتها)) وقال المجلس الأعلى ردا على الطاعنة المذكورة : ((فإن الطالبة لها أن تطلب بصفة قانونية ما يخوله القانون لها أو لأولادها، لا أن تبقى محتلة للدار بدون مبرر قانوني، وأنه بالفعل وحسبما يتضح من نسخة الحكم الذي أرفقته بمقالها والمشار إليه في الوسيلة، فقد حكم لها على المطلوب بأن يؤدي لها أجره حضانتها ابتداء من تاريخ طلاقها إلى حين سقوطها شرعا، وبأن يضع تحت تصرفها مسكنا لإيواء المحضونين، مما يتجلى معه أن الطالبة غير جدية في طعنها، وأن الوسيلة لا ترتكز على أساس)) .

¹⁵⁷⁴ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 807 . بتاريخ 14 / 07 / 1992 - ملف رقم 6484 / 90 أورد حيثياته : إدريس بلحمجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 89 .

¹⁵⁷⁵ - المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 3103 . بتاريخ 19 / 12 / 1991 ، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، ص 106.

وفي قرار آخر اعتبر المجلس الأعلى¹⁵⁷⁶ أنه : ((لا حق للمطلقة الحاضنة في مطالبتها بشيء يتعلق بشخصها . وفيما يتعلق بأبنائها من المطلق، فهو المسؤول عن نفقتهم وما يتبعها من سكنى وغيرها . إلا أنه ليس من حق المطلقة وهي أجنبية عنه أن تتمسك بسكنى معينة بدعوى أنها حاضنة، لأن سكنى الأبناء وإن كانت من التزامات الأب، إلا أنها ليست عينية، بل له أن يخصص لهم سكنى أخرى تناسبهم . مما لا مجال معه للتمسك بسكنى معينة، وبالتالي فإن المحكمة التي قضت بإفراغ الطالبة من بيت مطلقها تكون قد صادفت الصواب)) .

وهذا التضارب الملاحظ على صعيد عمل غرف المجلس الأعلى في الموضوع، يلاحظ أيضا على صعيد محاكم الموضوع . فقد ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها¹⁵⁷⁷ إلى ((أن صفة المستأنفة كحاضنة للأولاد القاصرين لا تبرر تواجدها في اخل موضوع النزاع ما دام أنها لم تدل بما يفيد أن اخل سلم للأولاد القاصرين، كمقر لسكناهم . مما يتعين معه القول أنها بعد انتهاء عدتها، أصبحت تحتل اخل موضوع النزاع بدون سند ولا قانون)) . وقد اعتد القرار المذكور بكون قاضي التوثيق حدد نفقة للأولاد، وأن من مشمولات النفقة المذكورة السكنى . ونشير إلى أن إفراغ الحاضنة المذكورة ثم ابتدائها وبمقتضى أمر استعجالي . بينما قضى رئيس المحكمة الابتدائية بالقنيطرة¹⁵⁷⁸، برفض طلب إفراغ الحاضنة من بيت الزوجية بعد انتهاء مدة عدتها، بعلة أن ((قضاء الاستعجال قضاء اجتماعي متطور، وقضاء حماية الحقوق، ودرء المصاعب واجتناب المفاسد، وقضاء حماية القصر . وحيث إن في الحكم بالإفراغ جلب البلاء للمحضون والتشويش عليه وزعزعة استقراره بصفة نهائية، وفي بقائه بمحل والده - وإن حرم من عطف الأب المستمر وتواجده معه - نوع من الطمأنينة ووسيلة للتخفيف من سلبيات الطلاق، وبالتبعية فإن حمايته حماية لمن يراعه . فالمطلقة راعية للقاصر المحضون والقضاء حامي للقصر ومن يحميهم ويحضنهم . فالمدعى عليها بصفتها حامية لولدها وحاضنة عليه، لا يمكن نعتها باختلة لمزل مفارقها، الذي قضت فيه فترة من عمرها كبيت للزوجية، وتحول بعد الطلاق إلى محل ترعى فيه محضونها، الذي لا يمكن أن ينعت هو الآخر بالختل مادام بيت والده، وفي حاجة لوالدته . وهو

¹⁵⁷⁶ - المجلس الأعلى - قرار عدد 144، بتاريخ 06 / 02 / 1986 . ملف رقم 1380 / 84 . أورده :

عبد العزيز توفيق - التعليق على مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 124 .

¹⁵⁷⁶ - حول النزاع في قبض الصداق - انظر غلال الفاسي: التقريب. مرجع سابق. ص 186.

¹⁵⁷⁷ - محكمة الاستئناف بالرباط - ملف عدد 90/1747، قرار بتاريخ 18 / 03 / 1991 . بمجلة

الإشعاع، عدد 6، ص 101.

¹⁵⁷⁸ - المحكمة الابتدائية بالقنيطرة - أمر استعجالي - بتاريخ 19 / 05 / 1998، ملف عدد 98 / 146،

بمجلة الإشعاع، عدد 17، السنة 1998، ص 246 .

حق إلى أن يبلغ من العمر الثانية عشرة حسب الفصل 102 من مدونة الأحوال الشخصية)) . وبالإضافة إلى التضارب في الحلول، هناك اختلاف في الجهة التي يرفع إليها الطلب، فمرة ترفع مثل هذه الطلبات أمام قضاء الموضوع ومرة أمام القضاء الاستعجالي في إطار دعوى طرد محتمل . وأعتقد أنه وفي طلب مثل هذا تثور مسائل مرتبطة بالموضوع : أقلها النزاع حول انتهاء العدة من عدمه، وأهمها وهو هل تشمل النفقة المقررة للأولاد السكنى وهل هي كافية أم لا؟ مادامت قرارات قضاة التوثيق لا تشير في الغالب لذلك، مما يتعين معه ترك البت في مثل هذه الأمور لقضاء الموضوع لا القضاء الاستعجالي ويتعين لذلك التصريح بعدم اختصاص قاضي المستعجلات . خاصة إذا كان المنزل مملوكا للزوج . بينما في حالة كون المنزل مكري للزوج، فإن البعض يرى أن قضاء الأمور المستعجلة يكون مختصا للبت في طلب طرد الحاضنة، تبعا لمبدأ نسبية العقود¹⁵⁷⁹ . وتجدر الإشارة هنا إلى أن بعض الأزواج يفسخون عقود الكراء مع المكري، فتصبح الحاضنة مهددة بالطرد للاحتلال من قبل المكري، أو قد تكون مضطرة لأداء واجبات كراء المحل المترتبة، وكراء المحل من جديد على أساس سومة كرائية مرتفعة، وإذا ما ارتضى المالك ذلك . ولعل حساسية هذا الموضوع، والاضطراب الذي يشوبه، سواء أمام غرف المجلس الأعلى، وأمام محاكم الموضوع بصفة خاصة، هو ما حدا بالمجلس الأعلى إلى إدراج نقطة سكنى الحاضنة في الاجتماع الثاني لمجلس الرؤساء بالمجلس الأعلى (محضر 19-04-1995)¹⁵⁸⁰ قصد إيجاد حل نهائي للمسألة . كما أن البعض طالب بمناسبة تغيير المدونة بإعطاء المطلقة الحاضنة حق الاحتفاظ ببيت الزوجية¹⁵⁸¹ .

وأعتقد أن استقلال الحاضنة بمحل السكنى الذي كان مقرا لبيت الزوجية، يجب أن يترك أمر تقديره للقضاء المعروض عليه النزاع، لبيت في الأمر على ضوء كفاية النفقة وهل تعطي

¹⁵⁷⁹ - محمد الكشور - الطلاق وتبعاته المالية، مرجع سابق، 66 .

¹⁵⁸⁰ - وقد اعتبر مجلس الرؤساء أن هناك ثلاث فرضيات:

- 1) اختيار المطلقة قضاء العدة ببيت الزوجة ولا أولاد لها - ف تعتبر محتملة للسكنى بدون سند في هذه الحالة.
 - 2) إذا لم يتم تمكين أولاد المطلقة من السكن أو مقابله فلا يحكم بالإفراغ .
 - 3) إذا تم فرض نفقة شاملة، ومن غير نزاع في مقدارها - يحكم بالإفراغ.
- وقد اعتبر الرئيس الأول للمجلس الأعلى - أن الموضوع يطرح مشكلا قانونيا واجتماعيا ويتعين إيجاد حل عادل وتوجيه الاجتهاد. مع الإشارة إلى ارتباط الموضوع بالفقه الإسلامي. انظر محضر الاجتماع بمجلة قضاء المجلس الأعلى - عدد 47 . ص 380.

¹⁵⁸¹ - انظر المقترحات المقدمة بهذا الصدد، في أشغال ندوة : مدونة الأحوال الشخصية : أي تغيير ؟. منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط . ص 87 .

إمكانية للتوفر على سكن لو تم خروج الحاضنة من المنزل الذي يعود لطالبه، كما يؤخذ بعين الاعتبار مدى ملاءمة الزوجة وإمكانيتها كذلك، ومراعاة مصلحة المحضون . وعلى ضوء ما ذكر يمكن اتخاذ عدة حلول بما في ذلك مطالبة الأب بالزيادة في قدر النفقة مقابل الإفراغ أو تهيئته لسكن آخر مناسب، أو إبقاء الحاضنة مع الأولاد بالسكن تبعاً للظروف التي يتحقق منها القضاء¹⁵⁸² . أما القول برفض طلبات الإفراغ مطلقاً أو الاستجابة لها مطلقاً فمحل نظر. إذ إن كثيراً من المشاكل تثور حيث يتم في حالة كون المنزل مستأجراً تنازل الأب عن الإيجار لصاحبه مع تراكم واجبات الكراء فتقابل الحاضنة بدعوى الإفراغ للاحتلال بعد التنازل . وفي حالة ما إذا كان المنزل مملوكاً للأب يتم بيعه على من فيه . وتنطلق مساطر أخرى لنفس الهدف وهو الإفراغ، وكل هذا تعيش المحاكم وقائعه دون أن يوجد لحد الساعة حل تشريعي واضح¹⁵⁸³ أو حل قضائي موحد في الموضوع، كان بالإمكان توظيفه عند تعديل المدونة فيما يخص الحضانة .

¹⁵⁸² - ويرى الأستاذ محمد الكشيبور، أنه يمكن الحسم في المسألة حتى أمام قاضي التوثيق، استثناساً بالفقرة الثانية من الفصل 52 مكرر من المدونة، تبعاً للأضرار اللاحقة بالملقة في حالة الطلاق غير المبرر، حيث يمكن تمكين الزوجة من المسكن إذا كان مملوكاً للزوج . انظر: محمد الكشيبور - الطلاق وتبعاته المالية، مرجع سابق، ص 65 .
¹⁵⁸³ - انظر تنظيم المشرع العراقي للمسألة (قانون رقم 77 لسنة 1983)، لدى : محمد الشافعي - أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 341 وما بعدها .

المبحث الثالث

موقف المجلس الأعلى

من نصوص المدونة المتعلقة بقضايا النفقة

ترسم المدونة في باب النفقة بصفة خاصة، الصورة المثلى لقوامه الرجل على المرأة والأسرة. حيث تنيط به مهمة الإنفاق المادي على أعضائها، باعتباره المدير للشؤون المادية والمعنوية للأسرة. وهذه الصورة في نفس الوقت وفيه لمبدأ التقسيم الجنسي للعمل الذي تتم إعادة إنتاجه في قالب أو صياغة قانونية. غير أن هذا القالب النموذجي أصبح لا يتسع ليشمل التغيرات الحاصلة داخل البنية الأسرية في الوقت الحاضر، والتي تعرف خروجاً متتالياً للمرأة لساحة العمل ومساهمتها الفعلية في خير الأسرة، بل وتحمل مسؤولية تسييرها في حالة انفصام العلاقة الزوجية. ولذلك فإن واقع النفقة يختلف في جانب كبير منه عن النموذج القانوني المتعلق بالنفقة، خاصة في وقت تتلاشى فيه سلطة الزوج داخل الأسرة أمام أعبائها المتفاقمة، مما يعكس ارتفاع حالات المطالبة القضائية بالنفقة ضد الأزواج ولو في حالة قيام العلاقة الزوجية¹⁵⁸⁴. بحيث يمكن القول أن هناك اختلالاً في الأدوار داخل الأسرة كما حددت من طرف المدونة، وهو ما أدى إلى نماذج

¹⁵⁸⁴ - من خلال دراسة الأستاذة كترة المراني العلوي (الأسرة المغربية . مرجع سابق، ص 142 وما بعدها) فإن نسبة 53.64 % من قضايا الأحوال الشخصية التي درستها على صعيد المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء - يدور موضوعها حول عدم قدرة الأب على الإنفاق (طلب الزوجة للنفقة أو الزيادة فيها، وطلب الزوج إيقاف نفقة الزوجة أو إسقاطها أو التخفيف منها) .

ومن خلال دراسة زينب معادي- أزمة أدوار أم أزمة مكونات - (جريدة 8 مارس، عدد يوليو 1987) فإن قضايا النفقة تحتل الدرجة الأولى من القضايا التي تسجلها النساء بنسبة 87 % . وتأتي بعد هذه النسبة، مطالب الزوج بإرجاع الزوجة إلى بيت الزوجية، والتي تحتل النسبة الغالبة من قضايا الزوج وذلك بنسبة 84 % . وأن 75 % من قضايا النفقة هي بين فئات المتزوجين أكثر من فئات المطلقين .

أسرية مخالفة للنموذج القانوني الذي ترسمه المدونة للأسرة¹⁵⁸⁵ : عجز الأب عن الإنفاق يؤدي إلى مساهمة المرأة في الإنفاق الأسري عن طريق خروجها إلى سوق الشغل¹⁵⁸⁶ ، وهو ما يؤثر على سلطة الأب المعنوية داخل الأسرة، والذي قد يؤدي به الأمر إلى هجر بيت الزوجية، وما ينجم عن ذلك من تعرض الأطفال للضياع، خاصة بعدم تسجيل الأبناء بدفتر الحالة المدنية، وعدم إلحاقهم بالتعليم بالإضافة لمضاعفات نفسية أخرى، زيادة على مطالبة الزوجة بالتطليق لعدم الإنفاق¹⁵⁸⁷ ، ليتم الإعلان عن الإفلاس النهائي لمثل هذه الأسر.

¹⁵⁸⁵ - كترة لمراي العلوي - الأسرة المغربية . مرجع سابق، ص 160 .

¹⁵⁸⁶ - وتلاحظ الأستاذة زينب معادي : ((إذا كان إنفاق الزوج، يؤسس له حقوقا ينظمها القانون . فإن إنفاق الزوجة، الذي أصبح يفرضه الواقع، لا يؤسس لها حقوقا مقابل هذا الإنفاق . لأنها في عرف المشرع لا تنفق . مع أن نسبة النساء ((رئيسات الأسر)) في تزايد . حيث أصبحت نسبة الأسر التي تترأسها نساء 17 % بالنسبة لمجموع سكان المغرب : 21 % بالنسبة للمناطق الحضرية، و 14 % بالنسبة للمناطق الريفية)) (زينب معادي - المرأة والمؤسسة القانونية . بمجلة " أمل " ، عدد 3، السنة الأولى، 1993، ص 165) .

وتزيد الأستاذة زينب معادي في توضيح فكرتها فتقول : ((مطالبة العاملة بالنفقة، هي منفذ تعبر من خلاله عن رفضها لأشكال السلوك تلك . فهي تنبه الجهاز القانوني : إن السلطة والهيمنة، يجب أن ترتبط مبدئيا بالإنفاق . وتذكره أن الزوج الذي يضرب ويؤدب لا ينفق، بل يُنفَقُ عليه)) وهي بذلك تحاول تعديل المراكز المحددة سلفا داخل الأسرة (زينب معادي - الأسرة المغربية بين الخطاب الشرعي والخطاب الشعبي" ، مرجع سابق، ص 153).

¹⁵⁸⁷ - وهي دعوى تطرح عدة مشاكل عمليا، أهمها ما يتعلق باعتبار امتناع الزوج عن تنفيذ الحكم القاضي عليه بالنفقة - دليلا على عسر الزوج المبرر للتطليق لعدم الإنفاق ؟ فقد قضت محكمة الاستئناف بمراكش بأن الامتناع عن تنفيذ أحكام بالنفقة والإدانة من أجل إهمال الأسرة لا تعتبر حجة على عسر الزوج (محكمة الاستئناف بمراكش، قرار عدد 538، بتاريخ 03 / 06 / 1988، ملف عدد 694 / 88 . بمجلة المحامي، عدد 26/25، ص 150). بينما قضت نفس المحكمة، في قرارات أخرى بعكس هذا واعتدت بعدم تنفيذ الحكم القاضي بالنفقة في طلب التطليق لعدم الإنفاق (محكمة الاستئناف بمراكش، قرار عدد 559، بتاريخ 28 / 07 / 1992، ملف عدد 2359 / 91 . بمجلة المحامي، عدد 26/25، ص 154 وقراراتها عدد 152، بتاريخ 05 / 11 / 1991، ملف عدد 1124 / 91 . بالمرجع السابق، ص 158. وقراراتها عدد 484، بتاريخ 03 / 05 / 1994، ملف عدد 3883 / 93 . بالمرجع السابق، ص 260 . وانظر تعليقا على اتجاهي محكمة الاستئناف بمراكش بخصوص التطليق لعدم الإنفاق، لدى نعيمة الصديقي - دعوى التطليق لعدم الإنفاق بين اتجاهين - بمجلة المحامي، عدد 26 / 25، ص 163 - 166 . وقد أيدت المعلقة المذكورة، اتجاه المحكمة الأخير . وأوردت قرارا ت أخرى لنفس المحكمة في نفس الاتجاه ولم أقف على حكم منشور للمجلس الأعلى بهذا الخصوص، لكن أعتقد أن ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بمراكش في الحالات الأخيرة، حل عادل، لأنه لا دليل أقوى على العجز عن الإنفاق، من امتناع الزوج عن تنفيذ الحكم القاضي عليه بالنفقة، وتحرير محضر عدم وجود ما يحجز في مواجهته .

وبالإضافة إلى هذه الجوانب القانونية، هناك دور القضاء في الموضوع، الذي بقي متأثراً بالتحديد الفقهي للنفقة وتقديرها¹⁵⁸⁸. فالنفقة حسب الفقه هي: ((الإدرار على شيء بما فيه بقاؤه))¹⁵⁸⁹، بحيث ترتبط النفقة في التصور الشائع بما يحفظ الأود فقط، دون مراعاة الحاجيات المتجددة، خاصة بالنسبة للأطفال. ورغم تمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في فرض النفقة، لفائدة الزوجة والأولاد أو الأصول، فإن هذه السلطة التقديرية محط انتقاد شديد، نظراً لضآلة المبالغ المحكوم بها في سبيل النفقة، والتي يتم تقديرها غالباً خارج أي اعتبار لتغير سلم الأسعار. وهذا الوضع يعكس في الواقع، عجزاً اقتصادياً من قبل الملتزمين بأداء نفقة مهمة للمستحقين ((أو على الأقل اعتراف الجهاز القضائي بهذا العجز))¹⁵⁹⁰. ويضاف إلى تلك الانتقادات، مشاكل تنفيذ الأحكام القاضية بالنفقة وطول إجراءاتها.

¹⁵⁸⁸ - فرغم وجود الفصل 119 من مدونة الأحوال الشخصية، نجد الأطراف تعتمد على القواعد الفقهية في تقدير النفقة. فقد قرر المجلس الأعلى: أن النص الفقهي المحتج به من قبل الطاعن، والوارد في تحفة ابن عاصم: " وكل ما يرجع لافتراض موكل لاجتهاد القاضي " ((غير قاصر على قاضي الدرجة الأولى، بل يتناول قضاة محكمة الدرجة الثانية، الذين هم بدورهم، قضاة محل سكن المتقاضين، وإن كانت دائرة نفوذهم أوسع مجالاً)). وما على القضاة سوى التقييد بضوابط تقدير النفقة المنصوص عليها بالمدونة (الفصل 119) تحت طائلة النقص (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 34 . بتاريخ 16-03-1970، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 24).

¹⁵⁸⁹ - سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 358.

و((تشمل نفقة الزوجة السكنى والطعام والكسوة والتمريض بالقدر المعروف وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة)) (الفصل 118 من مدونة الأحوال الشخصية). ونص الفصل 35 من المدونة: ((حقوق المرأة على الزوج: 1 - النفقة الشرعية من طعام وكسوة وتمريض وإسكان)) . وينص الفصل 127 من مدونة الأحوال الشخصية: ((يجب للأولاد والأبوين النفقة وما يتبعها من المؤونة والكسوة والسكنى والتعليم للأولاد، على قدر حال المنفق وعوائد المجتمع الذي يعيشون فيه)) .

وقد قرر المجلس الأعلى ((حيث يعيب الطاعن (على الحكم المطعون فيه) أنه قضى بواجب الأعياد والكسوة والتمدرس، في حين أنها داخلية في النفقة حسب الفصل 118 من مدونة الأحوال الشخصية، إضافة هذا المبلغ إلى النفقة عمل غير قانوني . لكن - يقول المجلس الأعلى - النفقة تشمل الجميع إذا أطلقت، فإنه لا مانع من التنصيص بتفصيل على كل المستلزمات، وتقدير مبلغ لكل منهما على حدة، ويبقى حينئذ لفظ النفقة اليومية من طعام وشراب . وبالتالي فما أثاره الطاعن غير ذي أساس)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 680 . بتاريخ 16 / 06 / 1992، ملف رقم 5184 / 91، أورد حيثياته: إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 80) .

¹⁵⁹⁰ - معادي زينب - أزمة أدوار . مرجع سابق، (جريدة 8 مارس، عدد يوليو 1987) .

وسنعالج هنا بعض المشاكل القانونية التي كان على المجلس الأعلى مواجهتها، سواء فيما يتعلق بتقدير النفقة أو مراجعتها (المطلب الأول)، أو النفاذ المعجل المقرر لأحكام النفقة (المطلب الثاني)، وأخيرا نتناول التقاضي بشأن نفقة الزوجة والأولاد (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تقدير النفقة ومراجعتها

يتعلق بهذا المطلب أمران، هما السلطة التقديرية للمحكمة في فرض النفقة، ومراجعة هذه النفقة. و نتناول ذلك في الفقرتين التاليتين :

الفقرة الأولى - أسس تقدير النفقة :

يقر المجلس الأعلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير النفقة¹⁵⁹¹، سواء تعلق الأمر بقاضي الدرجة الابتدائية، الذي يكون هو قاضي محل إقامة الزوجين غالبا (حيث يرجع التقدير تبعا لعادات قضاة البلد)، أو تعلق الأمر بقضاة الدرجة الثانية الذين يكونون بدورهم قضاة محل سكن المتقاضين، وإن كانت دائرة نفوذهم أوسع مجالا¹⁵⁹². بل إن المجلس الأعلى

¹⁵⁹¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 40 . بتاريخ 24 يناير 1972، بمجلة القضاء والقانون عدد 123 ص 105 .

كما أن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، قرر أنه يوكل للقاضي في كل ما يحتاج لفرض وتقدير: من نفقة وكسوة وإسكان وغيرها (قضية عدد 10627، حكم بتاريخ 23-12-1953، بمجلة الفقه المالكي، مرجع سابق، عدد 5-6، ص 151).

¹⁵⁹² - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 34 . بتاريخ 16-03-1970، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 24 .

¹⁵⁹³ يوسع أحيانا من مجال هذه السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فقد أجاز للمحكمة الحكم بالنفقة حسب تقديرها وإن لم تحدد طالبة النفقة مبلغا، وقال المجلس الأعلى : إن المطلوبة في النقص لما ((تركت أمر تحديد النفقة التي تطالب بها إلى المحكمة، تكون قد طبقت القانون وخاصة فصل المدونة 119 الذي لا يتعارض مع الفصلين 3 و 32 من ق.م.م. وقضاة الموضوع لهم الصلاحية في تحديد قدر النفقة بعد أن تتوفر لهم العناصر الدافعة إلى اعتبار الأسعار وعادة أهل البلد وحال الطرفين . كما أنهم غير مجبرين بالأخذ بالقدر المطالب به ؛ إذ بوسعهم الحكم بأقل منه أو أكثر)) . وحسب هذا القرار فإن قضاء المحكمة بأكثر مما طلب كنفقة، لا يتعارض ومقتضيات الفصل 3 من ق.م.م. الذي يلزم المحكمة بالبت في حدود طلبات الأطراف .

ولقد حاول المشرع إضفاء نوع من الموضوعية على سلطة التقدير هذه، فعُدل الفصل 119 من المدونة بخصوص تقدير النفقة وضوابطه والذي أصبح ينص على أنه : ((ويسند تقديرها لمن يعينه القاضي))، أي الخبير بصفة عامة ¹⁵⁹⁴ . ويمكن القول أن هذا الحل التشريعي

¹⁵⁹³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار صادر بالملف رقم 7236 / 88 . بتاريخ 03-04-1990 . بمجلة الإشعاع، عدد 5، ص 185.

وانظر تعليق الأستاذ عمر بوخدة، على القرار المذكور، بالصفحة 188 وما بعدها من المرجع السابق . حيث يذهب الأستاذ عمر بوخدة، إلى ضرورة بيان المطالب بالنفقة لمقدارها المطلوب . وذلك لعدة اعتبارات أهمها مشكل الرسوم القضائية . وتجدر الإشارة الآن ، إلى أن مطالب النفقة معفاة من أداء الرسوم القضائية . ¹⁵⁹⁴ - هل يمكن حمل هذا التعديل (الاستعانة بالخبرة لتقدير النفقة)، على كونه نافذة شرعا المشرع من أجل الانفتاح على بيئة بعيدة عن مجال القانون، بيئة قريبة من سلم مستوى المعيشة والدخل والأسعار، أي بيئة قانون السوق، التي قلما، يعطيها القاضي الاهتمام اللائق وهو يقضي بالنفقة من داخل برجه القانوني ؟.

لقد كان الفصل 119 من المدونة قبل تعديله بظهير 10-09-1993 - ينص على معيار يسر الزوج وحال الزوجة، وعادة أهل البلد وحال الوقت والأسعار مع اعتبار التوسط . فهل يعني التعديل المذكور، أن القضاء لم يعد يجب عليه الأخذ بالمعايير المذكورة ؟ أعتقد أنه لا مانع من الأخذ بالمعايير المذكورة بعد التعديل خاصة وأن الفصل 118 (نفقة الزوجة) و 127 (نفقة الأولاد والأبوين) من مدونة الأحوال الشخصية لازالا ينصان على اعتبار العرف والعادة فيما يخص النفقة. وانظر: تعليق الأستاذ صالح سموح - إيجابيات وسلبيات تعديل الفصل 119 من مدونة الأحوال الشخصية - بمجلة المحاكم المغربية، عدد 68-69، ص 56.../.

وتجدر الإشارة إلى أنه وحسب المشرع المصري، فإن الفصل 16 من القانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 لا ينص على الأخذ بعين الاعتبار إلا حال الزوج يسرا أو عسرا ، على أن لا تقل النفقة في حال العسر عن القدر الذي يفي بالحاجيات الضرورية للزوجة. وهذا هو موقف الفقيه الكرخي من الحنفية . وكانت المحاكم المصرية تجري على رأي الفقيه الخصاف من الحنفية الذي يقول به مالك وابن حنبل والذي أخذت به المدونة في الفصل 119 (انظر محي الدين عبد الحميد - الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 203) . ومن

الأخير، جاء استجابة لبعض مواقف المجلس الأعلى بخصوص ضرورة إجراء البحث عن الوضعية المادية للملزم بالنفقة . فقد قضى المجلس الأعلى وقبل تعديل الفصل 119 المذكور¹⁵⁹⁵ بأنه ((يجب على المحكمة قبل أن تحكم على الزوج بنفقة الزوجة أن تأمر بإجراء بحث حول وضعية الزوج المالية وحالة الزوجة الاجتماعية وإلا تعرض حكمها للنقض)) . كما قرر المجلس الأعلى¹⁵⁹⁶ أنه: ((حقا، إن الحكم اقتصر في التعليل على القول بأن المدعى عليه استكثر ما حكم به تمثيلا ونفقة الولد، ويجب أن يكون ذلك بحسب الوسع والحال . وحيث لم يبين لا وسع ولا حال المدعية والمدعى عليه . وفي استعمال السلطة التقديرية لا بد من بيان ما يرر . الشيء الذي لم يبرزه الحكم المطعون فيه))¹⁵⁹⁷ . كما قرر المجلس الأعلى¹⁵⁹⁸ أن ((عدم جواب المحكمة على ملتزم يرمي إلى مراعاة الحالة المادية للزوج (تبعاً لنسبة أجرته وما هو ملزم به من نفقات أخرى) يعد بمثابة نقصان في التعليل موجب للنقض)). كما أن هذا التعديل جاء استجابة لمواقف سابقة للمجلس الأعلى، لم يحصر فيها وسائل الإثبات المتعلقة بالوضعية المادية للزوج والحالة

قرارات القضاء السوري الذي يأخذ بموقف المشرع المصري، بهذا الصدد، قرار دائرة التمييز، عن محكمة الاستئناف العليا (طعن رقم 1980-12-12-29، بتاريخ 1980-12-29، بالجملة العربية للفقهاء والقضاء ، عدد 5، ص 108) حيث جاء فيه ((بحسب القانون السوري، تقدر النفقة يجب حال الزوج مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقل عن حد الكفاية)) .

¹⁵⁹⁵ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 134 . بتاريخ 12 / 07 / 1972، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25، ص 143 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 212 .

¹⁵⁹⁶ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 82 . بتاريخ 11-02-1980، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، ص 89 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 249 .

¹⁵⁹⁷ - وإن كان المجلس الأعلى نفسه، رد طعنا بالنقض في حكم قضى بخفض المتعة والنفقة، دون أن تقوم محكمة الموضوع، ببيان عناصر حالة الزوج . وذلك بعلّة ((إن قضاة الموضوع، برروا موقفهم بكون حالة المدعى عليه المادية لا تسمح له بأداء ما حكم به ابتدائياً، وبأن الظروف الوقوتية تبرر إقرار ما حكم به ابتدائياً)) (المجلس الأعلى - قرار (غير منشور) عدد 90 . بتاريخ 27 / 01 / 1987 . ذكره أستاذنا أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 194، هامش 7 .

¹⁵⁹⁸ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 52 . بتاريخ 22-04-1968، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 4، ص 72 .

الاجتماعية للزوجة في وسائل محددة، إذ قرر المجلس الأعلى¹⁵⁹⁹ أن ((اللازم (هو) ثبوتهما بوسائل الإثبات المشروعة قبل تقدير النفقة))، فقد قبل المجلس الأعلى من حيث المبدأ استعانة محكمة الموضوع بالخبرة في تقدير النفقة¹⁶⁰⁰، وإن اعتبر المجلس الأعلى¹⁶⁰¹، أن الاستعانة بالخبرة لا يصل إلى حد الوجوب، لأن محكمة الموضوع ((تقدر النفقة على حال المنفق، وعوائد المجتمع . والرجوع إلى الخبراء أمر غير واجب عليها)) .

وأعتقد أن ما خوله الفصل 106 من المدونة بعد تعديله بشأن الاستعانة بالخبرة عند تقدير النفقة، لا يعني أنه يتعين اللجوء إلى الخبرة في كل قضية تتعلق بالنفقة، لأن توفر محكمة الموضوع على المسوغات التي تخولها الوقوف على الحالة المادية للزوج والحالة الاجتماعية للزوجة كاف لتأسيس تقديرها للنفقة . وأن تقرير الاستعانة بالخبرة لا يسلب القاضي سلطته التقديرية في الموضوع¹⁶⁰² لأن المبادئ العامة في الخبرة هو أن القاضي خبير الخبراء، ولا تعني عبارة ((ويسند تقديرها لمن يعينه القاضي)) الواردة في الفصل 119 من المدونة، أن القاضي لم يبق له دور بشأن تقدير النفقة . وعلى ذلك لا يلجأ للخبرة إلا في حالات يتعذر معها الوقوف على حقيقة وضع الزوجين كحالة الادعاء بتملك الزوج لأموال أو عقارات تم تغييبها عن نظر المحكمة . ولقد أظهرت أيام التطبيق القصيرة لتعديل الفصل 119، المذكور أن المحاكم لا تلجأ مباشرة إلى الخبرة للقضاء بالنفقة . وإلا لتراكمت الملفات المتعلقة بهذا الموضوع أمام القضاء وتعذر الفصل فيها، خاصة وأن نفس الفصل المذكور ينص على أنه ((يفصل فيها بشكل استعجالي))، وهو ما لا يتحقق عند الأمر بإجراء من إجراءات الخبرة عموماً .

¹⁵⁹⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - القرار عدد 134، بتاريخ 12 / 07 / 1972 . السابق الإشارة إليه أعلاه.

¹⁶⁰⁰ - وهو ما كانت تأخذ به محاكم الموضوع حتى قبل التعديل الأخير للمدونة . فحسب وقائع قضية تم الطعن فيها بالنقض، يتبين أن المحكمة استعانت بخبيرين لتحديد النفقة وحكمت بالنفقة للزوجة والأولاد بحسب تقدير الخبيرين . انظر : قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 3، بتاريخ 11 / 12 / 1967، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 1، ص 69 .

¹⁶⁰¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 106 . بتاريخ 08-05-1972، بمجلة القضاء والقانون، عدد 121، ص 640 .

¹⁶⁰² - ولذلك قضت محكمة التمييز العراقية بتاريخ 16-10-1983 (الهيئة الموسعة الأولى - إضبارة رقم 1982/392) بأن النفقة المقررة من طرف الخبير يجب أن تتناسب وراتب المدعى عليه (بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء ، عدد 2، ص 295) .

الفقرة الثانية - مراجعة النفقة :

إن الحكم القاضي بالنفقة، لا يجوز حجية دائمة¹⁶⁰³ من حيث ما قضى به من مبالغ النفقة، إذ يرادُ عليه التغيير والتبديل، كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغير دواعي النفقة . وتبقى هذه الحجية قائمة، ما لم يحصل تغيير مادي أو قانوني في مركز الطرفين. وقد خول المشرع إمكانية مراجعة النفقة المفروضة، بطلب الزيادة أو النقص فيها، حسب ظروف معينة . فلقد نص الفصل 120 من المدونة على أنه ((لا يقبل طلب الزيادة أو النقص في النفقة المفروضة قبل مضي سنة على فرضها، إلا في الظروف الاستثنائية)) . وقد تقرر هذا المقتضى نظرا للطابع المعيشي للنفقة ودورها على تقلب الأسعار والظروف الاقتصادية ووجود بعض الظروف الاستثنائية التي تقتضي مراجعة النفقة المقدرة في السابق . ورغم أن النص المذكور يشير إلى النفقة المفروضة، أي النفقة المقررة قضاء، سواء بحكم قضائي، أو عن طريق أمر قاضي التوثيق في إطار تحديد توابع الطلاق . فإن أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، يرى أن المراجعة، تشمل حتى النفقة المحددة ((باتفاق الأبوين في عقد الخلع، أو في عقد مستقل، أو باتفاق الملمزم بالنفقة من الأبوين مع الحاضنة مثلا))¹⁶⁰⁴ . بينما، يرى الدكتور محمد الكشور، أن النفقة التي تقبل المراجعة، هي النفقة المحددة من

¹⁶⁰³ - وهذه الحجية المؤقتة ، تشمل حتى الأحكام القاضية بإيقاف النفقة للنشوز . حيث يجوز الرجوع في الحكم المذكور، تبعا لزوال الظروف التي صدر فيها (انظر : قرار المجلس الأعلى عدد 61 . بتاريخ 24-05-1977، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 127) .

¹⁶⁰⁴ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 198، و ص 249 . ويذهب الدكتور أحمد الخليلي، إلى أن المراجعة القضائية بهذا الصدد تشمل حتى الحالة التي تلتزم فيها الزوجة بمقتضى شرط أو اتفاق بالإنفاق على زوجها . وهذا الشرط أو الاتفاق لا يرى أستاذنا أنه مناف للعقد . ويقول بصدد المراجعة خاصة عندما يكون الالتزام غير مؤقت : ((الواقع أن هذا الحكم، وهو المراجعة القضائية ينبغي أن تطبق على كل الشروط التي يلتزم بها أحد الزوجين ويسري نفاذها طيلة الحياة الزوجية . لأن طول فترة النفاذ هذه

قبل قاضي الموضوع، أما النفقة المحددة من طرف قاضي التوثيق، فإنها لا تلزم الأطراف إلا إذا قبلوا بها، بحيث يمكن الطعن في أمر قاضي التوثيق مباشرة بعد صدوره¹⁶⁰⁵. أما على صعيد المجلس الأعلى، فإنه يبدو أنه لا يقبل مراجعة النفقة المحددة اتفاقاً، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى¹⁶⁰⁶: ((حقا ما نعاها الطاعن . فقد التزم بأداء نفقة الأولاد... بحسب 400 درهم في الشهر حسبما برسم الطلاق... ومحكمة الموضوع حينما خفضت مبلغ نفقة الأولاد إلى 300 درهم شهرياً، تكون قد خالفت التزام المطلوب في النقص في عقد الطلاق . لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ولقاعدة أن من التزم بشيء لزمه . الأمر الذي جعل القرار معرضاً للنقض)) . ويبدو من هذا القرار أن المجلس لا يمنع المراجعة بالإنقاص من النفقة المتفق عليها فقط، بل إنه يمنع مراجعتها حتى بالزيادة فيها، وذلك واضح من تعليقه الذي اعتبر التعاقد بهذا الشأن شريعة المتعاقدين .

وقلما تثار قضايا تتعلق بمراجعة النفقة نظراً لوجود ظروف استثنائية تحتم مراجعة النفقة، وحتى لو وجدت ظروف استثنائية، كحالة علاج يقتضي مصاريف هامة، فإن مسطرة التقاضي سوف لن تكون ناجعة لمواجهة ما تقتضيه هذه الظروف . ولذلك فإن أغلب القضايا المتعلقة بمراجعة النفقة، ترفع تبعا لمرور مدة سنة على فرض النفقة . ورغم ربط طلب مراجعة النفقة بمضي سنة على تاريخ فرضها، فإن المجلس الأعلى لا يعتبر الشرط المذكور من النظام العام¹⁶⁰⁷، فلا يجعل للدفع بعدم مرور السنة أي أثر، إن أثير ذلك أمامه لأول مرة، مما يدل على أن محكمة الموضوع لا يمكنها إثارة ذلك تلقائياً. فعلى المحكمة أن تتأكد من شرط مرور سنة على تقدير

قد تطرأ معها ظروف تجعل الشرط يلحق ضرراً غير عادي بالمتزوج به . ولا نعني بهذا تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي تأخذ بها بعض التشريعات في القانون المدني، وإنما هو حكم مستقل خاص بعقد الزواج، لأن الالتزام هنا قد لا يكون مالياً كالتزام الزوج بعدم الزواج ثانية، ثم تحدث ظروف تجعل المعاشرة الزوجية متعذرة من طرف الزوجة المستفيدة من الشرط)) (المرجع السابق - ص 249، هامش 131) .

¹⁶⁰⁵ - محمد الكشور: قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 226 هامش 304

¹⁶⁰⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 815 . بتاريخ 03 / 04 / 1990، ملف رقم 5318 / 87)، أورد حيثياته: إدريس بلحمجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 83 .

¹⁶⁰⁷ - المجلس الأعلى - قرار عدد 131 . بتاريخ 23-05-1972، بمجلة القضاء والقانون، عدد 124، ص

النفقة، في حالة ما إن تم الدفع أمامها بعدم مرور السنة، وإلا كان الحكم، وحسبما قرره المجلس الأعلى¹⁶⁰⁸، مخالفا لمقتضيات الفصل 120 من مدونة الأحوال الشخصية، ويستوجب النقص . وكما تبسط المحكمة سلطتها التقديرية عند تقدير النفقة ابتداء، فإن مراجعة النفقة زيادة أو نقصا متروك لاجتهاد القاضي¹⁶⁰⁹ . غير أنه يتعين على المحكمة أن تبني قرارها بالزيادة أو النقص في النفقة، على أسباب مُسوَّغة لما قضت به، فقد قضى المجلس الأعلى¹⁶¹⁰ بنقض الحكم الذي قضى برفع النفقة المحكوم بها على طالب النقص، رغم دفعه أمام محكمة الموضوع، بالفقر والعجز صحيا عن الكسب، وهو ما لم ينازع فيه الخصم، وقد عاب المجلس الأعلى على الحكم المنقوض عدم بحثه فيما دفع به المحكوم عليه بالنفقة. كما أن المجلس الأعلى قرر أنه ((حينما خفضت المحكمة مبلغ النفقة المحكوم بها، بعلّة أن دخل المستأنف عليه ضعيف، من دون أن تبين من أين استنتجت ذلك، يكون قرارها ناقص التعليل))¹⁶¹¹.

وإذا كان الفصل 120 من المدونة، لم يحدد تاريخ بداية سريان الزيادة في النفقة، فإن المجلس الأعلى يقرر¹⁶¹² ((إن طلب الزيادة في النفقة من طرف المنفق عليه، هو إعلان عن عدم كفاية القدر المفروض سابقا . لذا فإن التاريخ الذي يجب اعتباره للحكم بالزيادة في النفقة إن اقتضى الحال، هو تاريخ تقديم الطلب، لا التاريخ الذي أصبح فيه الطلب مباحا))¹⁶¹³ .

¹⁶⁰⁸ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 171 . بتاريخ 17-07-1972، بمجلة القضاء والقانون، عدد 121، ص 640 .

¹⁶⁰⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 161 . بتاريخ 24-01-1967، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 4، ص 34 . وكذلك مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 21 .

¹⁶¹⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 169 . بتاريخ 17-07-1975، بمجلة القضاء والقانون، عدد 120، ص 583.

¹⁶¹¹ - قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 38، بتاريخ 28/01/1997. بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 54/53، ص 172 وما بعدها.

¹⁶¹² - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 77. بتاريخ 05-04-1971، بمجلة القضاء والقانون، عدد 123، ص 110 .

¹⁶¹³ - وهو ما تقضي به محاكم الموضوع . فقد قررت محكمة الاستئناف بمراكش ((حيث إن الاستفادة من وثائق الملف، أن النفقة كانت محددة شهريا في مبلغ 350 درهما بمقتضى الحكم الصادر بتاريخ 28 / 10 / 1983، وإن طلب الزيادة فيها لم يقدم إلا بتاريخ 11 / 10 / 1988، وبالتالي فإن الزيادة المحكوم بها قبل هذا التاريخ، غير مبنية على أساس، لأنه لا يمكن الحكم بها إلا من تاريخ طلبها)) (محكمة الاستئناف بمراكش، قرار عدد 505، بتاريخ 29 / 05 / 1990، ملف عدد 90 / 135 . بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 255) .

وعلى هذا لا يمكن الرجوع بأثر الحكم القاضي بالزيادة إلى مدة سابقة على تاريخ رفع الدعوى .
وأعتقد أنه لا مانع من جعل سريان الزيادة من تاريخ الحكم حسب ظروف القضية، لأن الفصل
120 من المدونة لا يفيد ما يمنع من ذلك .

ومن أهم قضايا مراجعة النفقة، ما يتعلق بأمر قاضي التوثيق المحدد لتوابع الطلاق، حيث
يمكن طلب مراجعة الحقوق المضمنة به، سواء في إطار الفصل 120 من مدونة الأحوال
الشخصية، أو في إطار الإمكانية المخولة بمقتضى الفقرة الأخيرة والفقرة ما قبلها من الفصل 179
من قانون المسطرة المدنية¹⁶¹⁴ . ولم يحدد المشرع في الفصل 179 من قانون المسطرة المدنية،
الأجل الذي يتقدم فيه المتضرر من الأمر إلى القضاء بدعواه العادية بخصوص الأمر المذكور. بحيث
يثور مشكل تكييف الدعوى، إن مرت سنة على صدور الأمر فهل الدعوى في هذه الحالة قاصرة
على ما يخص النفقة وخاصة نفقة الأولاد، وإذ ذاك تقتصر المحكمة على تطبيق الفصل 120 من
المدونة فقط ؟ أم أن الدعوى في هذه الحالة تشمل مراجعة جميع ما ورد بالأمر القضائي طبق
الفصل 179 من ق. م. م. ؟ إن المجلس الأعلى لا يعتبر لجوء المتضرر من هذا الأمر إلى القضاء
من قبيل سلوك طرق الطعن¹⁶¹⁵، وذلك لأن ((نص الفصل 179 من ق. م. م. يمنع أي طعن
في الأمر القضائي ويبيح لمن تضرر منه أن يتقدم بدعوى)) . وتبعاً لذلك نقض المجلس الأعلى
الحكم الذي قضى بعدم قبول دعوى المدعية المتعلقة بنفقتها ونفقة أولادها، بعلّة أن المدعية لم
تتقدم بطلب مراجعة أمر قاضي التوثيق المتعلق بجميع واجبات المدعية . مما يعني أنه يمكن مراجعة
أمر قاضي التوثيق في جميع مقتضياته المالية ولو من غير النفقة (متعة، نفقة العدة)، حتى ولو قدم
الطلب من المتضرر خارج السنة . وهذا ينسجم وموقف المجلس الأعلى، الذي لا يعتبر مبادرة
الأطراف إلى تنفيذ أمر قاضي التوثيق بمثابة قبول نهائي به¹⁶¹⁶، فقد قرر المجلس الأعلى¹⁶¹⁷ :

¹⁶¹⁴ - حيث ينص : ((يصدر القاضي تلقائياً بعد الخطاب على رسم الطلاق أمراً يحدد فيه نفقة المرأة أثناء العدة
ومحل سكنها خلالها، والمتعة المراعى في تقديرها ما قد يلحق الزوجة من أضرار بسبب الطلاق غير المبرر، وأداء
كالى الصداق ونفقة الأولاد، وينظم حق زيارة الأب، وينفذ هذا الأمر على الأصل و لا يقبل أي طعن .

يحق لمن يعتبر نفسه متضرراً من هذا الأمر أن يقدم دعواه إلى المحكمة وفق الإجراءات العادية)) .

¹⁶¹⁵ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1486، بتاريخ 22 / 12 / 1992، بمجلة
المحاكم المغربية، عدد 67، ص 159 .

¹⁶¹⁶ - وتجب الإشارة إلى أن الامتناع أمر قاضي التوثيق، يمكن أن يتخذ كأساس للمتابعة بإهمال الأسرة، عند
الامتناع من تنفيذه (المجلس الأعلى - الغرفة الجنائية، قرار بتاريخ 28 / 01 / 1982 (مجموعة قرارات المجلس
الأعلى في المادة الجنائية (1966 - 1986) ص 71) .

((المتضررة من أمر قاضي التوثيق أن ترفع أمرها إلى القضاء وفق الإجراءات العادية، ولا يعتبر طلبها الرامي إلى تنفيذ ذلك الأمر رضا منها . فتكون المحكمة قد تجنبت الصواب لما قررت عكس ذلك واستنتجت رضا الطاعنة من طلب التنفيذ)) . فقد رفعت المطلقة طلبا لمراجعة الأمر المذكور وحكم لها بالزيادة عما حدد فيه، لكن محكمة الاستئناف ألغت الحكم وقضت بإلغاء طلبها على أساس أنه سبق لها طلب تنفيذ الأمر، وهي لذلك راضية بما قضى به. لكن المجلس الأعلى نقض الحكم للعلة المذكورة أعلاه .

المطلب الثالث

الحالة الاستعجالية لقضايا النفقة

حمل تعديل المدونة (ظهير 10-09-1993) تغييرا مهما في الفصل 119 . حيث أصبح ينص الفصل المذكور على أن النفقة ((يفصل فيها بشكل استعجالي))¹⁶¹⁸ . وتكامل مقتضيات الفصل المذكور، مع ما نص عليه الفصل 179 من ق.م.م المعدل حيث جاء فيه : ((بيت في طلبات النفقة على شكل استعجالي وتنفذ الأوامر في هذه القضايا رغم كل طعن)) . وبذلك تعتبر الأحكام الصادرة في مادة النفقة مشمولة بالنفذ المعجل بقوة القانون . إن هذه المقتضيات تهدف إلى التعجيل بقضايا النفقة، نظرا للطابع المعيشي للنفقة¹⁶¹⁹ ، وهي تتكامل مع باقي الإجراءات الهادفة إلى حماية دين النفقة على عدة مستويات¹⁶²⁰ ، خاصة ما

¹⁶¹⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 292 . بتاريخ 04 / 08 / 1980، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28، ص 133 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 278 .

¹⁶¹⁸ - من التعديلات المهمة ما نص عليه الفصل 119 " ويبقى مفعول الحكم الأول نافذا إلى أن تسقط النفقة أو يغير الحكم بآخر" . وبذلك تم التخفيف على المطالبات بالنفقة، بعدم اضطرارهن لرفع دعوى بالنفقة كل مرة ، بعد تنفيذ الحكم الأول .

¹⁶¹⁹ - المجلس الأعلى - قرار بتاريخ 12 / 12 / 1984، بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 98 .

¹⁶²⁰ - كاعتبارها من الديون الممتازة (الفصل 1248 من ق.ل.ع المعدل بالظهير الشريف بمثابة قانون رقم 345 . 93 . 1 (10 / 09 / 1993) ج . ر عدد 4222 بتاريخ 29 / 09 / 1993 ص 1832) .

- وعدم قابليتها للحجز لدى الغير (الفصل 488 من ق.م.م .) . وسن مسطرة خاصة لتنفيذ الأوامر بالحجز لدى الغير لاستيفاء النفقة (الفصل 494 من ق.م.م . كما تم تعديله بمقتضى ظهير 10 / 09 / 1993) .

- وضمانها برهن رسمي جبري طبق الفصل 163 من القانون المطبق على العقارات المحفوظة (2 يونيو 1915) .
وفي هذا الصدد : فقد سبق للمحكمة الابتدائية بأكادير أن رفضت طلب مطلقة، يتعلق بإيقاع الرهن المذكور على
عقار مفارقها، طالبت به ضمانا لعدة حقوق منها النفقة، وعللت المحكمة حكمها بأن العلاقة الزوجية انفصمت ولم
تعد هناك إمكانية لتطبيق النص المذكور . لكن محكمة الاستئناف بأكادير، ألغت هذا الحكم بعلّة أن وقوع الطلاق
لا أثر له لعلّ الحق المذكور . وصرحت بأحقية المطلقة في طلبها، وقضت المحكمة بإيقاع الرهن الرسمي على عقار
المدين بنفقة الأولاد، ضمانا للالتزامات القانونية المترتبة عليه (محكمة الاستئناف بأكادير - قرار عدد 431،
بتاريخ 11 / 03 / 1993 . ملف رقم 183 / 92 . منشور بمجلة المرافعة، عدد 5، ص 129)، وحول القرار
المذكور، انظر : الدكتور محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص
229 و 230) .

- وعدم تقادم نفقة الزوجة إذ لا تسقط بمضي المدة (الفصل 121 من المدونة) .
- وتسهيل المطالبة بها أمام القضاء وذلك بإعفاء طلباتها من الرسوم القضائية (الظهير الشريف رقم 91. 321 . 1
بتاريخ 30 . 12 . 1991 بتنفيذ قانون المالية لسنة 1992 رقم 91.38 جريدة رسمية عدد 4131 بتاريخ 01
. 01 . 1992 . وقد تم التعديل بمقتضى الفصل 10 من الظهير المذكور أعلاه) . ثم التعديل الأخير (قانون مالية
98 / 99) إعفاء المطلقة والمهجورة من أداء الرسوم بالمرة . ويدخل في ذلك أيضا إعطاء الخيار للمدعية في رفع
دعوى النفقة أمام محكمة موطنها أو محكمة موطن المدعى عليه (الفصل 28 من ق. م. م.) .
- حمايتها من ناحية تقرير جزائي عند إهمال الأسرة (الفصل 480 من القانون الجنائي...) (وقد قرر المجلس
الأعلى - الغرفة الجنائية - قرار عدد 103 . بتاريخ 28 / 01 / 1982 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30،
ص 177 : لا أثر لنفي نسب البنت التي حكم على الأب بنفقتها، على قيام جريمة إهمال الأسرة) . وحول جريمة
إهمال الأسرة، انظر :

- سعيد ازكيك - إهمال الأسرة في التشريع المغربي . الرباط 1992 .
حدو عبد الرحمان - إهمال الأسرة في التشريع المغربي . بمجلة الميادين، عدد 3، خاص بمدونة الأحوال الشخصية
وتطور الواقع الاجتماعي المغربي، ص 149 - 159 .
موسى مسعود أرحومة - جريمة الامتناع عن أداء النفقة في القانون الجنائي الليبي والمقارن . مجلة الحقوق (الكويت)،
العدد 2، السنة 24، يونيو 2000، ص 227-278.
وانظر عدة مناشير بخصوص النفقة :

- منشور مشترك (وزارة العدل - وزارة الخارجية - وزارة الداخلية) عدد 21 .د. 78، بتاريخ 28-8-
1978 بشأن تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية في قضايا الأحوال الشخصية على الرعايا المغاربة المقيمين
بالخارج. (المرجع : التعليق على قانون المسطرة المدنية - الفاكهازي، ج 2، مرجع سابق، ص 516) .
- منشور وزارة العدل عدد 853 بتاريخ 17 . 05 . 1979 بشأن القواعد المتعلقة بالنفقة (الفصلان 179 و
212 من ق.م.م.) .

- منشور وزارة العدل عدد 942 بتاريخ 25 - 09 - 1982 بشأن اتفاقية نيويورك (20 - 06 - 1956)
المتعلقة باستيفاء النفقة بالخارج . والتي صادق عليها المغرب بظهير 3-10-1959-ج . ر . عدد 2467

يخوله الفصل 179 من ق. م. م. بشأن إمكانية الحكم بنفقة مؤقتة¹⁶²¹. ويمكن القول أن الأخذ بهذه المقتضيات مؤخرا، لا يعني أن القضاء المغربي لم يكن يعرف تطبيقا لها سواء على صعيد الأمر بالنفقة المؤقتة أو إقرار النفاذ المعجل بقوة القانون لأحكام النفقة .

بتاريخ 05-02-1960. والمنشور المذكور نشر بمجلة القضاء والقانون عدد 131، ص 229. وقد أُلح المنشور على دور النيابة العامة في هذا المجال.

- منشور وزارة العدل عدد 838 . بتاريخ 03-01-1979، بشأن تنفيذ الأحكام الصادرة في قضايا الأحوال الشخصية على الرعايا المغاربة المقيمين بالخارج . بمجلة القضاء والقانون، عدد 129، ص 281.

- منشور وزارة العدل عدد 612 . بتاريخ 16-09-1972، بمجلة القضاء والقانون عدد 124، ص 182. و يتضمن حث القضاء على التعجيل بالبت في قضايا النفقة، مع شمولها بالنفاذ المعجل، والمبادرة بالتنفيذ، وفتح المتابعات بإهمال الأسرة بالنسبة لمهملي أسرهم.

- منشور وزارة العدل عدد 60/14 . بتاريخ 01-06-1960 بخصوص القرار الوزاري (06-10-1954) المتعلق بالإعانة العائلية للموظفين . حيث ينص المنشور على ألا تقل النفقة المحكوم بها للأولاد عن مبلغ الإعانة (مجموعة منشور وزارة العدل لسنة 1960) .

- منشور وزارة العدل عدد 496 . بتاريخ 01-09-1969. الذي يثير انتباه القضاة إلى مقتضيات المرسوم المؤرخ في 27-11-1958 بخصوص التعويضات العائلية المقررة لموظفي الدولة، وأن الفصل 5 من المرسوم المذكور، يقرر قواعد إدارية خاصة يخضع لها التعويض العائلي عند انحلال زواج الموظفين ؛ ولا يمكن للقضاة أن يجيدوا عنها. ويحث المنشور القضاة على استعمال لفظ النفقة في أحكام النفقة، دون لفظ آخر كـ " الاقتطاعات العائلية " أو " التعويضات العائلية. " .

- منشور وزارة العدل عدد 1968/425 (مجلة القضاء والقانون عدد 90-91 ص 598) بخصوص الحكم بنفقة مؤقتة للمدعية عند كفاية الحجة.

- منشور وزارة العدل عدد 853 . بتاريخ 17-05-1979 (مجلة القضاء والقانون عدد 129، ص 393) بخصوص أسباب الحكم بالنفقة.

- منشور وزارة العدل عدد 2/41674 . بتاريخ 23-11-1982 (مجلة القضاء والقانون، عدد 131، ص 239).

- ومنشور وزارة العدل بتاريخ 23-11-1983 (مجلة القضاء والقانون، عدد 132، ص 228).

ويحث هذان المنشوران الأخيران على الاهتمام بقضايا النفقة سواء بصدد الطلاق، أو عند طلبها والزوجية قائمة.¹⁶²¹ - تنص الفقرة الثالثة والرابعة من الفصل 179 من ق. م. م. : ((ريشما يصدر الحكم في موضوع دعوى النفقة، للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة لمستحقيها في ظرف شهر من تاريخ طلبها . مع اعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن الاعتماد عليها .

وينفذ هذا الحكم قبل التسجيل وبمجرد الإدلاء بنسخة منه)) .

الفقرة الأولى - النفقة المؤقتة :

فقد كان القضاء المغربي وقبل صدور قانون المسطرة المدنية في سنة 1974، يقضي بالنفقة المؤقتة، كما أن وزير العدل أصدر منشورا بهذا الخصوص¹⁶²². غير أنه وقع الخلاف حول ما إن كان قاضي المستعجلات هو الذي يأمر بمثل هذه النفقة، أم أن محكمة الموضوع هي المختصة بذلك؟ فمن رأي البعض¹⁶²³ أنه يمكن الأمر بالنفقة المؤقتة من طرف قاضي المستعجلات. بينما اختلفت المحاكم بهذا الصدد.

فقد قرر الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بمراكش (المرحوم محمد العربي المجرود)، وبمقتضى أمر استعجالي (الفقرة 3 من الفصل 149 من ق.م.م.) الأمر بنفقة مؤقتة للزوجة لمواجهة متطلبات حياتها اليومية المستعجلة، وذلك إلى حين البت في الاستئناف المرفوع من طرف الزوج. وقد أصدر السيد الرئيس الأول أمره مشفوعا بالنفذ على الأصل، بعدما تبين له أن الطلب يبدو مستندا على أساس صحيح¹⁶²⁴. كما قرر رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط: أنه من المتفق عليه فقها واجتهادا، اللجوء إلى قاضي المستعجلات، لتحديد نفقة مؤقتة في انتظار حكم محكمة الموضوع. وذلك رهين بتوفر شرطين: 1) ألا يكون هناك نزاع في مبدأ استحقاقها. 2) وأن تكون هناك حالة استعجال قصوى تكمن في وجود المستحق في حالة اضطراب وعوز. وقد صرح السيد الرئيس في قراره هذا، بأنه وإن كان مبدأ استحقاق النفقة غير منازع فيه، فإن طالبة النفقة المؤقتة، لم تثبت إعسارها مما لا يقوم معه عنصر الاستعجال. ولذلك قضى الرئيس بعدم الاختصاص، لهذه العلة فقط¹⁶²⁵.

في حين، اعتبر رئيس المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير، أن هناك فرقا بين نظر دعوى النفقة بشكل مستعجل، وإسناد الاختصاص للقضاء المستعجل للبت في أمر النفقة. واعتبر أن الطلب احتمالي، ويدخل في اختصاص قضاء الموضوع. ولذلك قضى بعدم الاختصاص¹⁶²⁶. وهو ما

¹⁶²² - منشور وزير العدل - عدد 1968/425. منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 91/90، ص 598. بشأن تحويل القاضي سلطة منح نفقة مؤقتة للمدعية عند كفاية حجتها.

¹⁶²³ - ADOLPHE RUOLT- Code de procédure civile, op. cit. p. 145 ...

¹⁶²⁴ - أمر الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بمراكش - عدد 77 / 22 بتاريخ 17 - 05 - 1977. بمجلة الإشعاع، عدد 8، ص 168.

¹⁶²⁵ - أمر رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط - بتاريخ 31-12-1990. بمجلة الإشعاع، عدد 8 ص 166.

¹⁶²⁶ - أمر رئيس المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير - ملف رقم 91 / 24. بتاريخ 13-03-1991. بمجلة الإشعاع، عدد 8 ص 164.

قضى به أمر رئيس المحكمة الابتدائية بابين جرير كذلك، حيث اعتبر أن عبارة الفصل 179 من ق. م. م. ((على شكل استعجالي)) هو البت في القضايا المتعلقة بالنفقة على وجه سريع فقط 1627 .

ولم أقف على قرار منشور للمجلس الأعلى يحسم في هذا الخلاف، غير أنني أعتقد أن مقتضيات القضاء الجماعي، التي فرضت تعويض لفظ " القاضي " بلفظ " المحكمة " في نصوص المسطرة المدنية، تبعا للظهير الشريف رقم 206 / 93 / 1 بتاريخ 10 / 09 / 1993، ترفع كل لبس حول الموضوع، ولذلك يبقى الاختصاص بالأمر بالنفقة المؤقتة، من اختصاص محكمة الموضوع، التي بيدها الملف الأصلي والتي تصدر أمرها على ضوء ما فيه، غير أنه يتعين التقييد بالأجل المخول من طرف المشرع للبت في النفقة المؤقتة أي خلال شهر من تاريخ طلبها، وإلا لم يعد لهذه المسطرة الاستثنائية معنى .

الفقرة الثانية – شمول الحكم القاضي بالنفقة بالنفاذ المعجل بقوة القانون :

كان القضاء المغربي، وقبل صدور المسطرة المدنية لسنة 1974 (حيث تقرررت الصبغة الاستعجالية للنفقة وشمول أحكامها بالنفاذ المعجل) وقبل التعديل الذي طال المدونة بخصوص تقرير نفس الصبغة في الفصل 119 - كان يعتمد على مقتضيات الفصل 123 من المدونة، على سبيل القياس، لتقرير النفاذ المعجل للحكم المتعلق بالنفقة . رغم أن الفصل المذكور كان يقرر النفاذ المعجل للحكم القاضي بإيقاف نفقة الزوجة الناشز فقط . ((وكثيرا ما اعتمدت المحاكم المغربية النص المذكور (الفصل 123 من المدونة) في مادة النفاذ المعجل، وظلت تركز عليه في أحكامها، حتى بعد صدور ظهير قانون المسطرة المدنية)) 1628 .

وانظر التعليق على القرارات الثلاثة السابق ذكرها أعلاه، من طرف الأستاذ الحسين زعرض . بالصفحة 164 وما بعدها من المرجع السابق .

1627 - أمر رئيس المحكمة الابتدائية بابين جرير، في الملف عدد 83 / 86 بتاريخ 09 / 01 / 1987 . وانظر التعليق عليه لدى الأستاذ محمد السعيد بنسلام : حول تطبيق التعديل الوارد في الفصل 179 من قانون المسطرة المدنية، بمجلة المحامي، عدد 12، ص 29 وما بعدها .

1628 - محمد السماحي - نظام التنفيذ المعجل للأحكام المدنية في القانون المغربي، مرجع سابق، ص 123.

ومما أورده الأستاذ محمد السماحي، من أحكام في الموضوع - حكم محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 25-06-1976 والقاضي برفض طلب إيقاف تنفيذ الحكم بالنفقة، عملا بمقتضيات الفصل 123 من مدونة الأحوال الشخصية (القرار منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 98) .

ولما كانت الأحكام الصادرة بالنفقة أو بإيقافها مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون، فإن المجلس الأعلى قرر¹⁶²⁹ أن ((الأوامر الصادرة في طلبات النفقة تنفذ بقوة القانون . الأمر الذي يجرد محكمة الاستئناف من سلطة البت في طلب إيقاف التنفيذ قبل البت في موضوع الاستئناف المرفوع إليها)) . غير أن المجلس الأعلى وفي قرار آخر¹⁶³⁰ قرر إيقاف تنفيذ الحكم القاضي بالنفقة، بعدما تبين له من ملف الموضوع، أن الولد المحكوم له بالنفقة مولود لأقل من المدة الأدنى للحمل، أي أقل من سنة أشهر من تاريخ عقد الزواج، وهو بذلك لا يلحق نسبه الموجب للنفقة على طالب إيقاف التنفيذ . وقد وضّح تعليق رئيس الغرفة الشرعية المصدرة للقرار المذكور، المبرر القانوني لإيقاف التنفيذ¹⁶³¹ .

¹⁶²⁹ - المجلس الأعلى - قرار عدد 32 ، بتاريخ 09-03-1977 ، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 128 ، ص 98 .

وقد سبق للمجلس الأعلى، وبخصوص قضية تعني أجنيين - أن قرر أنه : وبالنظر للطابع المعيشي للنفقة فلا داعي لإيقاف التنفيذ (قرار رقم 229 ، الصادر من الغرفة المدنية بتاريخ 07-05-1969 ، بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية (1966-1982) الرباط 1985 ، ص 222) .

¹⁶³⁰ - ويتعلق الأمر بقرار صادر بشأن طلب إيقاف تنفيذ - لما كان المجلس الأعلى يملك هذه الصلاحية ، التي سحبت منه بمقتضى التعديل الذي لحق الفصل 361 من ق.م.م طبق ظهير 10-09-1993 (ج . ر عدد 4225 ، بتاريخ 20-10-1993) .

ولا تتوفر على مراجع هذا القرار الذي علق عليه الأستاذ محمد الصقلي رئيس الغرفة الشرعية. غير أنه يظهر من وقائعه أنه مرتبط بقرار المجلس الأعلى الذي بت في الموضوع بعدم لحوق النسب . وهو القرار رقم 446 بتاريخ 30-03-1983، الذي نشر في الصفحة الموالية لتعقيب السيد محمد الصقلي . وكل ذلك بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص 107-109 .

¹⁶³¹ - الأستاذ محمد الصقلي - رئيس الغرفة الشرعية - في تعليقه على القرار المذكور - بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص 108. يقول الأستاذ محمد الصقلي : ((لاحظ المجلس من خلال دراسته ملف إيقاف تنفيذ الحكم بالنفقة أن ما بين تاريخ عقد النكاح الذي أدلت به المدعية وبين تاريخ ازدياد الولد المطلوب نفقته أقل من ستة أشهر التي هي أقل مدة الحمل الشرعي، وبعد إلقاء الأضواء على النازلة برمتها، ومعرفة ما ستؤول إليه ، ارتأى أن من العدل الاستجابة لطلب إيقاف تنفيذه . معتبرا أن حالة هذه النازلة من الحالات التي تجسد سندها في النص المسطري الذي قيد الفقرة الثانية من الفصل 179 ولم يبقها مرسله إذ جاء فيه " مع اعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن اعتمادها " . وأن الذي يستخلص من هذا التقييد ومن الفصلين 353 و 361 من نفس القانون، هو أن الحكم بالنفقة وإن كان يكتسي صبغة الاستعجال، وينفذ بقوة القانون . فإن ذلك لا يمنع من له المصلحة في الطعن فيه إما بالاستئناف أو بالنقض وما يمكن أن يتبعه من ملتمس إيقاف تنفيذه . ومن حق المحكمة الواضحة يدها على القضية أن تراقب مدى صلاحية الطلب والحجج وأن تبت على ضوء القيدين المشار لهما . الأمر الذي يشكل القول بأن الأحكام الصادرة بالنفقة وإن كانت تنفذ بقوة القانون فإنها تخضع لمسطرة إيقاف التنفيذ المعجل بعد

إن هذا الموقف في الواقع عملي، وفيه تغليب لفكرة النظام العام، على حساب المبادئ القانونية العامة لأحكام التنفيذ المعجل بقوة القانون . كما أنه يخفف من صرامة المقتضيات المتعلقة بإيقاف التنفيذ المعجل والمنصوص عليها بالفصل 147 (الفقرة الأخيرة) من ق.م.م التي تمنع إيقاف النفاذ المعجل بقوة القانون . ولذلك وبعد إلغاء حق إيقاف التنفيذ (بعد تعديل الفصل 361 من ق.م.م.) فإن القضاء المغربي¹⁶³² لم يمنع إثارة صعوبة التنفيذ بخصوص تنفيذ حكم، ولو كان مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون . كما أن رئيس المحكمة الابتدائية بفاس، أمر بإيقاف تنفيذ قرار قاضي التوثيق المتعلق بتحديد النفقة وتوابع الطلاق، اعتباراً منه لكون مدة الحمل لم تكن شرعية والنسب غير لاحق¹⁶³³ وذلك رغم أن قرار قاضي التوثيق مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون . بل ؛ لقد صدر حكم ابتدائي قاض بالنفقة لابن المدعية، لكن القاضي الابتدائي، نص في حكمه على عدم شمول الحكم بالنفاذ المعجل، معللاً ذلك بوجود نزاع حول نسب الابن المحكوم له بالنفقة ! فأثارت المحكوم لها والدة الطفل صعوبة في التنفيذ، ملتزمة الأمر بالنفاذ المعجل على اعتبار أن أحكام هذا الصنف من القضايا يعتبر مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون . وبما أن القضية كانت معروضة على أنظار محكمة الاستئناف من حيث الجوهر، فإن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالرباط، وباعتباره قاضياً للمستعجلات- لم يجد بداً من رفض طلب الصعوبة المثارة بعد أن اتضح، أن القاضي الابتدائي تصدى بحق أو بغير حق لموضوع النفاذ المعجل وناقشه وعلل موقفه بخصوصه، مما يجعل الاستجابة لطلب الصعوبة منطوية على مساس صارخ بحجية الحكم¹⁶³⁴ .

الطعن فيها بالاستئناف أو النقض . وأنه متى احتل شرط من الشرطين المذكورين وكان مآل الحكم المطعون فيه هو الإلغاء أو النقض، فإنه يستجاب لطلب الإيقاف صوناً للحقوق وتحقيقاً للعدالة)) .

¹⁶³² - محكمة الاستئناف بالرباط - قرار بتاريخ 14-05-1992، ملف استعجالي عدد 90/1950، بمجلة الإشعاع، عدد 8، ص 109 . وقد جاء فيه : إن الأحكام بالنفقة، وإن كانت مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون، ولا يمكن إيقاف تنفيذها طبق الفقرة الأخيرة من الفصل 147 من ق.م.م. فإن ذلك، لا يمنع من تقديم طلب الصعوبة في التنفيذ بشأها، في حالة ما إذا كانت هناك أسباب جديدة لتقديم هذا الطلب .

¹⁶³³ - رئيس المحكمة الابتدائية بفاس - أمر استعجالي - رقم 1115 . بتاريخ 22-12-1983، ملف عدد 83/909 . بمجلة المحامي، عدد 5، السنة 4 / 1984، ص 67 .

¹⁶³⁴ - انظر : الأمر الرئاسي الصادر عن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالرباط، عدد 2717 . بتاريخ 24-

06-1983، ملف استعجالي عدد 83-644 . مذكور بمقال: العمل القضائي الاستعجالي- للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بالرباط، الأستاذ عبد الواحد الجيراري- منشور بمجلة الملحق القضائي ، عدد 14، ص 24 .

المطلب الرابع

النفقة الواجبة للزوجة وللأبناء

أوجبت مدونة الأحوال الشخصية على الزوج نفقة زوجته، دون اعتبار لمسألة كونها غنية. كما أخذت المدونة (الفصل 124) بقواعد الفقه المالكي الذي يحصر نفقة القراة في الأصول (الأبوين) والفروع (أولاد الصلب) المباشرين فقط¹⁶³⁵، ولم يتم الأخذ بما ورد في مشروع المدونة الذي تبنى قواعد المذهب الشافعي، الذي يوجب النفقة للأصول مهما علوا، وللأولاد وإن سفلوا¹⁶³⁶. غير أن المدونة أخذت بمقتضيات من خارج المذهب المالكي، عندما نصت في الفصل 129 على أنه : ((إذا عجز الأب عن الإنفاق على ولده وكانت الأم غنية وجبت عليها النفقة))¹⁶³⁷، ومقتضيات هذا الفصل لا تجد لها تطبيقا في الغالب أمام القضاء المغربي، الذي يكتفي في

¹⁶³⁵ - انظر المدونة الكبرى، ج 2، مرجع سابق، ص 366 .

¹⁶³⁶ - محمد الحبيب التجكاني - إحسان القراة في الإسلام وبعض التقنيات العربية، بمجلة دار الحديث الحسنية، عدد 5، لسنة 1985، ص 297 وما بعدها .

¹⁶³⁷ - وهذا الحكم مستمد من المذهب الظاهري . يقول ابن حزم : ((ويلزم المرأة كل ما ذكرنا كما يلزم الرجل، إلا نفقة الولد، فما دام الأب قادرا عليها فليس على المرأة من ذلك شيء . هذا عمل جميع أهل الإسلام قديما وحديثا، فإن عجز الأب عن ذلك أو مات، ولا مال لهم، فحينئذ يقضى بنفقتهم وكسوتهم على أمهم، لقول الله عز وجل : " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " - البقرة / 232 - وليس في المضارة شيء أكثر من أن تكون غنية وهم يسألون على الأبواب . ولأن الأوامر المذكورة التي جاءت مجيئا واحدا لم يخص بها رجل من امرأة)) (ابن حزم - المحلى، ج 9، مرجع سابق، المسألة 1929، ص 277) . وانظر المدونة الكبرى، ج 2، مرجع سابق،

حالة ثبوت عجز الأب عن الإنفاق بفرض نفقة رمزية عليه، وفاء للنموذج الذي ترسمه المدونة لدور الأب في الأسرة .

ويظهر العمل القضائي أن أغلبية القضايا المتعلقة بالنفقة تتعلق بنفقة الزوجة والأبناء، وقد اتخذ المجلس الأعلى بشأنها عدة مواقف، سواء بالنسبة لتاريخ بداية النفقة على الزوجة (الفقرة الأولى)، أو بالنسبة لمقاضاة الأب بالنفقة من طرف ابنه القاصر (الفقرة الثانية)، أو بالنسبة لتفسير تاريخ الامتناع عن النفقة الذي يقضى ابتداء منه بالنفقة للأولاد (الفقرة الثالثة)، أو بالنسبة لسقوط هذه النفقة (الفقرة الرابعة) .

الفقرة الأولى - تاريخ بداية النفقة على الزوجة :

إن أغلب القواعد المتعلقة بنفقة الزوجة مستمدة من الفقه المالكي، وسنعالج أهمها في الباب المتعلق بتطبيق المجلس الأعلى للقواعد الفقهية . وهنا سنبرز كيفية تعامل المجلس الأعلى مع مقتضيات الفصل 117 من المدونة، الذي يبين منه أن الزوجة لا تستحق النفقة بمجرد العقد، بل لابد أن يكون العقد صحيحاً¹⁶³⁸ وأن يتم الدخول، أو أن تتم الدعوة إليه . فإن تراخي الزوج عن الدخول بالزوجة، يخول للزوجة مطالبة الزوج بالدخول بها، واستعدادها للزفاف¹⁶³⁹ .

ص 366، حيث سئل ابن القاسم عن نفقة المرأة الموسرة على ولدها الصغير الفقير، فقال بأنها لا تجبر على نفقة ولدها .

¹⁶³⁸ - المجلس الأعلى - قرار عدد 1623 . بتاريخ 29-11-1983، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35-36، ص 105 . فقد قرر المجلس الأعلى أن عقد الزواج إن كان غير مستجمع لكافة شروطه الشرعية، التي تعتبر مراعاتها من النظام العام وللمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها - فإن المحكمة تكون على صواب حين قضت برفض طلب النفقة لهذا السبب . ويتبين من هذا القرار أن محكمة الموضوع، كانت ردت طلب النفقة، على أساس عدم الإشهاد على عقد الزواج .

¹⁶³⁹ - وحسب الفقه المالكي، لا تكون الدعوة إلى الدخول مطلوبة من الزوجة إلا إذا كان الزوج حاضراً، أما الزوج الغائب فيكفي بشأنه، لاستحقاق الزوجة للنفقة، أن لا تمتنع عن استعدادها للالتحاق ببيت الزوجية . يقول اشيش الخطاب : ((المرأة إذا مكنت من نفسها فإنه يجب لها النفقة . وظاهر كلامه (الشيخ خليل) أن مجرد تمكينها من نفسها يوجب النفقة على الزوج، وذلك يصدق بما إذا لم تمتنع من الدخول أو لم تطلب به الزوج . وهو قول عبد الملك . وظاهر المدونة أن النفقة إنما تجب على الزوج إذا دعا إلى الدخول وهو المشهور من المذهب . قال في كتاب النكاح الثاني من المدونة : ولا يلزم من لم يدخل نفقة حتى يتغنى ذلك منه ويدعى للبناء فحينئذ تلزمه النفقة والصداق)) (الخطاب - مواهب الجليل . ج 4، مرجع سابق، ص 182) .

حيث تستحق النفقة من تاريخ ذلك . وإذا كان المشرع لم يوضح طرق الدعوة للدخول . فإن المجلس الأعلى¹⁶⁴⁰ قرر ((إن الحكم المطعون فيه حين اعتبر المطالبة القضائية بحقوق الزوجية دعوة إلى الدخول موجبة للنفقة على الزوج ابتداء من تاريخ تلك المطالبة، لم يخرق الفصل (117 من المدونة) المحتج به، الذي لم ينص على إجراءات خاصة بتحقيقها الدعوة للدخول، وليس فيه - كما صرح به الحكم المذكور - ما يفيد أن الدعاء إلى الدخول يجب أن يسبق تاريخ المطالبة بالنفقة)) . ورفض المجلس الأعلى تبعا لذلك طلب النقض الذي احتج فيه المحكوم عليه بالنفقة بأن الدعوة إلى الدخول لا تثبت إلا بتسجيل دعوى طلب تنفيذ العقد، أو بحجة شرعية تامة . وحسب أحد المعلقين على هذا القرار فإن ((هذا الاجتهاد الذي أقره المجلس الأعلى ... ليتوافق مع ما نص عليه المشرع في الفقرة 2 من الفصل 255 من ق. ل. ع. حيث اعتبر أن تقديم المطالبة القضائية، ولو إلى قاض غير مختص، يشكل دعوة إلى الوفاء بالالتزام، الذي لم يعين أجل حلوله في السند المنشئ له))¹⁶⁴¹ .

الفقرة الثانية - مقاضاة الأب بالنفقة من طرف ابنه القاصر:

يوجب الفصل 126 من مدونة الأحوال الشخصية على الأب، الإنفاق على أولاده الصغار والعاجزين عن الكسب، وطبق قواعد الفقه المالكي، فإن الأب يلزم بالإضافة إلى ذلك، بنفقة الحمل أو ما يطلق عليه في لغة المتقاضين نفقة تقوية الحمل . ويدخل في نفقة الأولاد المتونة والكسوة والسكن والتعليم على قدر حال المنفق وعوائد المجتمع (الفصل 127 من المدونة) . ولم تنظم مدونة الأحوال الشخصية أو قانون المسطرة المدنية، الحالة التي يكون فيها القاصر المستحق للنفقة مضطرا لمقاضاة أبيه الملزم بالنفقة . وهو ما أدى إلى وضع يقبل فيه القضاء المغربي، ليس تقاضي الحاضنة بشأن نفقة محضونها فقط¹⁶⁴² ، بل أيضا قبول دعوى النفقة التي يرفعها القاصر مباشرة في مواجهة وليه

¹⁶⁴⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 69 . بتاريخ 08-05-1970، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 21، ص 18 .

¹⁶⁴¹ - انظر التعليق المرفق بالقرار المذكور سابقا (عدد 69)، بالمرجع السابق، ص 21 . ولم تتم الإشارة إلى صاحب التعليق .

¹⁶⁴² - وهو وضع يقره الفقه المالكي لقول الشيخ خليل : ((وللحاضن قبض نفقته)) انظر باب الحضانة من مختصر الشيخ خليل ومختلف شراحه . وانظر المدونة الكبرى (ج 2، مرجع سابق، ص 365) حيث جاء فيها ((المرأة إذا كان معها ولدها أعطيت نفقة ولدها إذا كانت مطلقة مصلحة فولدها عندها وتأخذ نفقتهم)) .

يطالبه فيها بالنفقة . وهذا اعتمادا على أن أهلية التقاضي بخصوص بعض مسائل الأحوال الشخصية تخضع لمقتضيات خاصة¹⁶⁴³، حيث أجاز القضاء المغربي تبعا لذلك رفع دعوى الأحوال الشخصية من طرف القاصر الذي لم يبلغ 20 سنة أي سن الرشد القانوني، وإن كان لا بد من القول أنه لا بد من توفر سن التمييز ، كما أجاز توجيه نفس الدعوى ضد القاصر كما مر معنا بمناسبة الحديث عن دعوى التطليق للضرر، والكل فيما لا دخل لوليه فيه . فخصوصية التقاضي في مادة الأحوال الشخصية تفرز بعض الوضعيات التي لا تتلاءم والمقتضيات العامة في التقاضي، ولا أدل على ذلك من أن المجلس الأعلى في بداياته حيث كان بعض المستشارين الفرنسيين لا زالوا يمارسون عملهم به - أجاز أيضا مقاضاة الزوج بمصاريف التطبيب الذي استفادت منه زوجته، على أساس أنه ملزم بنفقتها، ومن جملة النفقة التمريض¹⁶⁴⁴، وصادر هذا القرار رغم أن التعاقد تم بين الزوجة المريضة والطبيب شخصا . فقد قرر المجلس الأعلى¹⁶⁴⁵ أنه ((وبعد الاطلاع على ظهر 22 نونبر 1957 المتعلق بالأحوال الشخصية والميراث . حيث إن الزوج في الشريعة الإسلامية ملزم بتمريض زوجته وصيانتها . لكن، حيث إن محكمة الاستئناف

¹⁶⁴³ -، فإذا كانت الأهلية من شروط التقاضي ورفع الدعوى (الفصل 1 من ق.م.م). وكان المشرع يحدد سن كمال الأهلية في التصرفات القانونية في بلوغ 20 سنة شمسية كاملة (الفصل 137 من المدونة كما تم تعديله بظهير 11 يونيو 1992)، فإنه واستثناء من هذه الأحكام ؛ فإن حدد مشرع قانون الأحوال الشخصية الأهلية في الزواج بتمام سن 18 سنة بالنسبة للفتى وبتمام 15 سنة بالنسبة للفتاة (الفصل 8 من المدونة). فكان طبيعيا أن يترتب على ذلك استثناء آخر فيما يتعلق بأهلية التقاضي في مادة الأحوال الشخصية . وهذا انسجاما مع قاعدة كون عقد الزواج الصحيح، يعطي لأطرافه أهلية التقاضي بخصوص الحقوق الناشئة عنه . وحول هذه الميزة من مميزات دعوى الأحوال الشخصية، انظر بحثنا : مميزات دعوى الأحوال الشخصية . ضمن كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993) الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويسي بالرباط، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فردريك إبيرت FRIEDRICH EBERT حول ((تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظواهر 10 شتنبر 1993 - حصيلة أولية))، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، 1997، ص 147 وما بعدها .

¹⁶⁴⁴ - ينص الفصل 118 من مدونة الأحوال الشخصية : ((تشمل نفقة الزوجة : السكنى، والطعام، والكسوة، والتمريض . بالقدر المعروف، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة)) .
ويدخل في صوائر التمريض صوائر الوضع (المجلس الأعلى - قرار بتاريخ 02 / 01 / 1963، بالجملة المغربية للقانون، السنة 1963، ص 307، وجملة المحاكم المغربية لسنة 1963، ص 14)
¹⁶⁴⁵ - المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 63، بتاريخ 02 / 01 / 1963، منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة في المادة المدنية (1958 - 1996)، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربعين، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 1997، ص 25 . وقد صدر هذا القرار بمحضر مستشارين فرنسيين .

التي قبلت أن تكون مصاريف الولادة لامرأة متزوجة، مستخلصة من أموالها الخاصة . تكون قد بتت خرقا لمقتضيات الشريعة الإسلامية، التي، ليس ظهير 22 نونبر 1957، إلا تقنيا متعلقا بالأحوال الشخصية، والميراث المأخوذ من منها، والذي يجعل تمييز الزوجة وصيانتها على عاتق زوجها، المنصوص عليه قانونا كالمأكل والمشرب والكسوة والعلاج)) .

ففي هذا السياق وبالنسبة للنفقة، اعتبر المجلس الأعلى¹⁶⁴⁶ أن للحاضنة الصفة للمطالبة بنفقة المحضون وأجرة حضانتها ما لم تسقط الحضانة . كما أنه أجاز للأبناء القاصرين العاجزين عن الكسب توجيه الدعوى مباشرة ضد أبيهم لمطالبته بالنفقة عليهم، وتمكينهم من مستلزمات متابعة دراستهم ما داموا في السن المخولة لهم حق النفقة . ولم يقبل دفع الأب بعدم أهلية أبنائه القاصر لرفعهم دعوى النفقة هذه ضده دون وليهم الذي هو الأب نفسه، وقرر المجلس الأعلى¹⁶⁴⁷ أن ((للقاصر أهلية إقامة الدعوى ضد وليه بالنفقة، لأنها من باب جلب المنفعة، التي له حق اكتسابها بدون مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم . ويفقد الولي في هذه الحالة صفة الولاية الشرعية لأنه لا يجوز أن تكون له في آن واحد صفة المدعي المطالب بالنفقة وصفة المدعى عليه المطالب بهذه النفقة))¹⁶⁴⁸ . وقد اعتمد المجلس الأعلى، في هذا القرار على مقتضيات الفصل 5 من قانون الالتزامات والعقود فقرر ((وقد أجمع الفقهاء على أنه يجوز للقاصر وناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم . وهو أمر أقره المشرع المغربي في الفصل الخامس من قانون الالتزامات والعقود في قبول الهبة وأي تبرع آخر، فبالأحرى في طلب القاصر وناقص الأهلية قوت يومه، من الواجب عليه الإنفاق عليهما شرعا وقانونا)) . ولعل هذا

¹⁶⁴⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1154 . بتاريخ 25-07-1989، ملف رقم 6427 / 88 . أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب : الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق - ص 72 .

¹⁶⁴⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 394، بتاريخ 26-09-1979، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 131 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 234 .

¹⁶⁴⁸ - في قضية تتعلق بأجنبيين غير مسلمين، طالبت المدعية بنفقة ابنها الطبيعي من المدعى عليه . لكن محكمة الاستئناف بالرباط قررت، أنه وطبق الفصل 383 من القانون المدني الفرنسي، فإن حضانة الابن الطبيعي المعترف به من قبل الأب والأم ترجع لهما معا . ولذلك لم تقبل المحكمة الطلب المهادف إلى الحكم بالنفقة الموجهة ضد الأب الطبيعي من طرف الأم الطبيعية، التي عهد إليها بحضانة الطفل، إلا إذا سبق الدعوى طلب تغيير الولاية الأبوية (قرار محكمة الاستئناف بالرباط - رقم 4158، بتاريخ 07 / 03 / 1950 . منشور بقرارات محكمة الاستئناف بالرباط (1949 - 1956)، تعريب محمد العربي المجدوب .

الموقف من المجلس الأعلى يجد مستنده أيضا في المبدأ الفقهي القائل بأنه ((لا يجوز تعجيز القاصر))¹⁶⁴⁹ طبق ما يستفاد من الفصل 158 (فقرة أخيرة) من المدونة . وهو المبدأ الذي اعتمده المجلس الأعلى في قرارات كثيرة ، عندما قرر أنه لا يكون الإذن بالتقاضي ضروريا إذا كان في تأخير إقامة الدعوى ضرر على المحجور.

إن هذا الموقف القضائي العملي، والذي هو في الواقع في مصلحة القاصر الذي يقاضي أباه بشأن النفقة، يثير عدة ملاحظات من طرف الفقه . وهكذا، يرى البعض أن موقف المجلس الأعلى بهذا الصدد، يبدو مخالفا لمقتضيات قانون المسطرة المدنية في ميدان التقاضي التي تشترط وجوب توفر الأهلية القانونية لرفع الدعوى، حسبما ينص عليه الفصل الأول من ق. م. م¹⁶⁵⁰ . ويذهب البعض الآخر إلى أنه ليس لمقتضيات قانون الأحوال الشخصية، المتعلقة بقواعد الموضوع، أن تنافي مقتضيات القواعد المسطرية، خاصة ما يتعلق بأهلية التقاضي، التي تعتبر من النظام العام،

¹⁶⁴⁹ - فتبعا لهذا المبدأ قرر المجلس الأعلى أنه "لا يجوز تعجيز القاصر ومن في حكمه . يجب الاحتفاظ بالحق للمحجور إلى أن يبلغ سن الرشد للدفاع والإدلاء بما يفيد . تكون المحكمة قد تجنبت الصواب لما قضت للمدعين بالاستحقاق، دون الاحتفاظ بحق المحجور في الدفاع عن نفسه عند بلوغ سن الرشد " - قرار المجلس الأعلى عدد 64 ، بتاريخ 05-01-1971، بمجموعة قرارات المجلس الأعلى-أحوال شخصية - ط 1990، الرباط، ص 196.

- وقرار المجلس الأعلى- عدد 324، بتاريخ 07-07-1978، بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المواد المدنية (1966-1985) . الرباط 1985، ص 286. حيث قرر المجلس الأعلى في هذا القرار : ((إنه يمكن رفع الدعوى بدون احتياج إلى الإذن بالتقاضي، حينما يكون في تأخير رفعها ضرر على القاصر . والضرر هنا قائم، يؤدي التأخير إلى عدم الاستفادة من التعويض، وقد يؤدي كذلك إلى سريان التقادم)) .

- وقرر المجلس الأعلى ((بناء على الفصل 158 من مدونة الأحوال الشخصية، فإنه لا يلزم إذن القاضي، لإقامة الدعوى، إذا كان في تأخيرها ضرر على مصالح القاصر أو ضياع حق له . لهذا تكون المحكمة قد خالفت هذه القاعدة حين قضت بإلغاء الدعوى لهذا السبب)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 601، بتاريخ 04 / 04 / 1989، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 42 / 43، ص 145 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، (1983 - 1992)، الرباط 1993، ص 54) .

- وقد قرر المجلس الأعلى توسعا في مبدأ عدم جواز تعجيز القاصر، بأن الادعاء بخرق الفصل 158 من المدونة (فق 9) لا يمكن إثارته لأول مرة أمام المجلس الأعلى " - الغرفة الجنائية، قرار عدد 819 بتاريخ 18-06-1970. مجلة القضاء والقانون، عدد 118، ص 447.

¹⁶⁵⁰ - Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, 1ère édit. - (Marrakech, 1996), p. 27.

طبق الفصل الأول من ق. م. م. ¹⁶⁵¹. بينما ينبه أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي إلى أنه وبالإضافة إلى مشكل الصفة وأهلية التقاضي، يثور مشكل الاختصاص المحلي، حيث ينص الفصل 521 من قانون المسطرة المدنية على أن الموطن القانوني لفاقد الأهلية هو موطن حاجره، ولاحظ أن هناك نقصاً في التشريع، غير أنه وقياساً على العمل القضائي الحالي الذي يقبل دعوى نفقة الطفل المرفوعة ضد الأب من طرف الحاضنة يرى أستاذنا ((أن دعوى النفقة يمكن رفعها في موطن أو محل إقامة الحاضنة المطالبة بالنفقة باسم الصغير)) ¹⁶⁵²، كما أنه وفي انتظار تدخل تشريعي في الموضوع، وباعتبار الصفة في الادعاء من النظام العام، يقترح أستاذنا في الوضع الحالي، اعتماد مقتضيات الفصل 190 من ق. م. م. الذي يخول للنيابة العامة أن تلتبس من قاضي التوثيق اتخاذ أي تدبير لمصلحة القاصر ولو استهدف الوصي ذاته، واعتماد المادة 337 من قانون المسطرة الجنائية، التي تخول للمحكمة وبطلب من النيابة العامة، تعيين من يمثل الأولاد ويدافع عن مصالحهم في دعوى النفقة ¹⁶⁵³.

إن الاتجاه التشريعي الآن يميل إلى تغليب مصلحة القاصر على حساب القواعد العامة في التقاضي، فالإضافة الجديدة التي تم إدخالها على نص مدونة الأحوال الشخصية بمقتضى الفصل 156 مكرر والمتمثلة في إحداث مجلس العائلة، خولت للقاصر طلب اجتماع مجلس العائلة (الفصل 4 من مرسوم 26 دجنبر 1994 بشأن تكوين مجلس العائلة) ¹⁶⁵⁴. كما أن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، نصت في مادتها 12 على حق الطفل، في الاستماع إليه في كل مسطرة إدارية أو قضائية تهمه. ولهذا تعرف المحاكم تدخل أطفال قاصرين في دعاوى تتعلق بطلاق أبويهم، وقد نظم القانون الفرنسي (08 / 01 / 1993) حق التعبير أمام القضاء من طرف

¹⁶⁵¹ - محمد الكشور - التعليق على قرار المجلس الأعلى - بالجملة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 18، ص 130 و 131.

¹⁶⁵² - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 205 وما بعدها. وقد أشار أستاذنا إلى أن الفصل 481 من القانون الجنائي تفادى هذا النقص، فحول للنيابة العامة فتح المتابعة بإهمال الأسرة إذا كان النائب القانوني للمهمل أو مستحق النفقة هو مقترف الجريمة. نفس المرجع السابق هامش 30.

¹⁶⁵³ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 267 - 268.

¹⁶⁵⁴ - كما أنه أصبح بالإمكان بعد تغيير سن الحضانة (الفصل 102 المعدل من المدونة حدد سن انتهاء الحضانة ببلوغ 12 سنة بالنسبة للذكر و15 سنة بالنسبة للإناث)، إمكانية مطالبة المحضون بالبقاء مع أحد أبويهم باختياره بعد تجاوز سن الحضانة.

ونذكر هنا قضية الطفل الأمريكي الذي رفع دعوى ضد أبويه الطبيعيين من أجل إسقاط حضانتهم عليه لسوء معاملتهما له، وذلك قصد الانضمام إلى أبويه بالتبني.

القاصرين¹⁶⁵⁵، كما أن القضاء الفرنسي يقبل دعاوى لم يكن يتصور قبول رفعها من طرف القاصر¹⁶⁵⁶. إن كل هذه المقتضيات تصب في اتجاه مراعاة مصلحة القاصر الذي يلجأ للقضاء حماية لحقوقه، بعيدا عن المقتضيات المسطرية العامة في التقاضي والتي قد تكون جوهرية بالفعل. لكن يلاحظ في الواقع العملي، أن هذا التوسع في مصلحة القاصر هنا، يستهدف حماية أكثر للأموال المالية للقاصر أكثر من أموره الشخصية التي هي في الواقع أولى بالحماية. وهذا يستدعي تدخلا تشريعيا ينظم مبادئ تقاضي القاصر بما يحفظ لهم حقوقهم المادية والمعنوية، وتمكين النيابة العامة من القيام بدورها في هذا المجال.

الفقرة الثالثة - تفسير ((تاريخ الامتناع)) الذي يقضى ابتداء منه بنفقة الأولاد :

ينص الفصل

130 من المدونة على أنه يقضى بنفقة الأولاد من تاريخ الامتناع. ويفهم من هذا الفصل أن هذا الامتناع لا بد أن تسبقه مطالبة الأب بالإففاق على أولاده. غير أن شكل هذه المطالبة غير محدد قانونا، كما أنه قلما تتم مطالبة الأب بالنفقة قبل مقاضاته، مما أصبحت معه مسألة ثبوت الامتناع عسيرة ((كلفت المجلس الأعلى، أن تعددت قراراته واختلفت، في اعتبار تاريخ الامتناع))¹⁶⁵⁷. فقد اعتبر المجلس الأعلى في قرار له¹⁶⁵⁸ أن ((تاريخ الامتناع، هو تاريخ حضور المدعى عليه

¹⁶⁵⁵ - للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع، وتطور التشريع الفرنسي بهذا الخصوص. وكون الاستماع إلى القاصر، يبقى هامشيا في الملف، لأنه ليس طرفا رئيسيا. مع الانتقادات التي توجه لهذا الحق، تبعا لاتصال الطفل بالمحاكم وما لذلك من تأثير على نفسيته. انظر :

- Frnçoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Les droits de l'enfant, op, cit. p. et s.638 et s. et p. 7

¹⁶⁵⁶ - لقد قررت محكمة النقض الفرنسية أخيرا، وهي تنقض حكم محكمة الجنايات بـ ISERE، ورغم الاعتراف بوضعية الابن الطبيعي في فرنسا : ((إن الطفل المزداد نتيجة عملية اغتصاب لأمه، يقبل كطرف مطالب بالحق المدني، ضد مرتكب فعل الاغتصاب)) (محكمة النقض الفرنسية - الغرفة الجنائية - قرار بتاريخ 02 / 04 / 1998 . منشور ملخه بمجلة الإشعاع، عدد 17، السنة 1998، ص 276).

¹⁶⁵⁷ - عبد العزيز فتحاوي : قراءة في مفهوم الامتناع المنصوص عليه في الفصل 130 من مدونة الأحوال الشخصية، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 67، ص 61 وما بعدها .

ويذهب أستاذنا الدكتور أحمد الخمليشي، إلى تجريم الامتناع عن أداء النفقة ولو لم يصدر حكم بأدائها، نظرا للمشاكل التي تعترض التقاضي بشأن النفقة وطول إجراءاته (انظر : أحمد الخمليشي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 285).

¹⁶⁵⁸ - المجلس الأعلى - قرار عدد 1613 . بتاريخ 25 / 12 / 1990، ملف عدد 5956 / 87 غير منشور، ذكره عبد العزيز فتحاوي : قراءة في مفهوم الامتناع المنصوص عليه في الفصل 130 من مدونة الأحوال

لأول جلسة)). وفي قرار آخر اعتبر المجلس الأعلى¹⁶⁵⁹ تاريخ الامتناع من أداء النفقة من قبل الأب يكون ((من تاريخ الامتناع من أدائها عند طلبها، ولا تستحق عن المدة السابقة على تاريخ ثبوت الامتناع عن أدائها))، ووضح المجلس الأعلى ذلك قائلاً: ((حيث إن الحكم المطعون فيه لم يكن على صواب حين اعتبر إمساك طالب النفقة عن النفقة (وهو فاتح يناير 1957 بينما لم يُقدم طلبُ أدائها إلا بتاريخ يناير 1970) امتناعاً عن أدائها، مع أن المشروع فرق بين النفقة المستحقة من تاريخ الإمساك والنفقة المستحقة من تاريخ الامتناع . وصرح بأن النفقة الأولى (نفقة الزوجة) لا تسقط بمضي المدة دون الثانية¹⁶⁶⁰ . وحيث إن الحكم المطعون فيه حين قضى على الأب بأداء النفقة عن مدة سالفة دون أن يثبت أن تلك النفقة كانت طُلبت منه وأنه امتنع من أدائها - قد خرق النص المشار إليه أعلاه (الفصل 130 مدونة) الذي يكتسي بالنظر إلى وجوده ضمن مدونة الأحوال الشخصية صبغة النظام العام))¹⁶⁶¹ . ولذلك قضى المجلس الأعلى بنقض الحكم المذكور . وقد أكد المجلس الأعلى هذا الاتجاه في قرار آخر¹⁶⁶² بحيث استقر المجلس

الشخصية، مرجع سابق، ص 63. وقد علق الباحث على هذا القرار بأنه، يثير إشكالا إذا ما تخلف المدعى عليه، مشيراً إلى أن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، خلقت اجتهاداً - إلى غاية سنة 1988 - مضمناً، اعتبار تاريخ الطلب هو تاريخ الامتناع في هذه الحالة . كما أن القرار لم يأخذ في الحسبان تأخر توصل المدعى عليه وبالتالي تأخره في حضور الجلسة .

1659 - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 122 . بتاريخ 27-09-1977، بمجلة المحاماة ، عدد 18، ص 115 .

1660 - يلاحظ، أن المشروع المغربي لم يحدد مدة معينة لإمكان المطالبة بنفقة الزوجة، ما دامت نفقتها لا تسقط بمضي المدة (الفصل 121 مدونة) . بخلاف المشروع المصري الذي نص في الفصل 1 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه ((لا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة، نهايتها تاريخ رفع الدعوى)) . وحبذا لو اتخذ المشروع موقفاً مماثلاً لتلافي الدعاوى الكيدية وحسماً للتزاعن المتعلقة بالنفقة في أقرب أجل عند النزاع .

1661 - إن اعتبار مقتضيات الفصل 130 من المدونة من متعلقات النظام العام، يعني أن المحكمة تكون مدعوة تلقائياً لإثارة كون الطلب يتعلق بمدة سابقة على الامتناع عن أداء النفقة . غير أن الأستاذ عبد العزيز فتحاوي، أورد قراراً للمجلس الأعلى جاء فيه: ((إذا لم يثر المستأنف الفصل 130 من مدونة الأحوال الشخصية، فلا سبيل لإثارته من طرف المحكمة)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1556 . بتاريخ 03 - 12 - 1991 ، ملف عدد 5739 . غير منشور . ذكره الأستاذ عبد العزيز فتحاوي : طرق الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية والميراث، مرجع سابق، ص 73، هامش 1) .

1662 - المجلس الأعلى - قرار 148 . بتاريخ 08-03-1982، بمجلة رسالة المحاماة (الرباط)، عدد 4 ص

الأعلى على أن نفقة الفروع لا تستحق إلا من تاريخ الامتناع عن أدائها، أي ابتداء من تاريخ تقديم الطلب للقضاء وليس عن المدة السابقة على ذلك¹⁶⁶³.

ويجد هذا الاتجاه مستنده الفقهي، في كون نفقة الأقارب تسقط بمضي المدة لأنها شرعت لدفع الخلة¹⁶⁶⁴ وحاجتهم؛ وقد اندفعت الحاجة بالفعل في المدة السابقة بمضيها. ويطبق المجلس الأعلى نفس المبدأ فيما يتعلق بأجرة الحضانة، فقد قرر أنه يجب المطالبة بأجرة الحضانة في وقتها ولا تحق المطالبة بها بعد بلوغ المحضون (26 سنة في النازلة) وإلا فإن الحضانة ((تعتبر متبرعة بها ضمناً شأنها شأن النفقة التي لم تطالب بها، فإنه لا حق للحضانة أن تطالب بنفقة المدة المسكوت عنها))¹⁶⁶⁵. ويقرر الفصل 130 من المدونة نفس المبدأ بالنسبة لنفقة الأصول، إذ ينص على أن نفقة الأبوين يُقضى بها من تاريخ الادعاء، أي من تاريخ الطلب المقدم إلى القضاء، وبذلك تسقط نفقة الأصول بالنسبة للمدة السابقة على ذلك التاريخ¹⁶⁶⁶.

غير أن مبدأ نفقة الفروع لا تستحق إلا من تاريخ الامتناع عن أدائها، يؤخذ به ما لم يكن هناك حكم سابق بالنفقة، ويعتبر المجلس الأعلى¹⁶⁶⁷ أن توقف المحكوم عليه بالنفقة عن تنفيذ

¹⁶⁶³ - وتطبق محاكم الموضوع هذا الحل. فقد قررت محكمة الاستئناف بورزازات: ((وحيث إن نفقة الأبناء تبتدئ من تاريخ الامتناع عن أدائها عند طلبها طبقاً للفصل 130 من مدونة الأحوال الشخصية. وحيث إن المدعية لم تثبت أنها طلبت من الأب نفقة الابن فامتنع، مما يكون معه الحكم الابتدائي قد جانب الصواب لما قضى بنفقة الابن عن مدة 12 سنة سالفه عن تاريخ الطلب، وخرق بذلك مقتضيات الفصل 130 من مدونة الأحوال الشخصية الذي يكتسي صبغة النظام العام لوجوده ضمن المدونة)) (محكمة الاستئناف بورزازات، قرار عدد 92/20، بتاريخ 12 / 02 / 1992، بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 192).

¹⁶⁶⁴ - المجلس الأعلى - قرار عدد 853. بتاريخ 22 / 09 / 1987، ملف عدد 5037 / 1985 غير منشور، ذكره عبد العزيز فتحاوي: قراءة في مفهوم الامتناع، مرجع سابق، ص 63.

وقد أكد المجلس الأعلى في هذا القرار القاعدة الفقهية، بخصوص نفقة الأولاد، الواردة عند قول الشيخ خليل ((وسقطت بمضي زمنها)). قال شارحه العلامة الدردير: لأنها شرعت لسد الخلة أي الحاجة وقد سدت بمضي زمنها.

¹⁶⁶⁵ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 226. بتاريخ 25-02-1992، ملف رقم 90 / 6516. أورد حيثياته: إدريس بلحمجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 71 - 72.

¹⁶⁶⁶ - المجلس الأعلى - قرار عدد 122. بتاريخ 27-09-1977، بمجلة المحاماة، عدد 18، ص 115.

¹⁶⁶⁷ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 978. بتاريخ 16 / 06 / 1992، ملف رقم 90 / 6275. (غير منشور)، أورد حيثياته: إدريس بلحمجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 90 - 91.

الحكم القاضي عليه بالنفقة، يعتبر امتناعا عن الأداء، يبرر الحكم عليه بالنفقة من تاريخ الامتناع وليس من تاريخ الطلب، وقد أكد المجلس الأعلى هذا الحل في قرار آخر لما اعتبر أن الامتناع من النفقة بداية من تاريخ الحكم السابق بالنفقة¹⁶⁶⁸، وهو ما تأخذ به محاكم الموضوع عندما اعتبرت أن الامتناع يثبت من خلال الحكم السابق فيعتبر الامتناع عن أداء نفقة الأولاد ثابتا من آخر حكم صدر على الأب بالنفقة¹⁶⁶⁹. لقد كرست هذه الحلول القضائية عند وجود حكم سابق بالنفقة، حلا تم الأخذ به بمناسبة التعديل الأخير (ظهير 10 / 09 / 1993) للفصل 119 من مدونة الأحوال الشخصية، والذي أصبح ينص على أنه ((ويبقى مفعول الحكم الأول نافذا، إلى أن تسقط النفقة أو يغير الحكم بآخر))، وأعتقد أن هذا المقتضى عام يشمل الحكم بنفقة الزوجة ونفقة الأولاد، ولا يبدو من صياغة الفصل المذكور، والذي ورد في معرض أحكام نفقة الزوجة، ما يفيد أنه خاص بالحكم بنفقة الزوجة دون الأولاد .

الفقرة الثالثة - سقوط نفقة الأولاد :

تختلف المدة التي يجب فيها الإنفاق من طرف الأب على أبنائه العاجزين على الكسب، تبعا لما إن كان المنفق عليه ذكرا أو أنثى . حيث تستمر النفقة على الأنثى إلى أن تجب نفقتها على زوجها، وتستمر على الذكر إلى حين بلوغه قادرا على الكسب ما لم يكن طالبا يتابع دراسته فتستمر نفقته حتى ينهيها أو يبلغ 21 سنة من عمره (الفصل 126 من المدونة) . ويلاحظ أن المدونة لم تخرج عن التحديد الفقهي لسن سقوط النفقة بالنسبة للابن الذكر، وهو سن البلوغ، والذي كان معمولا به أمام القضاء المغربي قبل صدور المدونة¹⁶⁷⁰ ؛ وهو سن مختلف فيه في

¹⁶⁶⁸ - المجلس الأعلى - قرار عدد 502 . بتاريخ 01 / 04 / 1986، ملف عدد 4707 / 1984 غير منشور، ذكره عبد العزيز فتحاوي : قراءة في مفهوم الامتناع، مرجع سابق، ص 65 .

¹⁶⁶⁹ - محكمة الاستئناف بمراكش، قرار عدد 505، بتاريخ 29 / 05 / 1990، ملف عدد 135 / 90 . بمجلة المحامي، عدد 26 / 25، ص 255 .

¹⁶⁷⁰ - حكم المجلس الاستئناف الشرعي الأعلى - بالقضية عدد 8237 ، بتاريخ 09-05-1950، بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، عدد 5-6، ص 156 .

الفقه¹⁶⁷¹ . ولذلك، ولعدم تحديد سن البلوغ بصفة دقيقة من طرف المدونة، فإن بعض الأحكام القضائية تحدد سن البلوغ حتى بأقل من السن المحدد للبلوغ في مشهور مذهب الإمام مالك وهو 18 سنة . فقد أيد المجلس الأعلى¹⁶⁷² حكما استثنافيا قضى برفض طلب الأم المتعلق بنفقة ولدها البالغ من العمر سبعة عشر عاما، وعلل المجلس الأعلى الرفض، بأن ((بلوغ الذكور يتم غالبا في سن السادسة عشرة فضلا عن السابعة عشرة)) .

ويلاحظ أن التعديل الذي طال أحكام الحضانة في الفصل 102 من المدونة (ظهير 10 / 09 / 1993) والذي جعل سن الحضانة محددة في 12 سنة النسبة للذكر بدل البلوغ، وفي 15 سنة بالنسبة للإنتى - لا اثر له فيما يخص نفقة الأبناء المحضونين سواء بقوا بيد الحاضنة بعد سن الحضانة أو اختاروا الانضمام إلى أبيهم، حيث يبقى الأب دائما ملزما بنفقتهم، إلى أن تسقط النفقة عنه في الحالات المقررة في الفصل 126 من المدونة¹⁶⁷³ .

¹⁶⁷¹ - يقصد بالبلوغ لغة : الوصول . واصطلاحا : ((انتهاء حد الصغر)) . وبلغ الغلام أدرك واحتلم . ويكون ذلك بظهور علامات تدل على البلوغ . هي بالنسبة للفتى : الاحتلام والإنزال . وبالنسبة للفتاة : الاحتلام و الحيض والحبل . فإن لم يوجد شيء من ذلك فإن الحنفية حددوا سن البلوغ في 18 سنة للغلام و 17 سنة للفتاة . بينما حددها الشافعية والحنابلة في 15 سنة (انظر : سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 42 . و محمد علي الصابوني - روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن . ج 2، مرجع سابق، ص 226 وما بعدها) . أما بالنسبة للفقهاء المالكي، فإن المشهور في تحديد سن البلوغ هو ثمانية عشر سنة . ويلخص الشيخ عبد الواحد بن عاشر ذلك بقوله بقوله :

وكل تكليف بشرط العقل :: مع البلوغ بدم أو حمل

أو بمجي أو بإنبات الشعر :: أو بثمان عشرة حولا ظهر

انظر : مختصر الدر الثمين على المرشد المعين - للشيخ ميارة، نشر وزارة الأوقاف (المغرب) فضالة، دون تاريخ الطبع ، ص 22.

ويقصد بالرشد لغة الهدى والاستقامة . أما اصطلاحا . فهو عند المالكية : ((يطلق على حفظ المال المصاحب للبلوغ، ويطلق على حفظ المال، وإن لم يكن بصاحبه بلوغ)) (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي . مرجع سابق، ص 148) .

¹⁶⁷² - المجلس الأعلى - قرار عدد 395 . بتاريخ 27 نونبر 1978، قضية عدد 67258، ذكره الأستاذ أحمد الخليلي - التعليق - ج 1، مرجع سابق، ص 59، هامش 44 .

¹⁶⁷³ - لقد قضى القضاء المغربي بنفقة وأجرة حضانة ولد مختل عقليا بلغ 26 سنة، على أساس أنه، ورغم كون الفقه لا ينص على تمديد سن الحضانة، فإن المصاحب بخلل عقلي في حكم الطفل المحتاج للرعاية، ويستحق النفقة وأجرة الحضانة رغم تجاوزه لسن الحضانة (محكمة الاستئناف بالدار البيضاء - قرار عدد 314، بتاريخ 28 / 02 / 1990، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 64 / 65، ص 173) . وبخلاف ما ورد في هذا الحكم من أن الفقه لا

ينص على تمديد سن الحضانة في حالة النازلة . فإن الفقه المالكي تناول هذه الحالة، مثلها في ذلك مثل تمديد السن التي تبقى فيها النفقة واجبة على الأب في حالات معينة كما تناولناه في الباب المتعلق بالحضانة :

- قال الرهوني في حاشيته على الزرقاني : ((تبعاً لما حرره ابن عبد السلام، إذ قال : المشهور في غاية أمد النفقة أنها البلوغ في الذكور بشرط السلامة والمشهور في غاية أمد الحضانة أنها البلوغ يف الذكور من غير شرط)) (حاشية الرهوني على الزرقاني - المجلد 2، ج 4 - مرجع سابق، ص 263) .

- قال القاضي المالكي عبد الوهاب البغدادي : ((وعلى الرجل نفقة ولده الصغير إذا كان فقيراً، فإذا بلغ الابن سقطت نفقته عنه، إلا أن يكون مجنوناً، أو زَمناً ولا مال له، فإن وجوب النفقة مستدام على الأب)) (القاضي عبد الوهاب البغدادي - التلقين - مرجع سابق، ص 104) .

- وجاء للحطاب في تحرير الكلام عن مسائل الالتزام : ((إذا خالعه زوجها على نفقة الولد إلى الحلم على القول بجوازه فبلغ مجنوناً أو زَمناً، عادت نفقته على الأب، ولو قال إلى حين سقوط النفقة على الأب لزمّت المرأة النفقة حينئذ، قاله في المتيضية والله أعلم)) (أبو عبد الله محمد بن محمد الحطاب - تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 106) .

- وعند الحطاب (مواهب الجليل، ج 4، مرجع سابق، ص 213) : ((إذا بلغ الولد زَمناً وقلنا استمرت نفقته، فإن صح سقطت نفقته، فإن عادت إليه الزمانة، لم تعد نفقته على الأب)) . لكن ((إذا كان للولد الزمن مال ثم ذهب، فإن نفقته تعود على الأب)) .

- وجاء للزرقاني عند قول الشيخ خيل : ((ونفقة الولد الذكر حتى يبلغ عاقلاً قادراً على الكسب)) : ((وخرج بقاء العقل من بلغ مجنوناً فإنها تستمر على الأب)) . كما ينص الفقه على أثر زمانة الأنثى على النفقة وفي ذلك تفصيل انظره لدى قول الشيخ خليل : ((واستمرت إن دخل (بها الزوج) زمناً...)) . انظر : الزرقاني ومحشيه الرهوني- المجلد 2، ج 4 - مرجع سابق، ص 260 - 261 .

- قال ابن جزى : ((ولو بلغ صحيحاً فسقطت نفقته، ثم طرأ عليه ما ذكر (مرض مزمن) لم تعد النفقة خلافاً لابن الماحشون)) (القوانين الفقهية، ص 164)

- وينتقد بعض الفقه هذا الحل المأخوذ به في الفقه المالكي، بخصوص عدم رجوع النفقة على المكلف لعودة المرض، والمبني على كون الحق إذا سقط لا يعود . وهذا خلافاً لباقي المذاهب الثلاثة الأخرى . ويرى هذا الجانب من الفقه ان هذا ((مبرر غير كاف، لأن الشارع ربط النفقة بالحاجة، ولم يربطها بانقطاع الحق أو اتصاله)) . انظر : محمد الحبيب التجكاني - إحسان القرابة في الإسلام وبعض التقنيات العربية، مرجع سابق، ص 308 .

- وقال صاحب العمل المطلق :

إن بلغ الولد قادراً على كسب فالإنفاق عليه حُولا
إليه ثم لا يعود إن عرَضَ زمانةً وشبهها من المرض
وإن عليه الحكم عاجزاً أتى بقي إنفاق أبيه مثبِتاً

- وجاء للسيد محمد العلوي العابدي (الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 208) : ((كل من به عاهة تمنعه من التكسب كانت في صغره واستمرت به، فنفقته على والده، إلى أن تزول تلك العاهة، ولو بلغت سنه ما بلغت . فإن زالت العاهة ثم عاودته وهو صغير أيضاً فالنفقة على الأب . وأما إن زالت عنه العاهة

وشرط وجوب نفقة الأولاد هو عدم وجود مال لهم¹⁶⁷⁴، وألا يكونوا قادرين على كسب قوت حياتهم¹⁶⁷⁵، وهذا بخلاف نفقة الأبوين الواجبة على أولادهما الأغنياء، حيث يشترط ثبوت فقر الأبوين فقط، دون عجزهما عن الكسب¹⁶⁷⁶ بحيث تجب نفقتها على الفرع القادر على الكسب ولو كان غير بالغ سن الرشد القانوني¹⁶⁷⁷. كما يجب أن يكون الأب المنفق

ورشد وهو تام الصحة فنفقته على نفسه ثم لا تعود بعد ذلك على الأب ولو عاودته العاهة أو الزمانة بعد الرشد))

1674- حسب الفقه، فإن الولد إذا أصبح موسرا فإن نفقته تصبح في ماله . وإذا استمر الأب في الإنفاق عليه فيكون له حق الرجوع عليه من يوم اكتساب الولد للمال وذلك بعدة شروط .

انظر : الغازي الحسيني - في تعليقه على حكم مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، عدد 8181، بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، عدد 2-3-4، ص 143.../.

1675- وتثور أحيانا منازعات حول وجود الأولاد أو عدم وجودهم مع الأب، وهو ما يعبر عنه فقها بوجودهم ((على مائدته))، وقد قرر القضاء المغربي قديما، أن المطالبة بنفقة الأولاد لا تحق، إلا إذا كان الابن قد تمت حيازته من تحت يد أبيه (مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى - قضية عدد 8237، بتاريخ 09-05-1950، بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، عدد 5-6، ص 156) .

1676- ابن جزري : القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 164، حيث يقول : ((ولا يشترط عجزهما عن الكسب)) .

وللمحكمة تقدير قيام حالة الفقر بالأصل المدعي بالنفقة على فرعه، وقد نقض المجلس الأعلى الحكم الذي لم يناقش ما دفع به الابن المطالب بالنفقة من قبل أبيه، من كون الأب غني وموسر، يقرض الناس وله معاش حسب الحجج التي أدلى بها (انظر قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 99، بتاريخ 08 / 07 / 1970 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 33) . وقد اعتبر المجلس الأعلى (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 127 . بتاريخ 23-05-1972، بمجلة القضاء والقانون، عدد 124، ص 172) أن ملكية الأب لنصف دار للسكن لا يخرجه من عداد الفقراء والحال أن عسر الولد غير ثابت . وهذا مستمد من قواعد الفقه المالكي، حيث إن مجرد ملكية الأصل المطالب بالنفقة عليه من طرف فرعه، لدار سكني، لا تحول دون طلبه النفقة . انظر المدونة الكبرى، ج 2، مرجع سابق، ص 364.

وإذا كان يمكن للأبوين، مقاضاة الغير المتسبب في حادثة، نجم عنها وفاة الابن الملزم بالإنفاق عليهما ومطالبته بالتعويض عن حرمانهما من نفقته ؛ فإن المجلس الأعلى يلزم الأبوين بإثبات قيام ابنهما المحني عليه بالإنفاق عليهما قبل الاعتداء عليه (المجلس الأعلى - قرار عدد 490 . بتاريخ 22-03-1979، (غير منشور) . ذكره الأستاذ أحمد الخمليشي - التعليق - ج 1، مرجع سابق، ص 118) . غير أنه وحسب أستاذنا الدكتور أحمد الخمليشي : فإن ما يتعين إثباته هو كون الأبوين يستحقون النفقة، وليس إثبات الإنفاق الفعلي من قبل الابن .

1677- تمت الإشارة بهذا الخصوص إلى قرار حديث صدر عن المجلس الأعلى، وردت حيثياته في النشرة الخاصة التي أصدرها المجلس الأعلى بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2001، ص 70. لكن لم يتم الإدلاء بمراجع القرار المذكور. ومما جاء في هذه الحيثيات: ((إن نفقة الأبوين واجبة على الابن متى كانا معسرين، وكان الابن عاقلا وقادرا على

غنيا إما بماله أو بكسبه . ولذلك نص الفصل 128 من المدونة ((إنما تجب على الإنسان نفقة أبويه وأولاده بعد أن يكون له مقدار نفقة نفسه)) . ويبرر الفقهاء اشتراط الفقر في نفقة الأصل على الفرع، بكون نفقة الولد مواساة، بخلاف نفقة الزوجة فإنها معاوضة¹⁶⁷⁸ . ففقر الأولاد وعجزهم شرط في وجوب نفقة الأولاد على أبيهم ما داموا يستحقون النفقة عليه¹⁶⁷⁹ . ولذلك قرر المجلس الأعلى¹⁶⁸⁰ أن نفقة الأولاد على الأب تلزم بالعجز قدرة ومالا¹⁶⁸¹ . فإذا كان

الكسب بصرف النظر عما إذا كان بالغاً سن الرشد أو دون ذلك. ولا يعتبر هذا الواجب تصرفاً يستدعي إجازة الوالد متى كان الابن قاصراً)).

¹⁶⁷⁸ - ميارة على التحفة . ج 1، مرجع سابق، ص 250 .

¹⁶⁷⁹ - مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى - قضية عدد 106.27 حكم بتاريخ 23-12-1953، بمجلة الفقه المالكي والترات القضائي بالمغرب، عدد 5-6، ص 151 .

¹⁶⁸⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 139 . بتاريخ 18-07-1960، بمجلة القضاء والقانون عدد 34، سنة 1960، ص 167 .

¹⁶⁸¹ - و ((إذا عجز الأب عن الإنفاق على ولده، وكانت الأم غنية، وجبت عليها النفقة)) (الفصل 129 من المدونة). وهذا مثال على مساهمة الزوجة في أعباء الأسرة . وهذا مقرر بنص القانون. وإن كانت مساهمتها في الواقع تتم اليوم ولو خارج الحالة المذكورة، أي ولو مع قدرة الأب على الإنفاق . وإن القضاء لا يقضي على الأم بالنفقة في هذه الحالة ويكتفي بفرض نفقة رمزية على الأب فقط . ولقد بقت الإشارة إلى أن مقتضيات الفصل 129 المذكور مستمدة من الفقه الظاهري .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى قرار صادر عن قرر المجلس الأعلى جاء فيه : ((لما قضت المحكمة بعدم قبول طلبات التعويض الناتجة عن وفاة الأم المصابة، بناء على عدم إثبات أنها كانت تجب عليها نفقتهم، دون أن تبحث فيما وقع الاستدلال به، من أن الأم لها دخل قار، وكانت تجب عليها نفقتهم، يكون قضاؤها ناقص التعليل)) . وقد كان المطالب بالتعويض أبناء قاصرون للهالكة التي توفيت في حادثة سير، وكان أب المطالبين قد توفي من قبل (المجلس الأعلى - الغرفة الجنائية - قرار عدد 1126 . بتاريخ 14 / 01 / 1992، بمجلة القضاء المجلس الأعلى، عدد 46، صفحة 245) .

كما تجدر الإشارة إلى أن مجلة الأحوال الشخصية بتونس (المادة 23 من المجلة بعد تنقيحها بالقانون رقم 74 لسنة 1993، المؤرخ في 12/07/1993) تنص: ((على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به. ويقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العف والعادة. ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية. وعلى الزوج بصفته رئيس العائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال)). وإذا كان النص الحالي يلزم الزوجة بالمشاركة في تحمل أعباء الأسرة إن كان لها دخل، فإن الأمر قبل التعديل كان يقتصر مجرد إمكانية. لكن المشرع التونسي لم يحدد

للولد مال كاف وحاضر فنفقته تقع في ماله ولا تجب على أبيه . ويقرر المجلس الأعلى¹⁶⁸² ضرورة مراعاة أموال الفرع، عند تقدير النفقة الواجبة على الأب، فلا يلزم الأب بالنفقة إلا في حدود ما لم تف به أموال الفرع وإلا تعرض الحكم للنقض¹⁶⁸³. ولذلك اعتبر المجلس الأعلى¹⁶⁸⁴ أن المنحة التي يتلقاها الولد من الدولة، هي من الأموال التي يجب اعتبارها عند تقدير النفقة

كيفية مشاركة الزوجة في ذلك. ويظهر أن المجلة التونسية لم تربط مساهمة الزوجة في الإنفاق بعجز الزوج عن النفقة . انظر حول الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية:

Alya Chérif CHAMMARI : Le mariage, éd. ALIF, Tunisie 1995, p.68.

- محمد المحجوب الطريطر - مساهمة الزوجة في الإنفاق على العائلة . بمجلة القضاء والتشريع (تونس)، العدد ، يوليو 1974، ص 7.. /.

محمود العنابي - خواطر حول مساهمة الزوجة في الإنفاق على العائلة، بمجلة القضاء والتشريع (تونس)، العدد 7، يوليو 1974، ص 13 ... /.

وقد قرر القضاء التونسي كذلك: إن مدخول عمل الزوجة لا يوجب حرمانها من النفقة الواجبة لها، ولكن يراعى مدخولها عند فرض النفقة على الزوج (حكم محكمة ناحية تونس، عدد 17227 بتاريخ 1974/03/01. بمجلة القضاء والتشريع (تونس)، العدد 7، يوليو 1974، ص 67) .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن الفصل 76 من قانون الأسرة (12 / 06 / 1984) على أنه : ((في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم، إذا كانت قادرة على ذلك)).

وحول موقف تشريعات دول المغرب العربي من الموضوع، انظر : إدريس الفاخوري - نفقة الزوجة العاملة بين الفقه الإسلامي ونصوص المدونة . بمجلة الميادين، عدد 3، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي، ص 195 - 196 .

¹⁶⁸² - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 69، بتاريخ رابع صفر 1391 هجري، قضية عدد 33366، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25، ص 146 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 188 .

¹⁶⁸³ - وقد قضت المحكمة الابتدائية بأكادير، بإيقاف نفقة بنت عن أبيها نظرا لكونها بالغة رشيدة وحالة على دبلوم في التقنيات الفلاحية، وتكسب من وظيفتها دخلا معقولا (المحكمة الابتدائية بأكادير - حكم عدد 05 / 89، بتاريخ 03 / 01 / 1989، ملف عدد 89 / 232 (غير منشور) أوردته الأستاذة فريدة بناني - تقسيم العمل بين الزوجين، مرجع سابق، ص 241، هامش 169 . وبحث لنفس الأستاذة : قانون الأحوال الشخصية مرآة للمجتمع المغربي - ضمن كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993) الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويسي بالرباط، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فردريك إبيرت FRIEDRICH EBERT حول ((تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظواهر 10 شتنبر 1993 - حصيلة أولية))، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، 1997، ص 46، هامش 5 .

¹⁶⁸⁴ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 69، بتاريخ رابع صفر 1391 هجري، قضية عدد 33366، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25، ص 146 .

الواجبة على الأب¹⁶⁸⁵ . كما قرر المجلس الأعلى¹⁶⁸⁶ أن الأب إذا ادعى أن الفرع يشغل ويكسب، وذلك توصلا من الأب لإسقاط النفقة عليه، فإنه يكون ملزما بإثبات ذلك¹⁶⁸⁷ . وبالمقابل فإن المجلس الأعلى¹⁶⁸⁸ يوجب على الأب إذا ادعى العجز عن التكسب وعدم القدرة على العمل، أن يثبت ذلك بحجة معتبرة (حجة عدلية) وليس بمجرد شهادة الضعف أو شهادة عدم التسجيل بجدول الضرائب . حيث يلاحظ هنا أيضا أن المجلس الأعلى، بقي وفيما لوسائل الإثبات التقليدية المقبولة لديه أي الليف، إزاء الحجج الأخرى ولو كانت إدارية¹⁶⁸⁹ .

بقيت الإشارة أخيرا إلى أن نفقة الأبناء على الأب تسقط بوفاة . وتعتبر هذه القاعدة قاعدة شرعية حسبما قرره المجلس الأعلى¹⁶⁹⁰ ويمكن إثارتها تلقائيا من طرف المجلس الأعلى، لتعلق ذلك بالنظام العام، ولذلك نقض المجلس الأعلى الحكم الذي قضى لوارث بالنفقة عن المدة اللاحقة على وفاة المورث، لأن النفقة وغيرها من واجبات المحضون ، تسقط بوفاة الأب المطلوب

¹⁶⁸⁵ - في إحدى القضايا دفع الأب لما طولب بالنفقة : ((بأنه لا يؤدي للمدعية نفقة الابن، لأن أمهما سجلتهما في سجل الأطفال الإسبانيين، فسجلت محمد باسم مانويل، وسجلت لحسن باسم خيسوس . كما أنهما يوجدان بميتم طنجة، تنفق عليهما الدولة المغربية)) (انظر قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 138 . بتاريخ 13 / 07 / 1970 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 22، ص 37) .

¹⁶⁸⁶ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 463، بتاريخ 28-07-1982، بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء، عدد 3، ص 81، - وانظر : قرار محكمة التعقيب بتونس، عدد 6641، بتاريخ 11-05-1982، بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء، عدد 5، ص 92 .

¹⁶⁸⁷ - لقد طالبت بنت أبها بالنفقة، فدفع المدعى عليه بأن عمرها 27 سنة، وأن نفقة الأبناء مقصورة على القاصرين منهم والعاجزين عن الكسب . فقضت محكمة الاستئناف بمراكش : ((حيث إنه بمقتضى الفصل 126 من مدونة الأحوال الشخصية، فإنه يجب على الأب الإنفاق على أولاده الصغار والعاجزين عن الكسب، وأن النفقة على الأنثى تستمر إلى أن تجب نفقتها إلى الزوج)) وأن الأب هو المكلف بإثبات ما يفيد أن البنت تشتغل وتكسب (محكمة الاستئناف بمراكش، قرار عدد 505، بتاريخ 29 / 05 / 1990، ملف عدد 135 / 90 . بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 255) .

¹⁶⁸⁸ - قرار المجلس الأعلى عدد 463 السابق الذكر، بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء، عدد 3، ص 81،

¹⁶⁸⁹ - ويلاحظ أن القضاء وإن كان يوجب على الأب إثبات دفع النفقة بعد الطلب، فإنه يجيز سماع شهادة الأبناء - على سبيل الاستئناس - فيما يتعلق بالإنفاق عليهم من عدمه . انظر قرار المجلس الأعلى - عدد 1487 . بتاريخ 06-12-1988، بمجلة الإشعاع (القنيطرة)، عدد 1، ص 93 .

¹⁶⁹⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 11، بتاريخ 10-03-1969، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 5، ص 62 .

بها، كما تسقط ببلوغ الولد الذكر عاقلا قادرا على الكسب، أما بالنسبة للأنثى فتسقط بوجوب نفقتها على زوجها (الفصل 126 من المدونة) .

خلاصة الفصل الثاني

لقد تطرق هذا الفصل لمختلف تطبيقات قضايا الأحوال الشخصية، التي تنظمها نصوص المدونة المستمدة من الفقه المالكي، وكان الهدف هو بيان كيفية تعامل المجلس الأعلى مع هذه النصوص في إطار المستجدات التي عرفها مجال الأسرة في بلادنا .

ففي مجال التطبيق للضرر، أسس المجلس الأعلى بعض قواعد رفع هذه الدعوى (سماع الدعوى قبل الدخول وبعده، جواز تقاضي القاصر في مادة التطبيق للضرر، إيقاف النظر في دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية إذا ما تم رفع دعوى التطبيق للضرر، عدم إحالة دعوى التطبيق للضرر على النيابة العامة)، كما اعتد جزئياً ببعض أصناف الضرر المعنوي الذي يلحق بالزوجة خاصة ما يتعلق بالإضرار بسمعتها عند إدانة زوجها من أجل جريمة شائنة وسجنه من أجل ذلك . لكن ورغم مرونة مفهوم الضرر كما أخذت به مدونة الأحوال الشخصية تبعاً للمذهب المالكي، يلاحظ أن القضاء المغربي عموماً، متشدد من حيث إثبات الضرر خاصة فيما يتعلق بالضرب الذي يعتبر ضرراً شائعاً، بحيث يبدو أنه لا يقبل بصفة أساسية سوى المواجه الليفية الشاهدة بالضرر، وحتى هذه يشترط أن تضمن فيها عبارة ((من غير ذنب جنته)) الزوجة ليسمع دعوها بالضرر . والحال أن الأمر يقتضي فسح المجال للخصوم لإثبات الدعوى بمختلف وسائل الإثبات، خاصة بإجراء الأبحاث بين الطرفين، والاستماع شخصياً إلى الشهود ومساءلتهم من طرف القاضي، الذي قد تتاح له من خلال ذلك الفرصة لرأب الصدع، بما في ذلك بعث الحكّمين عند الاقتضاء وهو ما لا يتم في الغالب، أو الاستعانة بمكونات مجلس العائلة الذي يسود - مع الأسف - اعتقاد بأن دوره على المرحلة القضائية في خلاف الزوجين أي أمام قاضي التوثيق فقط دون قضاء الحكم . ولذلك قلنا إن مرونة مفهوم الضرر تقتضي مرونة في التعامل مع وسائل إثباته، لأن صعوبة إثبات الضرر من الناحية الواقعية يكون من أثره اللجوء إلى دعاوى أخرى (التطبيق

للغيبية) بهدف الحصول على الفرقة بأي وسيلة، وهذا يفوت الفرصة التي تتيحها مسطرة التطلاق للضرر للإصلاح بين الزوجين .

أما بالنسبة لحق الحضانة والنفقة ، فإن المجلس الأعلى يركز مفهوم كون الحضانة من حق الحاضن، ورغم أن المجلس الأعلى قرر في عدة مناسبات مبدأ حماية مصلحة المحضون، فإن مصلحة المحضون هذه لم تصل إلى الحد الذي يجعلها المتحكم الوحيد في الحلول القضائية المتعلقة بممارسة حق الحضانة، ولا أدل على ذلك من التضارب الذي يشوب قرارات غرف المجلس الأعلى بشأن قضايا إفراغ الحاضنة من بيت الزوجية بعد انتهاء مدة عدتها.ومعضلة تقدير نفقة ملائمة لصالح الأطفال .

القسم الثاني

موقف المجلس الأعلى
من تطبيق قواعد الفقه المالكي
في مسائل الأحوال الشخصية

سبق أن بينا في المدخل العام لهذا البحث، أن نص المدونة جاء متمسكا بالفقه المالكي عموما، ومحिला على أحكام المذهب المالكي فيما لم تنص عليه المدونة، وذلك تطبيقا لقاعدة الإحالة المنصوص عليها في الفصول: 82 و 172 و 216 و 297 من المدونة، حيث تضمنت تلك الفصول قاعدة وردت بصيغة واحدة كما يلي : ((كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك)) . وهي قاعدة عامة، بمقتضاها يعتبر الفقه المالكي مصدرا تكميليا للمدونة، وسندا يعتمد عليه القضاء في أعمال قواعد هذا الفقه . وعلى ذلك ستناول في هذا القسم مضمون قاعدة الإحالة على الفقه المالكي، وكيفية تعامل المجلس الأعلى مع مفهوم هذه القاعدة، وذلك في فصل أول، ثم سنتولى في فصل ثاني تقييم تطبيق المجلس الأعلى للقواعد الفقهية في قضايا الأحوال الشخصية، وذلك كما يلي:

- الفصل الأول: قاعدة الإحالة على الفقه المالكي .
- الفصل الثاني: تطبيق المجلس الأعلى لقواعد الفقه المالكي في قضايا الأحوال الشخصية.

الفصل الأول

قاعدة الإحالة على الفقه المالكي

تتميز تشريعات الأحوال الشخصية في أغلب دول العالم الإسلامي، باعتمادها على مقتضيات فقهية إلى جانب النصوص القانونية الوضعية . ولذلك، وفي غياب تقنين كلي ورسمي لقواعد الفقه الإسلامي في مادة الأحوال الشخصية، تعتمد هذه التشريعات على ((تقنية)) الإحالة على القواعد الفقهية، إذ من الشائع في هذه التشريعات أن تتم الإحالة على مقتضيات مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي في موضوع معين أو بخصوص ما لم يتم النص عليه صراحة في القانون، وهو ما أخذت به مدونة الأحوال الشخصية في بلادنا¹⁶⁹¹. بحيث يبدو أن الإحالة من طرف التشريع على المذاهب الفقهية، تعتبر مسألة مرتبطة بعملية التقنين في البلاد العربية والإسلامية، وبصفة خاصة في مجال تقنين مسائل الأحوال الشخصية، سواء بالنسبة لجلسة الأحكام العدلية، التي كانت تحيل على الفقه الحنفي، أو غيرها من القوانين كالقانون الأردني الذي يحيل

¹⁶⁹¹ - بل إن مشروع (مدونة الحقوق العينية العقارية)، الذي يتم الآن إعداده في المغرب، نص في مادته الثانية على أنه في حالة عدم النص في مدونة العقار المذكورة، يجب على المحكمة الرجوع إلى ظهور الالتزامات والعقود، فإن لم تجد به نصا تعين عليها أن تختار أنسب الحلول من مذهب الإمام مالك.

على الراجح من الفقه الحنفي (المادة 183¹⁶⁹²) والقانون السوري (المادة 305) والقانون اللبناني (المادة 171) والقانون المصري (المادة 183 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية طبق مرسوم 78 لسنة 1931¹⁶⁹³)، والقانون المدني الإماراتي (المادة 1) الذي أحال على كل من الفقه المالكي والحنبلي ثم المذهب الشافعي والحنفي¹⁶⁹⁴ .

وتبعاً لهذه الإحالة التشريعية، تتخذ القواعد الفقهية المحال عليها، صفة قواعد قانونية غير مقننة، يتعين الرجوع إليها في مظانها، وهي عملية ليست بالسهولة المتصورة . ولذلك وفي سبيل الوقوف على كيفية تطبيق المجلس الأعلى لقاعدة الإحالة على الفقه المالكي فيما لم تنص عليه المدونة، سنتناول في هذا الفصل المباحث التالية :

- المبحث الأول : مميزات قاعدة الإحالة على الفقه المالكي .
- المبحث الثاني : نطاق الإحالة على المذهب المالكي .

¹⁶⁹² - قرر القضاء الكويتي بخصوص نازلة أردنية : ((إن الشارع الأردني نظم بعض مسائل الأحوال الشخصية بالقانون رقم 61 لسنة 1976 الذي صدر في 05 / 09 / 1976، وقد أورد هذا القانون أحكاماً خاصة بحضانة الصغير والصغيرة في المواد 154 - 166، وأتى بحكم عام ضمنه المادة 183 التي يجري نصها على أن ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة... رأيي الصالحين أبي يوسف ومحمد وهو الراجح المعمول به في المذهب الحنفي، ويتعين الأخذ به عملاً بالمادة 183 من القانون الأردني سالف الذكر)) (تمييز كويتي رقم 1 / 81، بتاريخ 28 / 05 / 1981، بالجملة العربية للفقه والقضاء، عدد 3، ص 70) .

¹⁶⁹³ - لقد تم مؤخراً إلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر، وذلك بمقتضى القانون رقم 1 لسنة 2000 بتاريخ 29 يناير 2000 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. وقد أكد المشرع المصري في المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000 مبدأ الإحالة على الراجح من الأقوال من مذهب أبي حنيفة. فقد جاء في المادة الثانية من قانون الإصدار ((تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة. ومع ذلك تصدر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدي الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منتظمة حتى 31 دجنبر 1955 طبقاً لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام)).

وقد قرر القضاء المصري في ظل لائحة ترتيب المحاكم الشرعية : ((إن تطبيق أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة، شرطه سكوت التشريعات الخاصة في مواجهة حالة معينة)) (نقض مصري (04-02-1976) بموسوعة الفاكهاني، ج 2 - أحوال شخصية، مرجع سابق) .

¹⁶⁹⁴ - انظر : الدكتور جاسم علي الشامسي : دور الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي كمصدر لقانون المعاملات المدنية الإماراتي . بمجلة الحقوق (الكويت) عدد 1، السنة 23، مارس 1999، ص 99 - 187 .

- المبحث الثالث : كيفية تعامل القضاء المغربي مع مفهوم الإحالة على المذهب المالكي .
- خلاصة الفصل الأول .

المبحث الأول

مميزات قاعدة الإحالة على المذهب المالكي

((كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك))، هذه هي القاعدة التي وردت بصيغة واحدة وعامة، وتضمنتها الفصول: 82 و 172 و 216 و 297 من مدونة الأحوال الشخصية . سنستعمل عبارة " قاعدة الإحالة " على المذهب المالكي للتعبير عن مضمون الفصول المذكورة . باعتبار أن قاعدة الإحالة هي مستند اعتبار الفقه المالكي مصدرا تكميليا للمدونة، التي تستمد أغلب أحكامها من ذلك المذهب نفسه، وإن كان تطبيق هذه القاعدة بالنسبة لما لم تأخذ به المدونة من مذهب الإمام مالك، يبدو صعب التطبيق¹⁶⁹⁵ .

ويقصد بمذهب الإمام مالك : ((ما قاله هو وأصحابه على طريقته . ونسب إليه مذهباً، لكونه يجري على قواعده وأصله الذي بنى عليه المذهب . وليس المراد ما ذهب إليه وحده دون

¹⁶⁹⁵ - من الحالات المشابهة على الصعيد المقارن، حيث يتم الأخذ بحكم فقهي من مذهب معين، وتتم الإحالة بشأن تطبيقاته على أحكام المذهب الأصلي المخالف له - ما ينص عليه مشرع الأحوال الشخصية المصري بخصوص التطبيق للضرر . فقد أخذ بمبدأ التطبيق للضرر من المذهب المالكي، والإحالة مقررة على المذهب الحنفي . وفي هذا يقرر القضاء المصري: أنه رغم أن هذا التطبيق مأخوذ عن مذهب مالك، فإن وجوب إثباته يكون بالرجوع لأرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة . طبقاً للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (نقض مصري - الطعن رقم 47 لسنة 51 ق أحوال شخصية . جلسة 18 / 05 / 1982 . أورده معوض عبد التواب - المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 137) . ويقرر تبعاً لهذه الإحالة : الراجح في فقه الحنفية الواجب الرجوع إليه طبقاً للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، هو أن الضرر لا يقبل الإثبات بشهادة التسامع . ومن ثم تكون البيئة فيه بشهادة أصلية من عدلين أو رجل وامرأتين عدول (نقض مصري - الطعن رقم 11 لسنة 47 ق أحوال شخصية . جلسة 25 / 04 / 1979 . أورده معوض عبد التواب - المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 132) . وقد أورد المؤلف أورد أحكاماً أخرى مماثلة. ومعلوم أن الفقه المالكي وخلافاً للفقه الحنفي، يأخذ بشهادة السماع في إثبات الضرر كما مر معنا .

غيره من أهل مذهبه))¹⁶⁹⁶، ((فالمذهب المالكي، هو عبارة عما أصله الإمام مالك من أصول مجتهدا في اعتمادها، وما درج عليه أصحابه، ومتبعوه، ولو خالفوه في الفروع المبنية على تلك الأصول، إذ الاعتبار، أن يدور اجتهادهم مقيدا بأصول الإمام مالك))¹⁶⁹⁷. وإن صياغة قاعدة الإحالة تظهر أن المقصود ليس هو كل مذهب الإمام مالك، بل فقط ما قيدت به المدونة هذه الإحالة، أي الأخذ فقط بالراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل في المذهب المالكي .
وإن إقرار المدونة، لقاعدة الإحالة على المذهب المالكي، يعتبر وفاء لمبدأ إلزام القاضي في المغرب قديما بمقتضى ظهير توليته، بإتباع المشهور والراجح وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك أو مذهب ابن القاسم في المدونة المروية عن الإمام مالك، كما سبق بيانه في موضع سابق .
إذ لا يحكم القاضي بغير ما ذكر، ولو كانت للقاضي القدرة على الترجيح والاستنباط والإحاطة بمذهب إمامه أصولا وفروعا، مثل ابن القاسم وأشهب وأصبغ ثم اللخمي وابن رشد. فقد كان

¹⁶⁹⁶ - انظر : محمد إبراهيم أحمد علي - اصطلاح المذهب عند المالكية، مرجع سابق، ص 40 وما بعدها . حيث أورد المؤلف جردا لمختلف تعريفات فقهاء المذهب المالكي للمذهب .

والمذهب المالكي بهذا المعنى الاصطلاحي، يشمل :

- 1 - ما ذهب إليه الإمام مالك فيما فيه حكم اجتهادي .
 - 2 - وما به الفتوى من مذهب الإمام مالك، من بعده، وتأسيسا على أصول مذهب مالك .
- ¹⁶⁹⁷ - محمد رياض - أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 80 وما بعدها و ص 100 .
وقد عرفت محكمة الاستئناف بفاس مذهب الإمام مالك بقولها : ((مذهب مالك : ليس هو ما ذهب إليه، مما ترجح عنده أو اشتهر عنه، أو استحسنته، أو عمل به، مبنيا على القواعد التي اعتمدها لبناء مذهبه فقط . بل هو، إلى جانب ما ذهب إليه الحيلة (كذا) من أصحابه سلفا عن خلف، وفي مختلف العصور، مما استنبطه بعده، جاريا على قواعد مذهبه من الأحكام، بحسب ما تجدد من الأفضية بعده، أو حملهم على القول به والعمل بمقتضاه الأعراف والعادات مما لا يخالف أصلا من أصول الشريعة، مما يحتمل معه اعتماد قول مخالفه أصحابه فيه كابن القاسم ويحيى وابن وهب وسحنون مثلا . كما أنه من جهة أخرى، قد يجري العمل ممن يعتد به من أصحابه، في ميدان القضاء والفتوى اجتهادا منهم داخل المذهب بالقول المرجوح في مذهبه أو المقابل للمشهور لمصلحة اقتضت ذلك، فيستقر العمل بذلك، ويصبح مذهبيا لمالك يجب العمل به في الفتوى والقضاء دون الراجح والمشهور)) -
حكم محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 13-04-1976، ملف عدد 1507 . المؤيد بقرار المجلس الأعلى عدد 61، بتاريخ 26 / 01 / 1982، وبعد إعادة النظر بقرار المجلس الأعلى، بتاريخ 04 / 12 / 1985 . بمجلة رسالة الحمامة، عدد 5، ص 193 و 212 . كما نشرهما الدكتور أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 156 وما بعدها، وص 174 وما بعدها. وقد قرر المجلس الأعلى تأييد الحكم المذكور فيما قضى به من : أن ما جرى به العمل دون المشهور مقدم في الأخذ به غير مهجور.

الأمراء يشترطون¹⁶⁹⁸ على القضاة الحكم بقول ابن القاسم فقط¹⁶⁹⁹. كما أن القضاء المغربي¹⁷⁰⁰، أكد هذا المبدأ قبل صدور المدونة، في حكم صادر عن العلامة الشيخ أبي شعيب الدكالي، جاء فيه: ((إن القضاة محجر عليهم في الحكم، إلا بالمشهور، أو الراجح، أو ما به العمل . وأن القاضي المقلد، لا مجال له في الاستنباط . وأن المتعين عليه، هو الحكم بالمسطر في كتب مذهبه)). لقول الشيخ خليل: (فحكم بقول مقلده)، أي - وكما قال الزرقاني - بالراجح أو بالمشهور من مذهبه¹⁷⁰¹. كما أن المجلس الأعلى¹⁷⁰² قرر في ديباجة أحد قراراته : ((لا يجوز الأخذ إلا

¹⁶⁹⁸ - ولقد تناول الفقه كذلك مسألة اشتراط الخصم على القاضي أن يحكم بمذهب معين، وفي هذا يقول الشيخ الحطاب في الشرط من قبل المتقاضي على القاضي بأن لا يقضي إلا بمذهب إمام معين : "يصح العقد ويطل الشرط" (الحطاب - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - ج 1، مرجع سابق. ص 91) .
ويؤكد لوي ريفيير في كتابه حول القانون المغربي، إن القاضي يحكم بمقتضى المذهب الذي ينتسب إليه . وأشار إلى قول خليل ((فحكم بقول مقلده)) . إلا أنه يلاحظ أن بعض المؤلفين يرون أن اختيار المذهب هو من حق المدعي، وهذا ما كان كرسه في تونس - أواخر القرن التاسع عشر - الفصل 9 من المرسوم الصادر عن الباي، بتاريخ 25 / 05 / 1876 . في حين كان قد تم في الجزائر - قبل ذلك - الأخذ بحكم مخالف، يقضي بترك الاختيار للمدعى عليه، وهو ما كان قرره مرسوم صدر بتاريخ 01 / 10 / 1859، ثم مرسوم آخر صدر 31 / 12 / 1959 . انظر :

P. Louis REVIÈRE, Traité de Droit Marocain, op. cit, p. 94.

¹⁶⁹⁹ - أبو الشتاء الغازي الحسيني - مواهب الخلاق - ج 2، مرجع سابق، ص 237.
- محمد بن الحسن الحجوي - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي - ج 1، مرجع سابق، ص 516 .
¹⁷⁰⁰ - مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى - حكم بتاريخ 20 ذي الحجة 1338. منشور بكتاب "الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى"، المجلد الأول (1338-1345هـ/1920-1927م)، منشورات المجلس الأعلى، مطبعة فضالة، الحمديّة 1999، ص 23 وما بعدها
وقد كان القاضي الذي نقض الشيخ حكمه، قد قضى باليمين على المدعى عليه، استنادا إلى حديث ((شاهدك أو يمينه)). فالقاضي استند مباشرة في حكمه إلى نص الحديث مباشرة، رغم أنه ليس أهلا للاجتهاد .
وحول مقتضيات الحكم المذكور انظر :
- التعليق الوارد بالصفحة 27 من المرجع السابق.
- أحمد الخليلي - تأملات حول موضوع " فلسفة التشريع الإسلامي "، بكتابه وجهة نظر . مطبعة النجاح الجديدة، ط 1، الدار البيضاء 1988، ص 207 و 208، هامش 5 .
- أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 35 .
- و عمر بوخدة - تكييف الدعوى المدنية - بمجلة رسالة المحاماة، عدد 5، ص 145 .

1701 - الزرقاني *****

وانظر : الحطاب - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - ج 1، مرجع سابق . ص 91 .

بالرأي المشهور والذي به العمل من أقوال الفقهاء)) ونص في صلب قراره على أنه ((لا يجوز ارتكاب القول الضعيف، مع وجود القوى)) . وقد كان الإلزام بالرجوع لقواعد المذهب المالكي في القضاء¹⁷⁰³ ، مؤيدا بجزء الرد والنقض عند التنكب عن ذلك . ولذلك نص فقهاء "المسطرة الشرعية" كالزقاق :

وانقض خلاف قواعد ونص وإجماع وقيس قد انجلا¹⁷⁰⁴ .

كما أن الحكم بخلاف المشهور المعمول به لا يجوز، وينقض ويشنع على من يفتي بغير ذلك¹⁷⁰⁵ ، كما قال صاحب العمل الفاسي:

حكم قضاة الوقت بالشذوذ ينقض لا يتم بالنفوذ

أو كما قال صاحب العمل المطلق :

ومنذ دهر وزمان انقضى كان يافريقية والي القضا

محجرا عليه ألا يحكما إلا بما شُهر عند العلما

وغير ما تشهيره منقول هو عن الحكم به معزول

فالمدونة بإقرارها لمبدأ الإحالة على المذهب المالكي، أي المصدر المكمل لنصوصها حددت مصدر¹⁷⁰⁶ القاعدة القانونية¹⁷⁰⁷ ، فيما لم ينص عليه فيها، وبينت في نفس الوقت مراتب القاعدة

¹⁷⁰² - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1303 . بتاريخ 22 / 10 / 1991 . منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية (1962 - 1995) ، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربعين مرجع سابق، ص 145 . ومجلة قضاء المجلس الأعلى 46 ص 165 . وكذلك مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 100 .
¹⁷⁰³ - غير أنه، ورغم مبدأ الانضباط أساسا لقواعد الفقه المالكي، وفي إطار التقارب بين المذاهب الفقهية الإسلامية، فإن فقهاء المذهب المالكي يرجعون إلى المذهب الشافعي فيما لا نص لهم فيه (أبو الشتاء - مواهب الخلاق - مرجع سابق، ج 2 ص 234) .

وتجدر الإشارة إلى أن المذاهب الإسلامية، خاصة السنية منها، متكاملة وغير متعارضة. ويعتبر عمل أسد ابن الفرات (المالكي) مع الشيباني صاحب أبي حنيفة، على المزج بين المذهبين المالكي والحنفي والتقريب بينهما، دليلا على ذلك (انظر: عبد الله العمراني - البيئمة وأثرها في صياغة مذهبنا المالكي، مرجع سابق، ص 19 .

¹⁷⁰⁴ - إذ المدار على كون حكم القاضي مستقيما في نفسه، أي موافقا للمشهور أو ما جرى به العمل. (أبو الشتاء - مواهب الخلاق، ج 2 ، مرجع سابق، ص 237) .

¹⁷⁰⁵ - المهدي الوزاني - المعيار الجديد - ج 4، مرجع سابق، ص 370 .

¹⁷⁰⁶ - تتحدد مصادر الأحكام الناظمة لمسائل الأحوال الشخصية في المغرب، على صعيد القانون الداخلي، كما يلي:

1- النص التشريعي (مدونة الأحوال الشخصية أساسا) .

- 2- قواعد الفقه المالكي، كمصدر تكميلي للمدونة بمقتضى قاعدة الإحالة (مصدر غير مقنن).
- 3- القانون المدني، عند خلو النص من المدونة والمصدر التكميلي الفقهي، بشرط عدم التعارض مع أحكام المدونة.
- 4- ومن حيث الشكل قانون المسطرة المدنية (خاصة الفصول 179-268) ما لم تكن تتنافى مع المدونة.
- انظر : أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ج 1، ص 14. ولنفس المؤلف: كيف نقرأ قانون الالتزامات والعقود. بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 7، ص 20.
- وبطبيعة الحال هناك المعاهدات والاتفاقيات الدولية، وي طرح أمرها مشكلا حساسا، يتعلق بخصوص ترتيب المصادر، بسمو المعاهدة على القانون الداخلي أم لا . إذ أنه وبخلاف الدستور الجزائري والدستور التونسي، فإن الدستور المغربي لا ينص على أن المعاهدات الدولية لها سلطة أعلى من القوانين الداخلية مما يبقى الخلاف قائما بهذا الصدد. انظر:

Abderrazak Moulay R'CHID, La Femme et La Loi Au Maroc, op. cit. p. 21.

وبالنسبة لما يطرحه هذا المشكل على الصعيد الإسلامي المقارن، خاصة في مادة الأحوال الشخصية (تونس/ اتفاقية نيويورك 10-12-1962 بشأن حرية الزواج، والفصل 49 من الدستور، والفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية). انظر لنفس المؤلف السابق : Modernité et Politiques Législatives en Matière de Statut Personnel dans les pays Arabo-Africains A Majorité Musulmane, Faculté de Droit, Rabat, p. 8 وأحمد الخليلي: الأسرة الغربية والأسرة الإسلامية: التطور والمصير، مرجع سابق، ص 243.

وتجدر الإشارة إلى أن أحكام الأحوال الشخصية لليهود المغاربة محكومة بالقانون العبري المغربي. أما على صعيد القانون الدولي الخاص المغربي في مادة الأحوال الشخصية، فإن النص الأساسي هو ظهير الوضعية المدنية للأجانب بالمغرب (12-8-1913)، وظهير 04-03-1960 بشأن زواج المغاربة بالأجانب. والاتفاقية المغربية الفرنسية 10 / 08 / 1981 وغيرها من الاتفاقيات الدولية الثنائية.

انظر:

Abderrazak Moulay R'CHID, Le Droit international prive marocain en matière de statut personnel, in revue « Al-Ichaa: n° 5. p. 39-62.

وحول المعاهدات المعقودة بين المغرب وعدة دول أوروبية وكذا المعاهدات الدولية التي صادق عليها المغرب، انظر:

- الحبيب بلكوش و نادية السبي- الصكوك الدولية الأساسية المتعلقة بحقوق الإنسان التي صادقت عليها المملكة المغربية . نشر مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان (وزارة حقوق الإنسان). الرباط 2000.
- مليكة بن الراضي وعبد الله الولادي: الدليل القانوني للمرأة المغربية (الزواج والطلاق). منشورات المنظمة المغربية لحقوق الإنسان ومؤسسة فريدريك إيبرت، 1998. ص 53 وما بعدها.
- وحول المشاكل التي تطرحها الاتفاقية المغربية الفرنسية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي (10 / 08 / 1981) المصادق عليها بظهير 14 / 11 / 1986 (ج. ر. عدد 3910، ص 931، بتاريخ 07 / 10 / 1987)، انظر :

Mohamed EL-MHAMDI, Divorce de marocains en France : Retour à l'article 310 du Code civil Français. L'actualité Juridique, N° 11, Décembre 1998, p.XII - XVII .

- والقيد الحسين والعبودي أحمد - الزواج المختلط في دول المغرب العربي . مجلة الميادين، عدد 5، ص 105 - 107: " ملاحظات على الاتفاقية المغربية الفرنسية "، حيث لاحظ الباحثان أن الفصول 9، 10، 11 تنص على

المحال عليها: الراجح، أو المشهور، أو ما جرى به العمل. إلا أن نص المدونة لم يحسم في بيان الضابط¹⁷⁰⁸ الذي يمكن بواسطته معرفة ما هو الراجح أو المشهور أو الجاري به العمل، إذ يثور عمليا مشكل تعدد الأقوال والروايات¹⁷⁰⁹ في ذلك، وكذا اختلاف طرق الترجيح¹⁷¹⁰. فالمذاهب الفقهية الإسلامية، تتميز بميزة تعدد الأقوال والروايات في كل مذهب، وذلك بخصوص أحكام بعض المسائل. وفي المذهب المالكي يرجع سبب ذلك إلى اجتهاد أصحاب الإمام مالك، وإلى طرق شرح المدونة التي تعتبر المصدر الأساسي للفقهاء المالكي، وإلى اختلاف طرق رواية آراء

الفصل الجسماني . كما أن الفصل 6 من الاتفاقية ينص على عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية، ويسجل من طرف الأعدان القنصلين بعد التثبيت من إقامته، لإضفاء الشرعية على العقد تجاه القانون المغربي .
- نافع الجباري المنصوري و حميد ملول - الاتفاقية المغربية الفرنسية حول الأسرة والتعاون القضائي (10 / 08 / 1981) بين النظر والعمل . بحث نهاية التمرين (المعهد الوطني للدراسات القضائية : الفوج 25، السنة 1994 .1995 .

¹⁷⁰⁷ - يذهب البعض إلى عدم التعبير بلفظ القاعدة القانونية في مجال الفقه الإسلامي، وأن الصحيح هو لفظ الحكم الشرعي، على أساس أن القاعدة القانونية موضوعها الحق؛ في حين يعتبر فعل المكلف هو موضوع الحكم الشرعي. انظر في ذلك : محمد زكي عبد البر: - الحكم الشرعي والقاعدة القانونية. الكويت، ط 1، 1982.
¹⁷⁰⁸ - يتقيد الفقهاء بضابط الترجيح، رفعا لضرر اختلاف الأقوال وتطبيقاتها في المسألة الواحدة، ولذلك مُنع المقلدون من التخيير في المسألة ذات القولين أو الأقوال دون تمحيص عن الراجح أو الصحيح (انظر المعيار المغرب والجامع المغرب من فتاوى أهل إفريقية والأندلس. طبع وزارة الأوقاف المغربية. ج 12، ص 11). وتهدف معايير الترجيح والشهرة (من المشهور)، إلى استبعاد خطر الهوى والميل، وقرروا أن الترجيح لا يكون بالصحة والإمارة، وقضاء الحاجة وإنما بالوجه المعترية شرعا (المرجع السابق ص 40).

¹⁷⁰⁹ - حول أسباب تعدد الأقوال والروايات في المذهب المالكي، انظر : عبد السلام العسري - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب (في إطار المذهب المالكي) - مطبعة فضالة 1996، نشر وزارة الأوقاف المغربية . ص 23 - 33 .

¹⁷¹⁰ - انظر عبد السلام العسري: -تعدد الأقوال والروايات في المذهب المالكي وطرق الترجيح بينها. بمجلة دار الحديث الحسنية عدد 5، ص 181-221. وقد بين الباحث (ص 190) تصنيف وتعريف الأقوال والروايات في المذهب المالكي كما يلي:

1- المتفق عليه. 2- الراجح. 3- المشهور. 4- المساوي لمقابله. 5- الشاذ. 6- الضعيف. 7- ما جرى به العمل.

كما بين الباحث صورا للتعارض بين الأقوال والروايات وطرق الترجيح بينها (ص 197).
وانظر للتوسع في الموضوع، لنفس الباحث، عبد السلام العسري - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، مرجع سابق . ص 35 وما بعدها .

الإمام مالك¹⁷¹¹ . ومن هنا لم تكن هذه الأقوال والروايات ذات درجة واحدة من حيث القوة، تبعاً لمدى قوة دليل كل قول¹⁷¹² ، ولذلك تعينت ضرورة الترجيح¹⁷¹³ فيما بينها، وظهر بذلك التمييز بين مختلف الأقوال الرائجة في المذهب المالكي : فكان القول المتفق عليه، والراجح، والمشهور، والمساوي لمقابله، والشاذ، والضعيف، وما جرى به العمل¹⁷¹⁴ . لكن المدونة لم تتطرق

¹⁷¹¹ - عبد السلام العسري - تعدد الأقوال والروايات في المذهب المالكي . مرجع سابق، ص 183 وما بعدها .
¹⁷¹² - فقول مالك في المدونة مقدم على قول ابن القاسم فيما رواه عنه ابن القاسم أو غيره، لأنه الإمام الأعظم، وقول ابن القاسم فيها مقدم على قول غيره فيها، وقول غيره في المدونة مقدم على قول ابن القاسم في غيرها وذلك لصحتها .. الخ . انظر : التسولي - البهجة، ج 1، مرجع سابق، ص 106 .
¹⁷¹³ - يرى الباحثون أن مرحلة الترجيح هاته، تشكل مرحلة من مراحل تطور المذهب المالكي، وهذه المراحل هي :
 1 - دور النشوء : بدءاً من تأسيسه على يد الإمام مالك إلى نهاية القرن الثالث الهجري، مع ظهور عالم العراق القاضي إسماعيل بن إسحاق (ت 282 هـ) . وفي هذه المرحلة تم وضع أسس المذهب، وتم جمع سماعات الإمام مالك وتنظيمها في مؤلفات معتمدة.

2 - دور التطور : ويمتد بداية من القرن الرابع الهجري إلى نهاية القرن السادس الهجري وبداية القرن السابع الهجري، أو بوفاة ابن شاش سنة 610 أو سنة 616 هـ . وتشمل هذه المرحلة مرحلة التفرع والتطبيق والترجيح والقول بالمشهور .

3 - دور الاستقرار : بداية من القرن السابع الهجري، بدءاً من ظهور مختصر ابن الحاجب (جامع الأمهات)، وفي هذه المرحلة ظهرت المختصرات وشروحها وحواشيها وهي ((سمة تظهر غالباً بوضوح، حين يصل علماء المذهب، إلى قناعة فكرية، بأن اجتهادات علماء المذهب السابقين لم تترك مجالاً لمزيد من الاجتهاد، إلا أن يكون اختياراً أو اختصاراً أو شرحاً)) .

انظر تفصيل المراحل المذكورة لدى صاحب التقسيم المذكور - محمد إبراهيم أحمد علي - اصطلاح المذهب عند المالكية - مرجع سابق، ص 46 وما بعدها .

ويرى الشيخ محمد بن الحسن الحجوي أن ((قصور الهمم عن الاجتهاد (أدى) إلى الاقتصار على الترجيح في الأقوال المذهبية، والاختيار منها... ثم قصروا عن ذلك في هذه الأزمان، واقتصروا على النقل عن تقدم فقط، وانصرفت هممتهم لشرح كتب المتقدمين وتفهمها، ثم اختصارها . وفكرة الاختصار، ثم التباهي فيه، مع جمع الفروع الكثيرة في اللفظ القليل، هو الذي أوجب الهرم، وأفسد الفقه، بل العلوم كلها .. إذ صاروا قراء كتب لا محصلي علوم . ثم في الأخير، قصروا عن الشرح، واقتصروا على التحشية والقشور . ومن اشتغل بالحواشي ما حوى شيء)) (محمد بن الحسن الحجوي - الفكر السامي - ج 2، مرجع سابق، ص 189) .

¹⁷¹⁴ - ويلاحظ أن المذاهب الفقهية تختلف في مصطلحات مثل هذه . ففقهاء الحنفية مثلاً، قسموا مسائل الفقه عندهم إلى ثلاث طبقات :

1 - مسائل الأصول : أو ظاهر الرواية . وهو ما روي عن أبي حنيفة وأصحابه . وقد جمع ذلك في عدة كتب كالمبسوط .

2 - مسائل النوادر : وهو ما روي عن أبي حنيفة وأصحابه في كتب أخرى .

لمختلف الأقوال المذكورة، واكتفت بالإحالة على القول الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل¹⁷¹⁵، دون رسم ضابط للترجيح. وهذه مسألة مضمية للقاضي الذي يتعين عليه الاستناد إلى نص فقهي يعتمده في حكمه¹⁷¹⁶، فضلا عما يطرحه مشكل غياب الضابط المذكور من صعوبات في

3 - الفتاوى والوقعات : وهي ما استنبطه المجتهدون في المذهب من علماء الحنفية ، ولم يكن فيها رواية عن أهل المذهب المتقدمين . انظر : محمد مصطفى شليبي - المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 182 .

¹⁷¹⁵ - إن باقي الأقوال المعتمدة في القضاء والفتوى حسب الفقه المالكي، هي :

- المتفق عليه : ((ويقصد به اتفاق أهل المذهب المالكي دون غيرهم من المذاهب الأخرى)) .

- القول المساوي لمقابله : ((وهذه المرتبة تكون، حين تستوي الأقوال من جهة دليلها أو قائلها))، فبتم الترجيح بينها .

- القول الشاذ : وهو الذي لم يكثر قائله فهو ((من جنس القول المرجوح، لا يفتى ولا يقضى به، في مقابل الراجح والمشهور))، وقد يقضى به في مواجهة الراجح والمشهور، في حالة الضرورة ، وذلك في نطاق ما جرى به العمل .

- الضعيف : وهو ما لم يقو دليله . وقد يطلق الشاذ على كل من مقابل الراجح والمشهور .

- انظر : محمد رياض - أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 471 وما بعدها، و ص 509 وما بعدها . وص 532 وما بعدها . وقد بين الدكتور محمد رياض بتفصيل هناك، طرق الترجيح المعتمدة وفق المذهب المالكي، بين مختلف الأقوال المعتمدة في القضاء والفتوى . وقد فسر الدكتور محمد رياض سبب اقتصار مدونة الأحوال الشخصية على الراجح والمشهور وما جرى به العمل (الفصول 82 و 172 و 216 و 297) دون باقي الأقوال المعتمدة الأخرى، بأن المتفق عليه، والمساوي لمقابله، تعتبر من جنس الراجح، وأما الضعيف أو الشاذ فلا يعمل بهما إلا إذا جرى بذلك العمل، وفق شروط جريان العمل (المرجع السابق ص 569) . وانظر : عبد السلام العسري - تعدد الأقوال والروايات في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 190 وما بعدها .

¹⁷¹⁶ - ولذلك، فإن بعض عرائض النقض أمام المجلس الأعلى، تثير بعض وسائل النقض، المرتبطة بعدم ذكر الحكم المطعون فيه للنص الفقهي المتضمن ترجيح قول على آخر . جاء في إحدى هذه الوسائل : ((إن الفقهاء اختلفوا في اشتراط الحيازة في النحلة . وذهب الجمهور إلى عدم اشتراطها . والحكم لم يتضمن النص الفقهي لترجيح قول الجمهور)) . فرد المجلس الأعلى على ذلك بعد إيراد النص الفقهي لابن عاصم في الموضوع : ((ونحلة ليس لها افتقار)) - بقوله : ((وما دام الأمر كذلك فإن عدم حيازة المنحولة حتى طلقت وتزوجت ثانيا، لا تأثير له على صحة النحلة . وإن عدم تنصيب الحكم على النص القانوني، لا أثر له . طالما أن الحكم صدر موافقا للقانون)) (انظر : قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1102 . بتاريخ 20 / 10 / 1987، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41، ص 153) .

وجاء في وسيلة طعن أخرى ((عدم الارتكاز على أساس ومخالفة القول المشهور، المعمول به في المذهب . ذلك أن المحكمة ركزت قرارها ببطلان الحبس لسببين : الأول - تخصيصه بالذكر من أولاد الحبس دون بناته . والثاني - عدم ثبوت حيازة الأملاك المحبسة عنه قيد حياته . وفيما يرجع للسبب الأول : فقد أكد الشارح الدردير، ومحشي الدسوقي : على أن الحبس على الذكر دون الإناث، فيه خمسة أقوال للعلماء، المشهور والمعمول به منها،

التكليف عند القضاء¹⁷¹⁷. فما يراه قاضي راجحا يراه غيره مرجوحا، وما تراه محكمة مشهورا تراه أخرى غير ذلك، وما يعد عملا جاريا لدى محكمة يعد غير ذلك لدى غيرها، وهكذا... مما يؤدي إلى الاضطراب في العمل القضائي .

وبالإضافة لعدم تعيين المدونة لضابط الأخذ بما هو مشهور أو ما هو راجح أو ما جرى به العمل - بالفعل - وفق الضوابط المعتبرة لدى فقهاء المذهب المالكي. فإن المدونة لا تعين أصحاب الأقوال المعتمدة، ولا الكتب والمراجع الرسمية المعتمد بها عند أخذ القاعدة الفقهية المحال عليها، خاصة وأن الفتوى كانت لا تجوز في المذهب إلا بما يرويه العدل عن العدل عن المجتهد الذي يقلده المفتي، كما هو الأمر عند أصحاب الحديث، لأن ذلك يعتبر نقلا لدين الله، إلى أن تطور الأمر إلى الإفتاء من الكتب . فإذا كان التعريف الذي تم إعطاؤه للمذهب المالكي ((يجعل المذهب خضما من آراء المالكية وعلمائهم، فإن المتأخرين قصرُوا المذهب على ما به الفتوى - من إطلاق الشيء على جزئه الأهم كالحج عرفة - لأن ذلك هو الأهم عند الفقيه المقلد . وبهذا الحصر " للمذهب " ينبثق سؤال : ما هي الكتب التي يمكن الاعتماد عليها للوصول إلى " المذهب " ؟))¹⁷¹⁸. إن بعض سلاطين المغرب قاموا قديما بخطوة في اتجاه حصر أصحاب الأقوال التي يتعين الرجوع إليها¹⁷¹⁹، غير أن المدونة لم تنص على شيء من ذلك . وهذا بخلاف بعض

أنه مكروه، وهو يعني أنه نافذ، وأن محكمة الاستئناف تركت القول المشهور المعمول به، واعتمدت غيره فعرضت قرارها للنقض ((انظر : قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1211 . بتاريخ 07 / 08 / 1984، منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية (1962 - 1995)، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربعين، مرجع سابق، ص 95) . ولم يتطرق المجلس الأعلى للرد على مسألة القول المشهور في المسألة، لأنه كان يتوفر على سبب آخر كاف ليؤيد به القرار المطعون فيه، وهو كون الحيس يفتقر إلى الحيازة .

¹⁷¹⁷ - عمر بوخدة: تكليف الدعوى المدنية. مرجع سابق، بمجلة رسالة المحاماة، عدد 5، ص 133.

¹⁷¹⁸ - محمد إبراهيم أحمد علي - اصطلاح المذهب عند المالكية، مرجع سابق، ص 42 .

¹⁷¹⁹ - جاء في ظهير صادر عن السلطان سيدي محمد بن عبد الله (ت 1204 هـ / 1790 م): ((مسائل المذهب، باعتبار الحكم فيها وفاقا وخلافا على خمسة أقسام :

الأول - ما هو متفق على إثبات الحكم فيه . الثاني - ما أثبت الحكم فيه، الأكثر، كالثلاثين، ونفاه الأقل كالثلاث، وهو المعروف عند الفقهاء بالمشهور والراجح . الثالث - ما اختلف فيه على قولين متساويين إثباتا ونفيا .

الرابع - ما أثبت الحكم فيه، الأقل، كالثلاث، ونفاه الأكثر، وهو المسمى عند الفقهاء بالمرجوح، ويقابل الراجح والمشهور . الخامس - هو ما أثبت الحكم فيه رجل أو رجلا ونفاه الباقي، وهو المسمى بالشاذ . فالأقسام الأربعة ما عدا الأخير، نعمل بها كلها في عبادتنا . والقسم الخامس، وهو الشاذ لا نعمل به فيها .

القوانين العربية المعاصرة التي تسير على نهج المدونة بالإحالة على الفقه كمصدر تكميلي، حيث تبين تلك القوانين مصادر الفقه المحال عليه . ففي المملكة العربية السعودية أصدرت الهيئة القضائية قرارا بتاريخ 7 محرم 1347 هـ (1928م) عينت بمقتضاه الكتب المعتمدة في المذهب الحنبلي وأوجبت على القاضي، اعتماد كتاب "شرح المنتهى" وكتاب "شرح الإقناع" وغير ذلك. كما نصت الإرادة السنية الصادرة في 20 ربيع الأول عام 1349 هـ (1930م) على أن كتب المذهب يعمل بها بدون اجتماع أعضاء المحكمة ولكن لا بد من اجتماع هؤلاء عند الاجتهاد فيما لا نص فيه، وأنه إذا وجدت مشقة في تطبيق قول مفتى به، فيه مخالفة لمصلحة العموم، فيجوز للهيئة القضائية المذكورة البحث عن الحل في باقي المذاهب بما تقتضيه المصلحة¹⁷²⁰.

- وأما غير العبادات، مما يتعلق به حقوق العباد كالنكاح والطلاق والعتق والمعاملات الجارية بين الناس، فالعمل عندي فيها بالأقسام الثلاثة، وهي : المتفق عليه، والمشهور، وما تساوى فيه الطرفان . وأما القسمان الباقيان، وهما مقابل المشهور والشاذ، فلا أعمل بهما في حقوق العباد، خوفا من المحذور وبخلاف العادة، فأعمل فيها بمقابل المشهور دون الشاذ، لأن العبادة بيئي وبين ربي ودين الله يسر... والرجال الذين ذكرت يعتبر اتفاقهم واختلافهم، وإنما أعني بهم أصحاب الإمام مالك الذين حملوا عنه مذهبه، كابن القاسم، وأشهب، وابن نافع، وابن وهب، ومطرف، وابن الماجشون، وغيرهم ممن أدرك الإمام مالكا . وكذلك الذين جاءوا بعده، ولم يدركوه، فأخذوا عن أصحابه : كسحنون، وابنه محمد، وأصبع، وابن المواز، وابن حبيب، وابن عبدوس، والقاضي إسماعيل وغيرهم . وكذلك الذين جاءوا بعد هؤلاء : كالأبهري، وابن أبي زيد، والقاسبي، وابن القصار، والقاضي عبد الوهاب، وأضرابهم . ثم تلازمهم : كأبي بكر بن عبد الرحمان، وأبي عمران الفاسي، وابن يونس، وابن شعبان، ثم اللخمي، والمازري، وابن رشد، وابن العربي، وسند، وعياض، وأمثالهم . ولست أعني الأجهوري وأصحابه، وكل فتوى أفتى بها الأجهوريون، فإن وافقت قول العلماء الأقدمين الذين تقدم ذكرهم، فنعمل بها، وإن لم توافقهم فلا نعمل بها وننبذها وراء ظهورنا)) (أورده : مولاي عبد الرحمان بن زيدان - إتخاف أعلام الناس بحمال أخبار حاضرة مكناس - ج 3، مرجع سابق، ص 189-191). ورغم أن السلطان سيدي محمد بن عبد الله انتقد الرجوع إلى المختصرات وبالخصوص مختصر الشيخ خليل، فإن محاولته لم تثمر بعده لأن الفقهاء رجعوا إلى ما ألفوه من شروح ومطولات (انظر: محمد حجي: انبعاث الفقه وتطبيق الشريعة. منشورات كتاب دعوة الحق، العدد الثالث 1999، ص 28).

¹⁷²⁰ - لقد أصدر الملك عبد العزيز آل سعود جملة من النظم أهمها قانون الحجاز الأساسي سنة 1345 هـ/ 1926 م، الذي نصت مادته الخامسة على أن ((جلالته مقيد بأحكام الشرع الحنيف)). كما أنه ((وحد النظام القضائي على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دون إدخال أي تدوين أو تجديد على المذهب، إلا ما قرره الهيئة القضائية سنة 1347 هـ/ 1928 م، من اعتماد ثلاثة كتب معينة، فإذا لم يوجد فيها نص رجع إلى كتب المذاهب الأخرى، وقضي بالقول الراجح فيها. وأوضح مرسوم سنة 1349 هـ/ 1930م أن ما لا تنص عليه كتب الإمام أحمد يجب الاجتهاد فيه باجتماع أعضاء المحكمة)) (محمد حجي: انبعاث الفقه وتطبيق الشريعة. منشورات كتاب دعوة الحق، العدد الثالث 1999، ص 38).

وإنه وفي غياب النص على الضابط المذكور، نعرض وييجاز في الفقرات التالية، للأقوال المعتمدة في القضاء والفتوى حسب الفقه المالكي، طبق النطاق الذي نصت عليه المدونة وهو :
الراجح، والمشهور، وما جرى به العمل، من مذهب الإمام مالك، حتى نقف على معايير الترجيح بين مختلف الأقوال، وضوابط ما جرى به القضاء من أعمال .

المبحث الثاني

نطاق الإحالة على المذهب المالكي

تتعدد الأقوال والروايات في المذهب المالكي، وتتأرجح بين القوة والضعف، وهذه سمة عامة في المذاهب الفقهية، وهي مصدر صعوبات في دراستها . ولذلك فإن مدونة الأحوال الشخصية لم تعتمد من هذه الأقوال إلا الراجح أو المشهور منها (المطلب الأول)، كما أنها لم تعتمد مما تم القضاء به إلا ما جرى به العمل (المطلب الثاني) . وبذلك تعتبر هذه الأمور في الواقع، قيوداً ترد على قاعدة الإحالة على المذهب المالكي، ينبغي بيان موقف المجلس الأعلى منها.

المطلب الأول

الراجح والمشهور

الفقرة الأولى - الراجح :

الراجح حسب أكثر علماء المذهب¹⁷²¹ هو ما قوي الدليل على أنه قول مالك، وإن قل عدد القائلين به، فقوته تنشأ من الدليل نفسه من غير نظر للقائل به . بخلاف المشهور الذي يستمد قوته من كثرة القائلين به، فإن اجتمع في قول سبب الرجحان والشهرة زاد قوة¹⁷²² . ويقابل الراجح، القول الشاذ أو الضعيف . و المقصود بالدليل ((الأصل الشرعي الذي بني عليه فرع من الفروع الفقهية))¹⁷²³ . و يلاحظ أنه يقع الخلط أحيانا بين مصطلحي الراجح والمشهور واستعمالهما بمعنى واحد باعتبارهما مترادفين¹⁷²⁴ . كما أن المتأخرين تماونوا في قبول الراجح، بأخذهم به دون معرفة من رجحه، ولا على أي شيء - من أصول التشريع - استند في ترجيحه . ونظرا لشيوع التقليد، فقد اعتبروا الراجح من قبيل النصوص القطعية، دون معرفة أساس ذلك ((وإن سئلوا عن ذلك قالوا رجحه فلان فأصبح الاستدلال بذلك قائما على الأشخاص لا على الدليل، وفي هذا مخالفة للصواب))¹⁷²⁵ . ويتبين الراجح من قول المصنفين في تعبيرهم بـ : الأصح أو الأصوب، أو الظاهر، أو المفتى به¹⁷²⁶ . وقد عبر المجلس الأعلى في إحدى قراراته¹⁷²⁷ بأنه : ((شرعت الحضانة لمصلحة المحضون، كما هو الراجح . وهذه المصلحة على محاكم الموضوع أن تتلمسها في كل قضية)) .

¹⁷²¹ - محمد رياض - أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 474 وما بعدها . وقد بين الدكتور محمد رياض بنفس المرجع، أن الأصل في العمل بالراجح، قول الله عز وجل : ((الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه))، وقد روى ابن القاسم، أن الإمام مالكا أخذ من هذه الآية وجوب اتباع الراجح .

¹⁷²² - أبو الشتاء - "مواهب الخلاق"، ج 2، مرجع سابق، ص 237.

¹⁷²³ - محمد رياض - أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 485 وما بعدها .

¹⁷²⁴ - انظر : التسولي - البهجة - ج 1، مرجع سابق، ص 107 . حيث يميل إلى تعريف المشهور بما قوي دليله .

¹⁷²⁵ - عمر الجيدي - "العرف والعمل في المذهب المالكي" . مرجع سابق، ص 415.

¹⁷²⁶ - عبد السلام العسري - تعدد الأقوال والروايات في المذهب المالكي وطرق الترجيح بينها - مرجع سابق،

ص 191.

¹⁷²⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 118 . بتاريخ 30-06-1970، بمجلة قضاء المجلس

الأعلى، عدد 21، ص 28 .

الفقرة الثانية - المشهور :

أما المشهور فكان يعد عند المغاربة في البداية، هو مذهب ابن القاسم¹⁷²⁸ الذي سلكه في المدونة¹⁷²⁹ ، وفي ذلك يقول ابن فرحون: ((إن قول ابن القاسم هو المشهور

¹⁷²⁸ - علال الفاسي - "الأحوال الشخصية" . مرجع سابق، ص 7. والحبيب التجكاني "النظرية العامة للقضاء" . مرجع سابق، ص 135 هامش 58.

ولقد كان ولاية قرطبة إذا ولوا رجلا القضاء، شرطوا عليه في سجله أن لا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده (ابن فرحون - تبصرة الحكام . ج 1، مرجع سابق، ص 45). وهذا الشرط يعرف لدى الفقهاء بـ ((شرط أهل قرطبة)) وقد دار حوله خلاف (انظر : عبد السلام العسري - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، مرجع سابق . ص 115 وما بعدها) .

وابن القاسم، الذي اشترطوا عدم الخروج عن قوله، هو عبد الرحمان بن القاسم العتقي المصري، المتوفى سنة 191 هجرية . وهو الإمام الثاني بعد الإمام مالك، في هرم المذهب المالكي . وقد طالت صحبته للإمام مالك وملازمته له لأزيد من عشرين سنة ولم يفارقه حتى توفي . وقد دون جل سماعته عن مالك في كتاب المدونة . وحول هذه الشخصية المحورية في المذهب المالكي، نوقشت يوم 19 يوليوز 1995، بكلية الآداب بالرباط - شعبة الدراسات الإسلامية، أطروحة دكتوراه الدولة تحت عنوان : " عبد الرحمان بن القاسم وأثره في الفقه المالكي "، من طرف الأستاذ محمد بن علي بن الصديق .

وحول ما إن كان ابن القاسم، مجتهدا مستقلا ، أم مجتهدا في المذهب المالكي، أم هو مقلدا للإمام مالك . انظر : محمد بن الحسن الحجوي - الفكر السامي - ج 1، مرجع سابق، ص 517 وما بعدها .
¹⁷²⁹ - في المرحلة الأولى من مراحل المذهب المالكي، تم اعتماد مرجعين في فقه المسائل : المدونة، والمستخرجة من الأسمعة عن الإمام مالك، فضلا عن موطأ الإمام مالك :

1- فالمدونة : اختلفت روايتها الأساسية عن صاحب مالك الأساسي ابن القاسم، فقد أخذ عنه أسد بن الفرات أجوبة المدونة من حفظه، ثم أخذها عنه سحنون بعد ذلك . وهي أسئلة على غرار مذهب أبي حنيفة، أخذها أسد بن الفرات (ت 213 هـ / 828 م) عن محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة. جمعها أسد بن الفرات ودون فيها ما سمعه من المسائل الفقهية على طريقة العراقيين، ثم لقي أصحاب مالك، وبالأخص ابن القاسم، فأضاف أجوبة على هذه المسائل التي هي تفرعات وفروض، في حين أن الفقه المالكي كان مقتصرًا على النوازل . وبعد عرضها على عبد الرحمان ابن القاسم بمصر، دون أجوبته على أسئلتها من حفظه ومن اجتهاده على المذهب المالكي . ثم قدم أسد ابن الفرات بالمدونة إلى تونس فأخذها عنه عبد السلام سحنون، الذي رحل إلى مصر لسماع أجوبتها من ابن القاسم بنفسه سنة 188 هـ، وعرضها على ابن القاسم وهذبها ورجع بها إلى القيروان سنة 191 هـ . وفي هذه المرة من السماع رجع ابن القاسم عن الكثير من الأجوبة التي سجلها عليه ابن الفرات . وكانت المدونة قبل مراجعتها من طرف سحنون تسمى "الأسدية" نسبة لأسد بن الفرات، ورغم أنها أصل المدونة، فإن الانتشار كان لـ "مدونة سحنون". وقد اهتم المغاربة اهتماما كبيرا بها بالحفظ والشروح الكثيرة .

2- وبالإضافة للمدونة، كانت هناك المسائل المستخرجة من الأسمعة أو السماعات (نسبة إلى السماع) : وممن جمعها محمد بن أحمد بن عبد العزيز العتيبي القرطبي (ت 255 هـ / 866 م)، وتسمى "العتبية" . فالمستخرجة

عبارة عن سماعات ابن من القاسم وبعض من أخذوا مباشرة عن الإمام مالك، أي آراء مالك الفقهية المروية عن تلاميذه . وقد تضمنت " العتبية " مسائل من النوازل، وبها مسائل شاذة . وقد شرحها ابن رشد الجد في كتابه (البيان والتحصيل) وهو الكتاب الذي تبناه الشيخ خليل في مختصره كما شرحها محمد بن عبد السلام سحنون (ت 256 هـ).

فكانت أهم الكتب (الأمهات) في المرحلة الأولى من تاريخ المذهب المالكي هي : الموطأ، والمدونة، والواضحة (لعبد الملك بن حبيب من فقهاء الأندلس 182 / 238 هـ) وهي أصل العتبية، وقد اهتمت بالفروع أكثر من الأصول . والعتبية (لمحمد بن أحمد بن عبد العزيز الأموي العتيبي . ت 255 هـ)، والموازية (كتاب محمد بن إبراهيم ابن المواز توفي بدمشق سنة 269 هـ) . ويضيفون إلى ذلك دواوين أخرى كالمجموعة لابن عبدوس (محمد بن إبراهيم بن عبدوس بن بشير . ت 260 وقيل 261 هـ)، والمبسوط في الفقه (للقاضي بالعراق أبي إسحاق إسماعيل بن إسحاق، ت 282 هـ)، والسليمانية لأبي الربيع سليمان بن سالم القطان أحد أصحاب سحنون . وقد نقل ابن يونس التميمي (ت 451 هـ) معظم ما في النوادر وغيره من الأمهات في كتابه في الفقه المسمى (مصحف المذهب) وهو أحد المصادر الأربعة التي اعتمدها خليل. وتعكس هذه الكتب المعتمدة في هذه المرحلة (المرتكزة على السماع من مالك وتلاميذه) مختلف مدارس المذهب المالكي : المصرية والمغربية والأندلسية والعراقية. غير أن فقهاء المالكية ومنذ القرن السابع الهجري استبدلوا أمهات المذهب بدراسة كتب المختصرات المعروفة.

ومن أهم كتب المختصرات الفقهية المعتمدة من طرف القضاء إلى الآن :

- مختصر ابن الحاجب (ت 646 هـ) الذي شرحه الشيخ خليل، وسمى شرحه التوضيح، ومختصر الشيخ خليل (ت 767 هـ) ورسالة أبي محمد بن أبي زيد القيرواني (310 هـ / 386 هـ) .

انظر حول المراحل الأولى للفقه المالكي، وأهم الكتب في المذهب وأصحابها:

- محمد بن محمد مخلوف - شجرة النور الزكية في طبقات المالكية . مرجع سابق، ص 69 وما بعدها، وص 449 وما بعدها .

- المختار ولد أباه: مدخل إلى أصول الفقه المالكي. الدار العربية للكتاب تونس. 1987، ص 135 وما بعدها خاصة البحث الذي أفرده المؤلف للمدونة.

- عبد العزيز بن عبد الله - الفقه المالكي والوحدة المذهبية بين المغرب وصحرائه . مرجع سابق، ص 111-117.

- الحبيب التجكاني: النظرية العامة للقضاء. مرجع سابق، ص 135 هامش 35.

- محمد إبراهيم أحمد علي - اصطلاح المذهب عند المالكية، مرجع سابق، ص 99 وما بعدها .

- وميكلوش موراني - دراسات في مصادر الفقه المالكي - ترجمه عن الألمانية : سعيد بحيري، عمر صابر عبد الجليل، محمود رشاد حنفي . بمراجعة محمود فهمي حجازي، وعبد الفتاح محمد الحلو - ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1988 . وقد تطرق الباحث في هذا المرجع المهم إلى مختلف المراجع المذكورة على طول صفحات كتابه .

- محمد يسف - عبد الملك بن حبيب السلمى رائد المدرسة المالكية بالأندلس . بندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 3، مطبعة فضالة، 1981 . نشر وزارة الأوقاف المغربية، ص 11 - 28 .

في المذهب إذا كان في المدونة، والمشهور في اصطلاح علماء المغاربة هو مذهب المدونة¹⁷³⁰ ثم تطور الأمر عند المتأخرين إلى اعتبار المشهور ما شهره المصريون والمغاربة¹⁷³¹. ويقرر الفقهاء أن الحكم بالمشهور واجب ((ولا تحل الفتوى في دين الله إلا بالمشهور))¹⁷³² ((ويلزم القاضي المقلد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه))¹⁷³³ إذ لا يجوز الحكم بالشاذ، لقول صاحب العمل الفاسي:
حكم قضاة الوقت بالشذوذ ينقض لا يتم بالنفوذ

- أحمد سحنون - ابن أبي زيد القيرواني ورسائله . بندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ط 1، ج 3، مطبعة فضالة، 1981، نشر وزارة الأوقاف المغربية، ص 31 - 60 .
 - الجيلاني لعبد السالمي - خدمة المذهب المالكي في الصحراء المغربية، عن طريق كتاب الشيخ خليل - بندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ط 1، ج 3، مطبعة فضالة، 1981، نشر وزارة الأوقاف المغربية، ص 261 - 301).

- أبو الزبير عبد السلام أحمد فيغو: أمهات الكتب الفقهية. نشر دار الكلمة للنشر والتوزيع (مصر). د.ت.ط.
¹⁷³⁰ - ابن فرحون - تبصرة الحكام. ج 1، مرجع سابق، ص 50.
 ويذهب الفقهاء إلى أنه يجب أن ترتب الأقوال بالتدرج، فقول مالك في المدونة أولى من قول ابن القاسم فيها. وقول ابن القاسم هو المشهور في المذهب إذا كان في المدونة.
¹⁷³¹ - ابن فرحون - تبصرة الحكام. ج 1، مرجع سابق، ص 50. حيث يقول ابن فرحون: ((والعراقيون كثيرا ما يخالفون المغاربة في تعيين المشهور، ويشهرون بعض الروايات. والذي جرى به عمل المتأخرين اعتبار تشهير ما شهره المصريون والمغاربة. قال ابن راشد: وسمعت بعض الفضلاء ينكر لفظة مشهور، فإنه قد يشتهر عند الناس شيء وليس له أصل. قال: وإنما يعول على ما يعضده الدليل. وقال ابن بشير: اختلف في المشهور على قولين: أحدهما أنه ما قوي دليله، والآخر ما كثر قائله. والصحيح أنه ما قوي دليله)).

¹⁷³² - جاء في ظهير صادر عن السلطان سيدي محمد بن عبد الله ((فيجب على القاضي، أن يحكم في حقوق الناس، بالمتفق عليه، ثم بقول الأكثر وهو المشهور . ثم بأحد القولين المتساويين، بعد أن يجتهد في القول الذي يحكم به منهما، خشية أن يضيع حق المساكين ويميل إلى قوي . فكل من ثبت له حق من المساكين بأحد القولين المتساويين، فليثبت له بذلك القول، وليبلغ القول الذي يبطل به حق المسكين . فإذا حكم القاضي بما ذكرنا، كان قد استبرأ لدينه وعرضه . وأين القضاة الذين كانوا يحكمون بما ذكرنا، ولا يهتمون حق المساكين، وإنما نظر القضاة اليوم إلى صاحب المال، لماله، وصاحب الجاه، لجاهه . فيحكمون لهم ويغلبونهم على المساكين بالقول الشاذ والعياذ بالله . وأما أنا، فكل قضية وصلت إلينا فإننا ننظر في الحكم الذي حكم به القاضي، فإن وجدناه حكم بالمتفق عليه، فعلى بركة الله . وإن وجدنا حكم بأحد القولين المتساويين وأثبت حق المسكين وألغى الطرف الآخر فكذلك . وإن وجدناه حكم بالقول الآخر الذي يلغي فيه حق المسكين فلا يلومن إلا نفسه، وكذلك إذا حكم بالقول الشاذ، فإنه يجب على السلطان نزع عقوبته)) (أوردته : مولاي عبد الرحمان بن زيدان - إتحاف أعلام، ج 3، مرجع سابق، ص 192) .

¹⁷³³ - ابن فرحون - تبصرة الحكام. ج 1، مرجع سابق، ص 57.

ومن عوام لا تجز ما وفقا قولاً فلا اختيار منهم مطلقاً

ولقول صاحب العمل المطلق (السجلماسي):

ومنذ زمان انقضى كان بإفريقية والي القضا

محجراً عليه ألا يحكما إلا بما شهر عند العلما

وغير ما تشهير منقول هو عن الحكم معزول

وينص الفقهاء، عل أنه لا يجوز العدول عن المشهور، إلا لمن كان مجتهداً في المذهب¹⁷³⁴، وله أهلية ترجيح غير المشهور، وهم يرون أن هذا الشخص مثله مثل المجتهد المطلق شخص

¹⁷³⁴ - مجتهد المذهب، دون مرتبة المجتهد المطلق . وهو كما عرفه ابن القيم : ((مَنْ هو مجتهد في مذهب من انتسب إليه، مقرر له بالدليل، متقن لفتاويه، عالم بما . لكنه لا يتعدى أقواله وفتاويه ولا يخالفها، وإذا وجد نص إمامه لم يعدل عنه إلى غيره البتة، وهذا شأن أكثر المصنفين في مذاهب أئمتهم)) (ابن القيم الجوزية (أبو عبد الله محمد بن أبي بكر (ت 751 هـ) - أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، ج 1، دار الفكر، بيروت د. ت. م. ط.، ص 213) . وعرفه الدهلوي فيما نقله عنه الشيخ محمد بن الحسن الحجوي بأنه : ((مقلد لإمامه فيما ظهر فيه نصه، لكنه يعرف قواعد إمامه وما بنى عليه . فإذا وقعت حادثة لم يعرف لإمامه فيها نصاً، اجتهد على مذهبه، وخرجها من أقواله على منواله . ودونه في المرتبة : مجتهد الفتيا، وهو المتبحر في مذهب إمامه، المتمكن من ترجيح قول على آخر، ووجه من وجوه الأصحاب على آخر)) - محمد بن الحسن الحجوي - الفكر السامي - ج 2، مرجع سابق، ص 497 .

ومن مجتهد المذهب المالكي : محمد بن المواز (ت 269 هـ)، والقاضي إسماعيل (ت 282 هـ)، وأبي محمد بن أبي زيد القيرواني (310 هـ / 386 هـ) . (انظر : ابن فرحون - تبصرة الحكام. ج 1، مرجع سابق، ص 47) .

وتنقسم فئة المجتهدين حسب الفقه الإسلامي، إلى :

- مجتهد مستقل بتأصيل الأصول وتقعيد القواعد (كالأئمة الأربعة) .
- ومجتهد مطلق : لا يتقيد بمذهب إمام معين، ويأخذ الأحكام من أدلتها .
- مجتهد المذهب (المنتسب)، ومجتهد الفتوى : بما يحكيه من كتب المذهب . ولذلك يسمى المجتهد المذهبي، لأنه لا يخرج في التفريع عن أصول مذهب إمامه.

وحول هذه التقسيمات والخلط الذي يقع فيما بينها، أو أنها تتداخل في شخص واحد، انظر كتاب ((الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض)) للإمام جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي (849 هـ - 911 هـ). حققه الشيخ خليل الميس، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت 1983، ص 112 وما بعدها . وكذلك كتاب ((الاجتهاد المطلق)) لزين الدين محمد بن محمد بن محمد بن عبد الرحمان البكري الصديقي (ت 1028 هـ). تحقيق سليم فهد شعبانة. دار المعرفة، دون بيان تاريخ ومكان الطبع، ص 15-19).

((مفقود اليوم، فلذلك تعين القضاء بالمشهور فمن حكم بغيره رد حكمه))¹⁷³⁵ . وعلى ذلك فالمقلد¹⁷³⁶ ملزم باتباع المشهور، فـ ((يلزم القاضي المقلد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه... فإن لم يقف على المشهور من الروايتين أو القولين فليس له التشهي والحكم بما شاء منهما من غير نظر في الترجيح))¹⁷³⁷ . على أن الحكم بالمشهور، محله، إذا لم يجز العمل بغيره، فإن جرى العمل بالشاذ، قُضي به وترك المشهور، كما سنرى .
ومع القول المشهور يوجد القول الأشهر¹⁷³⁸ . ولقد تقاوم المتأخرون - أيضا كما هو الأمر بالنسبة للراجح - في قبول المشهور، دون أن يعرفوا من شهره ولا مستند تشهيره¹⁷³⁹ . ويتبين المشهور لدى المصنفين في المذهب من قولهم : الجمهور على كذا، أو أن المذهب كذا¹⁷⁴⁰ .

¹⁷³⁵ - أبو عبد الصمد كنون - "جني زهر الآس في شرح عمل فاس"، مطبعة الشرق الوحيدة. مصر، مرجع سابق، ص 94.

¹⁷³⁶ - وحسب فقهاء المذهب المالكي، فإن ((التقليد : هو الأخذ بقول الغير من غير معرفة دليله، والذي عليه الجمهور، أنه يجب على من ليس فيه أهلية الاجتهاد أن يقلد أحد الأئمة المجتهدين، سواء كان عالما أو ليس بعالم . وقيل لا يقلد العالم وإن لم يكن مجتهدا، لأن له صلاحية أخذ الحكم من الدليل)) (الخطاب - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل - ج 1، مرجع سابق. ص 30) .

وحول ((تفصيل القول في التقليد))، انظر : ابن القيم الجوزية - أعلام الموقعين . ج 1، مرجع سابق، ص 169 وما بعدها .

¹⁷³⁷ - ابن فرحون - تبصرة الحكام. ج 1، مرجع سابق، ص 51 .

¹⁷³⁸ - مثال ذلك قول ابن عاصم في التحفة حول تجهيز الزوجة والشوار.

"وأشهر القولين أن تجهزا له بكالئ لها قد حوزا"

فالقول الأشهر ، هو أنه إذا حل الكالئ على الزوج قبل الدخول وقبضته قبل الدخول، فإن الزوجة تتجهز به . وهذا قول ابن زرب. والمشهور وهو لابن فتحون، أنه لا يلزمها أن تتجهز به (انظر شرح ميارة على التحفة - الإلتقان والإحكام شرح تحفة الحكام - ج 1، مرجع سابق، ص 177) .
ومثاله في المذهب المالكي أيضا، ما أورده صاحب العمل المطلق، حول صداق من مكثت مع زوجها لمدة سنة ولم يمسه ثم طلقها:

ومن بنى بزوجة واتفقوا	أنه لم يمسه وطلقها
من بعد مكث ما كعام تخدمه	اختلف الشيوخ فيما يلزمه
قيل الصداق كاملا وقيل لا	بل نصفه وبهما قد عملا
والأول هو الأشهر وهو ما اقتصر	على التعرض له في المختصر

وقد يقصد بالأشهر مذهب المدونة، في مقابل ما شهره بعض الأئمة . وفائدة ذلك أن الحكم والفتوى يكون بالأشهر لا بالقول المقابل له . انظر : ابن فرحون - تبصرة الحكام. ج 1، مرجع سابق، ص 51 .

¹⁷³⁹ - عمر الجيدي - "العرف والعمل" . مرجع سابق، ص 415.

المطلب الثاني

ما جرى به العمل

تستمد نظرية " ما جرى به العمل " أساسها، من أصل من أصول مذهب الإمام مالك، المتمثل في اعتماد عمل أهل المدينة، لكن هذه النظرية اتخذت طابعا متميزا لدى فقهاء المذهب المالكي، ولذلك سنتناول في هذا المطلب : التعريف بما جرى به العمل (الفقرة الأولى)، وما إن كان يمكن اعتبار عمل المجلس الأعلى من قبيل ما جرى به العمل (الفقرة الثانية)، ثم نعرض لصور ما جرى به العمل خاصة في ميدان الأحوال الشخصية (الفقرة الثالثة)، ثم نعرض أخيرا لمسألة العرف وما جرى به العمل، خاصة وأن مدونة الأحوال الشخصية اهتمت بالعرف في عدة فصول، لكنها أغفلت بعض الأعراف في مادة الأحوال الشخصية، والتي يعمل بها القضاء رغم ذلك (الفقرة الرابعة) .

الفقرة الأولى : أصل ما جرى به العمل وفق المذهب المالكي :

لقد كان الفقه بالمغرب، فقهيين :

– الفقه الأصلي، المذكور في الموطأ والمدونة وغيرهما من أمهات كتب مذهب الإمام مالك.
 – وفقه العمليات . وهو ما حكم به القضاء، مقلدين لقول ضعيف، مخالفين الراجح والمشهور لأمر اقتضاه ذلك . فالعمل إذن ((تطور في مذهب القضاء، ابتكره الأندلسيون والمغاربة ¹⁷⁴¹ وساروا في الأخذ به رويدا، بحيث لا تتوفر مجموعة من الأعمال المعتمدة بهذه المثابة، إلا على عدد قليل نسبيا اجتمعت في أزيد من ستمائة عام)) ¹⁷⁴² . وقد بدأ الأخذ به في المغرب

¹⁷⁴⁰ – عبد السلام العسري – تعدد الأقوال والروايات في المذهب المالكي . مرجع سابق ، ص 194 .

¹⁷⁴¹ – لقد ظهر فقه العمليات بالمغرب، وهو متأثر بعمل الأندلس، إلى أن اتخذ طابعا مغربيا صرفا . يقول محمد بن الحسن الحجوي : ((ولما ظهر النبوغ العلمي بفاس وفضل علمائهم الأكياس، أخذوا بتلك التقاليد، ولكن غالب عملهم كان تابعا للأندلس من لدن تغلب الأمويين على المغرب آخر القرن الثالث وأول الرابع . وكان أهل فاس ميالين لمملكة الأمويين لعدهم، واعتدال مذهبهم السني، منابذين للبيديين الشيعة بالقيروان . فكانوا يأخذون بعمل الأندلس غالبا ويقدمونه على عمل القيروان . ثم صار لهم عمل مخصوص بهم، بعد استقلالهم في السياسة زمن المثلثين ثم الموحدين ثم بني مرين ومن بعدهم . فهذا ابتداء ما يسمونه بالعمل الفاسي، وقد كان من موجبات هرم الفقه أيضا (...)) انظر : محمد بن الحسن الحجوي – الفكر السامي – ج 2، مرجع سابق، ص 464 .

¹⁷⁴² – علال الفاسي – "الأحوال الشخصية" . مرجع سابق، ص 7.

خلال القرن الثامن الهجري، أما في الأندلس فبدأ الأخذ به منذ القرن الرابع الهجري¹⁷⁴³. وقد كان عمل أهل المغرب مقتبسا من عمل أهل الأندلس ومتأثرا به، إلى أن استقل العمل المغربي، الذي تبلور بمقتضاه: العمل المطلق إلى جانب العمل الخاص بمنطقة معينة¹⁷⁴⁴ لا يجوز أن يفتى به في غيرها من البلدان إلا إذا كان على التعميم¹⁷⁴⁵. ولذلك فإن المجلس الأعلى نقض الحكم الذي اعتمد ما جرى به العمل بتونس، متغاضيا عما جرى به العمل في المغرب¹⁷⁴⁶.

ويشترط لقبول العمل الشروط التالية: ثبوت جريان العمل به، ومعرفة عملية جريانه خصوصا أو عاما، ومعرفة زمان العمل به، ومعرفة كون من أجرى العمل به من الأئمة المقتدى بهم

وقد خالف عمل الأندلسيين مذهب مالك في ستة مسائل، وخالف مذهب ابن القاسم في ثمانية عشر مسألة. (انظر جردا لهذه المسائل، لدى: عبد السلام العسري - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، مرجع سابق. ص 126 وما بعدها.

¹⁷⁴³ - عمر الجيدي- "العرف والعمل". مرجع سابق، ص 350. و عبد السلام العسري - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب. مرجع سابق. ص 126 و ص 131.

¹⁷⁴⁴ - كـ "العمل الفاسي"، الذي نظم مسائله الشيخ أبو زيد عبد الرحمان بن عبد القادر الفاسي، المتوفى سنة 1090 هجرية / 1685 ميلادية. وهو عبارة عن منظومة (أرجوزة) من 430 بيتا، وقد كان من أوائل ما تم طبعه بالمغرب بواسطة المطبعة الحجرية في جزأين بفاس سنة 1291 هجرية، وهذا العمل من أهم ما يعتمد عليه القضاء في أحكامه. و " العمل السوسي" الذي نظم مسائله الجشتيمي، وقد تم طبعه تحت عنوان "المنهل العذب السلسيل" (العمل السوسي) بشرح الأزاريفي. في ثلاثة أجزاء، ط الدار البيضاء 1979. كما طبع تحت عنوان "العمل السوسي في الميدان القضائي"، لأبي زيد الجشتيمي بشرح عبد الرحمان الجشتيمي، ط 1، 1984. و "العمل الجبلي" تطوان - للرهوني. و "العمل المراكشي" و "عمل أهل القيروان"... وللعمليات المذكورة عدة شروح وحواشي. وقد نظم في العمل المطلق -الذي لا يختص بقطر أو مكان معين- أبو القاسم السجلماسي المتوفى سنة 1214 هـ، وشرح نظمه بنفسه. وقد ازدهر العمل الخاص (المحلي)، على حساب العمل المطلق. نظرا لارتباط العمل الخاص بحاجيات المنطقة التي يعينها.

¹⁷⁴⁵ - يقول محمد بن الحسن الحجوي: ((وليتنبه لأمر منها، أن عمل فاس قاصر عليها، لا يجوز أن يفتى به في غيرها من البلدان، إلا إذا كان نص على التعميم. ومن التعميم مسألة شهادة اللقيف، والصيد المقتول بالبنادق. وكثيرا ما يكون العمل تابعا للعرف، مثل أدوات البيت منها ما يكون للزوج، ومنها ما يكون للزوجة بحسب الأعراف والعوائد. فكل بلد يحكم لها بعرفها)) (محمد بن الحسن الحجوي - الفكر السامي - ج 2، مرجع سابق، ص 468).

¹⁷⁴⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 112، بتاريخ 26 / 07 / 1983، بمجلة القضاء والقانون، عدد 132، ص 145. وستتطرق لهذا القرار عند الحديث عن كيفية تعامل المجلس الأعلى مع قاعدة الإحالة على المذهب المالكي.

في الترجيح، ومعرفة السبب الذي من أجله عدلوا عن المشهور إلى مقابله¹⁷⁴⁷، كما يجب أن يكون موجب ترجيحه مستمرا، وأن يندرج العمل تحت أصل عام من أصول التشريع الإسلامي¹⁷⁴⁸.

وقد اختلف العلماء حول الأخذ بالعمل¹⁷⁴⁹. ففريق يأخذ به، معتبرا أن مخالفته طريق لسوء الظن بمن سلف من العلماء. وأنكره البعض الآخر باعتباره تحريفا للنصوص كالطروشوي (ت 520 هـ) والمقري، وابن الصديق النماري؛ ولقد تم عزل الحافظ القروي، وأسراج (ت 1007 هـ) لعدم أخذهما بما جرى به العمل عندما أفتيا بالمشهور فيما يخص بيع المضغوط¹⁷⁵⁰. ورغم ما يقال من كون العمل يعتبر تطورا في مذهب القضاء، فإن البعض يعتبره ظاهرة ضعف في الفقه. فقد وصفه ابن عربي بقاصمة العلم¹⁷⁵¹. ومرد ذلك إلى أنه يؤخذ بأحكام نوازل المتأخرين دون نظر في أصلها الذي بنيت عليه وهل هو باق أم لا. ولاشك أن هذا من أسباب الجمود، ولذلك يشترط في الأخذ بالعمل بقاء السبب الذي من أجله تم الأخذ بالقول الضعيف الذي جرى به العمل.

ويقوم فقه العمليات، على أساس العمل المستمد من أقوال الفقهاء التي جرى بها العمل قضاء، في درء المفاصد وجلب المصالح، حتى ولو خالف المشهور، وذلك قياسا على ما تمشى عليه الإمام مالك في عمل أهل المدينة¹⁷⁵². وهو مبني على أصل من أصول المذهب المالكي في سد

¹⁷⁴⁷ - عمر الجيدي - "العرف والعمل". مرجع سابق، ص 360.

¹⁷⁴⁸ - علال الفاسي في تقريره، حول مشروع المدونة. مرجع سابق، بمجلة القضاء والقانون، عدد 5، ص 460-461.

وعبد السلام العسري - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب. مرجع سابق. ص 135 وما بعدها.
¹⁷⁴⁹ - يقول ابن فرحون: ((إن اختلاف الفقهاء في أصل عمل أهل المدينة، إنما هو بالنسبة إلى الإجماع، هل يكون عملهم إجماعا أم لا)) (تبصرة الحكام، ج 1، مرجع سابق، ص 48).

انظر حول عمل أهل المدينة والأسس التي بني عليها، وما أثير حوله من نقاش:

- عمر الجيدي - الاستدلال بعمل أهل المدينة عند الإمام مالك، وموقف الفقهاء منه. بندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 2، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية، ص 239 - 273.

- عبد السلام العسري - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، مرجع سابق. ص 75 وما بعدها.

¹⁷⁵⁰ - عمر الجيدي - "العرف والعمل". مرجع سابق، ص 367.

¹⁷⁵¹ - عمر الجيدي - "العرف والعمل". مرجع سابق، ص 343.

¹⁷⁵² - وإذا كان الإمام مالك، وكذا شيوخه كالزهري وربيعة بن أبي عبد الرحمان وشيوخهما مثل سعيد بن المسيب وأبي سلمة عبد الرحمان، قد أخذوا بعمل أهل المدينة. فإنه تجدر الإشارة، إلى أن الإمام أبا حنيفة، أخذ بعمل أهل العراق، والإمام الشافعي احتج بعمل أهل مكة. (انظر: محمد بن الحسن الحجوي - الفكر السامي -

الذرائع، عند حالة درء مفسدة، وعلى المصلحة المرسله عند جلب مصلحة¹⁷⁵³. فالمبدأ هو أنه لا يجوز العمل ولا الفتوى ولا الحكم بالضعيف، غير أنه، وعند اقتضاء المصلحة العمل بذلك، فإنه يحكم ويفتى به¹⁷⁵⁴. فما يجري به العمل لا يستند - بصفة عامة - على أدلة قوية من الشريعة أو الفقه¹⁷⁵⁵ وإنما يستمد قوته من استجابته للحاجيات الاجتماعية. ولذلك قال الزقاق في لاميته¹⁷⁵⁶ مستدركا ما ذكره من مسائل جرى بها العمل رغم ضعف السند :

فإن قيل إن البعض مما ذكرته ضعيف نعم لكن على العرف عولا

فما جرى به العمل إذن هو: ((العدول عن القول الراجح أو المشهور في بعض المسائل، إلى القول الضعيف، رعا لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية))، أو هو ((اختيار قول ضعيف والحكم والإفتاء به، وتماهي الحكام والمفتين بعد اختياره، على العمل به لسبب اقتضى ذلك))¹⁷⁵⁷. وأنه بعد زوال المقتضى المذكور يعود العمل بالمشهور.

وقد أكد القضاء المغربي¹⁷⁵⁸ هذا المفهوم فقرر أنه ((يجري العمل في المذهب قضاء وفتوى بالقول المرجوح أو المقابل للمشهور عندما تقتضي المصلحة ذلك. وأن مخالفة ما جرى به العمل فتنه وفساد. وقد جرى العمل بالضعيف في قرطبة. والعمل بفاس تابع لعمل أهل الأندلس))، وأن عمل المغرب الأقصى يسير على نهج عمل فاس¹⁷⁵⁹. كما أن المجلس الأعلى

ج 2، مرجع سابق، ص 464). ويرجع سبب تقديم الإمام مالك، لعمل أهل المدينة على حديث الآحاد، إلى كون أهل المدينة أعرف بالأحكام ممن سواهم، باعتبار المدينة المنورة، مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم.

¹⁷⁵³ - عبد العزيز الفيلاي - "الزواج في التشريع المغربي". مرجع سابق، ص 13.

¹⁷⁵⁴ - أبو الشتاء - "مواهب الخلاق". ج 1، مرجع سابق، ص 86.

¹⁷⁵⁵ - ومن هنا كان انتقاد هذا الأصل من أصول أتباع الإمام مالك. لأنه وإن كان حكم الحاكم يرفع الخلاف، فإن ذلك لا يكون إلا بشروط، أهمها عدم مخالفة الحكم لنص قطعي أو إجماع، أو قياس جلي. وإلا تعرض الحكم للنقض. انظر: عبد الحي بن محمد بن الصديق - نقد مقال في مسائل من علم الحديث والفقه وأصوله وتفضيل بعض المذاهب، مرجع سابق، ص 132 وما بعدها و ص 156 وما بعدها. وعبد السلام العسري - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، مرجع سابق. ص 120 وما بعدها، وبالأخص ص 179).

¹⁷⁵⁶ - أبو الشتاء - "مواهب الخلاق"، ج 1، مرجع سابق، ص 313.

¹⁷⁵⁷ - حول مفاهيم ما جرى به العمل، انظر: عمر الجيدي - "العرف والعمل". مرجع سابق، ص 342.

¹⁷⁵⁸ - قرار محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 13-04-1976، بمجلة رسالة المحاماة، عدد 5، ص 193 و 212.

¹⁷⁵⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 112، بتاريخ 26 / 07 / 1983، بمجلة

القضاء والقانون، عدد 132، ص 145.

1760 ، وبمناسبة قضية عقارية قرر أنه : ((وحيث إن الحكم المطعون فيه استند على ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، في مسألة القيام بالغبن، واستدل على ذلك بنصوص كثيرة، منها ما لصاحب العمل الفاسي، وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، مقدم على المشهور والراجح . لقول صاحب العمل الفاسي :

وما به العمل غير مشهور مقدم في الأخذ غير مهجور

فما كان معه الحكم المطعون فيه لم يخرق قاعدة وجوب القضاء بالراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل، وإنما طبقها تطبيقاً صحيحاً)) .

ويتضح مما سلف أن ما جرى به العمل، يقدم عند التعارض، على الراجح والمشهور حسبما نص عليه صاحب العمل الفاسي أعلاه، ولقول الشيخ أبو الشتاء الغازي الحسيني :

مشهورهم لراجح تعارضاً يقدم الراجح وهو المرتضى
وقدم العمل حيثما جرى على سواه مطلقاً بلا مرا¹⁷⁶¹

فالمبدأ في الفقه المالكي، هو أن الراجح يقدم على المشهور، والراجح والمشهور يقدمان على مقابلهما وذلك كقاعدة عامة، ويرد على ذلك استثناء، حيث يقدم القول الشاذ أو الضعيف،

1760 - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 61، بتاريخ 26 / 01 / 1982، ملف عدد 58101، منشور لدى : أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 174 . كما ذكره محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 44 - 45، هامش 61 .

1761 - أبو الشتاء - "مواهب الخلاق" . مرجع سابق، ج 2، ص 237.

وقد نظم أبو الشتاء تعاريف المشهور والراجح وما جرى به العمل، وما يقدم من ذلك عند التعارض قائلاً:

إن يكن الدليل قد تقوى	فراجح عندهم يسمى
والقول إن كثر من يقول به	يسمى بمشهور فانتبه
عملنا هو الذي به حكم	قضاة الاقتضاء رعياً للحكم
مشهورهم لراجح تعارضاً	يقدم الراجح وهو المرتضى
وقدم العمل حيثما جرى	على سواه مطلقاً بلا مرا

وقال بعض الفقهاء حول ضعف العمل وتقدمه على ما سواه:

بيان ما به الضعيف يرجح	من بعد ضعف فادح وينجح
حتى يقدم على المشهور	وضعه في غاية الظهور

عند ضرورة تحري الصواب وبشروط معينة¹⁷⁶²، خاصة إذا ما جرى بذلك العمل . ولقد تم وضع هذه الضوابط، تلافياً للحكم بالهوى، مما يقوض مبدأ استقرار المعاملات¹⁷⁶³.

وعلى هذا، فالترتيب الذي ورد في فصول المدونة المتعلقة بالإحالة على الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل في المذهب المالكي، ليس من باب بيان مراتب الأقوال المعتمدة، بل هو فقط، بيان تخير وتصنيف للأقوال المعتمدة في الفقه المالكي عند خلو النص في مدونة الأحوال الشخصية . أما قواعد تقديم الراجح والمشهور وما جرى به العمل، فيخضع لمقتضيات الفقه المالكي : فيقدم ما جرى به العمل، ويليه الأراجح، ثم المشهور، وعلى ذلك ((لم تتناول المدونة مسألة الترتيب، لأنها مسألة فقهية ترجع إلى مظاهرها))¹⁷⁶⁴.

الفقرة الثانية - اعتبار عمل المجلس الأعلى مما جرى به العمل :

يذهب بعض الفقه المغربي المعاصر، إلى اعتبار قرارات المجلس الأعلى مما جرى به العمل، إذا راعى قضاياه أصول نظرية العمل¹⁷⁶⁵، وقد تساءل الدكتور أحمد ادريوش : ((لكن أي شيء هذا الذي " جرى به العمل"، إن لم يكن هو اجتهاد القاضي ؟))¹⁷⁶⁶. وبالفعل فإن المجلس الأعلى¹⁷⁶⁷ يعتبر أن ما استقر عليه عمله المقرر بمقتضى قرار غرفتين مجتمعين هو ((مما جرى به العمل)) . فقد عرضت على المجلس الأعلى قضية تتعلق بسقوط الحق في الشفعة نظراً لعلم المدعي بالشراء، فأوضح المجلس الأعلى بأنه ((وقد نص فقهاء من المالكية كابن عبد الحكم وابن المواز وغيرهم، على تقييد قول الشيخ (خليل): ((وصدق إن أنكر علمه)) خارج السنّة، إذا كان القيام داخل أربعة أعوام من تاريخ العلم، وهي

¹⁷⁶² - عبد السلام العسري - تعدد الأقوال والروايات في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 203 - 205، وص 214.

¹⁷⁶³ - حول طرق الترجيح، انظر :

- عبد السلام العسري - تعدد الأقوال والروايات في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 201 وما بعدها .

- محمد رياض - أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 522 وما بعدها .

¹⁷⁶⁴ - محمد رياض - أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 571 .

¹⁷⁶⁵ - عبد السلام العسري - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، مرجع سابق، ص 134 وما بعدها .

¹⁷⁶⁶ - أحمد ادريوش - الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود . مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

¹⁷⁶⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 1620، بتاريخ 04 / 05 / 1994، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 47، ص 57 .

مدة كافية لحصول العلم للشريك بظهور شريك جديد . وقد جرى العمل من طرف المجلس الأعلى حسب قراره عدد 415¹⁷⁶⁸ بتاريخ 18 / 03 / 1986 بغرفتين (منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 139) وبالتالي فإن القرار (المطعون فيه) جاء مخالفا لما جرى به العمل، وهو قانون داخلي بالنسبة للعقار المحفظ، ومعرضا للنقض)) . وهكذا، نجد أحيانا المجلس الأعلى يحيل على بعض قراراته ويبيني عليها، فقد قرر المجلس الأعلى¹⁷⁶⁹ ((نظرا للحكم الصادر من المجلس الأعلى، عدد 787، وتاريخ 15 محرم 1382 هـ (08 يونيو 1962)، بالملف عدد 8996 الذي يجعل مدار سقوط الحضانة وعدم سقوطها، مرتبطا بعسر مراقبة الولي لأحوال محضونه أو عدمه)) . كما اعتمد المجلس الأعلى¹⁷⁷⁰ على العمل القضائي لما أكد أحقية الزوجة الموجودة خارج بيت الزوجية في النفقة ما دام لم يثبت الزوج الحاضر النفقة، فقرر : ((إن الزوجة المطلوبة في النقص تبقى مستحقة للنفقة، وبما أنها لا توجد في حوزة الطاعن الذي لم يثبت إنفاقه عليها خلال المدة المطلوبة، فإن القول يكون قولها بيمينها، حسبا استقر عليه العمل القضائي، فيما إذا كانت الزوجة غير حاضرة ببيت الزوجية، ومتواجدة عند أحد أقاربها ولم يثبت الزوج الإنفاق)) . كما اعتمد المجلس الأعلى على الاجتهاد القضائي في رفض طلب إفراغ الحاضنة من البيت المملوك للزوج . فقرر المجلس الأعلى¹⁷⁷¹ وهو يستجيب لطلب النقص المرفوع من طرف حاضنة مطلقة، متذرة بكون مبلغ النفقة زهيدا : ((حقا، حيث إن المطلوب لم ينازع في كونه مالكا لعدة عقارات سكنية وغيرها، وأن سكني الطاعنة بوصفها حاضنة لأبنائه الأربعة، لا يجعلها أجنبية يتوجب إفراغها . والاجتهاد القضائي اعتبر أن الأبناء جزء من والدهم سكنهم هو مسكنه. وطبقا للفصل 127 من مدونة الأحوال الشخصية، فإن السكن يعتبر من

¹⁷⁶⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث والغرفة الاجتماعية - قرار عدد 415، بتاريخ 18 / 03 / 1986، بمجلة القضاء والقانون، عدد 139، ص 108 . مع تعليق للأستاذ محمد الصقلي، بنفس المرجع، ص 113 وما بعدها . وسنتطرق لهذا القرار عند حديثنا عن كيفية تعامل المجلس الأعلى مع قاعدة الإحالة .
¹⁷⁶⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 87 . بتاريخ 05-12-1967، بمجلة القضاء والقانون، عدد 92، ص 44.

¹⁷⁷⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1013 . بتاريخ 22 / 09 / 1992، ملف رقم 6876 / 91 . أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 87.

¹⁷⁷¹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 807 . بتاريخ 14 / 07 / 1992 - ملف رقم 6484 / 90، أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 89.

مشمولات نفقة الأولاد وحق من حقوقهم . وأن الحاضنة ما دامت متصلة بمحضونها فهي تقيم معهم بصفتها تلك، ولا تملك حق التنازل عن حقوقهم . ولذلك فالقرار المطعون فيه، عندما اعتبر النفقة بقدرها الزهيد شاملة للسكنى، لم يراع ظروف الحال فيما يتعلق بالقيمة الشرائية التي توجد عليها البلاد . وغير مرتكز على أساس)) . كما اعتمد المجلس الأعلى¹⁷⁷² على اجتهاده في الموضوع بخصوص إفراغ الموظف من السكن الوظيفي عند تقاعده فقرر : ((وحيث إن اجتهاد المجلس الأعلى، أخذ بهذا الاتجاه، حول إمكانية إفراغ الموظف من الخل الذي سلم له بمناسبة وظيفته)).

ويمكن من خلال التأمل في القرار 1620 المذكور أعلاه بالأخص، استجلاء عناصر نظرية، يمكن معها القول بأن عمل المجلس الأعلى يعتبر من باب ما جرى به العمل :

1 - أن يكون عمل المجلس اتخذ بناء على قرار صادر عن غرفتين .

2 - يتخذ العمل في هذه الحالة صبغة قانون داخلي بالنسبة للعقار غير المحفظ، يترتب على خرقه النقص .

وعلى ذلك، إذا كان المجلس الأعلى يعتبر أن ما جرى به العمل، هو قانون داخلي بالنسبة للعقار غير المحفظ، فإن هذا الحل يمكن أن يعمل به أيضا، بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية، تبعا لقاعدة الإحالة المنصوص عليها بالمدونة، علما بأن مصدر تطبيق الفقه على العقار غير المحفظ هو الفصل 3 من قانون التوحيد .¹⁷⁷³

¹⁷⁷² - المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - ملف عدد 94/ 10334 . قرار بتاريخ 20 / 06 / 1996 . مجلة الإشعاع، عدد 16، ص 150.

¹⁷⁷³ - وإن كان المجلس الأعلى، يعتمد في أعماله لقواعد الفقه أحيانا على مقتضيات أخرى . فقد قرر المجلس الأعلى أعمال قواعد الفقه الإسلامي بخصوص أهلية المجنون، حتى ولو تعلق الأمر ببطلان عقد بيع عقار محفظ للمجنون، واعتبر أن سند ذلك هو الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية، الذي ينص ((وتبت (المحكمة) دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة)) . فقد جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 472 (الغرفة المدنية، بتاريخ 19 / 02 / 1992، مجلة المحاكم المغربية، عدد 64 / 65، ص 83) : ((حقا حيث إن الفقهاء عند تعرضهم لأسباب الحجر من جنون وسفه وغيرهما، بحثوا تصرفات كل من المجنون والسفيه قبل الحكم بالتحجير عليهما فأجمعوا على أن المصاب بمرض عقلي ترد تصرفاته من حين إصابته بالمرض ولو لم يتم التحجير عليه عمليا إلا بعد ذلك، ففي المختصر، صدر باب الحجر (المجنون محجور عليه للإفاقة)..... وأن المحكمة لم تعتبر هذا الفقه الواجب التطبيق بمقتضى المادة 3 من ق . م . م . واعتبرت تصرفات فاقد الأهلية ماضية لا ترد إلا إذا كانت لاحقة للحكم بتحجيره ولو ثبت فقدان أهليته قبل الحكم بالتحجير وهو خلاف ما درج عليه الفقهاء... فكان قضاؤها غير معلل وماسا بحقوق الدفاع ومخالفا للفقه المعمول به مما يعرضه للنقض)) . وكانت محكمة الموضوع قد رفضت طلب البطلان على أساس أن الحكم القاضي بالتحجير صدر بعد إبرام العقد .

على أن المجلس الأعلى، لا يعتبر أن قرارا ما، يعد من الاجتهاد القضائي، إلا إذا صدر في حالة عدم وجود نص قانوني . ولذلك قرر المجلس الأعلى¹⁷⁷⁴ : ((إن قرار المجلس الأعلى المستدل به في القرار المطعون فيه، لا يشكل اجتهادا قضائيا . لأن الاجتهاد القضائي، يسن في حالة عدم وجود نص قانوني . وأما الحالة موضوع النزاع (انتقال ولي المحضون إلى مدينة أخرى غير مدينة الحاضنة) فينص عليها الفصل 107 (من المدونة) المشار إليه، بكل وضوح . وهو الفصل الذي بنت عليه محكمة الاستئناف قضاءها وطبقته تطبيقا سليما مما تكون معه الوسيلة على غير أساس))¹⁷⁷⁵ . وهو ما سبق للمجلس الأعلى أن أكدته في قرار¹⁷⁷⁶ آخر لما اعتبر أنه : ((من المعلوم بدهاءة، أنه حين يكون النص صريحا، لا يبقى هناك محل للتأويل والاجتهاد)) . وتبقى الإشارة إلى أن الطعن بالنقض لسبب خرق الاجتهاد القضائي، هو في حقيقته طعن بخرق القانون، متى تعلق ذلك الاجتهاد القضائي بتأسيس مبدأ قانوني جديد¹⁷⁷⁷ .

الفقرة الثالثة - صور مما يجري به العمل خاصة في ميدان الأحوال الشخصية :

قد يجري العمل

وفق المشهور في المذهب، أو قد يخالف المشهور ويجري على القول الضعيف . وهناك قسم يخالف

¹⁷⁷⁴ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 1 . بتاريخ 21-01-1980، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28- ص 129.

¹⁷⁷⁵ - طالب الطاعن بنقض حكم محكمة الاستئناف الذي رفض طلب سقوط الحضانة نظرا لاضطراره للانتقال في إطار وظيفته كرجل أمن . وكان مما اعتمدته المحكمة إلى جانب الفصل 107 مدونة، قرار المجلس الأعلى عدد 23 . بتاريخ 16-03-1977، بمجلة القضاء والقانون، عدد 127، ص 112. بشأن عدم الاعتداد بانتقال الولي في إسقاط الحضانة لأن الفصل 107 خاص بانتقال الحاضنة .

¹⁷⁷⁶ - المجلس الأعلى - الغرفة الجنائية - قرار عدد 305، بتاريخ 30 / 03 / 1981، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 27، ص 20

¹⁷⁷⁷ - يرى الأستاذ محمد الكشور، أن الطعن بخرق القانون كما يشمل التشريع يشمل العمل القضائي الذي هو تفسير القانون والنتائج عن عدد من قرارات المجلس الأعلى . وأنه ، ومن الناحية المدنية، إذا كان الاجتهاد القضائي عبارة عن تطبيق نص قانوني وتفسيره، فإن الطعن بالنقض ينصب على ذات النص القانوني وليس على العمل القضائي الذي لا يمكنه مجال أن يتخذ صفة القاعدة القانونية. بمفهوم الفصل 359 من ق. م. م. وهذا بخلاف ما إذا تعلق الاجتهاد القضائي، بتكريس مبدأ قانوني جديد، لم يكن مقررا في القانون من قبل، أو فسره تفسيراً جديداً استجابة للحاجيات المستجدة، أو أهمل نصاً لم يعد ملائماً، فإن هذا الاجتهاد، خاصة متى كان صادراً عن المجلس الأعلى يمكن أن يتخذ صفة القاعدة القانونية، وبالتالي تأسيس الطعن بالنقض بناء على خرقه (عن محمد الكشور - التعليق على قرار المجلس الأعلى - بالجملة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 18، ص 137، هامش 6) .

النصوص الصريحة، وقسم جرى في مسائل لم يرد بشأنها نص. وقسم جرى في مسألة لم يرد فيها دليل صريح ولكن فيها شبهة دليل. وقسم جرى به العمل وفق دليل لكنه خارج المذهب¹⁷⁷⁸.

فمن أمثلة ما جرى به العمل خلافا للمشهور وأخذا بالقول الشاذ :

- القول بتأييد تحريم المرأة الهاربة مع المخلوق¹⁷⁷⁹ أخذا بقول ابن ميسر، وهو شاذ، مع أن مشهور الإمام مالك عدم تأييد تحريم نكاح المخلوق. ومن يقول بتأييد التحريم، فإنما لسد ذريعة التخليق والهروب بالنساء¹⁷⁸⁰. وقد نبه المجلس العلمي لمدينة فاس، إلى أنه ينبغي الرجوع إلى مشهور المذهب المالكي، أي عدم التحريم؛ خوفا من أن يستمر الزنى بالهاربة، بعد كثرة استهواء الشباب للنساء وذهابهن دون علم ولا رضى من أوليائهن¹⁷⁸¹.

ومن أمثلة هذا القسم أيضا، قبول شهادة اللفيف وهو عمل أكده المجلس الأعلى في عدة قرارات كما سبق بيانه عند تعرضنا لشهادة اللفيف. وجواز بيع المضغوط (المكره)، وتوجيه اليمين في الدعاوى ولو لم تثبت الخلطة.

ومن أمثلة ما خالف النصوص الصريحة، وليس المشهور من المذهب فقط :

- ترك اللعان، والقول باعتداد المطلقة ذات الأقراء بثلاثة أشهر، بدل ثلاثة قروء¹⁷⁸²، وترك العمل بالقافة في تحديد النسب¹⁷⁸³، وكذلك اعتبار الحلف بالحرام موجبا لطلقة بائنة¹⁷⁸⁴.

¹⁷⁷⁸ - محمد رياض - أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 417.

¹⁷⁷⁹ - جاء في العمل الفاسي : وأبدوا التحريم في المخلوق وهارب سيان في المحقق

والمخلوق: بتشديد اللام وكسرهما، هو الذي يجلب المرأة عن زوجها ويغمر بما جماله وجماله ويتزوجها، ويسمى أيضا بالمخبب، والمخلل. والهابر هو الذي يهرب بالمرأة متزوجة أم لا، سواء بالتخليق أو على وجه الغصب. انظر: " جني الآس شرح نظم عمل فاس"، للشيخ عبد الصمد كنون، مرجع سابق، ص 10. والمنهل العذب السلسبيل للجشتيمي (عمل سوسي) شرح الأزاريفي. ج 1، مرجع سابق، ص 228-229. وانظر فتوى الشيخ عبد الرحمان الحايك، حول من هرب بالمرأة للفساد إذا أراد أن يتزوجها، وإفتائه بالتحريم على ما في العمل الفاسي (النوازل الصغرى، ج 2، مرجع سابق، ص 130). وتجدد الإشارة إلى أن القانون الجنائي يجرم اختطاف المرأة المتزوجة أو التغيرير بها(الفصول 494-496).

¹⁷⁸⁰ - عبد السلام العسري - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، مرجع سابق. ص 320 - 324) .

¹⁷⁸¹ - انظر : " نوازل العلمي " . ج 1، مرجع سابق . ص 87-114.

¹⁷⁸² - قال تعالى : ((والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)) البقرة / الآية 226 . والقراء من الألفاظ المشتركة، إذ قد يقصد به الطهر أو الحيض في اللغة العربية . انظر : سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي، مرجع سابق، ص 298 .

وقد جرى العمل في المغرب، بأن تكون عدة المطلقة التي تحيض، ثلاثة أشهر، بدل ثلاثة قروء . لأنه لوحظ أن كثيرا من المطلقات يستعجلن الزواج فيدعين انقضاء عدتهن بالقروء، فتم لذلك احتساب العدة بالأشهر. ويرى

ومن أمثلة ما جرى به العمل في مسألة لم يرد فيها نص (مستحدثة) : مسألة الخماس، والجلسة، والجزاء، والزكاة بالرصاص¹⁷⁸⁵ . وقد قضى المجلس الأعلى¹⁷⁸⁶ بأنه : ((ونظرا لما

بعض الباحثين، أن هذا مخالف لنص القرآن . انظر : عبد الحي بن محمد بن الصديق - نقد مقال في مسائل من علم الحديث والفقهاء وأصوله وتفضيل بعض المذاهب، مرجع سابق، ص 160 ما بعدها .

وقد خالفت المدونة ما جرى به العمل بهذا الصدد، ونصت في الفصل 73 على أن ((المطلقة بعد المسيس غير الحامل إذا كانت تحيض، عدتها ثلاثة أطهار)) . أخذنا برأي الإمام مالك والذي هو رأي الشافعي . وخلافا لمذهب أبي حنيفة الذي يعتبر القرء هو الحيض . انظر : محمد علي الصابوني - روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن . ج 1، مرجع سابق، ص 358 وما بعدها . وانظر : عبد الحي بن محمد بن الصديق - نقد مقال في مسائل من علم الحديث والفقهاء وأصوله وتفضيل بعض المذاهب . مرجع سابق، ص 160 ما بعدها .

¹⁷⁸³ - للمزيد من الأمثلة والتطبيقات، انظر : "عمر الجيدي" - العرف والعمل . مرجع سابق، ص 419.../.

¹⁷⁸⁴ - المنهل العذب السلسبيل . ج 1، مرجع سابق، ص 243-245-257-265.

¹⁷⁸⁵ - ويقول الدكتور عمر الجيدي: ((وهذا هو النوع الذي يجب أن يحصر فيه هذا النوع من التشريع)) (عمر الجيدي - العرف والعمل - . مرجع سابق، ص 428) . ولعل هذا ما يحفز على وضع قواعد قانونية من طرف القضاء، فقد قررت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء (بقرارها عدد 98 بتاريخ 23-01-1979، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 27 ص 83) أنه ((جرى العمل في مدينة الدار البيضاء وغيرها من المدن القديمة على أن صاحب حق السطحية أو الزينة، إذا باع ما يملك فإن مالك الأرض يستحق معاوضة قدرها 10% من ثمن البيع يؤديها البائع والمشتري مناصفة بينهما)) .

كما أن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، قررت أنه ((لا محل للاستدلال بقانون الالتزامات والعقود مادام أن الأمر يتعلق بعقارات غير محفظة تخضع لأحكام الفقه المالكي، الذي لا يشترط لإقامة دعوى استرداد المبيع بيع ثنيا أن تكون مسبوقه بأي إنذار، ولا يقيد بها بأي أجل باعتباره مفسوخا شرعا، ولا يمكن إمضاؤه إلا في حالة حصول هدم أو بناء أو غرس، وهو ما لم يقع في النازلة المعروضة . كما أن فقهاء المذهب المتأخرين، أصبحوا - نظرا للعرف الجاري - يعتبرون أن بيع الثنيا مرادف للرهن، وهو ما أثبتته الشيخ التسولي في شرحه لتحفة ابن عاصم في باب بيع الخيار والثنيا عند قوله : ((ولا كراء في هبة لأجل)))) (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 179، بتاريخ 29 / 06 / 1988، بمجلة القضاء والقانون، عدد 139، ص 75) .

¹⁷⁸⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 92 . بتاريخ 14-01-1969، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 10، ص 67. ومجلة القضاء والقانون، عدد 104، ص 184 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 123) . ويتعلق هذا القرار بطلب تقدم به مدعون ينتسبون إلى الولي سيدي عبد الله الحفيان، ادعوا فيه أن المدعى عليهم عوام ولا ينتسبون للولي المذكور ومع ذلك فقد استحوذوا على فتوحات ضريح الولي، ولذلك يلتمسون رفع يدهم عن التصرف في الضريح . وبعد الاستماع إلى شهادة نقيب الشرفاء الأدارسة . تم الحكم للمدعين بما طلبوا . وعند الاستئناف تم الحكم بعدم الاختصاص تبعا لقواعد التنظيم القضائي إذاك . لكن المجلس الأعلى واعتمادا على القاعدة المذكورة أعلاه،

تقرر عليه العمل في المغرب منذ أمد، من كون الفتوحات الواردة على أضرحة الأولياء هي لأبنائهم في النسب أو لمن أسندت إليه بظهير شريف . وحيث إنه لم يثبت أي تغير لجريان هذا العمل (...)).

ومن أمثلة ما جرى به العمل في مسألة لم يرد فيها دليل صريح ولكن فيها شبهة دليل: مسألة الدلال، وبيع الصفقة¹⁷⁸⁷.

ومن أمثلة ما جرى به العمل على وفق دليل، لكنه خارج المذهب: شهادة الليفي المستمدة من المذهب الحنفي الذي يعتبر كل المسلمين عدولا، ومسألة ترك القافة لأن الأحناف لا يقولون بها¹⁷⁸⁸، وقد سبق أن بينا أن البعض يعتبر العمل بخصوص هذين الأمرين إما مخالفا للمشهور (الليف) أو مخالفا للنص القطعي (القافة).

وقد توفرت على مر الحقب عدة تطبيقات لما جرى به العمل في مادة الأحوال الشخصية¹⁷⁸⁹ نورد بعضا منها كما يلي :

1- الاعتداد بالأشهر في العدة، فلا تصدق المعتدة لأقل من ثلاثة أشهر¹⁷⁹⁰.

2- تجهيز الشوار - وهو عمل خاص بفاس - حيث يجهز الأب ابنته بقدر ما أعطاه الزوج من الصداق ويلزم بذلك بعد الدخول¹⁷⁹¹.

اعتبر أن القضية ترتبط بالنسب ولذلك فإنها تعتبر من اختصاص قضاة الأحوال الشخصية ونقض الحكم القاضي بعدم الاختصاص .

¹⁷⁸⁷ - حول مخالفة بيع الصفقة لقواعد الفقه، انظر : الشيخ أحمد مبارزة - تحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل الصفقة - تقديم وتحقيق عبد السلام حادوش، الرباط، 1995، ص 136 وما بعدها - وعمر الجيدي : الصفقة - بمجلة القضاء والقانون، عدد 136/135، ص 121 وما بعدها .

¹⁷⁸⁸ - عمر الجيدي "العرف والعمل" . مرجع سابق، ص 129. وعبد السلام العسري - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، مرجع سابق . ص 336 - 346 .

¹⁷⁸⁹ - انظر بصفة خاصة : عمر الجيدي "العرف والعمل" . مرجع سابق، ص 430 وما بعدها .

¹⁷⁹⁰ - قال صاحب العمل الفاسي :

ثم المطلقة ذات الإقرا
ثلاثة تعند شهرا شهرا

ولقد أيد المجلس الأعلى القرار الذي اعتبر أن المرأة تصدق في انقضاء عدتها عند مرور شهر ونصف من تاريخ الطلاق ((وأن تصديق المرأة فيما يشبه يدخل في باب السياسة الشرعية التي تحمل المطلق على الإسراع في استعمال حق الرجعة قبل أن تجد المرأة وسيلة للخلاص من الارتباط به من جديد فيما إذا كانت غير راغبة في ذلك...)) (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 150 . بتاريخ 16-03-1981 بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28، ص 144. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، . مرجع سابق، ص 304 .)

3- النظر لعورة المرأة بخصوص داء الفرج على رأي سحنون ؛ إذ غيره يقول بتصديق الزوجة في داء فرجها وبكارتها (ابن القاسم)، غير أن سحنون أفتى بجواز النظر لغرض الإثبات
1792

4- تأييد تحريم الزواج بالهارب والمخلوق أو المخيب وذلك منذ أواسط القرن التاسع الهجري بفاس، نظرا لشيوع الهروب بالنساء وذلك أثناء نهاية العصر السعدي، وقلّة الأمن . والمشهور هو التحليل، وهناك من يرى الحرمة سدا للذريعة . وقد سبقت إشارتنا إلى هذا الموضوع .

5- الخلع بالإئفاق على الولد ولو بعد مدة الرضاع (حولان)، وهو خلاف المشهور الوارد عن ابن القاسم في المدونة¹⁷⁹³، إذ حسب المشهور لا يجوز للمختلعة الخلع بنفقة المولود لأكثر من حوالي مدة الرضاع بحيث يسقط عنها نفقة ما زاد على العامين¹⁷⁹⁴، وفي ذلك يقول الشيخ

1791 - قال صاحب العمل المطلق :

وعند فاس ذو الغنا يُشَوَّر
بعقد نقد بنته ويجبّر
إن وقع الدخول أما إن طلب
الزوجُ ذا قبلُ فلا يجبر الأب
وقيل للزوج تُجَهَّز به إليك
بالنقد أو تطلق ولا شيء عليك

1792 - قال صاحب العمل الفاسي :

وجاز للنسوة للفرج النظر من النساء إن دعا له ضرر
وقال صاحب العمل المطلق :

وللنساء للضرورة نظر الفرج عند أهل فاس اشتهر

1793- يقول الشيخ الخطاب : ((القول بجواز الخلع على أن تلتزم المرأة نفقة الولد بعد مدة الرضاع، وهو قول أشهب وابن نافع وسحنون وابن الماجشون والمخزومي . قال ابن عرفة : وقاله المغيرة والمشرقيون كلهم . قال ابن حبيب وبه نقول وعليه جماعة من الناس . وقاله ابن دينار، وقال ابن سلمون وبذلك جرى العمل ... ومذهب مالك رضي الله تعالى عنه، وابن القاسم : إن ذلك لا يجوز ابتداء كما صرح بذلك اللخمي وابن سلمون وغيرهما . فإن وقع تم الخلع وسقط الزائد على الحولين... قال ابن عرفة بعد عزوه قول المخزومي للجماعة المتقدم ذكرهم : وكان ابن لبابة لا يرى كلام ابن القاسم ولا روايته، ويقول الخلق على خلافه)) (الخطاب - تحرير الكلام في مسائل الالتزام . مرجع سابق ، ص 93 - 95) . ((حتى قال ابن لبابة الخلق كلهم على خلاف ابن القاسم)) (ميارة، ج 1، مرجع سابق، ص 224) .

1794- ولذلك يرد في بعض رسوم الخلع، التزام المختلعة بنفقة الولد إلى تمام الحولين، على أن تسلم الولد لأبيه بعد ذلك . جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس (غرفة الاستئناف بالرشيدية) : ((إن المستأنف عليها ومحضر والدها تحملت لمفارقها، بنفقة ولدها منه (له نحو أربعين يوما)، إلى تمام عامين ابتداء من التاريخ المذكور . وتسلمه لوالده . وحضانتها ساقطة، بالموافقة التامة بينهم . وحيث إن ما ذكر يعد التزاما منها (...)) (محكمة الاستئناف بمكناس (غرفة الاستئناف بالرشيدية) - قرار عدد 209، بتاريخ 03 / 05 / 1988، ملف شرعي

خليل : ((وجاز شرط نفقة ولدها مدة رضاعها))¹⁷⁹⁵ . إلا أن العمل جرى بالمغرب على جواز الخلع بالنفقة لأكثر من حولين¹⁷⁹⁶ .

6- وجوب أجرة الحضانة للحاضنة، على ما جرى به العمل¹⁷⁹⁷ .

7- صرف اليمين إلى الطلاق¹⁷⁹⁸ .

عدد 515 / 87 / 8 ، بمجلة الندوة، عدد 7، ص 62) . مع تعليق للأستاذ الحسين زعرع، بنفس المرجع، ص 67 - 73 .

¹⁷⁹⁵ - انظر قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء ، عدد 756 ، بتاريخ 20 / 06 / 1990 ، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 64 / 65 ، ص 180 . حيث قررت المحكمة رفض طلب المنازعة في مقابل الخلع المتمثل في نفقة الأولاد لمدة تفوق الحولين، اعتمادا على ما جرى به العمل بهذا الخصوص، فقالت : ((لكن العمل جرى على خلاف ذلك، وهو المشار إليه بقول المتحف :

والخلع بالإنفاق محدود الأجل بعد الرضاع بجوازه العمل

وحيث إنه بمقتضى الفصل 82 من مدونة الأحوال الشخصية، الذي أحال في باب الخلع وغيره من أبواب الطلاق على الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب مالك فيما لم يشمل هذا القانون . وحيث إنه من المعلوم المقرر في حال تعارض ما جرى به العمل مع غيره من الأقوال يقدم العمل على غيره (...)) . وقد نص صاحب العمل الفاسي كذلك :

وشرط من خالع في العقود نفقة منها على المولود

لمدة على الرضاع زائدة

¹⁷⁹⁶ - قال صاحب التحفة :

والخلع بالإنفاق محدود الأجل بعد الرضاع بجوازه العمل

وجاز قولاً واحداً حيث التزم ذلك وإن مخاع به عدم

وقال صاحب العمل الفاسي : وشرط من خالع في العقود :: نفقة منها على المولود

لمدة على الرضاع زائدة ::

- انظر جني زهر الآس في شرح نظم عمل فاس - لعبد الصمد كنون . مطبعة الشرق الوحيدة، مصر، دون تاريخ .

وقال الزقاق في لاميته : وقد خولف المشهور فيها (فاس) بزائد: بخلع على الحولين.....

- انظر مواهب الخلاق - لأبي الشتاء . ج 2 ، مرجع سابق، ط 1955، ص 298 .

وهذا مما خالف فيه العمل، مذهب ابن القاسم في الأندلس بداية . تبعا لقول ابن المغيرة المخزومي . انظر : عبد السلام العسري - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب . مرجع سابق، ص 128 .

¹⁷⁹⁷ - قال صاحب العمل المطلق :

...وفي تونس أجرا جعلوا ذات خفة لها على ما تكفل

والحق في حضانة لها على ما ذكروا أن عليه العملا

¹⁷⁹⁸ - قال صاحب العمل الفاسي :

8- ترك اللعان¹⁷⁹⁹.

ويلاحظ أن مدونة الأحوال الشخصية، قد خرجت عما جرى به العمل في بعض المسائل المذكورة

ففيما يخص عدة المطلقة، وقع التمييز بين المعتدة التي تحيض - غير الحامل - فهذه عدتها ثلاثة أطهار، أما اليائسة والتي لا تحيض فتعتدان بثلاثة أشهر (الفصل 73 مدونة). وقررت المدونة أن الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق (الفصل 50 مدونة). كما نصت على حق الزوجة في ملكية المهر، وأنه لاحق للزوج في مطالبته لها بأثاث أو مفروش أو لباس عوضا عن الصداق الذي أصدقها إياه (الفصل 18). في حين أبقى المدونة على الخلع بالإئناق على الولد ولو بعد مدة الرضاع، فما تشترطه المدونة هو عدم إعسار المختلعة بحق يتعلق بالأولاد (الفصل 65 مدونة). كما أبقى على أجره الحضانة (الفصل 103 مدونة)، غير أن المدونة لم تنطرق لزواج المخلق أو الهارب بالمرأة.

الفقرة الرابعة - الأخذ بالعرف إلى جانب العمل :

يتميز الفقهاء بين العرف والعمل، على أساس أن جريان العرف بالشيء، قولاً أو فعلاً هو "عمل العامة" به، من غير استناد لحكم من قول أو فعل؛ في حين أن العمل هو الحكم بقول من أقوال علماء المذهب واستمرار حكمهم بهم¹⁸⁰⁰. والعرف كالمشرط¹⁸⁰¹، إذ من القواعد الأصولية: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) وقال ابن عابدين:

والعرف في الشرع له اعتبار كما عليه الحكم يدار

والعرف لازم - بصفة خاصة - المناطق البعيدة عن الحواضر العلمية والسلطة المركزية، وقد كان يطلق عليه بالأمازيغية اسم: "أزرر" أو "أبريد"، وفي منطقة سوس كان يسمى "قانون

وطلقة بائنة في التحريم وحلف به لعرف الإقليم

وفي اليمين طلقة رجعية إذ هي قد حصلت الماهية

¹⁷⁹⁹ - قال الشيخ الزقاق في لاميته: "وترك لعان مطلقاً أو لفاسق". انظر أبو الشتاء الغازي الحسيني - مواهب الخلاق - ج 2، مرجع سابق، ص 272.

وقال صاحب العمل الفاسي: واترك لفاسق وغيره اللعان أو هو للفاسق قط بغير ثان

¹⁸⁰⁰ - أبو الشتاء الغازي الحسيني: "التدريب على تحرير الوثائق العدلية". ج 1، مرجع سابق، ص 73. ومواهب الخلاق لنفس المؤلف، ج 2، مرجع سابق، ص 265.

¹⁸⁰¹ - انظر: عبد الكريم الطالب - قراءة في أساس القوة الملزمة للعرف، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 32، سنة 1999، ص 27 وما بعدها.

الألواح"، وبعض هذه الأعراف كان مخالفا لقواعد الشرع الإسلامي¹⁸⁰². وشرط العمل بالعرف ألا يخالف قاعدة شرعية، فقد قرر المجلس الأعلى¹⁸⁰³ أنه ((لا يعمل بالعرف إن خالف قاعدة شرعية))¹⁸⁰⁴، واعتبر لذلك أن ((العرف الذي يحرم المرأة من الإرث لا يعمل به))¹⁸⁰⁵. وكما نص على ذلك قانون الالتزامات والعقود في الفصل 475 : ((لا يسوغ للعرف والعادة أن يخالفا القانون إن كان صريحا)). وأن مدعي وجود العرف، عليه إثباته، ويجب اعتماد مقتضيات الفقه التي تحكم الموضوع ((و لا يجوز استبعادها والتيه مع العادات))¹⁸⁰⁶.

وإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية، قد أحالت على العرف¹⁸⁰⁷ في بعض موادها (2، 4، 14، 28، 35، 36، 39، 54، 118، 127، 131، 157) فإن من أهم الأعراف التي تجاهلتها المدونة : العرف السائد في بعض مناطق المغرب، والقاضي بتمكين الزوجة من حظها في الثروة ((لمشتركة)) التي كونتها مع الزوج بعملها¹⁸⁰⁸ أثناء الحياة الزوجية، حيث تأخذ الزوجة حظها من ذلك عند وفاة الزوج أو طلاقها منه. ويسمى هذا النصيب من الثروة المشتركة،

¹⁸⁰² - حول العرف بالمغرب: انظر عمر الجيدي- "العرف والعمل"، مرجع سابق، ص 218 وما بعدها .
وانظر: بنسالم حميش - " التشكلات الأيديولوجية في الإسلام (الاجتهادات والتاريخ) "، الدار البيضاء 1988، مبحث إشكالية الشريعة والعرف (حالة المغرب)، ص 176 - 190 .
¹⁸⁰³ - المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 203، بتاريخ 24-04-1968 . بمجلة القضاء والقانون، عدد 96، ص 329 . ومجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية (1966-1982)، مرجع سابق، ص 513.

¹⁸⁰⁴ - وفي ذلك يقول بعض الفقهاء :

العرف ما يعرف بين الناس ومثله العادة دون بأس
ومقتضاهما معا مشروع في غير ما خالفه المشروع

¹⁸⁰⁵ - المجلس الأعلى - قرار عدد 481، بتاريخ 04 / 12 / 1979، ملف شرعي عدد 54230، (غير منشور)، ذكره محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 49، هامش 70.

¹⁸⁰⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 932، بتاريخ 14 / 06 / 1983، ملف عقاري عدد 83283، بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 33 / 34، ص 91 .

¹⁸⁰⁷ - وتجب الإشارة إلى أن مراعاة العرف تعتبر من قواعد المذهب المالكي .

¹⁸⁰⁸ - يقرر الباحثون أن عمل النساء غير الأرستقراطيات كان شائعا في قطاعات لم تكن عديمة الأهمية في الاقتصاد ما قبل الرأسمالي، وأن المرأة المغربية التي تعيش في الحواضر لم تخرج بكثافة إلى ميدان العمل إلا بعد الاستقلال (انظر: فاطمة المرنيسي "الجنس كهندسة اجتماعية" ترجمة فاطمة الزهراء زريول. مرجع سابق، ص 144-145).

المخول للزوجة العاملة في تلك الحالات بـ "سعاية المرأة" أو "جراية المرأة" أو "كُدّ المرأة" ويسمى كذلك "تمازالت" بأمازيغية منطقة سوس¹⁸⁰⁹. وهو موضوع عدة فتاوى فقهية¹⁸¹⁰.

¹⁸⁰⁹ - حول سعاية المرأة، انظر "العمل السوسي في الميدان القضائي"، لأبي زيد الجشتيمي بشرح عبد الرحمان الجشتيمي، مرجع سابق، ص 281-286. والمنهل العذب السلسيل، للأزاريفي، ج 1، مرجع سابق، ص 257-265.

- الميليكي الحسين: من الحقوق المالية للمرأة - نظام الكد والسعاية (نماذج من العمل القضائي المغربي الحديث)، ج 1، ط 1، الرباط 1999.

- نوازل العلمي، ج 1، مرجع سابق، ص 188 و 189 .

- محمد الكشور: قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 455 وما بعدها .

- فريدة بناني - تقسيم العمل بين الزوجين، مرجع سابق، ص 188 وما بعدها.

¹⁸¹⁰ - يستشف من النصوص الفقهية وجود منازعات حول مردود المرأة من نسج أو غزل، ومدى أحقية الزوجة في مردود عملها، ونسبة حصتها فيه، سواء بعد وفاة الزوج أو طلاقها منه. وقد قرر الفقهاء أحقية الزوجة في حصة الزوج. فقد أفتى ابن عرضون بأنه يعطى للزوجة حق مقاسمة الزوج فيما ينتج بينهما من زرع أو ضرع عند الطلاق أو عند الوفاة عند توافر شروط حددها. ويستند ابن عرضون في فتواه على كون بلاد غمارة تحرم تحريم المرأة الحرة كالأمة، ولذلك إذا عملت ترك لها حصتها فيما يسميه بالسعاية.

وجاء في العمل الفاسي لأبي زيد الفاسي:

للزرع بالدرس والحصاد	خدمة النساء في البوادي
على التساوي بحسب الخدمة	قال ابن عرضون لهن قسمة
قالوا لهم في ذلك عرف يعرف	لكن أهل فاس خالفوا

وأفتى أبو عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني (النوازل الصغرى . ج 2، مرجع سابق، ص 17-18، و ص 286 و ص 288) .بمثل ذلك موردا نصوصا فقهية تنص على أنه لها بمقدار جريها مما زاد على مال الزوج يوم تزوجها بحسب نظر أهل المعرفة، وأنه طبق "مذهب الإمام مالك، فإن المرأة إذا كانت تعمل مثل النسج والغزل ونحوهما، فإنها شريكة الزوج في ما استفاده من خدمتها أنصافا بينهما، وكذلك الأم مع أولادها، والأخت مع أختها، والبنت مع أبيها ؛ ونساء البادية والحاضرة في هذا سواء". وأورد صاحب العمل السوسي (المنهل العذب. مرجع سابق، ج 1 ص 257-267) فتوى بمناسبة بحثه في سعاية المرأة، أي حقها في نصيب من العروض التي كونتها بعملها إلى جانب الرجل تعطي لها نفس ما أفتى به سابقا. ويلاحظ أن النصوص الفقهية تميز غالبا ما بين عمل نساء البادية وعمل نساء الحاضرة، فتقرر ألا سعاية لنساء الحواضر ولا كسب لهن لأنهن في الحجاب وأنهن إنما يردن للفرش، ما لم تكن تلك السعاية معينة على الزوج بعملها في الغزل والنسيج والطرز. أما نساء البوادي فمدخول فيهن على الخدمة. وحول فتوى ابن عرضون انظر: عبد الكبير العلوي المدغري - المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير . مرجع سابق، ص 197 وما بعدها، وكذلك تطبيقات للتدبير التعاقدية لأحوال الأسرة الذي يدعو إليه المؤلف المذكور ، ص 83 وما بعدها من المرجع السابق .

غير ((أن القضاء المغربي - وعلى رأسه الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى - لم يتجاهل هذا العرف، وإنما طبقه في أول فرصة عرضت عليه لحماية للحقوق المالية للمرأة))¹⁸¹¹، وهو ما تقضي به محاكم الموضوع¹⁸¹²، في منطقة سوس اعتمادا على عرف المنطقة، ونصوص الفقه المالكي، واجتهاد المجلس الأعلى الموجود في المسألة لكنه لا يحظى بنشر واف¹⁸¹³.

¹⁸¹¹ - محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 459 . وهكذا أورد الأستاذ الكشور :

- قرار المجلس الأعلى عدد 177، بتاريخ 02 / 05 / 1980، ملف اجتماعي عدد 74449، (غير منشور)، جاء فيه: ((حقا، حيث إن الحكم المطعون فيه تبني الحكم الابتدائي وصححه . وحيث يتضح من الحكم الابتدائي، أنه يكتسي صبغة القصور في الأسباب، ولم يجر على السنن المتبعة في القطر السوسي، في شأن الكد والسعاية للزوجات، المتوفى عنهن، أو المطلقات، والتي نص عليها الفقهاء في فتاواهم وأحكامهم)) .

- قرار المجلس الأعلى عدد 310، بتاريخ 29 / 04 / 1980، ملف شرعي عدد 69032، (غير منشور)، جاء فيه : ((المطلوب هو إثبات السعاية، وعند ثبوتها، يكون الناتج عنها مشتركا، وهذا أمر معروف بين أهل البادية، وصدرت به الأحكام قديما وحديثا وبه الفتوى في نوازل سيدي المهدي الوزاني، ونوازل العباسي وغيرها . وبسبب ذلك، يكون الحكم المطعون فيه، غير معلل تعليلا صحيحا، وغير موافق للتشريع)) .

وقد خصص الأستاذ الميلكي الحسين كتابه (نظام الكد والسعاية، مرجع سابق) لإيراد نماذج لعدة أحكام ابتدائية واستثنائية كثيرة في الموضوع. وبالأخص قرارات للمجلس الأعلى (ص 62-84 من المرجع المذكور):

- المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 44، بتاريخ 28/11/1987. نقض الحكم الذي لم يعتد بالحجج المثبتة للسعاية.

- المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 177، بتاريخ 12/05/1980. جاء فيه:

((حقا حيث إن الحكم المطعون فيه تبني الحكم الابتدائي وصححه. وحيث يتضح من الاطلاع على الحكم الابتدائي أنه يكتسي صبغة القصور في السبب ولم يجر على السنن المتبعة في القطر السوسي، في شأن الكد والسعاية للزوجات المتوفى عنهن أو المطلقات والتي نص عليها الفقهاء في فتاويهم وأحكامهم، مما أشير إلى البعض منه في الوسيلة. مما تكون الوسيلة في محلها)) ونقض المجلس الأعلى لذلك الحكم المطعون فيه.

- المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 662، بتاريخ 19/12/1979.

- المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 545، بتاريخ 12/10/1982.

وأوردت الأستاذة فريدة بناني بدورها أحكاما في الموضوع . انظر كتابها : تقسيم العمل بين الزوجين،

مرجع سابق، ص 316، هامش 440.

¹⁸¹² - انظر بهذا الصدد الحكم الابتدائي الصادر عن القاضي المقيم، بمركز القاضي المقيم لأولاد تايمه، بتاريخ 10 /

01 / 1994، ملف عدد 91 / 7 . نشر مترجما إلى اللغة الفرنسية، بمجلة الحدث القانوني، عدد 11، دجنبر

1998، ص XVIII وما بعدها . مع تعليق للأستاذ نجية طق . ص XXI وما بعدها من نفس المرجع

أعلاه .

بل لقد تم تقديم مقترح من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، أمام جامعة الصحوة الإسلامية التي انعقدت بالمغرب (29 / 30 أكتوبر 1998)، يتعلق بإنجاز عقد بخصوص قسمة الأموال بين الأزواج، في إطار إدارة تعاقدية للشؤون العائلية¹⁸¹⁴، وهو النظام

فقد حفلت حيثيات هذا القرار، بعدة أسانيد فقهية وعرفية وقضائية، لتبرير قضائه للزوجة بحقها في السعاية، والحكم لها بنصيب مما تركه الزوج من أملاك نتيجة عملها معه، والذي أثبتته بلفيف عدلي . فساق الحكم المذكور، ما قضى به الخليفة عمر ابن الخطاب في قضية حبيبة بنت زريق التي كانت تساعد زوجها أمير بن الحارث، في عمله كنساج . حسبما رواه الفقيه ابن زنين في كتابه منتخب الأحكام . كما ساق ما أورده العمل الفاسي بخصوص السعاية، وما قاله ابن عاصم بخصوص القضاء بالعرف، وما أفتى به ابن عرضون . بخصوص السعاية. فضلا عما استقر من عرف بخصوص سعاية المرأة في منطقة سوس (الجشتيمي - المنهل العذب السلسبيل للأزريقي، ج 2، مرجع سابق، ص 237 و 238)، وهو عرف يقضي به المجلس الأعلى (قرار عدد 44، بتاريخ 28 / 01 / 1978، ملف رقم 46767) .

وإذا كان هذا الحكم يتعلق بعقارات غير محفظة، تخضع لقواعد الفقه المالكي . فإنه يثور التساؤل عن الحل بالنسبة للعقارات المحفظة و السيارات وغيرها من الأموال التي يعتد فيها بالتسجيل أساسا .¹⁸¹³ - من آخر ما نشر بمجلة قضاء المجلس الأعلى: قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - عدد 1520، بتاريخ 1998/03/05. بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 52، ص 329 وما بعدها. ويتعلق هذا القرار بعلاقة حق السعاية بالقواعد المتعلقة بالعقارات المحفظة. حيث اعتبر المجلس الأعلى أنه لا أثر لما تدعيه المدعية بالسعاية من حقوق عينية في عقار محفظ ما لم تكن هذه الحقوق مسجلة باسمها في الرسم العقاري. وانظر تعليقا على هذا القرار بنفس المرجع السابق (ص337-337) للأستاذ عبد السلام حسن رحو. وتعليقا آخر على نفس القرار للأستاذ أحمد زوكاغي، بجريدة العلم العدد 18221 بتاريخ 09 أبريل 2000. وانظر تعليقا آخر للأستاذ زوكاغي (نحو الاعتراف بحق الكد والسعاية انطلاقا من حكم المحكمة الإدارية بالرباط المؤرخ في 15 ماي 1997) بجريدة الحياة اليومية، عدد 225، بتاريخ 28 ماي 2001 تناول فيه حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 439 بتاريخ 15 ماي 1997، الصادر بشأن حقوق المرأة في السعاية بخصوص عقارات محفظة، ومقاضاة المحافظ العقاري بشأن هذه الحقوق من أجل تسجيلها بالرسم العقاري. وقد تم نشر حكم المحكمة بمجلة رسالة المحاماة عدد 15، أكتوبر 2000، ص 185-187.

¹⁸¹⁴ - نجية طق طق . في تعليقها على حكم القاضي بمركز أولاد تايمة (10 / 01 / 1994) ص XXIII و ص XXI. من المرجع المذكور أعلاه (الحدث القانوني) . وقد أشارت الباحثة المذكورة، إلى أن هذا المقترح أثار نقاشا بين المتناظرين . وأنه لا يتضمن أي تجديد . وأبدت تخوفها من أن يصبح اشتراط مثل هذا العقد ضروري، للقضاء للمرأة بحقها في نتاج العمل المشترك بين الزوجين، مما سيمس بالمكتسبات التي يتم القضاء بها الآن، في غياب العقد المذكور . وقد أثارَت الباحثة في النهاية تساؤلات عما إن كان حق السعاية يقضى به ولو بعد الطلاق، وما إن كان يمكن لربة البيت أن تطالب به كذلك من جراء عملها لفائدة الأسرة (ص XXII من المرجع السابق) .

التعاقدى الذي بينه السيد عبد الكبير العلوي المدغري (وهو وزير للأوقاف والشؤون الإسلامية) في كتابه ((المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير))¹⁸¹⁵.

ولربما يتطلب هذا الموضوع الآن حلا قانونيا، لا على أساس العرف السوسى أو العرف الغمارى أو ما جرى به العمل الفاسى¹⁸¹⁶. لأن عمل المرأة الآن ومساهمتها في خير الأسرة، لم يعد قاصرا على جهة دون أخرى من المغرب¹⁸¹⁷. فلا معنى لقصر حق السعاية على جهة دون أخرى، مع قيام موجب ذلك في كل الجهات. وقد تضمن مشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية، اتجاها يدعو إلى توزيع الأموال المشتركة الناجمة عن عمل الزوجين، في حالة الطلاق، وهو موقف لم يسلم بدوره من الخلاف الدائر حول مشروع الخطة المذكورة.

¹⁸¹⁵ - عبد الكبير العلوي المدغري - المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير . مرجع سابق. وانظر بصفة خاصة تطبيقات التدبير التعاقدى لأحوال الأسرة الذي يدعو إليه المؤلف، ص 83 وما بعدها من المرجع المذكور.
¹⁸¹⁶ - وبالفعل يثور التساؤل حول أساس الأحقية في السعاية، هل هو النص : الوارد في العتبية عن ابن القاسم ؟ أو هو العرف السائد في مناطق معينة ؟ ذلك أن القول بأن الأساس هو النص يجعل القاعدة عامة ومجردة تسري حتى في المناطق التي لا يوجد بها ذلك العرف، فيشمل حالة : الزوجة الموظفة، والزوجة العاملة في المعامل في المدن الكبرى . أما القول بالعرف فيجعل القاعدة منوطة بإثبات العرف، والفقه على أن حق المرأة فيما كونته من ثروة مشتركة للأسرة، مقصور على مناطق دون أخرى.

¹⁸¹⁷ - تجدر الإشارة هنا إلى أن المجلس قرر قاعدة يتم التساؤل عما إن كان يمكن تطبيقها بخصوص السعاية : وهي : ((إن الأعمال التي يقوم بها المرء لصالح غيره - طبق القاعدة الفقهية القائلة : إن كل من أوصل إلى غيره نفعا بفعله فله أجره مثله - لا تحمل على المواساة والإحسان إلا بالنسبة لمن لا مال له وقت العمل لصالحه . ولم يحتفظ بحق الرجوع عليه)) ويتعلق بمطالبة أخ لأخيه الضرير بتعويض عما قام به لصالح شركة الفلاحة والماشية التي كانت بينهما قبل صدور حكم بالقسمة . فحكم برفض طلبه بعله أن العرف يفترض القيام بشؤون ذي العاهة على وجه الإحسان . فنقض المجلس الأعلى الحكم المذكور للعللة أعلاه (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 203، بتاريخ 24 / 04 / 1968، محجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 5، ص 4)) . الذي قرر فيه المجلس الأعلى : أنه لا يعمل بالعرف إذا خالف قاعدة شرعية .

المبحث الثالث

كيفية تعامل القضاء

المغربي مع مفهوم الإحالة على المذهب المالكي

سنركز الحديث هنا على كيفية تعامل القضاء المغربي مع قاعدة الإحالة في حد ذاتها، أي من الناحية الشكلية، على أننا سنتناول أعمال المجلس الأعلى لقاعدة الإحالة من الناحية الموضوعية، أي من خلال تطبيقه للقواعد الفقهية المخال عليها في مادة الأحوال الشخصية، وذلك في الفصل الثاني من هذا القسم . وعلى ذلك سنبرز هنا، موقف المجلس الأعلى من تحديد نطاق الإحالة بالنسبة لمجمل كتب المدونة (المطلب الأول)، ثم نعرض لحدود عملية التراجع بين الأقوال من طرف المجلس الأعلى، أو اعتباره لأمر ما مما جرى به العمل (المطلب الثاني)، ثم نعرض لمدى شمول قاعدة الإحالة للقواعد الفقهية الشكلية والموضوعية (المطلب الثالث)، وأخيرا نتطرق إلى مسألة عدم الإشارة في الأحكام القضائية، إلى أن تطبيق القواعد الفقهية هو من باب أعمال قاعدة الإحالة (المطلب الرابع) .

المطلب الأول

مدى شمول الإحالة لكافة كتب المدونة

إن المدونة، نصت على مبدأ الإحالة على الفقه المالكي بمقتضى قاعدة صيغت كالتالي: ((كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك))، وذلك في أربعة فصول من المدونة، ذيلت بها أربعة كتب من كتبها الست. فقد نص على القاعدة المذكورة في آخر الكتاب الثاني المتعلق بالطلاق (الفصل 82)، وفي آخر الكتاب الرابع المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية (الفصل 172)، وفي آخر الكتاب الخامس المتعلق بالوصية (الفصل 216)، وفي آخر الكتاب السادس المتعلق بالإرث (الفصل 297). غير أنه لم ينص على القاعدة المذكورة في كل من الكتاب الأول المتعلق بالزواج، والكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها.

وإن حصر النص على قاعدة الإحالة على الفقه المالكي، في بعض كتب المدونة، هو الذي جعل المجلس الأعلى يذهب في قراراته منشورين إلى أن كتب المدونة غير المذيلة بقاعدة الإحالة،

لا يلجأ بصددها إلى مقتضيات الفقه المالكي، لعدم النص على قاعدة الإحالة في تلك الكتب .

فقد تقدم أحد الأشخاص أمام المحكمة الابتدائية بطنجة بمقال طالب بمقتضاه إسقاط حضانة مطلقة نظراً لعدم أهليتها للحضانة وتعاطيها للتجارة والأسفار مما أثر على المحضونين . فحكمت المحكمة بإسقاط حضانتها . وأيدتها محكمة الاستئناف بمدينة طنجة، معللة قضاءها بأن تعاطي الحضانة للتجارة يؤثر على صيانتها للمحضونين والحال أن الفقه المعمول به في المذهب هو أنه لا حضانة لغير الصبي الذي لا يتفرغ لمباشرة هذه الصيانة شخصياً كما نص على ذلك التسويي وغيره من الفقهاء¹⁸¹⁸ . فتم الطعن بالنقض في القرار المذكور، على أساس ((أن التجاء القرار المطعون فيه إلى أقوال الفقهاء لا يصح أن يحمل على الاجتهاد، مادام هناك نص يقين بما يكفي من الدقة والوضوح أحكام الحضانة (الفصل 98 من المدونة بخصوص شروط الحضانة) فالعدول عن تطبيق الفصل 98 من مدونة الأحوال الشخصية، والاتجاه إلى أقوال الفقهاء، يتنافى مع ما قرره المدونة نفسها في فصلها 297 من أنه لا يرجع إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، إلا فيما لم تشمله المدونة، ومن هنا يتضح السبب الذي من أجله لم تركز المحكمة قرارها على أي نص قانوني معمول به في النازلة)) .

فنقض المجلس الأعلى¹⁸¹⁹ الحكم المذكور وتصدى للبت في جوهر القضية، على أساس أنه لا مجال لإعمال قواعد الفقه بخصوص موضوع النازلة وقال المجلس الأعلى : ((نعم، حيث إن الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية، يوجب على القاضي أن يبت في حدود طلبات الأطراف، ولا يسوغ له أن يغير تلقائياً موضوع أو سبب هذه الطلبات . كما يوجب عليه أن يبت دائماً طبقاً للقوانين المطبقة على النازلة، ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة . وحيث إن الطلب في النازلة يرمي إلى الحكم بسقوط حضانة الطاعنة على ولديها إدريس ولطفة لسبين هما انحلالها الخلقي وتعاطيها للتجارة . وحيث لم تقم الحجة فيما يتعلق بالسبب الأول، وأن الفصل 98 من مدونة الأحوال الشخصية، الذي يحدد شروط الأهلية للحضانة على سبيل الحصر، لا

¹⁸¹⁸ - وفي الواقع فإن ممارسة التجارة - في حد ذاته - من قبل الحضانة لا يسقط حقها في الحضانة، حسب بعض فقهاء المذهب المالكي . فقد نص الشيخ خليل في مختصره، لدى استثنائه السفر للتجارة من مسقطات الحضانة : ((أو تسافر هي سفر نقلة، لا تجارة))، قال شارحه الشيخ الزرقاني : ((لا يسقط حق الحضانة بسفرها للتجارة)) (الزرقاني على خليل، ج 4، مرجع سابق، ص 271) .

¹⁸¹⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 327، بتاريخ 22-09-1980، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 27 ص 145.

ينص على أن التعاطي للتجارة يعتبر من موانع الحضانة . وحيث إن الكتاب الثالث من مدونة الأحوال الشخصية الذي وردت في بابه الثالث المقتضيات التي تطبق فيما يتعلق بالحضانة، لا يشمل فصلا يحيل على الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك؛ خلافا لما هو عليه الشأن بالنسبة لباقي كتب المدونة . الأمر الذي تكون معه محكمة الاستئناف قد خرقت مقتضيات الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية، والفصل 98 من مدونة الأحوال الشخصية، ولم تعط لما قضت به أساسا صحيحا من القانون وبالتالي عرضت قرارها للنقض . وحيث ينبغي التصدي للقضية والبت فيها فوراً طبقاً لمقتضيات الفصل 368 من قانون المسطرة المدنية . من أجله قضى المجلس بنقض وإبطال القرار المطعون فيه وتصدياً للقضية بإلغاء الحكم الابتدائي ورفض الطلب)) .

وفي نفس الاتجاه أصدرت الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى قراراً آخر¹⁸²⁰، تتلخص وقائعه في أن المدعية طالبت مفارقتها بتمكينها من حضانة بنتها التي أخذها المدعى عليه مفارقتها منها، بالرغم من كون الحضانة حق يعود إليها. فحكمت المحكمة الابتدائية برد البنت لأُمها لكونها هي مستحقة الحضانة. لكن محكمة الاستئناف ألغت الحكم المستأنف ورفضت طلب المدعية، اعتماداً على نصوص فقهية تقول بسقوط الحضانة لبقاء الخوضون لأكثر من سنة تحت يد المتأخرة رتبته في الحضانة، وسكوت من هو أولى منه بالحضانة أثناء ذلك . فطعن المدعية بالنقض في قرار محكمة الاستئناف المذكور، على أساس أن سقوط الحق في الحضانة لعدة السكوت مدة سنة محله عندما تتزوج الحاضنة ويسكت من له الحق في الحضانة عن المطالبة بها، وهذا لا يطبق في حالتها، لأنها تستحق الحضانة بعد انفصام الزوجية، ولأن الكتاب الثالث من المدونة لم يشير إلى تطبيق قواعد المذهب المالكي في باب الحضانة، حتى يمكن الحكم بمقتضى نصوص فقهية. فتبنى المجلس الأعلى، موقف المدعية طالبة النقض، قائلاً: ((حقاً، حيث إن الكتاب الثالث من المدونة المتعلق بالولادة ونتائجها والمخصص بابه الثالث للحضانة لم يُختم كغيره من كتب المدونة بالتنصيص على أن ما لم يشملهُ يُرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، مما يجب معه تطبيق ما ورد فيه، دون الالتجاء إلى مراجع فقهية غيره)) .

وهكذا يظهر من خلال هذين القرارين، أن المجلس الأعلى قد حصر مبدأ الإحالة على المذهب المالكي في حدود ضيقة، بحيث لا يمكن حسب القرارين أعلاه، الرجوع لقواعد المذهب

1820 - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية . قرار عدد 583 بتاريخ 14-10-1981، بمجلة قضاء المجلس

المالكي بخصوص الكتاب الأول (الزواج)¹⁸²¹ والكتاب الثالث (الولادة ونتائجها: النسب، الحضانة، والنفقة) وذلك لخلو الكتابين المذكورين من النص على قاعدة الإحالة على المذهب المالكي. رغم أن هذين الكتابين يتعلقان بمواضيع هامة وخصبة في مادة الأحوال الشخصية، لم تفصل مدونة الأحوال الشخصية أحكامها في الكتابين المذكورين بصفة كافية، يمكن أن تغني عن الرجوع لمصدر آخر لأحكام مواضيعهما، خاصة بالنسبة للكتاب الثالث الذي لا تعتبر فصوله الخمسون كافية لمعالجة مسائل النسب وما يرتبط به من مشاكل، ومسائل الحضانة والرضاع، وكذا النفقة . وإن من شأن إقرار ما جاء بالقرارين أعلاه أن يشكل فراغا قانونيا كبيرا خاصة فيما يتعلق بالنسب والنفقة. ولذلك فإن دارسي قانون الأحوال الشخصية المغربي يعلقون على هذين القرارين بأتهما ((محل نظر))¹⁸²²، خاصة وأن مشروع المدونة الذي وضعته وزارة العدل، كان يتضمن فصلا واحدا بخصوص قاعدة الإحالة على الفقه المالكي وهو الفصل 265 الذي ذيل به المشروع¹⁸²³ وإن تضمن النص الرسمي للمدونة قاعدة الإحالة في كتب معينة، هي ضرورة أملاها صدور المدونة على شكل كتب متفرقة من حيث الزمان، إذ لم يتم إصدار المدونة دفعة واحدة كما سلف بيانه . كما أن عمل المجلس يثبت أن القرارين المذكورين شاذين وفريدين، ويدخلان في باب قرارات المجلس الأعلى التي لا تكرر قاعدة قانونية أو مبدأ قانونيا ملزما في الموضوع، لأن المجلس الأعلى ولحد الساعة يعتمد الفقه المالكي بالنسبة للكتب التي لا تحمل قاعدة الإحالة على المذهب المالكي¹⁸²⁴.

¹⁸²¹ - وبالفعل، فإن محكمة الاستئناف بالناظور (ملف عدد 179 / 1990، بتاريخ 19 / 02 / 1990)، قررت بخصوص قضية تتعلق بفسخ عقد الزواج لعدم الكفاءة الدينية للزوج، أن كتاب الزواج لا يجيل عل الفقه، بخلاف ما نصت عليه المدونة صراحة في كتب أخرى . انظر : تعليقات الحكم المذكور، الواردة بقرار المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 674، بتاريخ 31 / 05 / 1994، ملف عدد 575 / 91 . منشور بمجلة الملحق القضائي، عدد 33، ص 142 - 145 . مع تعليق الأستاذ أحمد زوكاغي عليه، ص 137 وما بعدها، من نفس المرجع .

¹⁸²² - أحمد الخليلي - "التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، ج 1، مرجع سابق، ص 4 هامش 2.

¹⁸²³ - بينما الفصل الأخير من النص النهائي للمدونة أصبح يحمل رقم 297. ولذلك فإن البعض يعتبر أن الفصول المتعلقة بالإحالة على المذهب المالكي، هي فصول مكررة (مداخلة السعدية وضاح - أشغال ندوة : مدونة الأحوال الشخصية : أي تغيير ؟. منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط . ص 14) .

¹⁸²⁴ - فمثلا قرر المجلس الأعلى في باب الحضانة (الكتاب الثالث) أن أملاك المحضون يجوز بيعها من قبل الحاضنة، إن كانت تلك الأموال تافهة . وقد اعتمد المجلس الأعلى على قواعد فقهية لخصها الشيخ خليل بقوله "وعمل بإمضاء اليسير" كما أقر مسألة الوصي بالعرف الجاري بها العمل في البوادي المغربية (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية

المطلب الثاني

حدود عملية الترجيح بين الأقوال من قبل المجلس الأعلى

لا يقوم المجلس الأعلى بعملية الترجيح باستقلال عما في كتب الفقه المعتمدة، فهو لا يطبق ضوابط الترجيح المخولة للمجتهدين من فقهاء المذهب، وفق ما سبق بيانه . بل إنه يعتمد ما رجحه الفقهاء قديما أو قالوا بجريان العمل به . ولذلك فإن المجلس الأعلى يقتصر على استعراض أقوال الفقهاء التي ترجح قولاً دون آخر أو تقول بجريان عمل دون آخر . وقد سبق التذكير سابقاً بأن القضاء المغربي قرر هذا المبدأ قديماً قبل صدور المدونة، وذلك وفق ما استقر عليه الفقه منذ عهدود. فقد جاء في حكم صادر عن العلامة الشيخ أبي شعيب الدكالي¹⁸²⁵: ((إن القضاة محجور عليهم في الحكم، إلا بالمشهور، أو الراجح، أو ما به العمل . وأن القاضي المقلد، لا مجال له

. قرار عدد 134، بتاريخ 26-03-1969، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 10 ص 5. ومما جاء فيه : ((حيث إن مجموع المبيع يبلغ 41 آرا، وأن ثمن بيع 22 آرا ونصف يبلغ 225 فرنكا، مما يدل على تفاهة الشيء المبيع، ويرر جواز بيع الحاضنة آنذاك لأملاك محضوناتها، حسب قول الشيخ خليل في باب الحجر : " وعمل بإمضاء اليسير " خصوصا وأنه يتفق في أهل البوادي، أن يموت شخص من غير وصية ويحضر الصغير قريبه، فهو كالوصي ((. إلى غير ذلك من القرارات التي يمكن تبينها في ثنايا هذا البحث.

1825 - مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى - حكم بتاريخ فاتح ربيع الأول، منشور بمجلة رابطة القضاة، السلسلة القديمة، عدد 1، ص 47 .

ويتعلق الأمر بحكم صادر برئاسة العلامة الشيخ أبي شعيب الدكالي، وقد كان القاضي الذي نقض الشيخ حكمه، قد استند مباشرة إلى حديث النبي صلى الله عليه وسلم ((شاهدك أو يمينه))، وقضى باليمين على المدعى عليه، فتم نقض حكمه على أساس أنه ليس أهلا للاجتهد . انظر :
- أحمد الخليلي - تأملات حول موضوع " فلسفة التشريع الإسلامي "، بكتابه وجهة نظر . مطبعة النجاح الجديدة، ط 1، الدار البيضاء 1988، ص 207 و 208، هامش 5 .
- أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 35 .
- و عمر بوخدة - تكييف الدعوى المدنية - بمجلة رسالة المحاماة، عدد 5، ص 145 .

وتجدر الإشارة إلى أن الشيخ أبا شعيب الدكالي (الشيخ شعيب) (ت 1356هـ/1937 م) كان قد انتقل إلى مصر وعمره 19 عاما في سنة 1314 هـ / 1896، وجاور بمكة سنين عديدة، ورجع إلى المغرب سنة 1325هـ/1907 م. وولي قضاء مراكش، ثم عين وزيرا للعدل واستمر في هذه الوظيفة مدة اثنتي عشرة سنة إلى أن استعفى منها متعللا بأسباب صحية (انظر : محمد حجي : انبعاث الفقه وتطبيق الشريعة. منشورات كتاب دعوة الحق، العدد الثالث 1999، ص 44 وما بعدها).

في الاستنباط . وأن المتعين عليه، هو الحكم بالمسطر في كتب مذهبه . لقول الشيخ خليل: (فحكم بقول مقلده)، أي - وكما قال الزرقاني - بالراجح أو بالمشهور من مذهبه))¹⁸²⁶ .

ونفس المنهج يتبع بالنسبة لما جرى به العمل : ففي قضية إرثيه، احتج فيها بعض الأطراف بكون المورث سبق له أن أبرأهم بخصوص بعض الأملاك، لكن محكمة الموضوع اعتبرت أن الإبراء المذكور لا يشمل العقار . فقرر المجلس الأعلى¹⁸²⁷ : ((إن ما عللت به المحكمة، من عدم شمول الإبراء العام للعقار وغيره يعتبر تعليلا ناقصا، يتزل متزلة انعدام التعليل . لما هو منصوص عليه فقها، من كون الإبراء يشمل العقار وغيره على القول الراجح والمعمول به، لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . خلافا لما قاله صاحب العمل المطلق في منطوقه :

والربع من ذلك العموم خصا إلا إذا نص عليه نصا

لأن ذلك هو من عمل تونس، وليس من عمل المغرب الأقصى، الذي يسير على نهج عمل فاس، كما نص على ذلك العلامة سيدي المهدي الوزاني في حاشيته على شرح لامية الزقاق، عند قوله:

وإن عم الإبراء والخلع سابق فقصر وتعميم جميعا تأهلا

وكما نص عليه الشيخ خليل رحمه الله في باب الإقرار بقوله : وإن أبرأ فلان فلانا عمًا له قبله أو من كل حق أو أبرأه، بريء مطلقا . الشيء الذي كان ما علل به الحكم المطعون فيه، لا يرتكز على أساس يعرضه للنقض))¹⁸²⁸ .

¹⁸²⁶ - للوقوف على ما ورد عن الزرقاني في هذا الحكم ، انظر: شرح الزرقاني لمختصر خليل - مرجع سابق، ج 7، ص 124 .

¹⁸²⁷ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 112، بتاريخ 26 / 07 / 1983، بمجلة القضاء والقانون، عدد 132، ص 145 .

¹⁸²⁸ - لقد أخذ المجلس الأعلى في هذا القرار (عدد 112، برئاسة الأستاذ العربي حجي) بعمل فاس، رغم أن العقار الآن له ضوابط خاصة في التفويت . وقد علق على هذا القرار الأستاذ محمد الصقلي، الرئيس السابق للقسم الأول لغرفة الأحوال الشخصية، بمجلة القضاء والقانون، عدد 133-134، ص 119 وما بعدها . ولأهمية هذا التعليق نورد منه ما يلي (ص 119 - 124) : عرض المعلق لخلاف الفقهاء في موضوع مدى شمول الإبراء للعقار والنقول، فأورد فتوى ابن رشد بإرجاع العموم إلى جميع الدعاوى وتعميمه دون استثناء (العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب) . وخالفه في ذلك ابن الحاج الذي أفتى بأن الإبراء في وثيقة الخلع خاص بأحكام الخلع فقط، وتبعه في ذلك ابن مرزوق حسبما نقله الونشريسي (المعيار) . وقال أبو فحص عمر بن عبد الله الفاسي : كلا القولين معمول به، لقول الزقاق (جميعا تأهلا) . وما ذكره ابن الحاج وزكاه كل من ابن مرزوق والونشريسي، استقر العمل به العمل بتونس، وجرى به عمل الموثقين بفاس . وما جرى عمل القضاء به هو ضرورة التنصيص على العقار في وثيقة الإبراء في حالة إرادة شموله أو عدم شموله وإلى هذا أشار صاحب العمل المطلق :

والربع من ذلك العموم خصا إلا إذا نص عليه نصا .

ونادرة هي القرارات التي لم يتقيد فيها المجلس الأعلى بما رجحه الفقهاء السابقون . فقد تراجع المجلس الأعلى¹⁸²⁹ عن عمله السابق بخصوص موضوع كثيرا ما يطرح في نوازل الشفعة . وتتخلص وقائع القضية في كون أحد الشركاء تقدم بطلب الشفعة، بعد مضي خمسة عشر سنة من تاريخ بيع شركائه، معللا تأخره هذا بغيبته لعمله في الجندية وعدم علمه بالشراء . فقضت المحكمة الابتدائية برفض طلبه على أساس عدم ثبوت غيبته، وبذلك بقي طلبه مقدما خارج الأجل القانوني لطلب الشفعة . غير أن محكمة الاستئناف بمكناس، ألغت الحكم المذكور، تبعا لثبوت

وإذا كان صاحب العمل الفاسي وميارة لم يذكر هذا العمل كما قال الرهوني في الحاشية ولم ينسبها لفاس، فإنهما لم ينفياها عن فاس. وإن الهواري يقول بأن الإبراء العام لا يشمل العقار، بينما يقول المهدي الوزاني أن الإبراء العام شامل له . لقد كان الهواري قاضيا (ت 1328 هـ)، بينما المهدي الوزاني كان مدرسا بالقرويين ومفتيا لكنه لم يتول القضاء ((ومن المعلوم إذا تعارض قول مفت في نازلة قال فيها جرى العمل بكذا مع قول قاضي : العمل جرى بخلافه وهو كذا . فإن قول القاضي أجدر بالترجيح لممارسة العمل القضائي . وقدما قيل : " اندب لكل أمر أهل بلواه ")) . وهذا الذي جرى به العمل هو ما يتفق وقوانين التصرف في العقار حاليا . مما ينبغي معه تفسير الإبراء تفسيراً ضيقاً بحيث لا يسري إلا على المنازعات والحقوق التي كانت السبب في عقده . ((ولذلك، فالقول بشمول الإبراء العام في عصرنا الحاضر للمعينات دون التنصيص عليها، لا مبرر له، والقول بأنه عمل فاس في هذا الظرف لا سند له صحيح)) .

وحول مشكل الإبراء في الخلع : وما إن كان شاملا للحقوق المترتبة على العلاقة الزوجية أم يشمل حتى ما عداها من الحقوق ولو كانت تكنسي طابقا مدنيا صرف، لا ارتباط له بمادة الأحوال الشخصية، وما إن كانت تلك الحقوق منقولة أو عقارية محفظة أو غير محفظة . انظر :

- قرار المجلس الأعلى، عدد 217 . بتاريخ 16-01-1961، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 39، ص 472 .
- وقرار المجلس الأعلى، عدد 134 . بتاريخ 02-02-1960، بمجلة القضاء والقانون عدد 38، ص 394)
الإبراء العام لا يشمل الأصول العقارية (وقد أشار له الأستاذ الصقلي في تعليقه على القرار عدد 112 المذكور أعلاه .

- قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 597 . بتاريخ 13-06-1986 (ملف اجتماعي عدد 82/97. 240 . بمجلة رسالة المحاماة، عدد 4، ص 131 . (عدم شمول الإبراء، لكالي الصدق، والشورة لعموم الإبراء)، وقد جاء في هذا القرار (597) : ((الخلع يعتبر إلى حد ما من رسوم الأثرية، كما هو مقرر في باب من كتب الفقه . يلزم فيه ما يلزم في هذا الصدد من البيان، ولا يفتقر فيه من الضرر، إلا ما قامت فيه القرائن على أنه مقصود الملتزم . المشهور في العام إذا ورد على سبب خاص يخص ولا يعم، كما هو مقرر لدى الأصوليين .))

¹⁸²⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث والغرفة الاجتماعية - قرار عدد 415، بتاريخ 18 / 03 / 1986، بمجلة القضاء والقانون، عدد 139، ص 108 . مع تعليق للأستاذ محمد الصقلي، بنفس المرجع، ص 113 وما بعدها .

غييته وقضت له بالشفعة المطلوبة خارج الأجل، على أساس قول الشيخ خليل : ((وصدق إن أنكر علمه)) . فقال المجلس الأعلى وهو يتراجع عما استقر عليه العمل القضائي بهذا الخصوص : ((وحيث إن الحكم المطعون فيه، بالرغم من كونه استدلالاً من لفيفية المدعي غييته، فقد اعتمد هذا النص . ولعله تبع فيه الزرقاني، الذي لاحظ من كتب عليه، بأن هذا النص خاص بالحاضر، كما نبه على ذلك الشيخ بناني نقلاً عن الخطاب، والتوضيح . وهو الذي استقر عليه العمل القضائي . وحيث إن اعتماد هذا النص، والقضاء بمقتضاه بعد مرور خمسة عشر عاماً على عقد البيع المطلوب شفيعته، يشكل ضرراً فادحاً للطاعة . ذلك أنه يبعد كل البعد ألا يصل العلم للشريك في عقار، بظهور شريك جديد أصبح يملك معه طيلة هذه المدة، وأنه ما علم به إلا ساعة قيامه برفع دعواه . لاسيما في هذا العصر . وتحقيقاً للعدالة وعملاً بقول المشرع العظيم: ((لا ضرر ولا ضرار)) فالذي يتعين العمل بمقتضاه في نوازل الشفعة التي يقام بطلب الأخذ بها بعد العام من تاريخ هذا البيع بدعوى عدم العلم بالنسبة للحاضر، ومن في حكمه، في عصرنا هذا : أن تحدد مدة القيام في أربعة أعوام من تاريخ البيع . وهي مدة كافية لحصول العلم للشريك بظهور شريك جديد معه . ولا يصدق فيما زاد عليها، لاستبعاده . وهذا الفقه أخذ به جماعة من أقطاب فقهاء المالكية، وفي طليعتهم ابن عبد الحكم، وابن المواز . واقتصر عليه الباجي في كتابه شرح موطأ الإمام مالك، وابن رشد، والفشتالي . الأمر الذي يستوجب القول بتقييد خليل : ((وصدق إن أنكر علمه))، بما أجمع عليه هؤلاء المجتهدون . يعني : يصدق القائم بيمينه إذا قام يطالب خارج سنة عقد البيع وداخل أربعة أعوام . وحيث إنه تبعاً لما ذكر، يكون الحكم المطعون فيه، الذي اعتبر المطلوب كان غائباً غيبية اتصال، وقضى لفائدته بمقتضى اللفيفية المشار إليها، يكون غير مستند على أساس، ويتعين نقضه))¹⁸³⁰ .

1830- لقد علق على هذا القرار (415) الأستاذ محمد الصقلي رئيس الغرفة التي أصدرت هذا القرار، ومما جاء في تعليقه (بمجلة القضاء والقانون، عدد 139، ص 113 وما بعدها) : استقر العمل القضائي على تصديق الشفيع في نفي علمه بالشراء مع مرور الزمن الطويل، مع يمينه . إلا أن في هذه مضرّة كبيرة للمشفوع منه نظراً لعوامل التضخم وارتفاع الأسعار . ولذلك غير المجلس الأعلى في قضاؤه هذا: ((إن المجلس الأعلى اعتمد قوة القول بتحديد أمر الشفعة في أربعة أعوام . والذي وقع الاقتصار عليه في كتاب المنتقى شرح موطأ الإمام مالك رضي الله عنه، حسبما علم من الوقوف عليه، ولاحظه الشيخ الرهوني مما أشير إليه آنفاً . وقوته تكمن في قوة دليبه، مما يجعله في مرتبة الراجح لما هو معلوم من أن الراجح ما قوي دليبه وإن قل عدد القائلين به . الأمر الذي جعل المجلس ينجح إليه فيما قضى به . علماً منه بان العمل به في هذا العصر يحقق مقاصد الشريعة وفي نطاق ما هو مطوق به من الحكم بالراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك رضي الله عنه، وإن كانت الأربع سنين في الحقيقة كثيرة كما صرح بذلك ابن المواز نفسه في عصره الذي مضت عليه حقب كثيرة من الزمن فكيف

إن هذا القرار هام، ليس بالنسبة للموضوع الذي يتعلق به فحسب، بل لأنه يرسم كذلك خطوات متقدمة على صعيد تفعيل دور المجلس الأعلى كمؤسسة قضائية عليا، من مهامها اتخاذ حلول قانونية جديدة عن طريق الاجتهاد، فقد :

- تراجع المجلس عن قضاء سابق .
- وأقر الحل بواسطة غرفتين مجتمعتين .
- ويتبين من أسلوب المجلس الأعلى هنا : ((فالذي يتعين العمل بمقتضاه في نوازل الشفاعة ..)) أنه يقر بالفعل حلا قانونيا جديدا، أو مبدأ قانونيا يتعين الأخذ به .
- لكن هذا الاجتهاد، تم اعتمادا على أقوال من داخل المذهب . إذ تم تقييد قول الشيخ خليل في الموضوع، ولم يتم الأخذ بالنص الفقهي كما ورد، وذلك استجابة لمتطلبات الوقت الحاضر . فهو اجتهاد من داخل المذهب المالكي، سلكه الفقهاء المغاربة في مواجهة التطورات الجديدة في نهاية القرن التاسع عشر¹⁸³¹ .

المطلب الثالث

مدى شمول الإحالة للقواعد الفقهية الشكلية والموضوعية

بما في هذا العصر... إن التقييد بالعمل بما جاء في المذهب المالكي جعل المجلس، لا يفكر في اتباع غير المنصوص عليه داخله . واعتبر أن ما قام به بغرفتين مجتمعتين، خطوة خطأها في هذا الشأن . وقد طبق فيه القاعدة التشريعية المحكمة " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف "، "وإذا اجتمع ضرران ارتكب أخفهما"، "وتحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثه الزمان من تطور ومن حاجة " ((من تعليق الأستاذ محمد الصقلي، بنفس المرجع السابق، ص 116 - 117) .

¹⁸³¹ - إن هذا الموقف المتخذ من القاضي، هو الذي اتخذه المفتي في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين لمواجهة تحديات الحداثة الطارئة على المجتمع المغربي : ((سيعتمد الفقيه في إنتاج فتاواه على مبدأ (ضرورات العصر)، أي قراءة معطيات الحداثة وتمثلها من خلال أصول التشريع الإسلامي)) (انظر : حميد الصولي - التحديث ومنهجية بناء الفتوى في الفقه المغربي الحديث - ملاحظات أولية . مجلة "أمـل" ، عدد 7، السنة الثالثة / 1996، 82 . وقد قدم الباحث كنموذج لهذه النظرة : فتوى الشيخ محمد بن الحسن الحجوي بخصوص استعمال التلفون أو التلغراف في الإعلام بمشاهدة ثبوت الهلال . حيث أجاز اعتمادها، على أساس قبول شهادة الأعمى من قبل فقهاء المالكية . وانظر فتوى ابن المواز بخصوص ما جاءت به سلطات الحماية من تنظيمات جديدة. بنفس المرجع السابق ص 84 وما بعدها) .

وحول موقف الفقه المغربي من عدة قضايا جديدة في القرن التاسع عشر . انظر : زينب معادي - "الأسرة المغربية بين الخطاب الشرعي والخطاب الشعبي" - مرجع سابق، ص 249 وما بعدها .

إن الإحالة على المذهب المالكي المقررة بمقتضى نص المدونة، لم تبين ما إن كانت الإحالة عامة، تشمل القواعد الفقهية الموضوعية والشكلية في الفقه المالكي الخال عليه، أم أنها قاصرة فقط، على القواعد الفقهية الموضوعية دون الشكلية. فالمدونة في حد ذاتها تتضمن أحكاماً موضوعية وبعض الأحكام المسطرية¹⁸³². وهذا يتفق ومنهج الكتب الفقهية، التي لا تقيم فصلاً قاطعاً بين قواعد الشكل والموضوع، فتجتمع بينها على صعيد واحد دون فرق. ومرد هذا، هو كون الفقه الإسلامي لا يعرف الفصل التام بين قواعد الشكل وقواعد الموضوع، كما هو عليه الأمر في القوانين الوضعية الحديثة. ولقد عكس هذا الوضع نظام محاكم القضاة (ظهير 16-12-1957) حيث كانت القواعد المسطرية (الشرعية)¹⁸³³ موضع تطبيق أمام (القضاء الشرعي) أي القضاء المختص بمنازعات الأحوال الشخصية والعقار غير المحفوظ، المخول لتلك المحاكم في التنظيم القضائي القديم (وهي المحاكم المؤسسة بظهير 08-12-1956)، كما أن مادة الإرث تعرف اختلاط القواعد الموضوعية والإجرائية¹⁸³⁴.

غير أنه وعند صدور قانون التوحيد (25-01-1965) ثارت مشكلة حول الموضوع. فقد نص الفصل الثالث من القانون المذكور على: "إن النصوص الشرعية والعبرية، وكذلك القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل حالياً، تصبح إلى أن تتم مراجعتها مطبقة لدى المحاكم المذكورة في الفصل الأول". ولقد صدر مرسوم ملكي بتاريخ 31-12-1965 بشأن قانون التوحيد المذكور، بين فصله الأول، المقصود من القوانين المدنية والجنائية. غير أنه، لم يصدر ما يفيد المقصود بالنصوص الشرعية، ومجالات تطبيقها¹⁸³⁵، وما إن كانت القواعد الفقهية الشكلية

¹⁸³² - مثل الفصل 56 من المدونة بخصوص دعوى التطبيق للضرر، حيث تتضمن مقتضياته قواعد موضوعية وقواعد إجرائية.

¹⁸³³ - وكان المعتمد أساساً من الكتب الفقهية المعنية بالجوانب المسطرية الفقهية: لامية الزقاق المشهورة، التي تضمنت قواعد القضاء والإثبات وتوجيه اليمين ومبدأ الإعذار والتعجيز ومنح الآجال... وكل ما يتعلق بسير المسطرة أمام القضاء الشرعي. انظر شرح هذه المسطرة التي لازالت تطبق الكثير من إجراءاتها أمام قضاء الأحوال الشخصية والعقار غير المحفوظ، لدى: أبو الشتاء - مواهب الخلاق، شرح التاودي للامية الزقاق - وهو في جزأين، وقد سبقت الإشارة إليه.

¹⁸³⁴ - أحمد الخليلي - مسؤولية الورثة عن ديون المورث - بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 2، ص 111.

¹⁸³⁵ - انظر: محمد الأمrani زنتار - الاجتهاد القضائي في المادة المدنية بين الثبات وعدم الاستقرار - بمجلة المحامي، عدد 16، ص 58. وبمجلة القانون والاقتصاد (عدد خاص بأشغال ندوة القضاء في المغرب: واقع وآفاق)، عدد

يعمل بها رغم توفر قواعد مسطرية لإجراءات التقاضي أمام المحاكم المغربية، بمقتضى القوانين الوضعية التي نص الفصل الثالث المذكور على بقاء العمل بها. وقد فسر المجلس الأعلى¹⁸³⁶ القضايا الشرعية بأنها ((تشمل بالإضافة لقضايا الأحوال الشخصية والموارث - قضايا العقار غير المحفظ)). وعليه، وتبعاً لقاعدة الإحالة على الفقه المالكي المنصوص عليها في المدونة، ولتقتضيات الفصل 3 من قانون التوحيد، فإن القواعد الشرعية تطبق في مادة الأحوال الشخصية، وكذا على العقار غير المحفظ¹⁸³⁷ والعقار الذي هو في طور التحفيظ¹⁸³⁸.

وفي الواقع فإن هذا المشكل، طرح حتى قبل صدور قانون التوحيد، إذ حاول قسم النقض والإبرام بالمحكمة العليا الشريفة، في البداية، جر المحاكم العادية إلى تطبيق القوانين العصرية، سواء

6، سنة 199، ص 169 - 211. وانظر كذلك : محمد الكشور - مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود في مجال العقار غير المحفظ - بالجملة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 7، ص 57.
¹⁸³⁶ - المجلس الأعلى - الغرفة المدنية . قرار عدد 294 ، بتاريخ 11-06-1969، بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية (1966-1982)، مرجع سابق، ص 547. ومجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 4.

¹⁸³⁷ - فقد قرر المجلس الأعلى، أن النصوص الشرعية تطبق على العقارات غير المحفظة، طبق ظهير قانون التوحيد لسنة 1965. انظر: قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 04-12-1985 ملف عدد 98092، بمجلة رسالة الحمامة، عدد 5، ص 212 .

كما أن المجلس الأعلى، ذهب في إحدى قراراته إلى استبعاد تطبيق ق. ل. ع. حتى بالنسبة لمضار الحوار . فقد اعتبر المجلس الأعلى أن الضرر الذي يدعيه مكثري من جراء حالة رشاشات حمام مجاور له، ضرر قديم دخل عليه، وبذلك فإنه وحسب القواعد الفقهية، يرفض طلبه المتعلق برفع الضرر المذكور، لأن الضرر يجاز بما تجاز به الأملاك . أما الفصل 91 والفصل 92 من ق. ل. ع. فقد اعتبر المجلس الأعلى أنهما يتعلقان بالضرر الحديث لا القديم . تطبيقاً لقول ابن عاصم في التحفة :

وعشرة الأعوام لامرئ حضر
 تمنع إن قام بمحدث الضرر

انظر : قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 2745، بتاريخ 20 / 11 / 1985، منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة في المادة المدنية (1958 - 1996)، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربعين، مرجع سابق، ص 111 .

¹⁸³⁸ - لأن قضايا العقار في طور التحفيظ، وإن كانت تغلفها المسطرة القانونية للتحفيظ من حيث الشكل، فإن دعوى الاستحقاق، كما ينظمها الفقه الإسلامي، هي جوهر القضايا المذكورة .

وقد قرر المجلس الأعلى، أن العقار في طور التحفيظ، وإلى أن يتم تحفيظه بصفة نهائية ((يظل خاضعاً لقواعد الفقه الإسلامي، والأعراف المحلية، الجاري بها العمل)) (المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - قرار بتاريخ 26 / 01 / 1973، بالجملة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 13-14، ص 119) .

تعلق الأمر بقواعد الموضوع (ق. ل. ع.) أو الشكل (ق. م. م. لسنة 1913)¹⁸³⁹ . غير أنه سرعان ما تأسس المجلس الأعلى¹⁸⁴⁰ ، فقرر أن قانون الالتزامات والعقود لا يطبق أمام المحاكم العادية التي تبت طبق القواعد العامة للتشريع الإسلامي¹⁸⁴¹ .

¹⁸³⁹ - فقد قررت المحكمة المذكورة (قسم النقض والإبرام)، حكم بتاريخ 10 / 11 / 1956، أنه : ((بالرغم من عدم وجود نص قانوني صريح ينص على تطبيق المحاكم العادية لقانون الالتزامات والعقود، فإن هذا الأخير قابل للتطبيق من طرفها كما هو قابل للتطبيق من طرف المحاكم العصرية المحدثه بموجب ظهير 12 غشت 1913)) . انظر الإشارة إلى هذه القرارات، لدى :

- أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود، مرجع سابق ، ص 15 .

- أحمد ادريوش - الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود . مرجع سابق، ص 59 وما بعدها .
وقد أورد المؤلف الأحكام التي ذهبت فيها المحكمة العليا الشريفة فيها إلى هذا الاتجاه . وهي :
على صعيد قانون الموضوع :

1 - المحكمة العليا الشريفة - حكم بتاريخ 06 ربيع الثاني 1376 الموافق 10 / 11 / 1956 . بالجملة المغربية للقانون (R. M. D) لسنة 1957، 142 .

2 - المحكمة العليا الشريفة - حكم بتاريخ 08 شوال 1376 الموافق 19 / 05 / 1957 . بمجلة القضاء والقانون، عدد 3 / 4، لسنة 1957، ص 398 .

وعلى صعيد قانون الشكل (قانون المسطرة المدنية لسنة 1913) :

المحكمة العليا الشريفة - حكم بتاريخ 29 / 05 / 1957 . بمجلة القضاء والقانون، عدد 3 / 4، لسنة 1957، ص 401.

وانظر : محمد الكشور - " مشكلة النزاع بين الفقه المالكي وقانون العقود والالتزامات، مرجع سابق، عدد 3-4، ص 105 .

¹⁸⁴⁰ - و قد تم إلغاء المحكمة العليا الشريفة وضمت غرفها إلى محكمة الاستئناف بالرباط بمقتضى ظهير 11-09-1957 .

¹⁸⁴¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 45، بتاريخ 14-11-1960 . وقرار المجلس الأعلى عدد 274، بتاريخ 13-03-1960.

والقرارات منشوران بمجموعة قضاء المجلس الأعلى في المواد المدنية (قرارات : 1958 - 1962) ص 37 ، و 102 .

((أما بعد توحيد المحاكم سنة 1965 وما تبعه من توحيد العمل ب (ظ ل ع) فقد استقر اجتهاد المجلس الأعلى على استبعاد تطبيق هذا النص (ظ ل ع) على العقود غير المسماة فيه، والتي استقرت عليها الممارسة التعاقدية في مجال الاستغلال التقليدي للأرض وتربية المواشي، كما استقر على استبعاد تطبيقه على العقود الواردة على عقارات غير محفظة (...)) (أحمد ادريوش - الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود . مرجع سابق، ص 60) .

أما بعد صدور قانون التوحيد، فقد كان المجلس الأعلى يستبعد ظ. ل. ع. و ق. م. م. لسنة 1913، من التطبيق في مجال القضايا الشرعية، والتي تعني قضايا الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ¹⁸⁴²، والتي بقيت خاضعة لقواعد الفقه الإسلامي، وقواعد المسطرة المطبقة أمام المحاكم الشرعية، وذلك انطلاقاً من مقتضيات الفصل 3 من قانون التوحيد¹⁸⁴³. وقد اعتبر المجلس الأعلى في البداية أن عبارة "النصوص الشرعية" الواردة بالفصل 3 المذكور، شاملة للقواعد الموضوعية والقواعد الشكلية في آن واحد. فقد كان المجلس الأعلى، وانطلاقاً من الفصل 3 من قانون التوحيد، ينقض الأحكام التي تعتمد نصوص المسطرة المدنية (لسنة 1913 التي كانت مطبقة أمام المحاكم العصرية) بدل نصوص ظهير 16-12-1957 المنظم للمسطرة أمام المحاكم الشرعية المسماة بمحاكم القضاة (ظهير 08-12-1956) والتي كانت مختصة بنظر مواضيع الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ¹⁸⁴⁴. ولقد ((استمر المجلس الأعلى طيلة خمس

¹⁸⁴² - حول المقصود من القضايا الشرعية، على صعيد الاجتهاد القضائي، وعل صعيد مناشير وزارة العدل - انظر أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 24 و 25 مع هوامشهما .
¹⁸⁴³ - أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود . مرجع سابق، ص 16 .

كما أن منشورا لوزارة العدل، تحت عدد 423، بتاريخ 14 / 12 / 1968، بمجلة القضاء والقانون عدد 90 / 91، ص 597، حث القضاة على المحافظة على تطبيق الظهير الشريف المتعلق بالمسطرة المتبعة لدى قضاة الأحوال الشخصية، باعتباره من جملة النصوص الشرعية، المنصوص عليها بالفصل 3 من قانون التوحيد، وذلك إلى أن يصدر ما يغيره أو يلغيه بالنص الصريح .

¹⁸⁴⁴ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 58، بتاريخ 21-11-1967، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 2، ص 53 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 61. وجاء في هذا القرار ((حيث إن قانون المسطرة الواجب التطبيق لدى محاكم القضاة الشرعيين (ظهير 16 / 12 / 1957) ... وقد استمر العمل به بمقتضى الفصل الثالث من قانون 26 يناير 1965 المشار له إلى أن تتم مراجعته . وحيث إن تلك المراجعة لم تتم لحد الآن ولم يقع أي نسخ للقوانين المعمول بها لدى الأقسام الاستئنافية التابعة للمحاكم الإقليمية حتى يتاح لقسم الاستئناف الإقليمي بتطوان أن يطبق قانون المسطرة المدنية المؤرخة في 12 غشت سنة 1913 . وحيث إن قسم الاستئناف الإقليمي بتطوان قد حرق القانون بإعراضه عن تطبيق نص قانوني لم يبلغ العمل به، واستناده في حكمه إلى قانون لم يعهد إليه بتطبيقه بنص قانوني)) .

وكذلك قرار المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 391، بتاريخ 21 / 03 / 1967 . بمجلة القضاء والقانون، عدد 88 / 89، ص 398 . وقد جاء في هذا القرار ((أن قانون المسطرة الواجب التطبيق لدى محاكم القضاة الشرعيين هو الظهير الشريف (16 / 12 / 1957) وقد استمر العمل به بمقتضى الفصل الثالث من قانون 26 / 01 / 1965 المشار إليه إلى أن تتم مراجعته . وحيث إن تلك المراجعة لم تتم إلى الآن ولم يقع أي نسخ للقوانين المعمول بها لدى الأقسام الاستئنافية التابعة للمحاكم الإقليمية، حتى يتاح لقسم الاستئناف الإقليمي بفاس، أن يطبق قانون المسطرة المدنية المؤرخة في 12 غشت 1913 . وحيث إن قسم الاستئناف

سنوات (من 1965 إلى غاية 1970) يقضي بعدم قابلية كل من ظ. ل. ع. وظهر المسطرة المدنية لسنة 1913، للتطبيق في مجال القضايا الشرعية التي ظلت خاضعة للفقهاء الإسلامي وظهر 16 دجنبر 1957 القاضي بتعميم المسطرة الواجبة لدى المحاكم الشرعية (محاكم القضاة¹⁸⁴⁵) .

إلا أن المجلس الأعلى رجع في موقفه، وقرر بغرفتين مجتمعتين¹⁸⁴⁶، أن المسطرة المدنية (1913) هي الواجبة التطبيق في قضايا الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ، استنادا إلى قانون التوحيد المذكور ، وبذلك اعتبر المجلس الأعلى أن "النصوص الشرعية" الواجبة التطبيق هي المتضمنة لقواعد موضوعية دون القواعد الشكلية، ولذلك قرر : ((إن قانون المسطرة المدنية الذي يتضمنه ظهير 12 غشت 1913، أصبح منذ نفاذ قانون توحيد المحاكم، مطبقا لدى محاكم السدد والمحاكم الإقليمية، التي آل إليها النظر في القضايا الشرعية . وبمقتضى ذلك، أصبحت المسطرة التي كان ينظمها الظهير المؤرخ في 16 دجنبر 1957 غير ذات موضوع)) . كما اعتبر

الإقليمي بفاس قد حرق القانون، بإعراضه عن تطبيق نص قانوني لم يبلغ العمل به، واستناده في حكمه إلى قانون لم يعهد إليه في تطبيقه بنص قانوني)) .

¹⁸⁴⁵ - أحمد الدريوش - تأويل المجلس الأعلى للفصل الثالث من قانون التوحيد وأثره على قانون الالتزامات والعقود. بمجلة كتابة الضبط، السنة الأولى، العدد 2، غشت 1998، ص 63 .

ويقول الدكتور محمد الكشور (بيع العقار بين الرضائية والشكلية (دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وفي مواقف القضاء) ، ط 1، الدار البيضاء 1997، ص 34، هامش 13) : ((ومن الملاحظ أن الفقه الإسلامي وإلى حدود سنة 1974، كان هو الواجب التطبيق على العقارات غير المحفظة، سواء تعلق الأمر بقواعد الموضوع أم بقواعد المسطرة . فالمسطرة الشرعية، هي التي كانت تطبق على الجوانب الإجرائية الخاصة بالتزاع . والمقصود بالقواعد الشرعية، تلك المضمنة في كتب الفقه الإسلامي، كلامية الزقاق، وتبصرة الحكام لابن عرضون، وتحفة ابن عاصم الغرناطي)) وأشار المؤلف إلى قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 04 / 12 / 1985، برسالة المحاماة عدد 5، ص 212 .

¹⁸⁴⁶ - المجلس الأعلى - الغرفة المدنية والغرفة الاجتماعية - قرار عدد 144 . بتاريخ 11-02-1970 . بمجلة القضاء والقانون ، عدد 112-113، ص 106 . وبمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 14، ص 34 .
- وقرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - عدد 113 . بتاريخ 17-03-1970 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 19، ص 55 .

- وقرار المجلس الأعلى عدد 348 . بتاريخ 21-03-1967 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 6 ، ص 130 .

وانظر : أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية .، ج 1 ، مرجع سابق، ص 8.

- أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود . مرجع سابق، ص 18 وما بعدها .

غير أن تعميم مقتضيات قانون المسطرة المدنية، ليشمل القضايا الشرعية (الأحوال الشخصية والميراث والعقار غير المحفظ)، لا يطبق بالصرامة الواجبة . حيث تجد قواعد الإجراءات الفقهية دائما منفذا لها إلى قرارات القضاء بما في ذلك المجلس الأعلى¹⁸⁵⁴ . ففي ظل قانون المسطرة المدنية الجديد (1974) الذي يعتبر الآن القانون العام لمسطرة التقاضي¹⁸⁵⁵ ، بحيث قد لا يتصور تطبيق قواعد فقهية شكلية بهذا الخصوص، لا لأنها غير مقننة فحسب بل لأن مقتضيات التنظيم القضائي الحالي قد لا تسعف في الأخذ بقواعد فقهية إجرائية - فإنه ورغم ذلك

وفي نفس الاتجاه قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - عدد 503، بتاريخ 20 / 04 / 1987، ملف عقاري عدد 4972 / 84 .

والقرارات المذكوران منشوران لدى -أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود . مرجع سابق ، ص 108 وما بعدها، و ص 113 وما بعدها .

- كما قرر المجلس الأعلى، أن النصوص الشرعية تطبق على العقارات غير المحفظة، طبق ظهير قانون التوحيد لسنة 1965 - قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 04-12-1985 ملف عدد 98092، بمجلة رسالة المحاماة، عدد 5، ص 212.

- وقرر المجلس الأعلى، أن العقار في طور التحفيظ، وإلى أن يتم تحفيظه بصفة نهائية ((يظل خاضعا لقواعد الفقه الإسلامي، والأعراف المحلية، الجاري بها العمل)) (قرار المجلس الأعلى بتاريخ 26 / 01 / 1973، بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 13-14، ص 119) .

¹⁸⁵³ - انظر بهذا الصدد :

- أحمد ادريوش - تأويل المجلس الأعلى للفصل الثالث من قانون التوحيد . مرجع سابق، ص 67 وما بعدها .
- أحمد الخليلي - كيف نقرأ قانون الالتزامات والعقود. مرجع سابق، ص 20 وما بعدها .
- محمد الكشور - مشكل التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود . مرجع سابق ، ص 41 وما بعدها.

- محمد الأمrani زنطار - العربون بين الفقه الإسلامي وقانون الالتزامات والعقود . بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 14، سنة 1990، ص 71 - 82 .

¹⁸⁵⁴ - حيث تطبق المسطرة الشرعية بصفة خاصة فيما يتعلق بقضايا الميراث والوصايا . انظر :

- Abderrazak MOULAY RCHED, La magistrature marocaine et l'évolution de la Moudaouana. jurisprudence de la Cour suprême, op. cit. p. 41.

¹⁸⁵⁵ - لقد تم النيل من مقتضيات قانون المسطرة المدنية، تبعا للمساطر الخاصة المتعلقة بالمحاكم الإدارية والتجارية . هذا فضلا عن كون مسطرة التحفيظ العقاري، لا تخضع لمقتضيات قانون المسطرة المدنية إلا في الأحوال المنصوص عليها صراحة (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 229، بتاريخ 15 / 05 / 1968، بمجلة القضاء والقانون، عدد 93، ص 118) .

أصدر المجلس الأعلى قراراً¹⁸⁵⁶ بخصوص وجوب تعجيز الخصم الذي أبي الإقرار أو الإنكار، تطبيقاً لقواعد المسطرة الشرعية، المشار إليها بقول ابن عاصم صاحب التحفة :

ومن أبي إقراراً أو إنكاراً لخصمه كلفه إجباراً
فإن تمادى فلطالب قُضي دون يمين أو بها وذا ارتضى

فقد اكتفى المدعى عليه ، في نازلة القرار، بالجواب عن دعوى مطلقة المطالبة برد الحوائج، بأنه لا أساس لمطالبها من الصحة ؛ فقال المجلس الأعلى في قراره بمناسبة النزاع : ((إن هذا الجواب يتضمن إنكاراً للأشياء التي تطالب بها، وكان على المحكمة إذا رأت في هذا الجواب إجمالاً، أن تطالبه بالإيضاح بالإنكار صراحة أو بالإقرار . فإذا امتنع عجزته طبقاً للقواعد الفقهية وحكمت عليه حكم الممتنع عملاً بما نص عليه ابن عاصم))¹⁸⁵⁷ . كما أن المجلس الأعلى¹⁸⁵⁸ ، وبحكم اعتماده لشهادة الليف، يطبق قواعد رجوع الشاهد عن شهادته المنصوص عليها في الفقه، كما أنه يطبق القواعد الفقهية المتعلقة باليمين¹⁸⁵⁹ .

¹⁸⁵⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1469 . بتاريخ 06-12-1988، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 140-141، ص 168.

¹⁸⁵⁷ - وفي نفس الاتجاه، قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 186، بتاريخ 30 / 01 / 1968 . مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 106 .

¹⁸⁵⁸ - المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 504 . بتاريخ 09-04-1985، بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 39، ص 118. حيث طبق المجلس الأعلى قول ابن عاصم في التحفة :
وراجع عنها قبوله اعتبر ما الحكم لم يمض وإن لم يعتذر

وقد بين المجلس الأعلى استناداً لأقوال الفقهاء أن العمل جرى بسقوط شهادة الشاهد سواء رجع عند القاضي الذي أدى عنده أو عند غيره من العدول أو عند غير قاضيه . ومعلوم أن هذه المقتضيات الفقهية لا تتلاءم والمقتضيات القانونية المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية بخصوص الشهادة .

¹⁸⁵⁹ - فقد قرر المجلس الأعلى : ((إن موضوع الفصل 87 من قانون المسطرة المدنية، هو اليمين المتممة للنياب . واليمين المحكوم بها، هي يمين الإنكار التي أشارت إليها القاعدة المسلمة " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " . والمتحف بقوله " والمدعى عليه باليمين ")) (المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 1542 . بتاريخ 24-12-1985، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص 125) .

وبالإضافة إلى هذا، يتم تطبيق وقاعدة جمع الخصوم (انظر: تعليق الأستاذ أحمد بنشقرن - على قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار . عدد 510، بتاريخ 29-07-1981، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 29 ص 81 وما بعدها، المتعلق بقاعدة جمع الخصوم عند تعددهم ضد مدعى عليه واحد تفادياً للدعاوى الفردية المتعددة ضده من قبل كل واحد منهم) .

وفي الواقع فإن الإحالة على المذهب المالكي في قضايا الأحوال الشخصية والعقار غير الحفظ، تعني أساسا القواعد الفقهية الموضوعية دون القواعد الشكلية المسطرية . بحيث لا يؤخذ بالقواعد الفقهية المتعلقة ببعض الإجراءات، إلا في حالة عدم النص على القاعدة المسطرية في المدونة، وفي قانون المسطرة المدنية . أي أنه لا يتصور اللجوء للقاعدة الفقهية المسطرية، مع وجود القاعدة المسطرية المنصوص عليها في المدونة، أو قانون المسطرة المدنية . وكمثال على القواعد الفقهية المسطرية الممكن الأخذ بها طبق قاعدة الإحالة : القواعد المسطرية الفقهية المتعلقة بإجراءات اللعان، وإجراءات عمل الحكّمين بعد قرار بعثتهما وذلك لعدم النص على ذلك، أو عدم بيان إجراءات ذلك بتفصيل في النصوص المقننة . ويبقى قانون المسطرة المدنية (28-09-1974) -على كل حال- هو القانون المسطري العام الواجب التطبيق بصفة عامة، في مادة الأحوال الشخصية . فقد خصص الباب الثالث من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، لمساطر الأحوال الشخصية (الفصول 179-268) وقد نص الفصل 179 على أنه " تطبق في قضايا الأحوال الشخصية مقتضيات القسم الثالث والباين الأول والثاني من القسم الرابع إذا لم تكن مخالفة لهذا الباب " .

وإن مقتضى هذا التحليل يعني:

- 1- التمسك بالقواعد المسطرية الخاصة الواردة في نص المدونة ذاته، باعتبار أنها تتضمن قواعد موضوعية وقواعد إجرائية (الفصل 56 والفصل 57 مثلا).
- 2- التمسك بمقتضيات قانون المسطرة المدنية، في حالة عدم النص على المقتضيات المعنية في المدونة (الفصول 179 و 212 و 214 من ق. م. م. مثلا)¹⁸⁶⁰ .

و انظر على سبيل المقارنة، وكمثال على تطبيق القواعد الفقهية الإجرائية المرتبطة بشهادة الشهود، في قضية نزاع حول وقوع طلاق بين مواطنين مصريين مقيمين بدولة الإمارات العربية المتحدة- قرار دائرة النقض الشرعية في الإمارات العربية المتحدة ، حيث قررت وبناء على الإحالة على الفقه الحنفي (المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بمصر)، جواز الاستماع إلى شهادة أخ الزوجة وبعض أقاربها لإثبات الطلاق الذي تدعيه ضد زوجها، لأن شهادة القريب -حسب الفقه الحنفي - لا تُقبل مع التهمة وتقبل بدونها (دائرة النقض الشرعية - الطعن رقم 43 لسنة 15 القضائية (شرعي)، بتاريخ 1994/01/29. منشور بالجملة العربية للفقه والقضاء، عدد 24، أكتوبر 2000، ص 158 وما بعدها).

¹⁸⁶⁰ - قد تكون بعض المقتضيات المسطرية منصوصا عليها في نصوص أخرى غير المدونة أو ق. م. م. وفي هذه الحالة أيضا لا تشمل الإحالة القواعد المسطرية الفقهية. وكمثال على ذلك عدم أخذ المجلس الأعلى بالقاعدة المسطرية الفقهية القاضية بمنع الخصم الذي حضر مع خصمه ثلاث مرات بمجلس القضاء من تنصيب وكيل، فقد نقض المجلس الأعلى الحكم الذي أخذ بالقاعدة الفقهية المذكورة، لأنها تخالف قانون تنظيم مزاوله مهنة المحاماة القديم

3- إعمال مبدأ الإحالة المنصوص عليه بالمدونة، في حالة خلو النص من المدونة ومن قانون المسطرة المدنية . إذ في هذه الحالة تشمل الإحالة على المذهب المالكي، حتى القواعد الفقهية الشكلية، مثل إجراءات اللعان وإجراءات بعث الحكّمين كما سلف، أو بعض الإجراءات المتعلقة بالإثبات التي لا نص بشأنها في قانون المسطرة المدنية أو المدونة، مثل قواعد الترجيح بين البيّنات . إن هذه الصعوبات التي نصادفها بالنسبة لتطبيق القواعد الفقهية الإجرائية، لا يعني أن تطبيق القواعد الفقهية الموضوعية سهل المآخذ في ميدان الأحوال الشخصية، لأن ما يطرح بالنسبة للقواعد الموضوعية هو البحث عن الحالات التي يؤخذ فيها بهذه القواعد بمقتضى قاعدة الإحالة . فإذا كان المشكل لا يطرح بجدّة بالنسبة لقضايا العقار غير المحفظ، مادام أن الفقه هو المصدر الأصلي للأحكام الموضوعية بالنسبة للعقار غير المحفظ، حيث يعتبر القضاء المغربي¹⁸⁶¹، أن الإحالة على قواعد الفقه، مقررة بمقتضى قانون التوحيد¹⁸⁶²، وإن كان يحدث عملياً، تجاذب

في روحه ومبناه ومقتضياته المكرسة لحق الدفاع (قرار المجلس الأعلى عدد 348 بتاريخ 21-03-1967. بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 6، ص 30).

¹⁸⁶¹ - فقد قرر المجلس الأعلى ((أن قانون التوحيد الصادر سنة 1965 أمر بتوحيد المسطرة فقط وأبقى القانون الموضوعي على حاله . . وأن العقار غير المحفظ كان ولا يزال يطبق قانون الشريعة الإسلامية...)) (قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - عدد 542، بتاريخ 19 / 04 / 1988، ملف شرعي عدد 84 / 4988.

وفي نفس الاتجاه قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - عدد 503، بتاريخ 20 / 04 / 1987، ملف عقاري عدد 84 / 4972 .

والقرارات المذكوران منشوران لدى -أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود . مرجع سابق ، ص 108 وما بعدها، و ص 113 وما بعدها .

- كما قرر المجلس الأعلى، أن النصوص الشرعية تطبق على العقارات غير المحفظة، طبق ظهير قانون التوحيد لسنة 1965 - قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 04-12-1985 ملف عدد 98092، بمجلة رسالة المحاماة، عدد 5، ص 212.

- كما قرر المجلس الأعلى، أن العقار في طور التحفيظ، وإلى أن يتم تحفيظه بصفة نهائية ((يظل خاضعاً لقواعد الفقه الإسلامي، والأعراف المحلية، الجاري بها العمل)) - المجلس الأعلى - قرار بتاريخ 26 / 01 / 1973، بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 13-14، ص 119 .

¹⁸⁶² - وإن كان من الشائع عملياً في أوساط المتقاضين، أن المبدأ العام في الإحالة على المذهب المالكي، هو المنصوص عليه في مدونة الأحوال الشخصية . بل إن هناك بعض أحكام محاكم الموضوع، في ميدان العقار غير المحفظ، تنص في حيثياتها على أنها تطبق قواعد الفقه المالكي، بناء على قاعدة الإحالة المنصوص عليها في المدونة، فقد جاء في حكم لمحكمة الاستئناف بفاس (بتاريخ 13-04-1976، ملف عدد 1507 منشور بمجلة رسالة المحاماة، عدد 5، ص 193 و ما بعدها. ولدى أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود . مرجع سابق، ص 174) : ((إن

وتنازع بين أحكام الفقه وبين النصوص القانونية الأخرى، خاصة قانون الالتزامات والعقود¹⁸⁶³ في مدى تطبيقه على العقار غير المحفظ¹⁸⁶⁴، بل وحتى العقار المحفظ¹⁸⁶⁵. أما بالنسبة لمادة

المتبع في التشريع المغربي هو مذهب مالك طبقا للفصل 297 من مدونة الأحوال الشخصية، وهو لا يقول بالغبن (...). ولما عاب الطاعن بالنقض على الحكم المذكور، التطبيق الخاطئ للفصل 297 من المدونة، اعتبر المجلس الأعلى أن تعليل الحكم بالفصل المذكور، علة زائدة مادام الحكم مبنيا على علل أخرى تعززه (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 61، بتاريخ 26 / 01 / 1982. منشور لدى : أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود . مرجع سابق ، ص 174 وما بعدها).

¹⁸⁶³ - وتعين الإشارة إلى أن كثيرا من مقتضيات قانون الالتزامات والعقود مأخوذة من قواعد الفقه الإسلامي، خاصة ما تعلق بالالتزامات أو بعض العقود (انظر بهذا الصدد : شبيها حمداتي ماء العينين - تأثر القوانين المغربية بأقوال المذهب المالكي . بندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ط 1، ج 3، مطبعة فضالة، 1981، نشر وزارة الأوقاف المغربية، ص 63 - 123) . وكمراجع شامل في الموضوع انظر : أحمد ادريوش - أصول قانون الالتزامات والعقود (بحث في الأصول الفقهية والتاريخية)، مطبعة الأمنية، الرباط 1996 .

وقد عرف تطبيق قانون الالتزامات والعقود أمام المحاكم المغربية، عدة تطورات، تبعا لتطور النظام القضائي

ببلادنا :

فبعد أن كان قانون الالتزامات والعقود يطبق فقط، أمام المحاكم الفرنسية بالمغرب إبان الحماية، فإنه وعقب الاستقلال، بدأ قانون الالتزامات والعقود يعرف بعض التطبيق أمام بعض المحاكم العادية، وقد اعتبرت غرفة النقض والإبرام بالمحكمة العليا الشريفة، أن قانون الالتزامات والعقود قابل لتطبيق أمام المحاكم العادية (قرار، بتاريخ 19 / 05 / 1957، بمجلة القضاء والقانون عدد 3 / 4، ص 1005) . غير أن المجلس الأعلى وبمجرد تأسيسه، أكد أن المحاكم العادية إنما تنظر في القضايا الراجعة أمامها، على أساس الفقه الإسلامي (قرار 14 نونبر 1960، بمجلة القضاء والقانون، عدد 35 / 36، ص 238 . وهو ما أكده بقراره الصادر بتاريخ 13 / 03 / 1961، بمجموعة قضاء المجلس الأعلى في المواد المدنية (1958 / 1962) ص 102) .

انظر: محمد الكشور - "مشكل التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود. مرجع سابق، ص 59،60،68،69.

و محمد الكشور - بيع العقار بين الرضائية والشكل . مرجع سابق، ص 37، هامش 16 .

- أحمد ادريوش - نطاق ظهير الالتزامات والعقود . مرجع سابق ، ص 41 وما بعدها . حيث تناول موقف المجلس الأعلى، من إثبات بيع العقار غير المحفظ (الفصل 489 من ظ. ل. ع .) ومن الغبن (الفصل 55 و 56 من ظ. ل. ع .) ومن بيع ملك الغير (الفصل 485 من ظ. ل. ع .)، حيث يتبين القضاء مقتضيات الفقه بدل نصوص ظ. ل. ع. بخصوص العقارات غير المحفظة .

¹⁸⁶⁴ - مثال ذلك: مسألة إثبات البيع في العقار غير المحفظ، فقد قرر المجلس الأعلى ضرورة إثباته كتابة، طبق الفصل 489 من ق. ل. ع (قرار بتاريخ 27-04-1986، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 32 ص 52. وقراره بتاريخ 14-12-1978 بمجلة المحاماة . عدد 17، ص 115) . غير أن المجلس الأعلى بغرفته الشرعية، قرر أن

الإقرار أو الشهادة باللفيف، كافية لإثبات البيع بالنسبة للعقار غير المحفظ. (قرار بتاريخ 05-05-1981. بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30 ص 54).

والملاحظ هو أن الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى لا تطبق قانون الالتزامات والعقود بالنسبة للعقار غير المحفظ، إلا في حالات ضيقة (ف 971: إدارة المال المشترك - قرار 06-10-1981. بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30 ص 71) و (ف 405: الإقرار - قرار 09-02-1982. بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 ص 81). بينما تقرر عادة ((أن المطبق، حيث كان العقار غير محفظ، هو الفقه الإسلامي، ولا يكون هناك مجال لتطبيق الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود)) (المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 261، بتاريخ 22 / 05 / 1979، ملف عدد 25980، (قرار غير منشور)، أورده الدكتور محمد الكشور - بيع العقار بين الرضائية والشكل. مرجع سابق، ص 42).

وأكد المجلس الأعلى في إحدى قراراته: ((لكن حيث إن العمل في نوازل الشفعة، في العقارات غير المحفظة، بقي جارياً على تطبيق النصوص الشرعية الفقهية المستمدة من الشريعة الإسلامية، سواء أمام المحكمة الابتدائية أو أمام محكمة الاستئناف، وحتى أمام الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى، ولم يرد أي نص بغير ذلك. أما قانون الالتزامات والعقود، فإنه لم يكن مطبقاً إلا أمام المحاكم العصرية قبل قانون التوحيد، ثم عمم تطبيقه أمام المحاكم العادية التي حلت محل محاكم الحماية الفرنسية. أما المحاكم الشرعية، فإنها بقيت خاضعة لمقتضيات الشريعة الإسلامية، والنصوص الفقهية المستمدة من فقه مالك، ولم يطرأ أي تغيير لحد الساعة. ولا زالت الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى تطبقها وتنقض كل حكم شرعي لا يتقيد في المسائل المختصة بها، وإدماجها في المحاكم الابتدائية إنما هو تدبير إداري لم يفقدها شخصيتها)) (المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 349، بتاريخ 02 / 07 / 1981، ملف شرعي عدد 68350، (قرار غير منشور) أورده الدكتور محمد الكشور - بيع العقار بين الرضائية والشكل مرجع سابق، ص 43، هامش 23). وقد أورد الأستاذ الكشور. بمرجه السابق (ص 43، هامش 43) عدة قرارات استبعد فيها المجلس الأعلى، تطبيق قانون الالتزامات والعقود، في ميدان العقار غير المحفظ، وقضايا الشفعة بالنسبة بصفة خاصة. وانظر لنفس المؤلف: "مشكل التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود. مرجع سابق، ص 69، 68، 60، 59.

وتجدر الإشارة إلى أن الغرفة المدنية قررت، أن الشركة المدنية المبرمة سنة 1965 وقبل دخول قانون التوحيد حيز التنفيذ سنة 1966، يتعين إثباتها، وفق قواعد الفقه المالكي، وليس طبق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود. ونقضت لذلك قرار محكمة الاستئناف بفاس التي طبقت قانون الالتزامات والعقود بأثر رجعي لما اشترطت الكتابة لإثبات الشركة ولم تعدد باللفيف في إثباتها (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 1177، بتاريخ 15 / 05 / 1985، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 37 / 38، ص 65).

¹⁸⁶⁵ - المجلس الأعلى - قرار صادر بتاريخ 18 / 10 / 1978، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 67. حيث قرر المجلس الأعلى أن: ((قواعد الفقه الإسلامي، لا تطبق على العقارات المحفظة إلا في حالة عدم وجود نص في قانون الالتزامات والعقود)) . وكذلك: قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 1246، بتاريخ 07 / 08 / 1984، ملف عقاري عدد 99732 و 2810، منشور لدى أحمد ادريوش

الأحوال الشخصية فالوضع مختلف، فهناك النص القانوني أولاً (المدونة) ثم الفقه المالكي كمصدر تكميلي من ناحية ثانية، هذا فضلاً عن بعض النصوص القانونية التي يثور التساؤل عما إن كانت تشكل بدورها مصدراً تكميلياً للمدونة كما سنرى . وعلى ذلك، فإن القول بأن المدونة إذا لم تنص على حكم ما، فيرجع بشأنه إلى قواعد المذهب المالكي، يصطدم بمسألة التفسير والتأويل المتاحة بالنسبة لنصوص المدونة، وما إن كان الأمر يستدعي تكميلها بنصوص فقهية أم لا . ومؤدى هذا أنه يعمل بقاعدة الإحالة على المذهب المالكي، وذلك في الحالات التالية:

1- في حالة عدم وجود النص المنظم للنازلة بالمدونة .

2- في حالة وجود نص بالمدونة يحكم النازلة، لكن يعتبره القضاء غير كاف ويتعين تكميله بالقواعد الفقهية .

ففي مثل هذه الحالات يتم الأخذ بقاعدة الإحالة وتطبيق مقتضيات القواعد الفقهية، أمام سكوت نص المدونة . حيث يتبين من عمل المجلس الأعلى، أنه يأخذ بالقواعد الفقهية الموضوعية

- نطاق ظهير الالتزامات والعقود . مرجع سابق ، ص 128 . حيث قرر المجلس الأعلى أنه : ((من المسلم به أن نصوص قانون الالتزامات والعقود، لا تطبق في العقار غير المحفظ، وأن المطبق أمامها هي نصوص الفقه المالكي)) . لكن رغم ذلك، فإن المجلس الأعلى، يطبق أحياناً بعض القواعد الفقهية بالنسبة للعقار المحفظ، خاصة في ميدان الوكالة المنظمة بمقتضى قانون الالتزامات والعقود . انظر على سبيل المثال : المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 652 . بتاريخ 08 / 03 / 1989، بمجلة القضاء والقانون، عدد 140 / 141، ص 142 . حيث قرر المجلس الأعلى، بعدما أورد قواعد الوكالة في الفقه : ((فمن المقرر فقهاً أن تنصيصات الموكل، كالحبس يجب التقيد بها دون أي توسع...)) . ويلاحظ على هذا القرار أيضاً، أن المجلس الأعلى تنبه إلى أن الوكالة منظمة بمقتضى ق. ل. ع. فنص : ((زيادة على تلك الأحكام الشرعية... فإن ق. ل. ع. الذي قسم بدوره الوكالة إلى وكالة عامة.. وإلى وكالة خاصة...)) .

وتجب الإشارة في الأخير، إلى أن القانون المطبق على العقارات المحفظة (ظهير 02 / 06 / 1915) نص في الفصل 8 على الحقوق العرفية الإسلامية . و في الفصول 30 و 75 و 197، إحالة على أحكام الفقه الإسلامي.

ولقد قرر المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 301، بتاريخ 30 / 04 / 1966، بمجلة القضاء والقانون، عدد 94، ص 186) أنه : ((إذا كان الفصل 197 من ظهير 2 يونيو 1915، قد قرر أن الحقوق التي نص عليها الفقه الإسلامي والواردة في الفصل 8، وضمنها حق الزينة، تبقى خاضعة للقواعد التي تحكمها، فإنه لم يحدد إلا القواعد الجوهرية المطبقة على هذه الحقوق، ومن ثم فإن محكمة الموضوع تكون على صواب إذا اعتبرت أنه لا يمكن الاحتجاج بحق الزينة، إن لم يقع تسجيله في السجل العقاري طبقاً لمقتضيات الفصلين 65 و 67 من ظهير 12 غشت 1913)) .

في الكثير من مواضيع الأحوال الشخصية ، إما لأن المدونة سكنت عن النص عن أحكامها أو لعدم تناوئها بتفصيل، خاصة ما يتعلق:
 بثبوت الزوجية، و الطلاق، والحضانة، والنسب، والنفقة، والأهلية . وسنعتي تقييما فيما بعد
 لأخذ المجلس الأعلى بهذا القواعد وما إن كانت ملائمة أم لا .
 لكن هل يطبق المجلس الأعلى إحالة على نصوص أخرى من غير الفقه في مجال الأحوال
 الشخصية؟

إن مبعث هذا التساؤل يرجع إلى أن مدونة الأحوال الشخصية ليست وحدها الناظمة
 لمسائل الأحوال الشخصية في المغرب. فهناك نصوص أخرى تعني الأسرة والمرأة والطفل: كقانون
 الحالة المدنية و قانون الجنسية، وقانون الالتزامات والعقود، والقانون التجاري، والقانون الجنائي،
 وقانون المسطرة الجنائية، ونصوص خاصة كالقانون المتعلق بالأطفال المهملين، وكذا بعض
 الاتفاقيات الدولية، وهي قوانين إما تنظم مسائل لا تنص عليها المدونة، أو أنها تتعارض معها
 1866، أو أنها تكرس نفس موقف المدونة .

غير أن المدونة، ورغم أنها نص لاحق على أغلب هذه النصوص، فإنها كرس منهج
 القطيعة مع هذه القوانين الوضعية ، مما نجمت عنه مشاكل في التطبيق عجز القضاء والإدارة عن
 إيجاد حلول لها. مثل مسألة الولاية على من لم يثبت نسبه لأبيه، والحالة الشخصية للأبناء

1866 - بل إن البعض يثير مسألة تناقض بعض أحكام المدونة مع بعض مقتضيات القانون الدستوري :

- ففاطمة المريني، ترى أنه رغم المساواة المنصوص عليها بنص الدستور ((الفصل 8) فإن القانون المغربي لم يمنح
 للمرأة حقها في الخروج والعمل خارج البيت، وإنما يؤكد النص القانوني أن على المرأة أن تتفاوض مع زوجها حول
 هذه الحقوق (الجنس كهندسة اجتماعية - م س ص 37).

- ويرى الأستاذ أحمد الخليلي، أن ما هو منصوص عليه بالدستور بخصوص المساواة بين الجنسين في الحقوق
 السياسية والتربية، والشغل، وحق التجول، والاستقرار في جميع أنحاء المملكة، يشكل مبادئ ضاغطة على أحكام
 قانون الأحوال الشخصية . يبدو معها قانون الأحوال الشخصية كجزيرة معزولة وسط المحيط (الأسرة الغربية
 والأسرة الإسلامية - التطور والمصير. درس حسني (01-06-1986) منشور بكتاب الباحث المذكور: وجهة
 نظر، الدار البيضاء، 1988، ص 241) .

- ومن ناحية أخرى، يلاحظ بعض الدارسين بهذا الصدد: أن الاهتمام الخاص بالجانب السياسي من المساواة بين
 الرجل والمرأة، يُراد أن يكون دستوريا / سياسيا فقط ، بحسب الماهية الأساسية للدستور عموما "وربما تجنب اتخاذ
 موقف محدد من المساواة بين الرجل والمرأة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية، مما يسمح بالتحرك عمليا بين
 التيارات الدينية والاعتبارات العائدة للتقاليد والأعراف" (ناصيف نصار -وضع المرأة في الدساتير العربية - بمجلة
 الوحدة، السنة الأولى، عدد 9، 1985، ص 10) .

المولودين لعلاقات خارج مؤسسة الزواج، وعلاقات هؤلاء بأمهاتهم¹⁸⁶⁷. هذا رغم أن بعض تلك القوانين جاء متأثراً ببعض المبادئ الإسلامية والقواعد الفقهية سواء على صعيد القانون الجنائي¹⁸⁶⁸، أو على صعيد قانون الالتزامات والعقود¹⁸⁶⁹، أو على صعيد القانون المطبق على العقارات المحفظة¹⁸⁷⁰، التي لم تسلم هي كذلك من بعض الوضعيات القانونية المعقدة، التي تتجابه فيها أحكام المدونة أو الفقه، مع قانون العقارات المحفظة، سواء فيما يتعلق بانتقال ملكيتها بالإرث¹⁸⁷¹، أو بالتبرع¹⁸⁷².

¹⁸⁶⁷ - أحمد الخليلي - بين مدونة الأحوال الشخصية ومشروع المدونة لسنة 1981 بـ "البرلمان والممارسة التشريعية بالمغرب" - المحمدية 1985، ص 34.

¹⁸⁶⁸ - الفصل 220 والفصل 222 حول حماية العقيدة، وحظر الفطر في رمضان بالنسبة للمسلمين. والفصلان 486 و 487 حول حماية الأخلاق، والفصول 497-504 حول منع البغاء وإفساد الشباب، ومرسوم 14-11 بشأن الزجر عن السكر العلي.

¹⁸⁶⁹ - الفصل 484 بشأن الأشياء المعتبرة نجاسات لدى المسلمين، والفصل 870 بمنع الفائدة بينهم، وغير ذلك من الفصول المتأثرة بالفقه المالكي في أحكامها كالفصول: 353، 632، 809، 986، 988، 1092، 1093، 1097، 1101 من ظ. ل. ع.

¹⁸⁷⁰ - من ذلك الفصل 8 من ظهير 02 / 06 / 1915 المطبق على العقارات المحفظة، وذلك بشأن الحقوق العرفية الإسلامية. و الفصول 30 و 75 و 197، من نفس الظهير التي تحيل على أحكام الفقه الإسلامي.

¹⁸⁷¹ - فإذا كان الإرث طبق مقتضيات الفصل 219 من مدونة الأحوال الشخصية هو: ((انتقال حق بموت مالكة))، وأنه طبق مقتضيات الفصل 220 من مدونة الأحوال الشخصية ((يستحق الإرث بموت الموروث حقيقة أو حكماً وتحقق حياة وارثه من بعده))، فإن التساؤل قد ثار حول ما إذا كان الإرث ينفذ دون تشكيلات بالنسبة للعقار المحفظ، أم لا بد من استيفاء تلك الشكليات حتى يتم انتقال الحقوق الإرثية المتعلقة بالعقار المحفظ؟ لقد اتخذ المجلس الأعلى في البداية مبدأ اعتبر بمقتضاه أن الهالك الذي بقي مسجلاً بالرسم العقاري يعتبر لازال على قيد الحياة (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 115، بتاريخ 14 / 02 / 1969 . بقضاء المجلس الأعلى، عدد 7، ص 20). لكن المجلس الأعلى قرر في قرار آخر أن مجرد إثبات الورثة لصفتهم الإرثية في الهالك يخولهم حق الطعن بالاستئناف ولو لم تسجل إراثهم بالرسم العقاري، وقضى تبعاً لذلك بنقض القرار القاضي بعدم قبول الاستئناف لعدم تسجيل الإرث من طرف الورثة، حتى تكون لهم الصفة فيما يدعونه بخصوص العقار المحفظ الذي كان لازال مسجلاً على اسم مورثهم (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 734، بتاريخ 07 / 03 / 1995 . بقضاء المجلس الأعلى، عدد 47، ص 35 . فالجلس الأعلى في قراره الأخير اتخذ موقفاً مغايراً لموقفه الأول، ولموقف القضاء العصري إبان الحماية . انظر : الطيب البواب في تعليقه على قرار المجلس الأعلى عدد 734 المذكور أعلاه، وذلك بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 48، صفحة 357 وما بعدها . وقد اعتبر المؤلف أن قرار المجلس الأعلى الأسبق هو المصادف للصواب .

ونتيجة لعدم التنسيق بين أحكام مدونة الأحوال الشخصية والنصوص القانونية الأخرى، فيما يخص مادة الأحوال الشخصية، تنشأ حالات لها طابع نزاعي مع المدونة، مما يخلق تعارضاً بين أحكام المدونة ومقتضيات القوانين الأخرى التي تحكم الموضوع ذاته، كقانون الحالة المدنية، أو قانون الالتزامات والعقود، حيث يثور التساؤل حول ما إن كان يعتبر هذا القانون كذلك من المصادر التكميلية للمدونة أم لا¹⁸⁷³، مادامت مرجعية الإحالة بالنسبة للمدونة هي الفقه الإسلامي فقط¹⁸⁷⁴. هذا علاوة عن كون بعض مقتضيات ظ. ل. ع. المرتبطة بمادة الأحوال

1872- فقد تار الخلاف حول ما إن كان تسجيل التبرعات بالرسم العقاري يغني عن شرط الحيابة اللازم لصحة تلك التبرعات (حبس، هبة، صدقة) . أو أن الحيابة تبعا لقواعد الفقه تغني عن التسجيل. لقد قرر المجلس الأعلى إن تسجيل عقد الصدقة بالرسم العقاري قيد حياة المتصدق يعتبر حيابة قانونية يغني عن إشهاد العدول. بمعاينة الحيابة أو إثباتها (المجلس الأعلى - قرار عدد 174، بتاريخ 13 / 02 / 1996 . بقضاء المجلس الأعلى، عدد 50 / 49 ، ص 108) . إلا أنه ونظرا للخلاف القائم في الموضوع، فقد تداول مجلس الرؤساء بالمجلس الأعلى، في القضية. بمقتضى اجتماعه الثاني والثالث والرابع (انظر محضر الاجتماع الثاني لمجلس الرؤساء ، بتاريخ 19 / 04 / 1995 / بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 47، ص 377 . وكذلك محضر الاجتماع الثالث لمجلس الرؤساء، بتاريخ 20 / 09 / 1995، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 48، ص 415 . وقد تم فيه تأصيل النظرية من طرف لجنة خاصة . وكذلك محضر الاجتماع الرابع لمجلس الرؤساء بتاريخ 20 / 12 / 1995، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 50 / 49 ، ص 346) . حيث تم التوافق على اعتبار التسجيل يغني عن الحيابة .

وتجدر الإشارة إلى بعض التبرعات المتصلة بالزواج لا تحتاج إلى حيابة . فقد قرر المجلس الأعلى أن النحلة إذا انعقد عليها النكاح فإنها لا تحتاج، إلى حيابة . وقد استثنيت من باقي التبرعات عند قول ابن عاصم والحوز شرط صحة التحبس إلخ من هبة أو صدقة أو نحلة، إلا إذا انعقد النكاح عليها . وإلى هذا يشير ابن عاصم بقوله : ((ونحلة ليس لها افتقار إلى حيابة)) وما دام الأمر كذلك فإن عدم حيابة المنحولة حتى طلقت وتزوجت ثانيا، لا تأثير له على صحة النحلة)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1102 . بتاريخ 20 / 10 / 1987، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41، ص 153) .

1873 - فأستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، يرى أن ظهير الالتزامات والعقود، هو مصدر استثنائي بالنسبة للمدونة وليس مصدرا تكميليا، فيمكن تطبيقه مع وجود النص في الفقه متى كان الحكم الفقهي غير ملائم (كيف نقرأ ق ل ع. مرجع سابق، ص 17 و 18).

بينما يرى الأستاذ محمد الكشور، أن ظ. ل. ع. لا يتعارض كمبدأ عام مع الفقه الإسلامي، ضاربا المثل ببعض الأحكام القضائية التي يلجأ فيها القضاء للفقه ويصل بعد عناء للحلول المقررة في ظ. ل. ع. ذات المستند الفقهي (مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود، مرجع سابق، ص 64) .

1874 - وبالعكس يثور التساؤل حول ما إن كان الفقه الإسلامي (المالكي) يعتبر مصدرا تكميليا لقانون الالتزامات والعقود . فقانون الالتزامات والعقود لم يبين ترتيب مصادر القاعدة القانونية في حالة عدم وجود النص . خلافا للقانون المدني المصري الذي نص في المادة الأولى، على أنه في حالة عدم وجود النص، فإن القاضي يحكم بمقتضى

الشخصية تخالف بعض المقتضيات المنصوص عليها بالمدونة¹⁸⁷⁵، بحيث لا يتم ترجيح أحكام مدونة الأحوال الشخصية بهذا الصدد، إلا على أساس أنها قانون خاص، وأنها نص لاحق على

العرف، فإن لم يوجد، قضى بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، وإلا قضى بمقتضى قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة. وفي هذا الصدد يرى الدكتور محمد الكشور، أن المجلس الأعلى يميل إلى دفع قضاة الموضوع إلى سد الفراغ التشريعي عن طريق أعمال قواعد الفقه الإسلامي، أكثر من ميله إلى أعمال قواعد العرف. مذكرا بقرار المجلس الأعلى الذي جاء فيه ((المحكمة أعرضت عن تطبيق مقتضيات الفقه في الموضوع، وهي فاصلة وواضحة، ويجب الاحتكام إليها، ولا يجوز استبعادها والتمسك مع العادات)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 932، بتاريخ 14 / 06 / 1983، ملف عقاري عدد 83283، بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 33 / 34، ص 91). وانظر : محمد الكشور - قانون الالتزامات والعقود وقانون الأحوال الشخصية : التداخل والتضارب . مرجع سابق، ص 124) .

وحول موقف بعض التشريعات العربية، والتشريعات الأوروبية، بخصوص مصدر القاعدة القانونية عند خلو نص القانون المدني، انظر : أحمد ادريوش - الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود . مرجع سابق، ص 27 وما بعدها . وقد بين الباحث تميز المشرع العراقي عندما نص في الفقرة الثالثة من المادة الأولى : ((وتسترشد المحاكم في كل ذلك، بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق، ثم في البلاد العربية الأخرى، التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية))، بينما نص القانون الكويتي على حصر مصادر القانون في : التشريع والعرف والاجتهاد . وانظر : الدكتور جاسم علي الشامسي (دور الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي كمصدر لقانون المعاملات المدنية الإماراتي . بمجلة الحقوق (الكويت) عدد 1، مرجع سابق، ص 99 - 187) بخصوص إحالة القانون المدني الإماراتي على كل من المذهب المالكي والحنبلي والمذهب الشافعي والحنفي عند عدم وجود النص في القانون المدني .

1875 - فالفصل الرابع من ظ. ل. ع. يعتبر تصرف ناقص الأهلية دون إذن من النائب القانوني قابلاً للإبطال. غير أن الفصل 141 مدونة يعتبر التصرفات العوضية للمميز غير المأذون له فيها تصرفات موقوفة.

والفصل 11 من ظ. ل. ع. يشترط إذن القاضي لإمكان إجراء الأب تصرفاً في مال ابنه القاصر. بينما ينص الفصل 158 مدونة على كون هذا الإذن قاصر على المقدم والوصي دون الأب، لأن تصرف الأب محمول على السداد إلى أن يثبت العكس. وهذا الوضع يطرح مشاكل عملية (انظر : غميحة عبد المجيد - بعض مواقف القضاء المغربي من القاصر - بمجلة الملحق القضائي، عدد 21، ص 20). وإن كان المجلس الأعلى قد قرر أنه لا رقابة على الأب في تصرفاته في أموال القاصر طبق الفصل 149 و158 من المدونة، بخلاف المقدم والوصي، حيث تم ترجيح مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية على مقتضيات قانون الالتزامات والعقود (الفصل) الذي يجعل الأب مشمولاً بالرقابة مثله في ذلك مثل الوصي والمقدم (انظر : قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 546، بتاريخ 14 / 05 / 1991، بمجموعة قرارات المجلس الأعلى (مادة الأحوال الشخصية)، الرباط 1993، ص 90 . وكذلك بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 45، ص 108 . مع تعليق للدكتور محمد الكشور، على القرار المذكور، بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 167 - 180 . وانظر حول نفس الموضوع : محمد الربيعي - ملاحظات حول ولاية الأب على مال ولده القاصر . بمجلة الإشعاع، عدد 18، السنة 11، يناير

1999، ص 29 - 37 . وأستاذنا الدكتور أحمد الخليلي بشأن تمديد نفس المقتضيات إلى الأم التي تعتبر وليا بعد وفاة الأب بمقتضى التعديل الأخير للمدونة (أحمد الخليلي، التعليق، ج 2، مرجع سابق، ص 310) .
غير أن محكمة الاستئناف بمراكش، وفي دعوى تتعلق بإتمام البيع، أبطلت البيع المنجز من طرف الأب على أبنائه القاصرين، وقررت أنه ((بمقتضى الفصل 11 من ق. ل. ع. فإن الأب لا يجوز له إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولى إدارتها، إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص، ويعتبر من أعمال التصرف البيع)) (محكمة الاستئناف بمراكش، قرار عدد 639، بتاريخ 12 / 09 / 1989 . ملف عدد 89 / 791 . بمجلة المحامي عدد 20 / 19، ص 188 . ومعه تعليق للأستاذ نور الدين الجزولي (ص 194 من نفس المرجع) ومن رأي المعلق المذكور أنه كان يتعين تطبيق مدونة الأحوال الشخصية (الفصل 158) التي لا تشترط الإذن بالنسبة للأب) .

- والفصل 184 من ق. ل. ع بشأن السماح للدائن بمطالبة أي وارث بكل دين مورثه، والفصل 186 ق ل ع الذي يتضمن انتقال الالتزامات إلى الوارث. وهو ما يخالف ما تقرره المدونة في الفصول 270-288 والتي يستفاد منها عدم انتقال الالتزامات إلى الورثة، وبقيائها مرتبطة بالتركة وفق مبادئ الفقه الإسلامي .

- والفصل 229 من ق ل ع ينص على إمكانية قبول التركة أو رفضها من قبل الورثة . بينما ينص الفصل 225 من مدونة الأحوال الشخصية، على أنه ((ليس لكل من الوارث أو الموروث، إسقاط صفة الوارث أو الموروث، ولا التنازل عنه للغير)). انظر : أحمد الخليلي - مسئولية الورثة عن ديون المورث - بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 2، الصفحات 111-127. و انظر قرار المجلس الأعلى عدد 270، بتاريخ 04-06-1969، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 9، ص 50 . الذي تناوله الأستاذ الخليلي بالتعليق في مرجعه السابق ص 120 وما بعدها . وقرار المجلس الأعلى - بتاريخ 19 / 05 / 1960، بمجلة القضاء والقانون، عدد 33، ص 106 . وانظر قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية -، قرار عدد 1508، بتاريخ 12 / 10 / 1983 . بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، ج 2، الرباط 1992، ص 103 .

- والفصل 378 من ق ل ع، ينص على أنه لا محل لأي تقادم بين الأزواج خلال مدة الزواج . يستفاد منه بمفهوم المخالفة أن دين النفقة يتقادم بعد انقضاء الزوجية . بينما ينص الفصل 121 من مدونة الأحوال الشخصية على أن النفقة لا تسقط بالتقادم . كما أن الفصل 21 من المدونة ينص على أنه : ((لا يترتب الطلاق عن تعذر الوفاء)) بالصداق، بل يبقى دينا في الذمة . وهناك خلاف في الفقه حول تقادم دين الصداق، والذي يظهر صوابه هو أنه لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . قال ناظم العمل السوسي الجشتيمي :

أما الصداق والجهاز فاحكما ولو بطول فيهما أن يغرما

انظر : المنهل العذب السلسيل - للأزاريقي - ج 2، مرجع سابق، ص 168 .

- والفصل 4 من ق. ل. ع. ينص على أن التصرفات العوضية التي يجريها القاصر من غير إذن نائبه القانوني، تكون قابلة للإبطال . غير أنه يمكن إجازتها من طرف الأب أو الوصي أو المقدم . بينما ينص الفصل 141 من مدونة الأحوال الشخصية على أن التصرفات المذكورة تكون موقوفة التنفيذ، وإجازتها موقوفة على الأب دون غيره من وصي أو مقدم . انظر محمد الكشور - قانون الالتزامات والعقود وقانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 130 - 131 .

عدة نصوص قانونية مما سبق ذكره، وأن قانون الالتزامات والعقود بالأخص كان يعني الأجانب أساساً، وهذه الوضعية تنعكس على تعامل القضاء مع مقتضيات قانون الالتزامات والعقود في مادة الأحوال الشخصية . حيث يتم تطبيق أحكام قانون الالتزامات والعقود أحياناً في مادة الأحوال الشخصية¹⁸⁷⁶ ويستبعدها أحياناً¹⁸⁷⁷، هذا فضلاً عن تصادم بعض أحكام قانون الالتزامات والعقود مع الفقه أيضاً في بعض مسائل الأحوال الشخصية¹⁸⁷⁸.

- والفصل 726 ق ل ع، قبل إلغائه (ظهير 10 / 09 / 1993)، والفصل السادس من القانون التجاري قبل صدور مدونة التجارة الجديدة (01 / 08 / 1996)، اللذان كانا يشترطان إذن الزوج لممارسة الزوجة العمل أو التجارة، وهو ما يخالف المبادئ العامة للمدونة حول حقوق الزوجين، والتي يستشف منها أنها تركت حرية -ما- للزوجة في العمل.

¹⁸⁷⁶ - من ذلك القرار الذي اعتمد فيه المجلس الأعلى على مقتضيات الفصل 5 من قانون الالتزامات والعقود في حيث ورد فيه ((وقد أجمع الفقهاء على أنه يجوز للقاصر وناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم . وهو أمر أقره المشرع المغربي في الفصل الخامس من قانون الالتزامات والعقود في قبول الهبة وأي تبرع آخر، فبالأحرى في طلب القاصر وناقص الأهلية قوت يومه، من الواجب عليه الإنفاق عليهما شرعاً وقانوناً)) (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 394، بتاريخ 26-09-1979، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 131) .

ومن ذلك أيضاً اعتماد الفصل 1102 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه : " لا يجوز الصلح على حق النفقة وإنما يجوز على طريقة أدائه أو على أداء أقساطه التي استحققت فعلاً " . وهذا المبدأ يمكن أن يستفاد من نظرية الميسرة المخولة للمنفق المعسر طبق الفصل 53 من المدونة ، الذي يخول للقاضي منح العاجز عن النفقة، الذي أثبت عسره، مهلة للإنفاق على زوجته، وذلك خلال ثلاثة أشهر وإلا طلقت عليه . إلا أنه وعلى الرغم من كون المجلس الأعلى، قرر في عدة قرارات أن قانون الالتزامات والعقود لا يطبق في مجال الأحوال الشخصية، فإن المجلس الأعلى، تمسك بمقتضيات الفصل 1102 من قانون الالتزامات والعقود (عدم جواز الصلح على حق النفقة)، لإبعاد لغير يثبت صلحاً تم بين الزوجين بخصوص النفقة - المجلس الأعلى - قرار عدد 168، بتاريخ 28 / 04 / 1980 (غير منشور)، ذكره الدكتور محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993) مرجع سابق، ص 228 و 229. وقد قرر القضاء اللبناني أنه " لا يوجد نص في القانون اللبناني ولا في القوانين المذهبية في لبنان ولا في القانون الفرنسي ما يمنع المحكمة تقسيط دين النفقة بشرط حسن نية المدين بها " (قرار محكمة استئناف بيروت - الغرفة المدنية الأولى، عدد 1589، تاريخ تشرين أول 1967، منشور بمجلة القضاء والقانون (المغرب) عدد 93 ص 96) .

ومن ذلك أيضاً القضية التي تبين فيها أن شخصاً استعمل وثيقة إدارية مزورة عند الزواج . إذ صرح أمام السلطة الإدارية، والعدول بأنه أعزب، وتزوج من سيدة على هذا الأساس، لكنها اكتشفت أنه متزوج من أخرى . فتقدمت بشكاية ضده إلى النيابة العامة، فأدين من أجل استعمال وثيقة مزورة (ف 360 و 361 من ق ج) . وكانت الزوجة قد طالبت في إطار الدعوى المدنية التابعة، بالحكم لها بالتعويض . وحكم للزوجة بالتعويض

كمطالبة بالحق المدني في إطار المبادئ العامة للمسؤولية المدنية . وأقرت الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى هذا القرار . وكان الطاعن قد بنى طعنه على أساس خرق مقتضيات الفصل 336 من قانون المسطرة الجنائية ، وذلك لعدم حصول الزوجة على الإذن لرفع مطالبها ضده . فردت الغرفة الجنائية الطعن بعله أن عدم الإذن المنصوص عليه في الفصل المذكور لا يترتب عليه البطلان (المجلس الأعلى - الغرفة الجنائية - قرار عدد 10676 . بتاريخ 05 / 12 / 1985 ، بمجلة رابطة القضاة، عدد 20 / 21 ، ص 93) . وقد أشار الأستاذ الكشيبور إلى قرار للمجلس الأعلى طبقت فيه الغرفة الاجتماعية، الفصل 1102 من ق ل ع لاستبعاد لفييف عدلي قدم لإثبات وقوع صلح بين الزوجين بخصوص النفقة (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 168 ، بتاريخ 28 / 04 / 1980 . ملف عدد 81413 (غير منشور) ذكره الأستاذ الكشيبور في كتابه - قانون الالتزامات والعقود وقانون الأحوال الشخصية . مرجع سابق ، ص 143 ، هامش 40 .

1877- فقد مر معنا قرار المجلس الأعلى الذي استبعد فيه تطبيق القواعد العامة في التعويض عن الضرر الناجم عن نشوز الزوجة لأن المدونة لا تقرر مثل هذا الجزء (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار بتاريخ 11 يناير 1982 ، ملف عدد 90783 ، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31 ، ص 92)

كما أنه من الحالات التي استبعد فيها المجلس الأعلى تطبيق ق. ل. ع . القرار الذي استبعد تطبيق الفصل 451 ق ل ع بخصوص عدم الاحتجاج بسبق البت في القضية المتعلقة بتطبيق للضرر لأن الفصل 56 يبيح إعادة رفع الدعوى . يقول المجلس الأعلى : ((حيث يعيب الطاعن على الحكم، خرق الفصل 451 من قانون العقود والالتزامات، إذ قضى بتطبيق المدعية رغم سبقية الحكم في الموضوع قضى برفض الطلب ملف...وان الشواهد الطبية سبق الإدلاء بها في الدعوى السابقة . وهذا يعد مخالفاً للفصل المحتج به . كما عاب بخرقه الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية . ذلك أن المدعية لم تثبت الضرر المزعوم والمحكمة لم تعتمد أية حجة قانونية، ولم تحترم إجراءات الصلح المنصوص عليها في الفصل المذكور . لكن - يقول المجلس الأعلى - حيث إن القانون المطبق على النازلة هو قانون الأحوال الشخصية، ولا مجال لتطبيق قانون الالتزامات والعقود لأن الضرر مهما تكرر يسوغ للزوجة طلب التطبيق ولو سبقت دعاوى في الموضوع . وهو ما ينص عليه الفصل 56 من المدونة . لا سيما وأن لفظة التكرار والتجدد تعني ضرراً جديداً غير الذي حكم في شأنه)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 882 ، بتاريخ 24 / 06 / 1986 ، ملف رقم 544084 (غير منشور) أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 41 - 42) .

كما أن المجلس الأعلى قرر استبعاد قواعد الإقرار المدنية في ميدان النسب، قائلاً ((أنه لما ثبت لقضاة الموضوع، أن نكاح المدعى عليه بالمدعية كان بعد وضع حملها المزاد منه البنت نادية، فإن هاته البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه، ولو أقر بنوتها وكانت من مائه . لأنها بنت زنى وابن الزنى لا يصح الإقرار بينوته ولا استلحاقه. لقول الشيخ خليل : " إنما يستلحق الأب مجهول النسب " . قال العلامة الزرقاني : " لا مقطوعه كولد الزنى لأن الشرع قطع نسبه " . وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 92 من المدونة . وحيث إن اتفاق المدعية والمدعى عليه على ازدياد هاته البنت بعد عقد النكاح بينهما نحو شهر، على فرض صحته وموافقته للواقع فإن هاته البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه كذلك، حسبما نص عليه الفصل 85 من المدونة . وهو القانون الواجب التطبيق على النازلة مع قاعدة الفقه الإسلامي لا قانون الالتزامات والعقود . الأمر الذي كان معه هذا

المطلب الرابع

عدم إشارة القضاء في الأحكام إلى أنه يطبق قاعدة الإحالة

إن الأخذ بنصوص فقهية طبق قاعدة الإحالة، يقتضي الإشارة في الحكم أو القرار إلى أن القاضي يطبق القاعدة المذكورة، ثم القيام بعملية الترجيح بين مختلف الأقوال والتحقق مما جرى به العمل . غير أن الملاحظ عموماً، هو عدم إشارة الأحكام القضائية إلى ذلك غالباً ((فالجلس الأعلى عندما يتعرض لمواضيع تستلزم إعمال قاعدة الإحالة المنصوص عليها في الفصول 82، 172، 216، 297 (مدونة) لا يعطي في قراراته أي بيان للإحالة المذكورة . بل إنما يزيدها غموضاً وإبهاماً))¹⁸⁷⁹ .

فقليلة هي القرارات القضائية المنشورة التي تشير صراحة إلى إعمال قاعدة الإحالة على المذهب المالكي، بخصوص مسائل الأحوال الشخصية، ومن ذلك قرار المجلس الأعلى عدد 246¹⁸⁸⁰ بصدد قضية طالب فيها الزوج برجوع زوجته لبيت الزوجية، فأجابت الزوجة المدعى عليها

الحكم قد حرف القانون الداخلي واستوجب لذلك نقضه ((. وقد كانت محكمة الموضوع أصدرت حكمها بلحوق النسب في هذه القضية على أساس اطلاع المدعى عليه على عقد ازدياد البنت بدفتر الحالة المدنية وعدم طعنه في ذلك، بما يعد إقراراً منه طبق الفصلين 405 و 410 من ق.ل.ع ولا يقبل منه رجوعه عن إقراره طبق الفصل 414 من ق.ل.ع . وتبعاً للقواعد الواردة في قرار المجلس الأعلى فإن المجلس استبعد قواعد قانون الالتزامات والعقود من مجال الإثبات بصدد النازلة (((المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 446 . بتاريخ 30 مارس 1983، بمجلة المحاكم المغربية ، عدد 48، 77) .

¹⁸⁷⁸ - إن الفصل 365 من ق.ل.ع فقرة أولى، ينص على أنه : " لا تقع المقاصة إذا كان سبب الدينين نفقة أو غيرها من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها " . أما الفقه المالكي فيميز بين حال المطلوب في المقاصة بين : ما إن كان موسراً، أو معسراً ويقرر ((أن الزوجة إذا طلبت نفقتها فأراد الزوج أن يقتطعها من دين له عليها كان له ذلك في الموسرة دون المعسرة (((ابن جزى - القوانين الفقهية . مرجع سابق، ص 164) . وقرىبا من مذهب مالك، نص المشرع المصري في المادة الأولى فق 8 من القانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه : ((ولا يقبل من الزوج التمسك بالمقاصة بين نفقة الزوجة وبين دين له عليها، إلا فيما يزيد على ما يفي بحاجاتها الضرورية)) .

وبطبيعة الحال يثور التساؤل هنا، عن الحكم الواجب إعماله هل هو حكم الفقه أم حكم قانون الالتزامات والعقود .

¹⁸⁷⁹ - أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية . ج 1 ، مرجع سابق ، ص 8.

¹⁸⁸⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية . قرار عدد 246، بتاريخ 19-04-1982 . بمجلة القضاء والقانون، عدد 132 ص 151.

بأنها رفعت دعوى التطليق للضرر ضده، والتمست تبعا لذلك إيقاف البت في دعوى المدعي لأن من شأن الحكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية، أن تمكن الزوج المدعي من نفسها ومن شأن ذلك وفق المشهور من قواعد المذهب المالكي أن يسقط حقها في دعوى التطليق . غير أن محكمة الموضوع قضت على الزوجة رغم ذلك بالرجوع لبيت الزوجية . فطعنت بالنقض في الحكم المذكور. فقرر المجلس الأعلى وبناء على الفصل 82 من المدونة (قاعدة الإحالة) وجود ترابط بين الدعوتين، لأن من شأن تمكين الزوجة لزوجها، بعد ادعاء الضرر، أن يسقط حقها في التطليق للضرر طبق النصوص الفقهية، ولذلك نص قرار المجلس الأعلى على أنه : ((وحيث إن الرجوع لبيت الزوجية والحال أن دعوى التطليق جارية يفتح المجال أمام الزوج لادعاء الخلو، وتمكينه من نفسها وبالتالي يكون إذاك قوله . وحيث إن تعليل المحكمة بأن لا ترابط بين الدعوتين، دون أن تأخذ بعين الاعتبار مقتضيات الفصل 82 من المدونة، يكون تعليلا خاطئا ويكون ما نعته الوسيلة في محله)) ولذلك نقض المجلس الأعلى الحكم . وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى¹⁸⁸¹ : ((إن الفقرة الثانية من الفصل 54 من المدونة، تتحدث عن عيوب فرج الرجل التي لا يرجى برؤها دون تمييز بين التي يرجى برؤها من غيرها. وبمقتضى الفصل 82 من المدونة فإن أحكام الفقه المالكي تعتمد وتطبق في الحالات التي لم تتعرض إليها المدونة . وبالرجوع إلى ما جرى به العمل في الفقه المالكي، والذي عدد عيوب الزوج التي لا يرجى برؤها في ثلاثة : الجب، والعنة، والإخفاء، أما الاعتراض فهو من العيوب التي يمهل فيها القاضي المعترض لمدة سنة . المحكمة التي أعرضت عن تطبيق هذه الأحكام الفقهية المتعلقة بالاعتراض، والتي هي واجبة التطبيق بمقتضى الفصل 82 المذكور، تكون قد خرقت الفصل 54 من المدونة، وعرضت قرارها للنقض)) .

غير أن المجلس الأعلى¹⁸⁸² ، وفي قرارات مهمة أخرى طبق قواعد الفقه المالكي في مادة الأحوال الشخصية، لكن من دون إشارة إلى أن الأمر يتعلق بتطبيق لنص قاعدة الإحالة على

1881 - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 758، بتاريخ 29 / 10 / 1996، ملف رقم

5807 / 93 . أورده عبد العزيز توفيق - التعليق على مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 70 .

1882 - ولقد بحث الدكتور الكشيبور في سند اعتماد الغرفة الشرعية، على قواعد الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالعقار

غير المحفظ، فاستنتج أنه ((يكتفي القضاء المغربي عموما، والغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى على وجه الخصوص، بتطبيق أحكام الفقه المالكي على العقارات غير المحفظة... دون الاستناد إلى نص أو نصوص تشريعية، ربما على أساس أن المسألة بديهية لا تحتاج إلى التدليل عليها بكيفية قانونية)) . وأورد الباحث قرارات للمجلس الأعلى، تعلق بهذا الصدد كما يلي ((.. إن المطبق، حيث كان العقار غير محفظ، هو الفقه الإسلامي ..)) (المجلس الأعلى

- الغرفة الشرعية - قرار عدد 261، بتاريخ 22 / 05 / 1979، ملف عدد 25980، (قرار غير منشور) .

وفي قرار آخر ((.. من المسلم به أن نصوص قانون الالتزامات والعقود لا تطبق على العقار غير المحفظ، وأن المطبق

المذهب المالكي المنصوص عليه في المدونة . ومن ذلك قرار المجلس عدد 296¹⁸⁸³ بخصوص طلاق النفويض بأنواعه الثلاثة : التخييري، والتوكيلي، والتمليك . حيث اعتمد المجلس الأعلى أقوال فقهاء المذهب المالكي في الموضوع دون إشارة في حيثيات القرار، إلى أنه يعمل بذلك قاعدة الإحالة، في مادة هامة وحيوية وغير مفصلة بالمدونة، بالتفصيل اللائق بمادة الطلاق المملك¹⁸⁸⁴ .

ولاشك أن من شأن الإشارة في الحكم إلى أن القضاء يطبق الإحالة على المذهب المالكي - أن ينبه الخصوم إلى مصدر القاعدة المأخوذ بها، وإلى أن كون الأخذ بالقاعدة المذكورة هو مبرر طبق قاعدة الإحالة المنصوص عليها قانونا. ومن شأن ذلك من ناحية أخرى إزالة اللبس الذي كثيرا ما يقع عندما يتم اعتماد النصوص الفقهية، بالرغم من أن المدونة تنص على الحكم، بحيث لا يعرف الخصوم ما إن كان الأمر منظما بنص المدونة أم بنص من كتب الفقه .

نعم، إن القانون لا يلزم الأطراف بذكر النص القانوني الذي يؤسسون عيه دعواهم (الفصل 3 ق. م. م.)¹⁸⁸⁵، وإن المجلس الأعلى نفسه يعتبر أن الحكم الذي يأتي موافقا للقانون أو الفقه، لا يستوجب نقضه عدم الإشارة فيه إلى النصوص القانونية¹⁸⁸⁶، أو الفقهية¹⁸⁸⁷، أو حتى الاجتهاد

أمامها هو الفقه المالكي (..)) (المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 1246، بتاريخ 07 / 08 / 1984، ملف عدد 99732 و 2810، (قرار غير منشور) .

وهما قراران، أوردهما الدكتور محمد الكشور - بيع العقار بين الرضائية والشكل. مرجع سابق، ص 51 هامش 30 .

وبالنسبة للغرفة المدنية، فإنها تقرر ((لا محل للاستدلال بقانون الالتزامات والعقود مادام أن الأمر يتعلق بعقارات غير محفظة تخضع لأحكام الفقه المالكي)) (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 179، بتاريخ 29 / 06 / 1988، بمجلة القضاء والقانون، عدد 139، ص 75) .

¹⁸⁸³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 296 . بتاريخ 19-05-1981، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30 ص 60-68.

¹⁸⁸⁴ - إذ أشارت المدونة فقط لطلاق التمليك في الفصل 44 بخصوص من يملك حق الطلاق والفصل 67 بخصوص أنواع الطلاق.

¹⁸⁸⁵ - لقد قرر المجلس الأعلى بهذا الصدد : ((إن المحكمة طبق مقتضيات الفصل 3 من ق. م. م.، هي التي تكيف النزاع المعروض عليها، حسب الغرض المقصود منه، وحسبما يستنتج من الوقائع المعروضة عليها، لا على حسب تكيف الأطراف، لأنها هي التي تطبق القوانين الواجبة التطبيق)) (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 157، بتاريخ 23 / 03 / 1987 . بمجلة الندوة، عدد 4، ص 88) .

¹⁸⁸⁶ - انظر قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 139 . بتاريخ 13 / 07 / 1970 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 22، ص 40 . وقرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 394 . بتاريخ 26-09-1979، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 131. وقرار المجلس الأعلى - الغرفة الجنائية -

القضائي، إذ اعتبر المجلس الأعلى¹⁸⁸⁸ أن ((المحكمة غير ملزمة بالتنصيص على الاجتهاد القضائي الذي ارتكزت عليه)) . لكن أعتقد أن الإشارة في الحكم أو القرار، إلى أن المحكمة تطبق قاعدة الإحالة، والإشارة كذلك إلى مصدر النص الفقهي المطبق، ضروري عند الأخذ بقواعد فقهية بخصوص مسائل لم تنص عليها المدونة، لما في ذلك من ضمان مراقبة المجلس الأعلى، لما إن كانت المحكمة قد طبقت الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل في المذهب المالكي، وذلك لأن خرق القاعدة الفقهية التي تحكم النزاع يكون مبررا للنقض¹⁸⁸⁹ ، وبالتالي فإن ((الرجوع إلى

قرار عدد 982 . بتاريخ 16 / 07 / 1981 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 32، ص 161 . وقرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 35 . بتاريخ 16 / 03 / 1970، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 27.

لكن المجلس الأعلى، وفي قرار آخر يتعلق بتطبيق أجنبيين نقض حكم المحكمة القاضي بالتطبيق بعلية : ((وحيث يطعن طالب النقض أوغست إلياس جوزي بوتلير، في هذا الحكم، بخرق القانون وبالأخص القانون الأجنبي الخاص بالأحوال الشخصية، ذلك أن الحكم المطعون فيه، لم يشر إلى القانون الذي طبقه في هذه النازلة . وحيث إنه وبعدم إشارة المحكمة إلى المقتضيات التشريعية التي طبقتها لم تمكن المجلس الأعلى من مراقبة حسن تطبيقها للقانون، فتكون المحكمة لم تركز حكمها على أساس قانوني وخرقت الفصل 189 من ق . م . م . (القديمة))) (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 66 . بتاريخ 18 / 12 / 1968 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 4، ص 19) .. فهل إن المجلس لم يتسامح بهذا الصدد تبعا لتعلق الأمر بقانون أجنبي يتعين بيانه فقط ؟

¹⁸⁸⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 35 . بتاريخ 16 مارس 1970، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 27. وفي هذا القرار أيد المجلس الأعلى حكما اعتمد ما جاء في الفقه، وقرر ((أن إقرار الزوج بإيراد الجهاز إلى بيت الزوجية لا يترتب عليه ضمانه، مادام لم يثبت أنه التزم بالضمان)) ، وقد طعن الطاعنة في الحكم الاستثنائي بعلية أنه اقتصر في تعليل حكمه على القول بأن ((المقرر فقها، أن الزوج لا يكون ضامنا للجهاز الواصل إلى بيته إلا إذا التزم الضمان))، فرد عليها المجلس الأعلى : ((لكن حيث إن المحكمة غير ملزمة بإيراد النصوص الفقهية التي تستند إلى مضمونها الذي لم يطعن في صحته، وبذلك تكون الوسيلة غير مبنية على أساس)) .
¹⁸⁸⁸ - المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 262 . بتاريخ 10 / 06 / 1970 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 17 .

¹⁸⁸⁹ - انظر على سبيل المثال القرارات التالية التي نقض فيها المجلس الأعلى، قرارات قضائية نظرا لخرقها قواعد فقهية:

- قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية . قرار عدد 246، بتاريخ 19-04-1982 . بمجلة القضاء والقانون، عدد 132 ص 151.

- المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 118، بتاريخ 19 / 12 / 1967 . بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 79 . و، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 3، ص 51 .

الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك رضي الله عنه، مسألة قانونية،
يجب على قاضي المجلس الأعلى أن يراقب إعمالها))¹⁸⁹⁰
وأعتقد أن عدم إشارة أغلب الأحكام إلى أن القاضي يطبق النص القاضي بالإحالة على
الفقه المالكي، والرجوع مباشرة إلى الفقه¹⁸⁹¹ - ولو مع وجود النص - يرجع أولاً للتقليد
الموروث عند البت في " القضايا الشرعية " التي كان يحكمها الفقه أساساً، وإلى كون المدونة
نفسها تخول للقاضي الرجوع مباشرة إلى الفقه في بعض المسائل : كالفصل 5 من المدونة الذي
يجيز للقاضي اعتماد البينة الشرعية في إثبات الزوجية، وكالفصل 91 من المدونة الذي يخول
للقاضي اعتماد جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب .

¹⁸⁹⁰ - محمد الكشيبور - قانون الالتزامات والعقود وقانون الأحوال الشخصية : التداخل والتضارب . بالمجلة المغربية
للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 16، خاص بموضوع " الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "، ص 127 .

¹⁸⁹¹ - حول هذه النقطة، والعلاقة بين الفقه الإسلامي والقانون الخاص المغربي انظر :

Omar AZZIMAN, La taradition du droit : Tradition juridique islamique et droit privé marocain. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 11, Roma 1993, p. 3 et ss.

خلاصة الفصل الأول

لجأ المشرع في مدونة الأحوال الشخصية، إلى تقنية الإحالة على المذهب المالكي فيما لم تنص عليه المدونة، مثله في ذلك مثل بعض التشريعات العربية . وإذا كان المشرع قد قيد هذه الإحالة بمقتضيات الراجح والمشهور وما جرى به العمل، فإنه وبالمقابل لم يضع ضوابط للترجيح بين مختلف الأقوال في المذهب المالكي، كما أنه لم ينص على أصحابها، ولا المراجع المعتمدة في ذلك . وهي وضعية قد تؤدي إلى بعض الاضطراب في العمل القضائي بشأن الترجيح بين مختلف القواعد الفقهية . ولذلك يفترض اعتماد ضوابط الترجيح المعتمدة لدى فقهاء المذهب . غير أنه إذا كان المجلس الأعلى يعتمد مقتضيات هذه الضوابط الفقهية، فإنه لا يقوم بنفسه بعملية الترجيح، بل يعتمد ما تم ترجيحه أو تم القول بأنه مما جرى به العمل، وفقاً لأقوال الفقهاء في المذهب . وعلى ذلك فمسألة الترجيح تجري على خلفية مناقشة الفقهاء لما يرجحونه هم، ووفق ما يتم سؤقه من نصوصهم الفقهية بشأن ذلك .

ولقد اتخذ المجلس الأعلى خطوة بشأن ما جرى به العمل، حيث اعتبر المجلس الأعلى عمله بخصوص قضايا معينة يطبق فيها القواعد الفقهية، مما جرى به العمل، خاصة ما صدر عن غرفتين مجتمعتين . ويمكن أن يدخل هذا في باب الاعتداد بالاجتهاد القضائي الصادر عن المجلس الأعلى، بغرض توحيد الحلول القانونية . كما يمكن أن يعتبر ذلك من باب اعتماد مسائل جديدة فيما جرى به العمل . وإلى جانب ذلك فإن المجلس الأعلى لم يهمل بعض الأعراف المحلية، خاصة ما تعلق بسعاية المرأة، التي كثر الحديث عنها، وأدت بالبعض إلى الحديث عن التدبير التعاقدى لشؤون الأسرة .

ولقد كان على المجلس الأعلى أن يواجه مشكل نطاق أعمال قاعدة الإحالة، على مستويين :

- مسألة ما إن كانت هذه الإحالة شاملة لقواعد الشكل والموضوع، أم أنها قاصرة على القواعد الفقهية الموضوعية فقط . ويبدو من عمل المجلس الأعلى، أنه لم يتخل تماما عن إعمال القواعد الفقهية المرتبطة بمسائل إجرائية، التي تطبق في وجود قانون المسطرة المدنية .

- ومسألة حصر قاعدة الإحالة على المذهب المالكي، في كتب المدونة التي ذيلت بالقاعدة المذكورة . وهو ما اعتمده المجلس الأعلى في قرارات قليلة جدا . لكن تتبع عمل المجلس الأعلى يثبت أنه مستمر في الرجوع إلى قواعد الفقه بشأن كتب المدونة التي لم تذيّل بالقاعدة المذكورة، بل إن الفقه هو أساس عمل المجلس الأعلى في ذلك، خاصة ما تعلق بالزواج والنسب والنفقة . وبذلك فإن المجلس الأعلى يطبق قاعدة الإحالة بشأن كل كتب المدونة .

غير أن إعمال قاعدة الإحالة، لا تتم الإشارة إليه في نص الأحكام القضائية، إذ لا تتم الإشارة إلى أن قاضي الأحوال الشخصية عموما، يطبق قاعدة الإحالة بسبب عدم نص المدونة على حكم موضوع ما . فقليلة هي القرارات التي نص فيها المجلس الأعلى صراحة، على أنه يعتمد قاعدة الإحالة . إذ يتم الرجوع إلى الفقه مباشرة، دون توسط الفصول التي تقرر الإحالة عليه .

الفصل الثاني

تطبيق المجلس الأعلى لقواعد الفقه المالكي في قضايا الأحوال الشخصية

إن إعمال قاعدة الإحالة بالمعنى الذي سبق بيانه، يعني تطبيق قواعد فقهية مستمدة من المذهب المالكي، باعتباره مصدرا تكميليا لنصوص مدونة الأحوال الشخصية . والقاعدة الفقهية التي ستعينا هنا، هي القاعدة الفقهية ببدلوها العام¹⁸⁹² . أي باعتبارها الحكم العملي الذي

¹⁸⁹² - ولذلك لن يكون مقصودنا بالقاعدة الفقهية في هذا البحث، القاعدة الفقهية التي تعرف بأئها : ((حكم ينطبق على معظم جزئياته . كقولهم: " الأمور بمقاصدها " . وتسمى في الاصطلاح القانوني بالمبدل)) (انظر :

استنبطه فقهاء المذهب المالكي، من المصادر الأصلية للشريعة الإسلامية¹⁸⁹³، سواء كان مما قاله الإمام مالك أو قال به فقهاء¹⁸⁹⁴ المذهب وجاء على طريقة الإمام مالك وقواعده التي بني عليها المذهب، فهذا هو الحكم الذي يبحث عنه القاضي أثناء إعماله لقاعدة الإحالة تبعاً لنصوص مدونة الأحوال الشخصية¹⁸⁹⁵.

عزت عبید الدعاس - القواعد الفقهية مع الشرح الموجز . منشورات مكتبة الغزالي بحماة، د. ت. ط. ص 5) . ويدخل في هذا المعنى السابق قواعد فقهية مثل : " لا ضرر ولا ضرار " و " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " و " اليقين لا يزول بالشك " إلى غير ذلك من القواعد الفقهية، التي يهتم بها فن قائم بذاته في الفقه الإسلامي، وهو فن تقعيد القواعد الفقهية، التي جمعت مجلة الأحكام العدلية الكثير منها في موادها الأولى، وألفت فيها مصنفات كقواعد المقرري .

¹⁸⁹³ - فمجموع الأحكام الشرعية هو ما يعني الفقه، الذي يعرفه الأصوليون بأنه : ((العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية . أو هو مجموعة الأحكام الشرعية المستفادة من أدلتها التفصيلية)) (عبد الوهاب خلاف : علم أصول الفقه . مرجع سابق، ص 11) . وهو لدى الفقهاء : ((حفظ الفروع)) (انظر : سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، مرجع سابق، ص 289) . وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة الأولى بأنه : ((علم بالمسائل الشرعية العملية، المكتسب من أدلتها التفصيلية)) (علي حيدر - درر الحكم شرح مجلة الأحكام - تعريب فهمي الحسيني، ج 1، ط 1، دار الجيل، بيروت 1991، ص 17) . ويعرف الفقهاء المسلمون الشريعة بأنها : ((ما شرعه الله تعالى من العقائد والأحكام)) . والشرع : ((ما شرعه الله تعالى)) . وفي قول الفقهاء : " شرعاً " ((ما كان مستفاداً من كلام الشارع، بأن أخذ من القرآن أو السنة . وقد يطلق مجازاً على ما كان في كلام الفقهاء وليس مستفاداً من الشارع)) . وعلماء الشريعة عند فقهاء المالكية : ((هم المزاولون لها تقريراً واستنباطاً وإفادة)) . (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي . مرجع سابق، ص 193) .

¹⁸⁹⁴ - الفقيه في اصطلاح المالكية، هو : ((من شغل أوقاته بالمطالعة، والتعليم والفتوى، وإن قصر عن الاجتهاد)) . وقد يطلق على المجتهد . وعند الحنفية : ((من يحفظ الفروع الفقهية، ويصير له إدراك في الأحكام المتعلقة بنفسه وغيره)) . والفقيه هو المجتهد : وإطلاقه على المقلد الحافظ للمسائل مجاز . وعند الحنابلة : ((العالم بالأحكام الشرعية العملية، كالحل والحرمه والصحة والفساد)) (انظر : سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي . مرجع سابق، ص 291) . والفقيه المجتهد هو من ((بذل الجهد للتوصل إلى الحكم في واقعة لا نص فيها بالتفكير واستخدام الوسائل التي هدى الشرع للاستنباط بما فيما لا نص فيه)) (عبد الوهاب خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه . مرجع سابق، ص 7) .

¹⁸⁹⁵ - في نطاق المصطلح الذي يعبر به المجلس الأعلى عن القاعدة الفقهية التي يطبقها، قام أستاذنا الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد بعملية جرد للمصطلحات الفقهية التي يستعملها المجلس الأعلى فيما يتعلق بالمادة الفقهية، فضلاً عن اللجوء مباشرة إلى نصوص القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة، يستعمل المجلس الأعلى في قراراته المصطلحات التالية : القاعدة، أو القواعد، أو النصوص الفقهية . قاعدة الاستصحاب . وتطبيقاً للقاعدة . مصادر الفقه الجاري بها العمل . كتب الفقه . الراجح أو ما جرى به العمل في المذهب المالكي . الأصول العامة لمذهب الإمام مالك . لا شيء في الفقه المالكي . المذهب المالكي الجاري به العمل . المختصر، قول خليل، خليل . ابن

وهذه العملية : عملية البحث عن النص الفقهي في أمهات كتب الفقه المالكي، هي عملية معقدة، لأنها من ناحية قد تغري القاضي بحشر كلام أي فقيه في المذهب ضمن القاعدة القانونية المبحوث عنها، وهي من ناحية أخرى تستوجب إنزال الحكم الفقهي على واقعة متجددة، قد تكون مخالفة لمبررات صدور النص الفقهي . ولذلك فإن بعض الممارسين يقول : ((إن البحث عن النص الفقهي، أو القاعدة القانونية، واستخراجه من بين دفات الأوراق الصفر، وعرض الجزئيات الواقعية المتجددة عليه، وجعلها من مشمولاته، أصبح عسيرا، أو لا يعقله إلا العالمون))
1896

ولذلك وفي سبيل الوقوف على موقف المجلس الأعلى من تطبيقه للقواعد الفقهية في ميدان الأحوال الشخصية، سنتعرض في البداية للمجال الذي تطبق بصدد هذه القواعد، أي دعوى الأحوال الشخصية في أبعادها الفقهية (المبحث الأول)، ثم نحاول تقييم بعض قرارات المجلس الأعلى المنشورة، التي اعتمد فيها على القواعد الفقهية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الأبعاد الفقهية لدعوى الأحوال الشخصية

عاصم، كما في التحفة، القاعدة التي صاغها ابن عاصم . البهجة، صاحب البهجة . مدونة مالك . في نص المدونة) وأضيف إلى ذلك حسبما وقفت عليه: ففي المدونة، الشرع، الشرع الإسلامي، السياسة الشرعية، شرعا وقانونا). ابن رشد . سيدي عمر الفاسي . سيدي المهدي الوزاني . أبو العباس . الإمام الوزير . القلشاني . الريسوي . الهواري . الزرقاني . التسولي . ابن لب . ابن عرفة . المعيار الجديد . العمل الفاسي . لامية الزقاق . بناني . الرهوني . كنون . (وأضيف إلى ذلك حسبما وقفت عليه : ابن القاسم، وسحنون، ابن أبي زيد القيرواني، الونشريسي، والحطاب . سيدي علال الفاسي، ابن عرفة، أبو الغازي، الدردير، الدسوقي، ابن المواز، الباجي، ابن عبد الحكم) انظر :

- Abderrazak MOULAY RCHED, La magistrature marocaine et l'évolution de la Moudaouana. jurisprudence de la Cour suprême, op. cit. p34 .

1896 - من تعليق الأستاذ محمد الصقلي (رئيس الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى سابقا)، على القرار الصادر عن المجلس الأعلى عدد 415، بتاريخ 18 / 03 / 1986 ملف عقاري عدد 98703، بمجلة القضاء والقانون، عدد 139، ص 117 .

نظرا للموروث الديني والتاريخي المرتبط بميدان التقاضي في مادة الأحوال الشخصية والميراث، يلاحظ الدارس أن دعوى الأحوال الشخصية تتميز بميزات خاصة¹⁸⁹⁷، من أهمها تأثرها بمفاهيم فقهية . وكمدخل لبحث موقف المجلس الأعلى من تطبيق القواعد الفقهية بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية، ومحاولة لرسم المجال الذي تطبق بصدده هذه القواعد، سنستقرئ موقف المجلس الأعلى في تعامله مع هذه الأبعاد الفقهية لدعوى الأحوال الشخصية . سواء في تأثر دعوى الأحوال الشخصية بمفاهيم المسطرة الشرعية (المطلب الأول)، أو من حيث ضرورة اعتبار العقيدة الدينية للقاضي والحامي في تلك الدعوى (المطلب الثاني)، أو من حيث اعتماد وسائل إجرائية فقهية قد تبدو مخالفة لنظام التقاضي الحالي، عن طريق اعتماد دعوى الحسبة الشرعية في ميدان الأحوال الشخصية (المطلب الثالث)، كما سنرى أن الدعوى التي يقترب موضوعها من التطبيقات الفقهية، هي التي يتقرر إحالتها على النيابة العامة في إطار الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية .

المطلب الأول

تأثر دعوى الأحوال الشخصية بمفاهيم المسطرة الشرعية

دعوى الأحوال الشخصية هي الدعوى التي يكون موضوعها حقا متعلقا بالروابط الأسرية من زواج وطلاق ونسب وحضانة ونفقة، فضلا عن مسائل الأهلية والولاية والإرث . وهذه الدعوى، هي التي يطلق عليها في الأوساط الشعبية: (الدعوى الشرعية) ويسمون الحكم الصادر فيها (حكما شرعيا)، ويطلقون على القاضي الذي أصدره وكذا على قاضي التوثيق

¹⁸⁹⁷ - انظر حول هذه المميزات بحثنا : مميزات دعوى الأحوال الشخصية . مرجع سابق ، ص 121 وما بعدها .
وبطبيعة الحال لا ينبغي إغفال البعد الاجتماعي لدعوى الأحوال الشخصية، إذ يتعلق الأمر في الواقع بعرض مشاكل الأسرة على الجهاز القضائي .

اسم (القاضي الشرعي)¹⁸⁹⁸ . وهذه التسميات ترجع لكون النصوص المطبقة على قضايا الأحوال الشخصية والميراث والعقار غير المحفظ - كانت ولا تزال ذات ارتباط بالنصوص الفقهية الإسلامية أي القواعد الشرعية . حيث استمرت هذه القضايا خاضعة لاختصاص القضاء الشرعي، وذلك حتى بعد فرض الحماية الفرنسية على المغرب¹⁸⁹⁹ ، وحتى بعد دخول المدونة حيز التطبيق¹⁹⁰⁰ ، بل إن ظهور توحيد القضاء الصادر بتاريخ 26 يناير 1965 تضمن فصله الثالث إشارة إلى استمرار تطبيق النصوص الشرعية، وقد صدر مرسوم ملكي بتاريخ 31-12-1965 بشأن قانون التوحيد المذكور، بين المقصود من القوانين المدنية والجنائية، غير أنه لم يصدر ما يفيد المقصود بالنصوص الشرعية ومجالات تطبيقها¹⁹⁰¹ . وقد تدخل المجلس الأعلى وفسر القضايا المشمولة بأحكام النصوص المذكورة وبين أن ((القضايا الشرعية تشمل بالإضافة لقضايا

¹⁸⁹⁸ - إن بعض الفقه الفرنسي، كان يميز بين القضاء الشرعي والقضاء الحزني، على أساس أن الأول قضاء ديني، بينما القضاء الثاني قضاء لائكي أي علماني . فيمارس القاضي الشرعي اختصاصه باسم السلطان كزعيم روحي . بينما يمارس الباشا في المدن أو القائد في البوادي، القضاء الحزني (الجنائي أساسا) باسم السلطان كزعيم دنيوي . وقد امتد اختصاص القضاء الحزني، للنيل من سلطات القاضي الشرعي الذي بقي مختصا أساسا بمواد الأحوال الشخصية والميراث والعقار، وهي مواد يحكمها الشرع الإسلامي . غير أنه كان يمكن للمتقاضي، في أحوال معينة، طلب التقاضي أمام المحكمة الشرعية . عندما يصرح أمام القاضي الحزني : ((أنا بالله والشرع)) .

انظر : P. Louis REVIÈRE, Traité de Droit Marocain, op. cit. p. 93.

¹⁸⁹⁹ - مع فرض الحماية، تم إدخال تغيير على محكمة القاضي الشرعي التي كانت صاحبة الولاية العامة في القضاء. وقد تم ذلك بمقتضى ظهير 7 يوليوز 1914 حيث كانت أحكام قضاء المدن تستأنف لدى وزير العدل الذي لا يصدر حكمه إلا بعد أخذ رأي مجلس العلماء والذي أحدث سنة 1914، وتم إلغاؤه سنة 1921 وحل محله مجلس الاستئناف الشرعي . ومع الاستقلال وإقرار الإصلاح القضائي الجديد (ظهير 04-04-1956 المتعلق بالحكام العادية) تم إنشاء محاكم للقضاء الشرعي عن طريق محاكم القضاة (ظهير 08-12-1956) وأنشئت لها مسطرة خاصة (ظهير 16-12-1957) إلى أن تم صدور قانون التوحيد (26-05-1965).

¹⁹⁰⁰ - فقد قرر المجلس الأعلى : ((إن جميع القضايا المعروضة على محاكم القضاة قبل صدور ظهير مدونة الأحوال الشخصية، تطبق فيها الأحكام الفقهية المعمول بها سابقا إلى نهاية البت في الدعوى)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 259، بتاريخ 02 / 03 / 1959، بمجلة القضاء والقانون عدد 22، ص 123) .

¹⁹⁰¹ - انظر : الأمراني زنطار - الاجتهاد القضائي في المادة المدنية بين الثبات وعدم الاستقرار - مرجع سابق، ص 58. وكذلك: محمد الكشور - مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود . مرجع سابق، ص

الأحوال الشخصية والميراث - قضايا العقار غير المحفظ))¹⁹⁰² . كما أن القرارات التي تعني القضايا المذكورة كانت تنشر على أنها صادرة عن (الغرفة الشرعية) بالمجلس الأعلى¹⁹⁰³ . وهكذا تركز في ذهنية المتقاضين والممارسين على مر الحقب أن القسم أو الغرفة أو القاضي، الذي يبت في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والعقار غير المحفظ هو مما ينسب إلى الشرع¹⁹⁰⁴ . ومما يركي هذا التصور، هو أن تقنية إصدار الأحكام والقرارات الصادرة في مادة الأحوال الشخصية - وكذا الميراث والعقار غير المحفظ - تتميز غالباً بطريقة خاصة في التحرير، يغلب عليها أسلوب الأحكام القديمة، ويتم تدبيجها بمختلف الأقوال الفقهية . كما أن عمل قاضي الأحوال الشخصية والميراث والعقار غير المحفظ، يرتبط بمجال قضائي تقليدي يتمثل في اعتماد القاضي على رسوم العدول وشهود اللفي، ومذكرات الوكلاء العدليين أو الشرعيين، وهذه كلها رموز شاهدة على آثار محكمة القاضي الشرعي وما كان يصطلح عليه بالمسطرة الشرعية .

¹⁹⁰² - المجلس الأعلى - الغرفة المدنية . قرار عدد 294 ، بتاريخ 11-06-1969، بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية (1966-1982) الرباط 1985، ص 547.

¹⁹⁰³ - وتجدر الإشارة إلى أنه صدر قرار عن وزير العدل بتاريخ 23-12-1957 قسم الغرفة الأولى بالمجلس الأعلى إلى ثلاثة أقسام : قسم الأحوال الشخصية والميراث، والقسم المدني، والقسم الاجتماعي. كما أن الفصل 10 من ظهير التنظيم القضائي (1974) قسم المجلس الأعلى إلى خمس غرف : الغرفة المدنية (الغرفة الأولى)، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الغرفة الجنائية، الغرفة الاجتماعية، الغرفة الإدارية . كما أنه وبمقتضى قانون المحاكم التجارية (1997) أضيفت غرفة سادسة إلى غرف المجلس الأعلى هي الغرفة التجارية .

على أنه بدأ يلاحظ أخيراً أن القرارات المنشورة بمجلة قضاء المجلس الأعلى والمتعلقة بالقضايا أعلاه أصبحت تنشر على أنها صادرة عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث.

¹⁹⁰⁴ - بل إن المجلس الأعلى، أكد في إحدى قراراته : ((لكن حيث إن العمل في نوازل الشفعة، في العقارات غير المحفظة، بقي جارياً على تطبيق النصوص الشرعية الفقهية المستمدة من الشريعة الإسلامية، سواء أمام المحكمة الابتدائية أو أمام محكمة الاستئناف، وحتى أمام الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى، ولم يرد أي نص بغير ذلك . أما قانون الالتزامات والعقود، فإنه لم يكن مطبقاً إلا أمام المحاكم العصرية قبل قانون التوحيد، ثم عمم تطبيقه أمام المحاكم العادية التي حلت محل محاكم الحماية الفرنسية . أما المحاكم الشرعية، فإنها بقيت خاضعة لمقتضيات الشريعة الإسلامية، والنصوص الفقهية المستمدة من فقه مالك، ولم يطرأ أي تغيير لحد الساعة . ولا زالت الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى تطبقها وتنقض كل حكم شرعي لا يتقيد في المسائل المختصة بها، وإدماجها في المحاكم الابتدائية إنما هو تدبير إداري لم يفقدها شخصيتها)) (المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 349، بتاريخ 02 / 07 / 1981، ملف شرعي عدد 68350، (قرار غير منشور) أورده الدكتور محمد الكشور - بيع العقار بين الرضائية والشكل (دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وفي مواقف القضاء)، ط 1، الدار البيضاء 1997، ص 43، هامش 23) .

وهي أمور يحس المتقاضي المغربي أنها قريبة إلى نفسه في هذا الميدان، كما أنها تعتبر عوامل تترك آثارها في أسلوب عمل قاضي الأحوال الشخصية الذي يتأثر حتما بمراجعاته الفقهية .

ولا تخفى الطبيعة الخاصة للقواعد المنظمة للأسرة في البلدان الإسلامية وما تتمتع به من ترابط وثيق واتصال بالمعتقدات الدينية للأفراد¹⁹⁰⁵ بشكل تبدو فيه فكرة الحلال والحرام فكرة بارزة شديدة الوضوح في هذا النطاق¹⁹⁰⁶. ولعل بعض الباحثين، وتمسكا منهم بهذه الرؤية الأخيرة، يرى ضرورة التمسك بوصف العلاقات الأسرية بأنها علاقات شرعية، إبرازا منه للأحكام الشرعية التي تنظم مسائل الأحوال الشخصية، في البلدان الإسلامية . ويضيف هذا الجانب من الفقه : أن من شأن الأخذ بنصوص قانونية تخالف المبادئ الشرعية، أن يخلق لنا علاقات قانونية، فتكون - مثلا - أمام "زوجة قانونية" وليس "زوجة شرعية"¹⁹⁰⁷ ! وينتهي هذا البعض إلى الدعوة لاستبدال مصطلح قانون الأحوال الشخصية بمصطلح "قانون الأسرة"¹⁹⁰⁸.

¹⁹⁰⁵ - ومع ذلك يلاحظ أن الجانب الشكلي، هو الذي بقي ملازما لأحكام الأحوال الشخصية، من حيث شخصية القوانين أما من الناحية الموضوعية فإن هذه الأحكام بدأت في الابتعاد عن مصدرها الديني لتقترب من التشريعات الوضعية (أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 17 هامش 17) .

¹⁹⁰⁶ - خالد عيد عبد الله - تأملات في حدود قانون الالتزامات والعقود. بالجلية المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 10 ص 88 .

¹⁹⁰⁷ - وفي الواقع فإن استخدام التعبير ((قانوني)) أو ((شرعي)) لا يثير مشكلا نظريا فحسب، بل إن استخدامه يثير مشكلا عمليا . نظرا لاختلاف الآثار المترتبة عن استعمال أي من التعبيرين. فمثلا، الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية بتونس والمتعلق بموانع الزواج، ينص على وجوب كون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية (النص العربي) أما النص الفرنسي فينص على الموانع القانونية: *Exempt d'empêchements prévus par la loi* أي أن النص الفرنسي يتحدث عن موانع قانونية *Empêchements légaux* حيث يحتل أن يقصد بلفظ *légal* موانع قانوني أو *charaïque* أي موانع شرعي. وأي من التفسيرين يطرح مشكلا لكون تونس انضمت وصادقت على معاهدة نيويورك (10-12-1962) بخصوص الرضى في الزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل الزواج. فإذا تم تفسير لفظ *Légal* بأنه شرعي، امتنع على التونسية المسلمة الزواج بغير المسلم . وهذا يخالف التزام تونس بالمعاهدة المذكورة ؛ والحال أن الفصل 48 من الدستور التونسي، يعطي الأولوية للمعاهدات الدولية على القانون الداخلي. وعلى إثر الجدل الفقهي والقضائي الذي ثار حول هذه المسألة واعتبارا لكون المجلة تستند إلى الفقه الإسلامي تم الأخذ بكون الموانع المنصوص عليه بالفصل 5 المذكور هو موانع شرعي. ولذلك صدر منشور بتاريخ 03-10-1973 يمنع تلقي زواج التونسية المسلمة من غير المسلم . انظر حول هذا الموضوع :

- Abderrazak Moulay Rhid : Modernité et politique législative en Matière de Statut Personnel dans les pays Arabo-Africain à Majorité musulmane. op. cité. p. 8-9.

- Alya Chérif CHAMMARI : Le mariage, éd. ALIF, Tunisie 1995, p. 22-25.

- أحمد الخليلي - الأسرة الغربية والأسرة الإسلامية، مرجع سابق، ص 243، هامش 29 .

- والقيد الحسين والعيدوني أحمد : الزواج المختلط في دول المغرب العربي . مرجع سابق، ص 111 وما بعدها

- محمد الشافعي - أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 118 وما بعدها .

وحول مشكل الزواج المختلط خاصة بين مسلمة وغير مسلم في دول المغرب العربي، انظر:

-Khalid BERJAOU: Mariage mixte et disparité de culte en droit international privé Maghrébin. in AL-ICHAA, n 18, 1999, p. 67 - 71 .

وقد أورد الدكتور عبد الرزاق مولا ي رشيد، نماذج لبعض العبارات التي تضمنتها الترجمة الرسمية لمدونة الأحوال الشخصية . والتي يمكن أن تكون مصدر لبس بالنسبة للقاضي الأجنبي . ومن ذلك عبارة " ميثاق ترابط وتماسك شرعي " (الفصل الأول من المدونة) تمت ترجمتها بـ " contrat légal " في حين يتعلق الأمر بـ " pacte charaïque " . كما أنه تمت ترجمة " الوسائل المقررة شرعا " (الفصل 91 من المدونة) بـ " admis moyens de preuve légalment " عوض " preuves charaïque " . ترجمة كلمة " عدول " (الفصل 157 من المدونة) بـ " notaire " .. إلى غير ذلك ... انظر :

- Abderrazak MOULAY RCHED, La magistrature marocaine et l'évolution de la Moudaouana, op. cit. p 31../.

ويلاحظ أن غرف المجلس الأعلى، مختلفة حول النص القانوني الذي يجب ترجيحه، هل هو النص العربي أم النص الفرنسي . فقد قررت الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى: أن الأولوية للنص المحرر باللغة العربية، وأن النص العربي هو الذي يطبق رغم إمكانية وجود غلط بالترجمة (المجلس الأعلى - الغرفة الجنائية - بتاريخ 11 / 05 / 1984، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 36، ص 127 . وقرار المجلس الأعلى - قرار عدد 321 ، بتاريخ 12-01-198، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 36، ص 129) .

لكن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى، قررت العكس ورجحت النص الفرنسي (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 660، بتاريخ 12 / 03 / 1986 بمجلة المحامي، عدد 9، ص 72) . انظر حول ازدواجية لغة النص القانوني : أحمد التهامي و الحسن رحو وحسن الهبطي - الشرعية الجنائية المسطرية بين إطارها المرجعي واجتهاد المجلس الأعلى . بمجلة القانون والاقتصاد (عدد خاص بأشغال ندوة القضاء في المغرب : واقع وآفاق)، عدد 6، سنة 199 ، ص 247 وما بعدها . وقد أشار الباحثون المذكورون، إلى مشكلة أخرى وتعلق بنشر بعض النصوص القانونية المحررة بالفرنسية في الجريدة الرسمية في صيغتها الفرنسية، دون أن تنشر في الجريدة الرسمية في صيغتها العربية، وضربوا مثلا لذلك بقانون المسطرة الجنائية (10 / 02 / 1959)، الذي نشر في الجريدة الرسمية بالفرنسية دون الجريدة الرسمية باللغة العربية . والنص الموجود هو ترجمة موضوعة من طرف مصالح وزارة العدل (ص 240 من المرجع السابق) .

وانظر أيضا : محمد الكشور - ازدواجية لغة النص التشريعي وأثره على القضاء . بمجلة القانون والاقتصاد (عدد خاص بأشغال ندوة القضاء في المغرب : واقع وآفاق)، عدد 6، سنة 199 ، ص 307 وما بعدها . وأحمد باكو - تعريب التشريع والتوثيق (ازدواج النص القانوني حرق للسيادة الوطنية وتعويق لسير القضاء)، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 80، يناير/فبراير 2000، ص 108 وما بعدها. وقد ضرب أمثلة لمشاكل ازدواج النص القانوني أمام القضاء.

وإن المشرع المغربي، اختار لمجموعة النصوص المنظمة للأحوال الشخصية "مدونة الأحوال الشخصية" كما أنه نص في قانون المسطرة المدنية على مساطر خاصة بالأحوال الشخصية (الفصل 179 وما بعده)، ونص الفصل 18 من القانون المذكور على اختصاص المحكمة الابتدائية بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية والميراث، ولذلك فالمصطلحات القانونية المستعملة من طرف المشرع هي: "دعوى الأحوال الشخصية" و "غرفة الأحوال الشخصية" و "قاضي الأحوال الشخصية"، وقد نبهت وزارة العدل بواسطة منشور¹⁹⁰⁹ إلى ضرورة تلافي استعمال إعلانات تصدر باسم "المحكمة الشرعية" وغير ذلك من الأسماء التي لا تمت بصلة لقانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي. وذلك انسجاماً مع كون التنظيم القضائي المغربي لم يعد يتوفر على محكمة القاضي الشرعي .

وتجدر الإشارة إلى أنه، قد تمت ترجمة خمسة كتب من المدونة بصفة رسمية إلى اللغة الفرنسية، ماعدا الكتاب السادس المتعلق بالميراث. وقد ترجمه السيد أندري كولمير: ANDRE COLOMER: Droit Musulman, Rabat - Paris, 1968. T. 2, P. 16/38. انظر: مدونة الأحوال الشخصية، طبعة عربية فرنسية، تقديم فرنسوى بول بلان و رابحة زدكي، سوشيريس، 1986، ص 96، هامش 15 .

¹⁹⁰⁸ - موسى شاهين لاشين- "زوجة قانونية أم زوجة شرعية؟" بجريدة "المسلمون"، عدد 21، بتاريخ 25-06-1985.

- معوض عبد التواب - "موسوعة الأحوال الشخصية" . ج 1، مرجع سابق، ص 20 .

¹⁹⁰⁹ - منشور عدد 457، بتاريخ 21-09-1968، بمجلة القضاء والقانون عدد 92، ص 64.

المطلب الثاني

عقيدة القاضي والمحامي ودعوى الأحوال الشخصية

مثلما يؤثر العامل الديني في اختيار القانون المطبق على قضايا الأحوال الشخصية، فإن للعقيدة الدينية للأطراف تأثيرا كذلك على مبادئ التقاضي في ميدان الأحوال الشخصية، وذلك من حيث الاختصاص¹⁹¹⁰، وليس هذا فحسب بل إن العقيدة الدينية للقاضي أو المحامي تؤخذ

¹⁹¹⁰ - إن قضاء الأحوال الشخصية تلعب فيه الجنسية والمعتقد الديني دورا فاعلا . ويلاحظ الباحثون ((أن القانون المغربي، في ميدان الأحوال الشخصية، يتميز بالتعددية من حيث التشريع ومن حيث الديانات، وتنعكس هذه الوضعية على الصعيد الدولي بانعدام قانون محلي يمكن للقاضي الرجوع إليه لحسم مسائل تنازع القوانين)) (انظر : فاطنة سرحان : القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية للاجئين وعديمي الجنسية في القانون الدولي الخاص المغربي . بالمجلة المغربية للقانون، عدد 11، سنة 1986، ص 21 وما بعدها) . وانظر حول عنصرى الجنسية والديانة، في القانون الدولي الخاص المغربي :

Abderrazak MOULAY RCHID, Le droit international privé marocain en matière de statut personnel », AL - ICHAA, N° 5, p. 40 - 62).

فلقد كان الفصلان 2 و7 من ظهير التنظيم القضائي القديم (12-08-1913) ينصان على منح الاختصاص في دعاوى الأحوال الشخصية - التي كانت تعتبر داخلية في إطار الدعاوى المدنية - للمحاكم الفرنسية (المحاكم العصرية) كلما تعلق الأمر بطرف فرنسي أو أجنبي . أما بالنسبة للمغاربة المسلمين والمغاربة الإسرائيليين فقد نص الفصل الرابع من الظهير المذكور على ترك أمر دعاوى أحوالهم الشخصية للمحاكم الشرعية بالنسبة للمسلمين والمحاكم العبرية بالنسبة للإسرائيليين. لكن ومع الاستقلال وبتأسيس المحاكم العادية (ظهير 04-04-1956) بقي الاختصاص القضائي فيما يتعلق بالأحوال الشخصية والميراث والعقار غير المحفظ من اختصاص المحاكم الشرعية التي حدد نظامها بظهير 08-12-1956 وذلك بالنسبة للمغاربة الجارية عليهم مدونة الأحوال الشخصية، والأجانب المسلمين المقيمين بالمغرب طبق ظهير 24-04-1959 (ج ر عدد 2427 بتاريخ 01 / 05 / 1959) . الذي نص فصله الأول : ((إن الفصل الخامس من الظهير الشريف المشار إليه الصادر في 04 / 04 / 1956 يتم حسب ما يلي: " الفصل 5--ثانيا مسائل الأملاك العقارية الراجع النظر فيها إلى المحاكم الشرعية وكذا النزاعات المتعلقة بنظام الأحوال الشخصية والميراث بخصوص المغاربة الجارية عليهم مدونة الأحوال الشخصية والإرثية، وبخصوص الأجانب المسلمين المستوطنين في مملكتنا الراجع أمرهم أيضا للمحاكم الشرعية " الباقي لا تغيير فيه)) . وبذلك فإن ظهير 24-04-1959 حد من مبدأ الاحترام المطلق الواجب للقانون الأجنبي في مادة الأحوال الشخصية بخصوص الأجانب الذي كان سائدا إبان عهد الحماية، حيث وضع استثناء هاما يتعلق بعدم اعتبار الأحوال الشخصية للأجانب المسلمين خاضعة لقوانينهم الوطنية الخاصة ؛ بل أصبحت خاضعة لمدونة الأحوال الشخصية . مما يعتبر مرحلة جديدة في حل نزاع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي (انظر : قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 57، بتاريخ 21 / 11 / 1967، بمجلة قضاء المجلس

بعين الاعتبار في الدعاوى المذكورة أيضا. والقاعدة بالنسبة للفقهاء الإسلاميين، أنه لا يجوز للقاضي غير المسلم بصفة عامة أن تكون له ولاية إيقاع الطلاق أو الفسخ أو التفريق في قضية زوجين مسلمين. لأن الإسلام شرط في القاضي¹⁹¹¹ وهو كذلك شرط في جواز الشهادة. لقوله عز

الأعلى، عدد 3، ص 48. بخصوص نزاع في النسب بين مواطن جزائري مسلم، وبين مدعى عليه يدعي نسبه لأخ المواطن الجزائري المذكور). و انظر: المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية :

FATNA SARHANE, Le caractère religieux du divorce et de la Séparation du corps devant la cour suprême in R. M. D. D n° 19/1989. p. 310.

غير أنه وبصدور قانون التوحيد (26-01-1965) تم تغيير قواعد الاختصاص القضائي في مادة الأحوال الشخصية، فأصبح المتقاضون المغاربة والأجانب، يخضعون لنظام قضائي واحد. وبقي التمييز (من حيث الموضوع) فيما يخص قضايا الأحوال الشخصية قائما، لكن ليس على أساس الجنسية بل على أساس المعيار الديني. وبهذا فإن القانون المغربي يكرس الامتياز للجانب الديني في جميع ما يتعلق بالأحوال الشخصية (انظر :

Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté. 1ère édit. (Marrakech 1996), p. 65).

فأصبحت محكمة السدد مختصة للنظر في قضايا الأحوال الشخصية للمغاربة المسلمين والمغاربة العبريين. وأصبحت المحكمة الإقليمية مختصة بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين وغير العبريين. حيث ورثت محاكم السدد اختصاص المحاكم الشرعية التي ألغيت بصفة رسمية سنة 1965 وأدمج القضاة الشرعيون والعبريون في إطار القضاء الموحد. وبقيت شعبة الأحوال الشخصية بمحكمة السدد مختصة في القضايا المتعلقة بالمسلمين مغاربة وأجانب. أما المحاكم الإقليمية، فقد ورثت معظم اختصاصات المحاكم العصرية ومن ذلك قضايا الأحوال الشخصية للأجانب غير المسلمين.

ومع إقرار الإصلاح القضائي لسنة 1974 فإن ظهير المسطرة المدنية (1974) أعطى الولاية العامة للمحكمة الابتدائية للبت في قضايا الأحوال الشخصية بحيث لم يعد مجال للمحاكم ذات الطابع الديني، كما لم تتضمن المسطرة المدنية مقتضيات استثنائية خاصة بمسائل الأحوال الشخصية، من حيث الجنسية أو الدين كما كان الأمر بالنسبة لقانون المسطرة المدنية القديم (12-08-1913). حيث جاءت نصوص المسطرة المدنية (1974) عامة تفيد التخلي عن التطرف في تطبيق مبدأ شخصية القوانين نسبيا، وذلك بإخضاع جميع المتقاضين لنفس المقتضيات المسطرية التي تنظم عمل المحاكم المغربية، وأقرت بذلك مساواة بين المواطنين والأجانب فيما يخص شكل وسير المسطرة الواجب اتباعها لعرض نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أمام السلطات القضائية المغربية (انظر : السعدية بلمير -السعدية بلمير -الروابط العائلية - الرباط 1981، ص 76. وتشير الباحثة المذكورة إلى النقاش الذي ثار (في غيبة أعمال تحضيرية لمسطرة 1974) حول الطابع الذي تكتسبه هذه المقتضيات، وعن الأشخاص الذين تطبق عليهم إلى جانب الأجانب. خاصة وأن التنصيص سابقا على مقتضيات خاصة بالأجانب طبق مسطرة 1913 قد حذفت). وهكذا أصبحت ولاية النظر في دعاوى الأحوال الشخصية، من اختصاص المحاكم الابتدائية (الفصل 18 من ق.م.م)، وهي بذلك مستثناة من اختصاص محاكم الجماعات والمقاطعات (الفصل 2 من ظهير 15 يوليوز 1974 المتعلق بتنظيم المحاكم المذكورة).

¹⁹¹¹ - ابن جزري -القوانين الفقهية - الرباط 1962، ص 217.

وجل : "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا" ¹⁹¹² . وهذا هو الرأي الغالب في الفقه الإسلامي . ويوجد إلى جانبه رأي آخر يرى، بأنه لا بأس بإحضار بعض أهل الكتاب لمجلس الشورى، حيث حضر لعمر في مسألة شراب مرقق، وبأن شهادة الكافر تقبل في السفر على وصية مسلم أو كافر فتقبل من رجلين كتابيين ؛ كما أن أبا حنيفة، يجيز ولاية غير المسلم للقضاء في أهل دينه فقط . بينما لا يجيز بعض الفقهاء شهادة غير المسلم على المسلم، وبعضهم لا يجيزها على مثله إلا استثناء ¹⁹¹³ . وإن قواعد التنظيم القضائي المغربي الجديد، لم تعط الحق لأية هيئة غير مرتبطة بالتنظيم القضائي المغربي داخل المغرب، حق إصدار حكم واجب التنفيذ في مادة الأحوال الشخصية، ولو كانت هيئة دينية تختص بالبت في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين . ولذلك أكد المجلس الأعلى ¹⁹¹⁴ عدم اختصاص الأسقفية الكنسية بالرباط، في إصدار حكم بالتفريق بين زوجين غير مسلمين، واعتبر أن المحكمة الكنسية عديمة الاختصاص القضائي للبت في كل قضية غير زوجية بين غير المسلمين على أساس أن القضاء وممارسته بالمملكة المغربية تكون بتفويض من جلالته الملك الذي تصدر باسمه الأحكام وتنفذ . في حين أن المحكمة الكنسية المذكورة تستمد اختصاصها من الفاتيكان .

إن هذه المبادئ تواجه الآن تحديا من طرف قواعد القانون الدولي الخاص، حيث إنه من المتصور أن يبت قاضي غير مسلم في قضايا الجاليات المسلمة بالبلاد الغربية والمتعلقة بقضايا الأحوال الشخصية المستمدة من قواعد الشرع والفقه الإسلامي، فضاف بذلك مشكل آخر إلى المشكل المتعلق بعدم تطبيق قوانين الأحوال الشخصية - في أحيان كثيرة - في تلك القضايا ¹⁹¹⁵ ، تحت ستار المساس بالنظام العام للدول المضيفة لتلك الجاليات .

¹⁹¹² - النساء - 141 .

¹⁹¹³ - محمد عبد الجواد محمد - بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون - مرجع سابق، ص 167-170.

¹⁹¹⁴ - المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 251، بتاريخ 5 يوليوز 1967، بمجلة القضاء والقانون عدد 88-89 ص 404 . وبمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 2، ص 12 . وانظر خطاب المرحوم الحاج أحمد اباحيني الرئيس الأول السابق للمجلس الأعلى، بمناسبة افتتاح السنة القضائية للمجلس الأعلى (1967 - 1968)، الذي تناول فيه بالبحث والتحليل هذا القرار الهام . وذلك بالصفحة 3 وما بعدها من المرجع السابق .

ويعتبر هذا القرار خطوة هامة في إطار تطوير القانون الدولي الخاص المغربي. انظر:

FATNA SARHANE: Le caractère religieux. op. cit. p. 310-311.

وانظر كذلك : قرار المجلس الأعلى بتاريخ 11-01-1982 بالمجلة المغربية للقانون - 1985، عدد ص 192. والذي أكد المجلس الأعلى بمقتضاه، القرار الصادر سنة 1967 بشكل واضح.

¹⁹¹⁵ - من ذلك مثلا أنه : ورغم حظر التبني طبق قواعد الشرع الإسلامي، ومقتضيات القانون المغربي، فإن محكمة النقض الفرنسية، قررت بخصوص قضية تبني طفل مغربي من طرف زوجين فرنسيين غير مسلمين، أنه وإن كان

بل إن بعض الباحثين يذكر، أنه في مصر، لا يوجد ما يمنع أن يكون القاضي الذي يبت في قضايا الأحوال الشخصية مسيحياً¹⁹¹⁶ (بالنظر لطائفة لأقباط هناك)، فقط، جرى العرف - مجرد العرف - على أن يكون القضاة الذين يفصلون في تلك القضايا قضاة مسلمين¹⁹¹⁷، بل يذكر آخرون أنه لا يشترط في القوانين الحديثة في البلاد الإسلامية أن يكون القاضي مسلماً، ويخلصون إلى أنه يجب ألا يتم تطويع أحكام الشريعة للدستور¹⁹¹⁸.

وبالنسبة لتنظيم القضائي المغربي؛ فإن كل ما يشترطه الفصل 4 من ظهير النظام الأساسي لرجال القضاء (11 نونبر 1974) هو أن يكون القاضي من جنسية مغربية، دون إشارة لمعتقده الديني¹⁹¹⁹. وأعتقد أنه من المستبعد عملياً أن تسند لقاضي مغربي غير مسلم مهمة البت في قضايا أحوال شخصية لمغاربة مسلمين، أو من تجري عليه أحكام مدونة الأحوال الشخصية¹⁹²⁰.

قانون الطفل المتبني يمنع التبني، فإن المتبين، وبعد قبول أب الطفل، يمكنهما تبني الطفل المذكور، طبقاً لمقتضيات القانون الفرنسي (قرار محكمة النقض الفرنسية (الغرفة المدنية الأولى) بتاريخ 16 / 12 / 1997، بمجلة الإشعاع، عدد 18، ص 115).

¹⁹¹⁶ - وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية بمصر (حكم بتاريخ 28 / 03 / 1968، الدعوى رقم 42 لسنة 1967) بأنه إذا صدر الحكم من قاضي غير مسلم في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، إذا كان أحد المتخاصمين مسلماً، فإن هذا الحكم يكون باطلاً، ويجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً، لأن القواعد القانونية المعمول بها في مصر، تركت أمر الفصل في النزاع في الأحوال الشخصية للمسلمين إلى من يعتنق دينهم من القضاة وينتسب إليه. ولأن غير المسلم لا يصبح قضاؤه على المسلمين (حكم أورده - المستشار عبد الحميد أحمد سليمان: الحكومة والقضاء في الإسلام. مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة 1984، ص 42).

¹⁹¹⁷ - أبو الأعلى المودودي - حقوق الزوجين (دراسة نقدية للأحوال الشخصية) - ترجمة: أحمد ادريس - ط 1979، ص 60 وما بعدها هامش 40. وانظر الفتوى القاضية بعدم جواز قضاء غير المسلم في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين. ص 114.

¹⁹¹⁸ - محمد عبد الجواد محمد - بحوث في الشريعة - مرجع سابق، ص 170.

¹⁹¹⁹ - إن القاضي الشرعي المغربي، لم يكن من مكونات السلك القضائي الفرنسي في المغرب. ولذلك لم يكن يتوفر في البداية على قانون خاص يتعلق بنظامه. إلى أن تم سن ظهير 30 / 05 / 1937 المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة الشرعيين. الذي غير أو تم عدة مرات. وقد نص هذا القانون على أن اختيار القضاة مفتوح أمام المغاربة المسلمين. انظر:

P. Louis REVIERE, Traité de Droit Marocain, op. cit. p 99.

¹⁹²⁰ - وتعين الإشارة، إلى أن القضايا المتعلقة باليهود المغاربة، والمتعلقة بأحوالهم الشخصية وميراثهم، يتم البت فيها من طرف القضاة العبريين الملحقين بمختلف المحاكم المغربية.

وأما بالنسبة للمحامي، فقد تسنى للمجلس الأعلى أن يصدر عدة قرارات بشأنه، كما أن القانون عالج هذه المسألة في بداية الأمر . ذلك أن الظهير الملغى المتعلق بتنظيم مزاولة مهنة المحاماة (18-05-1959) كان ينص في فصله الثالث فقرة 8 على أنه : ((لا يقبل لمؤازرة الخصوم وتمثيلهم لدى الغرف المختصة بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية والميراث الإسلامي إلا المحامون المغاربة المسلمون)) . وتطبيقا للنص المذكور، فإن المجلس الأعلى قضى بعدم قبول طلب الطعن بالنقض الذي تقدم به محامي يهودي -الأستاذ بوطبول من هيئة محامي مدينة مكناس- في قضية تتعلق بأحوال شخصية لمغاربة مسلمين¹⁹²¹، كما أن الفصل الثالث (فقرة 2) من القانون الأسبق المنظم لمزاولة مهنة المحاماة (19-12-1968) نص على أنه : ((للمحامين المغاربة المسلمين وحدهم الحق في مؤازرة الخصوم أو الدفاع عنهم أو تمثيلهم في الدعاوى المتعلقة بقضايا الأحوال الشخصية والميراث الإسلامي، كما أن المحامين اليهود المغاربة يمكنهم وحدهم الدفاع في الدعاوى المتعلقة بقضايا الأحوال الشخصية العبرية))¹⁹²² .

غير أن القانون السابق الصادر بتاريخ 8-11-1979 والمتعلق بمزاولة مهنة المحاماة وكذا القانون الحديث المتعلق بالمهنة المذكورة والصادر بتاريخ 10-09-1993¹⁹²³، لم يشير أي منهما إلى المقتضيات المذكورة في قانون (19-12-1968)، وقد اكتفى القانون الحديث (10-09-1993) بشرط، أن يكون المحامي مغربيا (الفصل 5) وفي نفس الوقت سمح

¹⁹²¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 28 . بتاريخ 31-10-1967، بمحكمة القضاء والقانون، عدد 92، ص 43 . ومجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 1، ص 59 .

¹⁹²² - وتجدر الإشارة، إلى أن المجلس الأعلى وفي إطار قانون المحاماة القديم (18-05-1959) قبل شكلا طلب النقض الذي تقدم به الأستاذ إستيرين المحامي غير المسلم بمدينة طنجة، وذلك في قضية تتعلق بالرجوع لبيت الزوجية بين مسلمين. كما قضى المجلس - الغرفة المدنية والغرفة الاجتماعية - بنقض قرار محكمة الاستئناف بطنجة لانعدام التعليل فيما قضى به من رجوع لبيت الزوجية. وقد ورد في ديباجة القرار المذكور عدد 144، بتاريخ 11-02-1970، المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 14، ص 62 - ملاحظة تفيد أن طلب النقض قدم من طرف محام غير مسلم وغير مغربي خلافا لما هو عليه الحال أمام المحاكم الشرعية التي لا يقبل للترافع أمامها سوى الوكلاء الشرعيين والمحامين المسلمين. فهل كان هذا القرار تأويلا فرضه إلغاء المحاكم الشرعية؟ مع العلم أن الفصل 3 فقرة 4 من قانون 1959 المذكور لا يتحدث عن المحاكم الشرعية بل عن الغرف المختصة بقضايا الأحوال الشخصية، وقد كانت المحكمة الإقليمية بطنجة تحتوي على غرفة خاصة بالأحوال الشخصية للمسلمين وأن المحامي كان يجب لذلك أن يكون مسلما طبق الفصل 3 أعلاه.

¹⁹²³ - وهو الظهير الشريف رقم 92-93-1 . بتاريخ 10-9-1993، معتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة.

بممارسة المحامي الأجنبي للمحاماة بالمغرب في إطار الاتفاقيات بين البلدين¹⁹²⁴ (الفصل 5
والفصل 31) .

وأمام هذا الفراغ الذي تضمنته القوانين الأخيرة للمحاماة فإن الفرصة سنحت للقضاء
المغربي وعلى رأسه المجلس الأعلى لإعطاء وجهة نظره في الموضوع.
فقد ذهبت محكمة الاستئناف بطنججة - في ظل قانون 1979 - إلى أنه ((في قضايا
الأحوال الشخصية والميراث الإسلامي، لا يقبل لمؤازرة الخصوم وتمثيلهم، إلا المحامون المغاربة
المسلمون))¹⁹²⁵ . وقضت المحكمة بذلك بعدم قبول الاستئناف الذي قدمه الأستاذ شارل
سورجير المحامي بطنججة باعتباره غير مسلم¹⁹²⁶ . غير أن المجلس الأعلى نقض قرار المحكمة
المذكورة بعلّة : ((أن المحكمة قضت بعدم قبول استئناف الطاعن شكلا، الذي قدمه نائبه الأستاذ
شارل سورجير المحامي بطنججة، بعلّة أن المحامي المذكور غير مسلم ، ويعتق الديانة المسيحية ولا
يسمح له القانون بالترافع في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين . مع أن قانون المحاماة الجديد
(1979 إذاك) لم يستثن شيئا من ذلك ؛ الأمر الذي كان ما عللت به المحكمة فاسدا يتنزل منزلة
انعدام التعليل يعرض قرارها للنقض))¹⁹²⁷ . ومعنى هذا أنه يمكن أن يقبل للترافع في قضايا
الأحوال الشخصية للمسلمين محام غير مسلم .

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى أن الدفاع في قضايا الأحوال الشخصية والميراث الإسلامي
والعقار غير الحفظ، يقبل من طرف الوكلاء الشرعيين¹⁹²⁸ وفي إطار تلك القضايا حصرا¹⁹²⁹ ،

¹⁹²⁴ - لقد قرر المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية، قرار عدد 249 بتاريخ 01 / 10 / 1976، بالمجلة المغربية
للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 5، ص 145) أنه ((لا يجوز رفض طلب تقييد أحد المحامين الفرنسيين في
نقابة للمحامين المغاربة بسبب عدم معرفة اللغة العربية، ويجب على المعني بالأمر إذا كان لا يحسن اللغة العربية، أن
ينتدب زميلا يحسن هذه اللغة في جميع أعمال المسطرة غير الكتابية، دون أن يمنعه ذلك من مؤازرة الخصوم في
الجلسات)) . وقد صدر هذا القرار بناء على مقتضيات اتفاقيتين عقدتا بين المغرب وفرنسا، بهذا الخصوص .

¹⁹²⁵ - محكمة الاستئناف بطنججة، قرار عدد 229، بتاريخ 03-10-1985، منشور بمجلة رسالة المحاماة
(الرباط)، عدد 5، ص 171. وكذلك : بمجلة الندوة (طنجة)، عدد 1، ص 117.

¹⁹²⁶ - انظر تعليق الأستاذ - الطيب بلمقدم ، حول القرار المذكور أعلاه (عدد 229) . بمجلة المحاماة، عدد
5، ص 175.

¹⁹²⁷ - المجلس الأعلى - قرار عدد 1209 . بتاريخ 18-10-1988، بمجلة الندوة (طنجة) عدد 7، ص 83.

¹⁹²⁸ - المنظمة مهنتهم بمقتضى الظهير الشريف المؤرخ في 07-09-1925 . وحول الوكلاء الشرعيين، انظر: -
إبراهيم زعيم ومحمد فركت - " وكالة الخصام (المحاماة) " - ج 1، الدار البيضاء 1991، ص 8.

¹⁹²⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 137 . بتاريخ 17-02-1970، بمجلة قضاء المجلس
الأعلى، عدد 21، ص 37.

وهذه الفئة من الوكلاء العدليين في طريقها إلى الاندثار، وقد كانت محصورة على الرجال دون النساء، بخلاف ما عليه الأمر بالنسبة لمهنة المحاماة .

المطلب الثالث

دعوى الحسبة الشرعية في ميدان الأحوال الشخصية

الحسبة والاحتساب لغة من مصدر احتساب المرء الأجر على الله، فنقول فعلته حسبة واحتسابا أي طلبا للأجر من الله تعالى¹⁹³⁰ . ومن هنا جاءت دعوى الحسبة خاصة في ميدان الأحوال الشخصية . فلارتباط هذا الميدان بقواعد من الشريعة الإسلامية وأحكام من الفقه الإسلامي، واتصالها تبعا لذلك بالنظام العام للمجتمع المسلم، ولغلاف الحلال والحرام الذي يحيط بمسائل الأحوال الشخصية، فإن الفقه يقر بوجود مستند يخول رفع دعوى متعلقة بالأحوال الشخصية حفاظا على حقوق الله تعالى، وذلك على وجه الاحتساب ولو لم يكن الشخص رافع الدعوى ذا صلة بالتزاع ولا يخصه أصلا . فيدخل فعله هذا في باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، إذ أن رافع الدعوى احتسابا يغير منكرا متصلا بموضوع الدعوى المذكورة وهي لذلك فرض كفاية، حسب قواعد الفقه الإسلامي .

هذا هو المقرر طبق قواعد الفقه الإسلامي، حيث يكون من حق كل فرد مسلم قادر مكلف أن يرفع مثلا دعوى تفريق أو فسخ زواج، ضد زوجين لوجود سبب مؤبد لتحريم الزواج : كأن يجمع الرجل بين أختين في زواجه أو يتزوج فوق القدر المسموح به شرعا. وتؤسس هذه الدعوى على كون حليلة مباشرة الزواج أو حرمة من حقوق الله تعالى ((فتسمع دعواه، كما تسمع الشهادة، حسبة، من أي إنسان ويكون فيها مدعيا وشاهدا من جهة ذلك))¹⁹³¹ ، أي أن ((مدعي الحسبة يكون شاهدا فيما يدعيه))¹⁹³² .

فتأسيسا على دعوى الحسبة هذه، تم رفع دعوى بالتفريق بين الكاتب المصري وأستاذ الدراسات الإسلامية بجامعة القاهرة، الدكتور نصر أبو زيد وزوجته الدكتورة ابتهاج يونس

¹⁹³⁰ - لسان العرب - لابن منظور - إعداد وليد خياط - باب حسب - طبعة بيروت، دون بيان تاريخ الطبع .

¹⁹³¹ - أنور العمروسي - المرافعات الشرعية - مرجع سابق، ص 172 .

¹⁹³² - قضية رقم 398 لسنة 41 - شرعي كلي مستأنف - مصر - جلسة 26-07-1942 بموسوعة الفاكهاني،

ج 2، أحوال شخصية . مرجع سابق .

أستاذة اللغة الفرنسية بالجامعة نفسها¹⁹³³. وقد أيدت محكمة النقض المصرية القرار القاضي بالتفريق، مما أثار نقاشا واسعا في جميع الأوساط وتم التساؤل عما إذا كانت دعوى الحسبة قد ألغيت بإلغاء المحاكم الشرعية بمصر (القانون 462 لسنة 1955)، وما إن كان النظام القانوني المصري لازال يعرف هذه الدعوى بعد صدور القانون المذكور، مما دفع بالبعض إلى المناداة بإصدار قانون بإلغاء هذه الدعوى. بينما دافع عنها البعض الآخر، على أساس أن محكمة النقض المصرية أقرت هذه الدعوى بعد إلغاء المحاكم المذكورة استنادا إلى قاعدة الإحالة على الفقه الإسلامي طبق الفصل 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (مرسوم 78 لسنة 1931) الذي يقرر الإحالة على المذهب الحنفي في حالة عدم وجود نص خاص بخصوص المسائل المعروضة على القضاء¹⁹³⁴، ولقد تم إلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، بمقتضى القانون رقم 1 لسنة 2000 بتاريخ 29 يناير 2000 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، حيث نص الفصل السادس من القانون المذكور صراحة، على حق النيابة العامة في رفع الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة المنصوص عليه في القانون رقم 3 لسنة 1996، وعلى رفع الدعوى ابتداء في مسائل الأحوال الشخصية، إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب.

وبالنسبة للمغرب، يثور التساؤل عن إمكانية رفع مثل هذه الدعوى في إطار نظام التقاضي المعمول به بخصوص قضايا الأحوال الشخصية. إن بحث هذه القضية يستوجب الإشارة إلى أنه كان يحق للقاضي وفق الفقه الإسلامي، أن يتخذ تلقائيا مبادرة التفريق بين زوجين، زواجهما محرم

¹⁹³³ - وقد رفعت الدعوى من قبل مجموعة محامين بدعوى ردة الكاتب المذكور عن الإسلام، تبعا لما يظهر من خلال كتاباته (مفهوم النص - دراسة في علوم القرآن؛ والإمام الشافعي وتأسيس الأيديولوجية الوسطية، وكتابات أخرى). وقد قضت محكمة الجيزة الابتدائية للأحوال الشخصية بعدم قبول هذه الدعوى بتاريخ 27-01-1994، وذلك بعللة انعدام مصلحة مباشرة وقائمة يقرها القانون بالنسبة لرافعي الدعوى. غير أن محكمة استئناف القاهرة (دائرة الأحوال الشخصية) ألغت الحكم المذكور بتاريخ 14-06-1995 في القضية رقم 687 لسنة 111، حيث قضت بالتفريق بين الكاتب المذكور وزوجته بعللة خروج الكاتب عن الدين كما يظهر من كتاباته، والخروج على دستور الدولة المصرية الذي ينص على أن الإسلام دين الدولة. وقد أيد هذا القرار من طرف محكمة النقض المصرية. ولقد طرحت القضية من جديد على القضاء حيث تقدم محامو الكاتب نصر أبو زيد بطلب بطلان حكم محكمة النقض مخاصمة للقضاة الذين أصدروا الحكم (انظر الملف الذي أعدته مجلة روز اليوسف (مصر) في الموضوع، العدد 3560 السنة 71 - 2 شتنبر 1996، ص 15.

¹⁹³⁴ - محمد سليم العوا - قضية نصر أبو زيد بين الشرع والقانون - جريدة العلم (المغرب) عدد يوم الاثنين 14 غشت 1995.

شرعا . وهذا ما قضى به القضاء المغربي فعلا، قبل دخول المدونة حيز التطبيق . فقد قضى قاضي شفشاون¹⁹³⁵ وبعدهما ((طولع)) بمسألة زواج تم بناء على خطبة رجل ثاني ، وبعده ركون الخطيبة للخطيب الأول - قضى بفسخ عقد الزواج الذي يقع على راكنة لغير فاسق، إن لم يبن بها استنادا لقول الشيخ خليل في المختصر : " وحرّم خطبة راكنة لغير فاسق ولو لم يقدر صداق، وفسخ إن لم يبن بها " ¹⁹³⁶ ، ولقول الزرقاني : " فسخ عقد الثاني حال خطبة الأول بطلاق وجوبا لحق الله تعالى، وإن لم يطلبه الأول، وإن لم يعلم الثاني بخطبة الأول "، وجاء في قرار القاضي المذكور بأنه ((حَكَمَ بوجوب فسخ هذا العقد بطلاق بائن لحق الله تعالى)) . ويظهر من هذه النازلة، أنه لم تقدم بشأنها دعوى، وإنما اتخذ القاضي مبادرة فسخ العقد بمجرد اطلاعه على هذه المسألة¹⁹³⁷ .

إن نظام التقاضي الآن قد لا يسعف في اتخاذ مثل هذا الموقف، لأن الأمر أصبح يستدعي رفع دعوى بإجراءات مسطرية مقننة، أهم شروطها الصفة والمصلحة، ولذلك قد يتبادر إلى الذهن أنه لا مجال لقبول دعوى الحسبة في النظام القضائي المغربي الحالي، لأن المشرع لم ينص عليها صراحة . إلا أن القضاء المغربي، وفي إطار النصوص المسطرية الوضعية الحديثة، أقر إمكانية رفع دعوى الأحوال الشخصية احتسابا . فلقد أكد المجلس الأعلى أن ((أمر تحقيق النسب يقام به ولو عن طريق الاحتساب، (لا) سيما والقائم به في النازلة يتصف بوصف الكافل. الأمر الذي لم يبق معه اعتبار دفاع الكافل محض فضول ولا فائدة له في التزاع مادام النسب لغيره)) ¹⁹³⁸ . فلم يعتبر المجلس رفع الدعوى في القضية المذكورة من باب الفضول، بل اعتبره من باب

¹⁹³⁵ - حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي)، بتاريخ 18 صفر 1375 هـ موافق 1955 / 10 / 05، بمجموعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 507) :

¹⁹³⁶ - وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي (التلقين - مرجع سابق، ص 87) : ((والخطبة على خطبة الغير جائزة على وجه، وممنوعة على آخر . فجوازها ما لم يكن منهما إنعام وركون وتقرير صداق، وما أشبه ذلك . ومنعها مع وجود ذلك)) .

¹⁹³⁷ - وحول فسخ الخطبة في هذه الحالة، تم الإفتاء في المغرب حديثا : بأنه يحق للخطيب الأول، أن يتقدم بمقال أمام المحكمة الابتدائية، يطلب فيه فسخ الزواج المعقود من خطيب ثان خطبته وتم الزواج، ولكن ما لم يتم الدخول بالزوجة (ركن المفتي - الغازي الحسيني، التلفزة المغربية، الجمعة 07 / 08 / 1998، عل الساعة 9.30 مساء) .

¹⁹³⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 147 . بتاريخ 24-01-1967، بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 4، ص 22 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 13 .

الدفاع عن مقتضيات تمس النظام العام¹⁹³⁹. وقد أجاز المجلس الأعلى كذلك للأمم رفع دعوى النسب ولو لم تكن مقدمة أو مأذونا لها في إقامة دعوى النسب¹⁹⁴⁰، أو لا وكالة لها في رفع الدعوى نيابة عن من يعنيه أمر النسب ولو كان راشدا¹⁹⁴¹.

كما أنه وطبق نصوص مدونة الأحوال الشخصية، توجد حالات يمكن أن يقام بشأنها بدعوى الحسبة. فقد نص الفصل 37 من المدونة على أن "النكاح الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده... والفاسد لصدقه يفسخ قبل الدخول... وكل زواج مجمع على فساد كالمحرمة بالظهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده". ففي هذه الصور من الزواج الفاسد أو المحرم، والقائمة على شكل مخالف للمبادئ المنظمة لقواعد الزواج، قد يتقاعس أطراف العلاقة ولا يبادرون لفك علاقاتهم الفاسدة، إما جهلهم بأسباب الحرمة في حال حسن نيتهم، أو استمراء

¹⁹³⁹ - ويظهر ذلك من حيث اعتبار النسب في الفقه الإسلامي، من حقوق الله تعالى، كما أنه يرتبط بأحكام الإرث المنصوص على أحكامه في القرآن الكريم، فضلا عما يقره الفقه الإسلامي من حيث إمكان التقاضي بشأنه على وجه الاحتساب. وانظر قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 145. بتاريخ 03 - 02 - 1987. بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40، ص 167. بشأن تحريم الزواج ممن دخل بامرأة وهي في عدة حمل. وكيف أن المجلس الأعلى لاحظ أن محكمة الموضوع ((لم تعط للقضية ما تستحقه من البحث والتمعن، لأن فيها حقا من حقوق الله)) .

كما أن النسب ذو ميزة اجتماعية في المجتمعات الإسلامية، انظر :

- Abdellatif AGNOUCHE - Les chorfas dans la problématique Tradition -Modernité au Maroc- in Lamalif-N°189. Juin 1987, p. 47.

- وانظر قرار المجلس الأعلى عدد 67 بتاريخ 21 نونبر 1967. بمجلة القضاء والقانون، عدد 88-89، ص 396. بخصوص ولد المرأة الرقيق (الأمة المستولدة) حيث لم يجز المجلس الأعلى الادعاء بالنسب من قبل الأمة المذكورة. بناء على القانون الصادر سنة 1925 بشأن إلغاء الرق بالمغرب.

- كما أن إثبات النسب الشريف يخضع لمقتضيات خاصة - انظر: منشور وزارة العدل عدد 963 بتاريخ 07-04-1984 الموجه لقضاة التوثيق، ورفقة المنشور نماذج الشواهد الخاصة بالانتساب إلى آل البيت النبوي الشريف. بمجلة الملحق القضائي - عدد 14. ص 217.

¹⁹⁴⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1491. بتاريخ 06 / 12 / 1988. ملف رقم 5562 / 86. أورد حيثياته: إدريس بلمحجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 63.

¹⁹⁴¹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 902. بتاريخ 28 / 07 / 1992. ملف رقم 6843 / 91. أورد حيثياته: إدريس بلمحجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية"، مرجع سابق، ص 56 - 57.

للعلاقة المحرمة¹⁹⁴²، فلا بد إذن من رد الأمور إلى نصابها، لكن يثور التساؤل على يد من يتم ذلك أمام سكوت النص المذكور عن صفة متولي إيقاع الفسخ؟

فطبق قرار المجلس الأعلى المشار إليه أعلاه، يمكن أن يتم ذلك على يد أي فرد على وجه الاحتساب . غير أنه وضمانا لحسن سير العدالة، وتجنبنا للدعاوى الكيدية، فإن النيابة العامة تبدو هي المرجع الأضمن لرفع مثل الدعاوى المذكورة، وعلى الفرد المبادر والذي له رغبة في رفع مثل تلك الدعاوى، إخبار النيابة العامة¹⁹⁴³ التي تتولى عند الاقتضاء، إثارة دعوى الفسخ فيحكم به إذاك رغم إرادة الزوجين¹⁹⁴⁴ . وكل ذلك اعتبارا لكون نظام الزواج، من متعلقات النظام العام، خاصة وأن المشرع خص النيابة العامة بالمبادرة في عدة أمور مرتبطة بالأحوال الشخصية¹⁹⁴⁵،

¹⁹⁴² - في نازلة وقعت بالقنيطرة، تزوج شخص بامرأة ولما التحقت ببيت الزوجة اكتشف بأنها حامل من سبعة أشهر . فتقدم بطلب نفي النسب، فصدر حكم بذلك . وعقب ذلك قام بإيقاع الطلاق على الزوجة المذكورة، فأصدر قاضي التوثيق أمرا بتحديد توابع الطلاق . غير أن الزوج المذكور تقدم بطلب أمام المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، التمس بمقتضاه، واستنادا إلى الفصل 37 من المدونة التصريح بأن الطلاق الذي أوقعه غير قانوني، وأن المطلقة لا تستحق أية نفقة وبالتالي إلغاء قرار السيد قاضي التوثيق . فقضت المحكمة بناء على الفصل المذكور، ولكون العقد مجعما على فساده، بفسخ عقد الزواج، وبإبطال الطلاق الذي ترتب عليه، مع إلغاء أمر قاضي التوثيق المذكور (المحكمة الابتدائية بالقنيطرة، حكم بتاريخ 15 / 06 / 1989، ملف عدد 89 / 896، بمجلة الإشعاع، عدد 5، ص 171) .

¹⁹⁴³ - مما يدل على سلامة هذا الاتجاه، أن المشرع وبمقتضى الفصل 2 من قانون الأطفال المهملين (10 . 09 . 1993) نص على أن طلب التصريح بالإهمال يقدم من طرف وكيل الملك إما تلقائيا أو بناء على إشعار من الغير .

¹⁹⁴⁴ - وعلى ذلك اعتبر القضاء التونسي أن النيابة العامة لها الصفة، للمطالبة بمنع إتمام عقد زواج بين أخوين من الرضاة، أو المطالبة بإبطاله إن كان قد تم بينهما، على أساس أن موانع الزواج من متعلقات النظام العام . انظر إشارة إلى قرار محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 17 يناير 1961، لدى Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, op. cit. p.47.../.

¹⁹⁴⁵ - فطبق نصوص قانون المسطرة المدنية المتعلقة بالأحوال الشخصية، يمكن لقاضي التوثيق، أن يتخذ بطلب من وكيل الملك، التدابير اللازمة في مواجهة النائب القانوني عن القاصر (الفصل 190 من قانون المسطرة المدنية) . كما يمكنه عزل الوصي أو المقدم، الذي يخل بالتزاماته في النيابة عن القاصر، وذلك بطلب من وكيل الملك أو من كل شخص يعنيه الأمر (الفصل 193 من قانون المسطرة المدنية) . وقد حكم بعزل وصية بناء على طلب من حاضنة الموصى عليهم (المجلس الأعلى - قرار (غير منشور) عدد 30 . بتاريخ 10 / 02 / 1975 . ذكره أستاذنا أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، (آثار الولادة، والأهلية، والنيابة القانونية)، ط 1، الرباط 1994، ص 351، هامش 28) . كما حكمت محكمة السد وسطى بالدار البيضاء، بناء على طلب النيابة العامة بعزل وصي لم ينفذ التزاماته المنصوص عليها في الفصل 157 من مدونة الأحوال الشخصية .

حتى على صعيد الاتفاقيات الدولية¹⁹⁴⁶. وفي مثل هاته الحالات لا تتصرف النيابة العامة بوصفها طرفاً منضمّاً في دعوى الأحوال الشخصية في إطار الفصل 9 من ق.م.م، بل إنها تعتبر طرفاً رئيسياً، بصفتها الساهرة على تطبيق القانون. حيث تُمكن بصفتها تلك، من كل الإمكانات المخولة للطرف الرئيسي في أية دعوى، بما في ذلك طرق الطعن، وذلك طبق الفصل 7 من ق.م.م وهو مالا تتمتع به النيابة العامة إذا كانت طرفاً منضمّاً طبق الفصل 8 من ق.م.م 1947

رغم عدم وجود نص إزاء ذلك يفيد ما يخولها تقديم مثل هذا الطلب (منشور بدون مراجعه، بمجلة القضاء والقانون، عدد 102، ص 58. كما نشر دون بيان مراجعه بمجلة القضاء والقانون، عدد 109 / 110. مع تعليق للأستاذ أبو مسلم الخطاب، ص 495 وما بعده. وقد عارض صاحب التعليق ما ذهب إليه المحكمة المذكورة، لانعدام النص. وإن كان قد أشار إلى أن هناك منشور في الموضوع).

ومن ناحية أخرى فإن الفصل 492 من القانون الجنائي حول للنيابة العامة متابعة الزوجة بدون شكاية من الزوج، إذا كانت تعاطى الزنا بصورة ظاهرة، وذلك عندما يكون الزوج غائبا.

¹⁹⁴⁶ - فطبقاً للفصل 25 من الاتفاقية المغربية الفرنسية. تقدم وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بوجدة بطلب إلى المحكمة المذكورة، في مواجهة زوج انتزع ولديه من حضانة أمهما الموجودة بفرنسا وقدم بهما إلى المغرب. وطالب وكيل الملك بتسليم الولدين مؤقتاً إلى أمهما هناك نظراً للأضرار التي يتعرضان لها. فأجاب المدعى عليه بأن النيابة العامة لا صفة لها فيما تدعيه لأن الأم هي التي لها الصفة في ذلك. كما أن العلاقة الزوجية لا زالت قائمة، والحضانة لذلك مشتركة بين الطرفين، وأنه لم يكن يجدر بالنيابة العامة أن تتقدم بهذا الطلب، حتى لا يتعرض الولدان للنشوء على غير دين والدهم بالخارج. والتمس رفض الطلب. لكن المحكمة الابتدائية استجابت للطلب بناء على الفصل 25 من الاتفاقية المغربية الفرنسية، وقضت على المدعى عليه بتسليم الطفلين مؤقتاً إلى والدتهما الفرنسية الجنسية (انظر: حكم المحكمة الابتدائية بوجدة - حكم بتاريخ 10 / 04 / 1997، ملف عدد 3540 / 96. منشور بمجلة الإشعاع، عدد 17، السنة 1998، ص 222). فطعن المدعى عليه بالاستئناف في الحكم المذكور بعلّة عدم صفة النيابة العامة في رفع الدعوى، وأن بقاء الولدين مع أبيهما من شأنه أن يتربيا معه تربية إسلامية. لكن محكمة الاستئناف بوجدة أيدت الحكم المذكور بناء على مقتضيات الفصل 25 من الاتفاقية المذكورة أعلاه (انظر: قرار محكمة الاستئناف بوجدة قرار بتاريخ 18 / 02 / 1998، ملف شرعي عدد 324 / 97. منشور بمجلة الإشعاع، عدد 17، السنة 1998، ص 169).

¹⁹⁴⁷ - لقد كان القضاء الفرنسي، ولو مع عدم وجود نص في القانون، يقبل اعتراض النيابة العامة على إبرام عقد زواج معين، وذلك تأسيساً على كون النيابة العامة من حقها أن تتحرك كلما اعتبرت أن الإحلال بشرط من شروط الزواج، له مساس بالنظام العام. وقد كان لدور القضاء أثر في دفع المشرع الفرنسي إلى التدخل بقانون (24 / 08 / 1993) الذي حول للنيابة العامة حق الاعتراض على كل زواج يمكنها أن تطالب ببطلانه. ومن الحالات التي يمكنها أن تطالب ببطلان الزواج فيها، وذلك في حياة الزوجين، ومن أجل إلزامهما بالفراق: حالة تعدد الأزواج. وحالة الزواج الذي تم بين زوجين، بينهما علاقة نسب تمنع الزواج فيما بينهما. انظر:

غير أن ما تجب الإشارة إليه، هو التساؤل عما إن كان تخويل الحق في رفع الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية في حالات معينة من قبل الغير أو من قبل النيابة العامة - كما نفضله - يستمد أساسه من إعمال قاعدة الإحالة على الفقه أم من مقتضيات نصوص القانون ؟

إن الإجابة عن هذا السؤال، تذهب بنا إلى التساؤل حول ما إن كانت قاعدة الإحالة على المذهب المالكي (المقررة بالفصول 82 و 172 و 216 و 297 من المدونة) تشمل الإحالة على القواعد الفقهية الشكلية والموضوعية ، أم أنها قاصرة على القواعد الموضوعية فقط . وأعتقد أنه مادامت توجد نصوص مسطرية واضحة وعامة تتقبلها قواعد الأحوال الشخصية، فيمكن القول أن مستند رفع الدعاوى المذكورة أعلاه هو نصوص القانون، تبعاً لمقتضيات النظام العام ومتطلبات التنظيم القضائي وحسن سير العدالة . فاعتباراً لارتباط موضوع الأحوال الشخصية بالنظام العام، أعتقد أنه يخول للنيابة العامة، وطبق الفصل 7 من ق.م.م. التدخل تلقائياً في الدعوى كطرف رئيسي مدع في مثل تلك الحالات. نعم إن الفصل 7 المذكور غير صريح في الموضوع، لأنه يتحدث فقط عن حق الطعن المخول للنيابة العامة عندما ((تتدخل تلقائياً مدعية أو مدعى عليها)). كما أن الفصل المذكور يضيف وذلك في ((الأحوال المحددة بمقتضى القانون ((أي أن تدخل النيابة العامة كطرف رئيسي في الميدان المدني يكون محمداً قانوناً . فقد لا يتم ذكر حالات من الأحوال الشخصية من طرف القانون تخول النيابة العامة هذا التدخل الذي ننادي به ¹⁹⁴⁸، لذلك أعتقد أن مقتضيات النظام العام في ميدان الأحوال الشخصية، تبرر هذا

كما أنه وفي إطار القضاء المقارن، قام ممثل النيابة العامة بالطعن بالنقض ولمصلحة القانون، ضد حكم استثنائي قضى بشرعية العقد الذي التزمت بمقتضاه امرأة، أن تحمل عن طريق التلقيح الاصطناعي، على أن تتخلى عن المولود لفائدة زوجة الزوج الذي لاحت منه اصطناعياً . وقد بررت النيابة العامة طعنها، بأن العقد المذكور، يتضمن مخالفة للنظام العام، ويشكل تحريفاً لقانون التبن الفرنسي . وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية ذلك الحكم وهي منعقدة بجميع غرفها، بتاريخ 31 / 05 / 1991 . لكن لفائدة القانون ودون إحالة . انظر نص القرار لدى :

- Roger MENDEGREIS et George VERMELLE, Le commentaire d'arrêt en droit privé. 6e éd. DALLOZ, 1996. p. 45 et s.

¹⁹⁴⁸ - في قضية، قامت النيابة العامة بمحكمة الاستئناف الدار البيضاء، بتقديم طعن بالنقض، ضد حكم قضى بإبقاء سيدة وصية على محاجيرها بعد أن عزلها حكم ابتدائي . فلم يقبل المجلس الأعلى هذا الطعن، قائلاً : ((حيث إن كاهية (نائب) وكيل الدولة وإن كان له الحق في السهر على حسن سير العدالة، فليس له أن يتدخل في القضايا المدنية، إلا بواسطة لائحة يقدمها حسبما ينص عليه الفصل الخامس عشر من ظهير تنظيم المحاكم العادية المؤرخ في 04 أبريل 1956 . وحيث لم يستدل بنص قانوني يخول له الحق في الدفاع بصفة مباشرة عن حقوق الأشخاص المدنية، وكان ما استدل به الطاعن في طلبه من الفصل العاشر من الظهير أعلاه لا ينطبق على النازلة، مما كان معه

التدخل . وإلا لمن توجه المشرع بخطابه في الفصل 37 من المدونة مثلا بتعبيره بخصوص الزواج المجمع على فساده بأنه يقع "منفسخا" إن لم يكن موجها إلى قاضي النيابة العامة، مادام قاضي الحكم لا يمكنه أن يبادر إلى ذلك¹⁹⁴⁹ ؟ ونفس الأمر يثار بالنسبة لمقتضيات الفصل 132 من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص وبصيغة الوجوب، على أنه : ((يجب سد رمق المضطر على من عنده فضل))¹⁹⁵⁰ ؟

إن أحكاما صادرة عن القضاء المغربي، تقبل مبادرات من النيابة العامة في هذا الصدد، لكنها لا تبين بوضوح الأساس القانوني الذي يبرر لها ذلك . فقد صدر قرار عن محكمة الاستئناف بطنجة¹⁹⁵¹ ، يتعلق بحكم ابتدائي (المحكمة الابتدائية بالعرائش) قضى بإبطال طلاق صادف الطلاق الثلاث، وقد علل الحكم الابتدائي قضاءه بكون الزوج موقع الطلاق كان في حالة غضب . ونظرا لكون الحكم المذكور كان في صالح الزوجين، فإنهما لم يتقدما باستئنافه . ولذلك فقد تقدم وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالعرائش بمقال يستأنف فيه الحكم المذكور أمام محكمة الاستئناف بطنجة . فقررت المحكمة قبول الاستئناف المذكور بعلّة أن الحكم الابتدائي بلغ للنيابة العامة بالعرائش، وأنها بذلك طرف أصلي في الدعوى ويمكنها استعمال جميع طرق الطعن المسموح بها للخصوم . وقد قضت المحكمة في الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف، بعد قبولها الاستئناف المذكور رغم أن النيابة العامة لم تكن طرفا رئيسا في الدعوى.

الطلب غير مقبول)) (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 47، بتاريخ 25 / 03 / 1968، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 4، ص 70) .

¹⁹⁴⁹ - انظر: إدريس بلمحجوب - صفة النيابة العامة - رسالة المحاماة، مرجع سابق، ص 66 . حيث يناهز الباحث المذكور: بأن يمكن الاجتهاد القضائي، النيابة العامة، لتلعب دورها الطلائعي في الميدان المدني كلما تعلق الأمر بقضايا النظام العام، بل والنص قانونا على ذلك.

وبالفعل وعلى صعيد الاجتهاد القضائي المقارن فقد قرر القضاء أن ((النيابة العامة في مجال المصلحة، أو الصفة في الطعن خصم عادل . يختص بمركز قانوني خاص، فهي تمثل الصالح العام وتسعى لتحقيق موجبات القانون إلا أنها تتقيد في ذلك بقيد المصلحة)) (قرار دائرة النقض الجزائي، بالإمارات العربية المتحدة، في الطعن رقم 21 لسنة 9 ق.ع. بتاريخ 29-06-1987. مجلة المحاكم المغربية، عدد 55، ص 179) .

¹⁹⁵⁰ - انظر : رشيد مشقاقة - النيابة العامة كطرف رئيسي في دعوى ((سد رمق المضطر)) طبقا للفصل 132 من مدونة الأحوال الشخصية . مجلة الإشعاع، عدد 18، ص 39 - 41 .

¹⁹⁵¹ - محكمة الاستئناف بطنجة - قرار عدد 107، بتاريخ 02-04-1987، مجلة الندوة (طنجة)، عدد 2 . يوليو-غشت 1987، ص 92 . وقد نشر معه تعليق للنقيب الأستاذ محمد مصطفى الريسوني، بنفس المرجع ص

وقد عاب بعض الفقه، على المحكمة المذكورة، ما ذهبت إليه . لأن تبليغ قضايا الأحوال الشخصية إلى النيابة العامة، إنما يعني أنها طرف منضم وهي بذلك لا يحق لها الطعن وأن طريق الطعن الممكن هو إحالة الحكم المعيب، على المجلس الأعلى من طرف الوكيل العام للملك بالمجلس الأعلى، بقصد إلغاء هذا الحكم الذي تجاوز فيه القضاة سلطاتهم طبق الفصل 382 من ق.م.م 1952

كما أن محكمة الاستئناف بآسفي¹⁹⁵³ أصدرت قرارا في هذا الصدد، ويتعلق بسيدة مغربية كانت متزوجة من فرنسي اعتنق الإسلام، وقد طلقت منه طلاقا خلعيا، لكنها لما ذهبت إلى فرنسا وأرادت تسوية بعض مشاكلها الإدارية - باعتبارها فرنسية الجنسية أيضا - طلب منها أن تدلي بحكم قضائي يصادق على طلاقها الخلع، وذلك حتى لا يظهر اسم مفارقها على عقود ازديادها . فتقدمت إلى المحكمة الابتدائية بآسفي من أجل المصادقة على طلاق الخلع الموثق لدى قاضي التوثيق، فصدر الحكم الابتدائي لفائدتها . لكن وكيل الملك طعن في هذا الحكم بالاستئناف بعلّة عدم احتياج هذا الطلاق لمصادقة قضائية¹⁹⁵⁴ من المحكمة، لكن محكمة الاستئناف التي قبلت طعن وكيل الملك بدون تعليل وبحث في صفته، أيدت الحكم المذكور .

وإذا كنا ندعو إلى تفعيل دور النيابة العامة بصدد الحالات السابق الإشارة إليها، فإنه تتعين الإشارة إلى أنه ونظرا لتعلق أحكام الأسرة بالنظام العام، ولوجود أطراف ضعاف فيها، وهم الأطفال الجديرون بالحماية، فإن المشرع يوجب إحالة القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية على النيابة العامة . وذلك طبق الفصل 9 من ق.م.م . ورتب المشرع بطلان الحكم الذي لا يشار

¹⁹⁵² - أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي - في تعليقه على الحكم المذكور : "صلاحية النيابة العامة للطعن بالاستئناف في الميدان المدني: الإحالة على المجلس الأعلى بسبب تجاوز القضاة سلطاتهم" . بمجلة المحاكم المغربية، عدد 51 (أكتوبر 1987)، ص 73.../.

¹⁹⁵³ - محكمة الاستئناف بآسفي - قرار بتاريخ 03 / 02 / 1993، في الملف عدد 353 / 92، بمجلة " المحامون " (نقابة المحامين بآسفي)، عدد 4، سنة 1994، ص 182 وما بعدها .

¹⁹⁵⁴ - من أوجه معاناة جالياتنا بالخارج، عدم اعتراف بعض المصالح الإدارية الأجنبية، بالوثائق التي يجرها العدول، والتي ترتبط في الغالب بمادة الأحوال الشخصية . ولذلك فإن المحاكم المغربية تعطي هذا النوع من التصديق على وثائق الطلاق في المغرب التي تنجز من طرف العدول وقاضي التوثيق، وذلك فقط لأسباب عملية، مادامت السلطات الأجنبية تتجاهل رسوم الطلاق المنجزة بالمغرب، إذ لا تعترف سوى بالأحكام القضائية . ونفس الاعتبارات العملية يطبقها القضاء المغربي حتى بالنسبة لرسوم كفالة بعض القصر، حيث تشترط السلطات الأجنبية الإدلاء بحكم يشهد بالكفالة، وتعتمد بعض المحاكم على الفصل 131 من المدونة في حكمها بالإشهاد على الكفالة

فيه إلى إيداع مستنتجات النيابة العامة أو تلاوتها بالجلسة (الفقرة الأخيرة من الفصل 9 من ق.م.م. 1955¹⁵⁵، وقد درج القضاء - ونظرا لأهمية هذا الإجراء - على اعتبار عدم التقيد بإحالة قضايا الأحوال الشخصية على النيابة العامة، دفعا تحت إثارته ولو لأول مرة أمام المجلس الأعلى أو تلقائيا من طرف المحكمة، وذلك لأن قضايا الأحوال الشخصية، وكما قرر المجلس الأعلى مرارا¹⁵⁶ 1956 تعتبر من النظام العام¹⁵⁷ 1957، وهو ما خول للمجلس الأعلى مرارا إثارة عدة وسائل بصفة تلقائية في ميدان الأحوال الشخصية .

¹⁵⁵ - قرار المجلس الأعلى عدد 267 . بتاريخ 04-02-1979، بمجلة المحاماة، عدد 16، س 1979، ص 151.

¹⁵⁶ - من ذلك : قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 132 . بتاريخ 05-07-1971، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 23، ص 42.

- المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 128 . بتاريخ 05-07-1971، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 23، ص 34.

- المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 32 . بتاريخ 14 / 02 / 1968، بمجلة القضاء والقانون عدد 95، ص 260.

- المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 165 . بتاريخ 17 / 07 / 1972، بمجلة القضاء والقانون عدد 125، ص 235.

- المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 270، بتاريخ 04 / 06 / 1969، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 9، ص 50.

¹⁵⁷ - و يلاحظ الباحثون، أن اجتهاد المجلس الأعلى بهذا الصدد، يتميز باختلاف غرفه حول مفهوم النظام العام (انظر : أحمد ادريوش - الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود . مرجع سابق، ص 70) . غير أن الملاحظ من قرارات المجلس الأعلى، هو أن تأثير فكرة النظام العام، في ميدان الأحوال الشخصية، يقوى كلما تعلق الأمر بخلق مركز قانوني : النسب، الزوجية أو انفصامها . الإرث . وأن تأثير النظام العام يخف في غير ذلك من المواضيع كالنفقة والحضانة .

وانظر بعض القرارات المهمة الصادرة عن المجلس الأعلى التي تناول فيها فكرة النظام العام المغربي :

- قرار المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - قرار عدد 22 - 23، بتاريخ 04 / 02 / 1977، منشور بمجلة المحاماة، عدد 13، أكتوبر 1978، ص 107 - 110 . قضى فيه المجلس الأعلى بصحة الوصية المعقودة من طرف إيطالي لخليته، لأنها لا تخالف النظام العام المغربي.

- وقرار المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 512، بتاريخ 14 / 09 / 1977، منشور بمجلة المحاماة، عدد 13، أكتوبر 1978، ص 111 - 115 . قضى فيه المجلس الأعلى ببطلان الوصية المعقودة من طرف فرنسي لخليته، لأنها تخالف النظام العام المغربي .

غير أن المشرع لم يحدد المعنى المقصود من عبارة قضايا الأحوال الشخصية¹⁹⁵⁸ المنصوص عليها بالفصل 9 المذكور . فهل تؤخذ قضايا الأحوال الشخصية بعمومها، أي باعتبارها تمم جميع المواضيع المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية، أم إن الأمر محصور على قضايا معينة منها، تستدعي بطبيعتها تدخل النيابة العامة ؟

إن عمل المجلس الأعلى يبرز، أنه لم يتوسع في مفهوم "قضايا الأحوال الشخصية" المنصوص على إحالتها على النيابة العامة طبق الفصل 9 من ق.م.م. إذ لم يرتب المجلس الأعلى، بطلان الأحكام الصادرة في مادة الأحوال الشخصية، لعدم إحالة قضاياها على النيابة العامة بصفة مطلقة . بل حصرها في أنواع معينة من قضايا الأحوال الشخصية، ويتبين أنها القضايا التي تكون موضوع تطبيق فقهي مباشر .

فقد تم الطعن بالنقض في حكم استئنافي صدر في دعوى تطليق، وكان من وسائل النقض : عدم إحالة الملف على النيابة العامة أمام المحكمة مصدرة الحكم طبق الفصل 9 المذكور. لكن المجلس الأعلى قرر أنه : ((حيث إن ملفات الأحوال الشخصية الواجب تبليغها إلى النيابة العامة،

وقد علق المرحوم موسى عبود على هذين القرارين بتعليق تحت عنوان : ((النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي - من خلال قرارين للمجلس الأعلى)) (مجلة المحاماة، عدد 14، يناير فبراير مارس 1979، ص 131 - 139). وعلق عليه كذلك الأستاذ محمد الوكيل - الرقابة القضائية على تطبيق القانون الأجنبي، من خلال حكيمين صادرين عن المجلس الأعلى (بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 5، ص 83). وانظر خطاب المرحوم الحاج أحمد أبا حنيني الرئيس الأول السابق للمجلس الأعلى بمناسبة افتتاح السنة القضائية للمجلس الأعلى (1967 - 1968)، الذي تناول فيه بالبحث والتحليل موضوع المحاكم الكنسية بالمغرب وقضاياها في مسائل الأحوال الشخصية (قرار المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 251، بتاريخ 5 يوليوز 1967، المنشور بمجلة القضاء والقانون عدد 88-89 ص 404 . ومجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 2، ص 12).

- وقرار المجلس الأعلى (الغرفة الأولى - قرار عدد 270، بتاريخ 04 / 06 / 1969، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 9، ص 50) حول اعتبار أحكام الإرث من النظام العام .

¹⁹⁵⁸ - بل إن المشرع المغربي لم يعرف ((الأحوال الشخصية))، حتى في إطار مدونة الأحوال الشخصية . وقد عرفت محكمة النقض المصرية بتاريخ 21 / 06 / 1934 : ((الأحوال الشخصية، هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره، من الصفات الطبيعية أو العائلية، التي رتب عليها القانون أثرا قانونيا في حياته ككون الإنسان ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا، أو مطلقًا، أو ابنا شرعيا، أو كونه تام الأهلية، أو ناقصا لصغر في السن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيد بها بسبب من أسبابها القانونية . أما الأموال فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية)) . ذكره معوض عبد التواب - موسوعة الأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 18 وما بعدها .

وإيداع مستنتجات النيابة العامة فيها وتلاوة هذه المستنتجات بالجلسة، هي ملفات القضايا التي يكون فيها نزاع جوهرى في الحالة الشخصية لأحد الأطراف؛ الأمر الذي لا يتوفر في النازلة الحالية))¹⁹⁵⁹. وقد أكد المجلس الأعلى¹⁹⁶⁰ هذا فيما يتعلق بقضايا النفقة لما قرر: ((فيما يتعلق بالوسيلة الثانية المتخذة من خرق الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية. ذلك أن القضية تتعلق بالأحوال الشخصية، ومع ذلك فإن القرار المطعون فيه لا يشير إلى تبليغ ملفها إلى النيابة العامة، ولا إيداع مستنتجات النيابة العامة، أو تلاوتها بالجلسة، فيكون باطلاً بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل المشار إليه. لكن حيث إن المقصود من قضايا الأحوال الشخصية، المنصوص عليها في الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية، هو القضايا التي يوجد فيها نزاع جوهرى في الحالة الشخصية مثل إنكار الزوجية أو إنكار النسب. وحيث إن هذه النازلة، لا يوجد فيها نزاع جوهرى في الحالة الشخصية لأحد الطرفين، فإن عدم اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية، لا تأثير له على القرار المطعون فيه، مما تكون معه الوسيلة غير

¹⁹⁵⁹ - المجلس الأعلى - قرار عدد 176. بتاريخ 27-3-1978 - غير منشور - ذكره الدكتور أحمد الخليلي:

"التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 353 هامش 95.

وإن كان المجلس الأعلى، وفي قرار لاحق قد قرر: ((وحيث إن دعوى التطليق، من دعاوى الأحوال الشخصية)) واعتبر الحكم الذي لم يتضمن ما يفيد تبليغ القضية إلى النيابة العامة قد خرق الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية، ونقض بذلك الحكم المذكور (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1322، بتاريخ 19 / 11 / 1985. بمجلة الندوة، عدد 1، ص 92).

¹⁹⁶⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 61. بتاريخ 24-05-1977، ملف رقم 57513، بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26، ص 127. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، " مرجع سابق، ص 219.

- وفي نفس الاتجاه: قرار المجلس الأعلى عدد 20. بتاريخ 16-03-1977، بمجلة القضاء والقانون، عدد 126 ص 124.

ويتبين من ثنايا قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى يتعلق بالنفقة، أنه سبق للمجلس الأعلى أن نقض حكماً قضى بالنفقة، وذلك لعدم إحالة الملف على النيابة العامة، وعندما عرضت القضية من جديد على المجلس الأعلى بعد الإحالة، كان من جملة أسباب النقض، دفع الطاعن بأن محكمة الإحالة لم تتقيد بما بت فيه المجلس الأعلى من ضرورة إحالة الملف على النيابة العامة، لكن المجلس الأعلى رد هذا الوجه من الطعن، بأنه يتبين من وثائق الملف أن محكمة الإحالة احترمت ما سبق أن بت فيه المجلس الأعلى، من ضرورة إحالة الملف على النيابة العامة (انظر: قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 1724، بتاريخ 24 / 12 / 1991. بمجلة الحامي، عدد 25 / 26، ص 222).

مرتكرة على أساس ((. كما أن المجلس الأعلى¹⁹⁶¹ اعتبر عدم تبليغ ملف دعوى الحضانة إلى النيابة العامة، غير مؤثر لأن النازلة لا تتعلق بحالة شخصية لأحد الأطراف¹⁹⁶².

وتبعاً لهذا الموقف من المجلس الأعلى، فإن قضايا الأحوال الشخصية، الواجب تبليغها للنيابة العامة طبق الفصل 9 من ق. م. م هي الدعاوى المتعلقة بالنسب، ودعاوى النزاع في الزوجية بصفة خاصة. وقد سبق القول أنهما من أهم القضايا التي تعرف تطبيقاً فقهيًا أكثر من غيرها نظراً لموضوعها.

ولقد سبق لوزارة العدل، أن أصدرت منشوراً تحت عدد 21-62 بتاريخ 18-09-1962¹⁹⁶³ بخصوص الفصل 15 من ظهير تأسيس المجلس (27-09-1957) الذي كان ينص على كون الطعن بالنقض يوقف التنفيذ في قضايا الأحوال الشخصية (الفصل 361 من ق. م. م حالياً) وبينت الوزارة في المنشور المذكور، المراد بقضايا الأحوال الشخصية، التي يوقف طلب النقض فيها إجراءات التنفيذ، وذلك حتى لا يقع الخلط بين حالة الأشخاص والمعنى الواسع للأحوال الشخصية. وأوضح المنشور المذكور أن المقصود بقضايا الأحوال الشخصية خصوصاً: هو حالة الأشخاص التي لا يمكن تدارك ما يترتب على أحكامها إذا نفذت. كما إذا مكن رجل من امرأة منكراً للزواج منه أو مدعية صدور طلاق منه، فإنه يخشى أن يترتب على التنفيذ وقوع البناء أو حصول حمل. فأحوال الأشخاص هذه -يقول المنشور- من حيث النسب والولادة والزواج والطلاق والوفاة هي المقصودة، أما بقية الأحوال فلا يوقف النقض فيها التنفيذ¹⁹⁶⁴.

¹⁹⁶¹ - المجلس الأعلى - قرار عدد 296. بتاريخ 05-07-1978، بمجلة القضاء والقانون، عدد 129 ص 112.

- وقرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - عدد 514. بتاريخ 12-04-1983، بمجلة القضاء والقانون، عدد 132 ص 142.

- وقرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 735، بتاريخ 16 / 11 / 1984، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 55، ص 94.

¹⁹⁶² - مع ملاحظة، أن المجلس الأعلى قضى في قرارات أخرى، بوجوب إحالة قضايا الحضانة على النيابة العامة، طبقاً للفصل 9 من ق. م. م. (المجلس الأعلى - قرار (غير منشور) عدد 163. بتاريخ 08 / 03 / 1982. ذكره أستاذنا أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، "، مرجع سابق، ص 169، هامش (112).

¹⁹⁶³ - مجموعة منشورات وزارة العدل. الرباط 1962، ص 61.

¹⁹⁶⁴ - انظر نقداً للمنشور المذكور وكيف أنه ليس بإمكانه تقييد القانون. وذلك من طرف المرحوم حماد العراقي - "شرح قانون الزواج المغربي". مرجع سابق، ص 75-78.

وبالتأمل في هذا المفهوم المعطى لدعوى الأحوال الشخصية، يتبين أنه ينطبق أساسا على جملة الدعاوى التي يرجع فيها إلى الفقه أساسا، خاصة ما يتعلق بالنسب . ولاشك أن حصر مفهوم قضايا الأحوال الشخصية في قضايا إنكار الزوجية وقضايا النسب، فيه تضيق من مجال يمكن أن تلعب فيه النيابة العامة دورا هاما، خاصة في دعاوى التطليق للغيبة، حيث يجد البعض، سندا من القانون لإحالة ملفات قضايا الغيبة على النيابة العامة طبق الفصل 9 من ق.م. م الذي ينص كذلك على وجوب إبلاغ النيابة العامة بالدعاوى التي تهم الأشخاص المفترضة غيبتهم، وطبق الفصل 263 من ق.م. م الذي خول لكل ذي مصلحة أو للنيابة العامة، أمر تسيير أموال الشخص المفترضة غيبته¹⁹⁶⁵. هذا فضلا عن تعلق دعاوى التطليق بنظام الزواج أي بالنظام الاجتماعي، واعتبارا لكون دعوى التطليق تتعلق بهدم أسرة . ونفس الأمر بالنسبة لقضايا الحضانة لتعلقها بحقوق أطفال قصر، وطرف ضعيف يحتاج للرعاية والدفاع عن حقوقه، ويمكن أن نجد سندا قانونيا لإحالة قضايا الحضانة على النيابة العامة، في مقتضيات الفصل 9 من ق.م. م. نفسه الذي يوجب إحالة القضايا المتعلقة بفاقد الأهلية على النيابة العامة، وإن كانت النيابة العامة في هذه الأحوال، لا تمثل المحضون . وأعتقد أنه لن يكون هناك مفعول للنص على تبليغ

ولقد قرر المجلس الأعلى، في مناسبات عديدة بأن المناشير والتعليمات الصادرة بالأخص عن الوزارة، ليست لها قوة القانون، وبالتالي لا تكون ملزمة للمحاكم وأنه ليس لها سوى قيمة فقهية ولا تلتزم المحاكم بتاتا . خاصة عندما تكون مخالفة للقانون (قرار الغرفة الجنائية عدد 442. بتاريخ 19 . 03 . 1970، بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 16 ص 58 . وكذلك قرار الغرفة الشرعية عدد 63 /233 بتاريخ 18-02-1963. بمجلة القضاء والقانون عدد 59-60-61 ص 538، الذي اعتبر المنشور لا يقوى قوة القانون ولا يترتب على مخالفته إلغاء الحكم).

وانظر حول القيمة القانونية للمنشور، الفقرة المعنونة بـ (La circulaire contre la loi) من بحث :

Rachid FILALI MEKNASSI, Quelques aspects du contentieux judiciaire des beaux d'habitation. Revue de Droit et d'économie, n° 6, 1990, p. 88.../.

¹⁹⁶⁵ - إدريس بلمحجوب - صفة النيابة العامة للطعن في أحكام مدنية لها صلة بالنظام العام- "، مرجع سابق، ص 55 وما بعدها خاصة ص 64.

وقد أشار الباحث المذكور للمنشور الصادر عن وزارة العدل عدد 970 بتاريخ 5-11-1984 بشأن دعاوى التطليق بخصوص عسكريين فقدوا في ساحة المواجهة ؛ وأنه ورغم محدودية أثر المنشور تمت إحالة ملفات تخص القضايا المذكورة على النيابة العامة من أجل الاستئناف. ويوجد مبرر الاستئناف في الفصل 9 من ق.م. م. ويقترح الباحث أيضا مسألة التدخل الإرادي في تلك القضايا (التطليق للغيبة) وفق الفصل 263 من ق.م. م المذكور أعلاه، وذلك قبل صدور الحكم لإمكان الاستئناف من طرف النيابة العامة. ويتنظر من الاجتهاد القضائي فسح المجال للنيابة العامة لتلعب دورا طلائعيا كلما تعلق الأمر بقضايا تهم النظام العام (انظر الصفحة 65-66 من البحث أعلاه).

قضايا الأحوال الشخصية إلى النيابة العامة، إلا إذا قام أعضاؤها بتحضير المستندات ودراسة الملفات، وعدم استصدار الدور المدني المنوط بهذا الجهاز في مجال الأحوال الشخصية¹⁹⁶⁶. هذا الدور الذي بلوره المشرع المصري مثلا بصورة واضحة في عدة نصوص آخرها القانون رقم 1 لسنة 2000 بتاريخ 29 يناير 2000 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني

تقييم تطبيق المجلس الأعلى لبعض القواعد الفقهية

من خلال القرارات موضوع البحث

إن المعطيات المرتبطة بدعوى الأحوال الشخصية، ومميزات قاعدة الإحالة على الفقه المالكي، كما سبق عرضها، تضيء على العمل القضائي في هذه المادة ميزة تجعل الاجتهاد فيها متمسما بميزات خاصة، لا يعرفها اجتهاد قضاة باقي مواد القانون، ومن هنا يتميز الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية بتفرده، من حيث القواعد التي يبني عليها، إذ فضلا عن حصر مجال الاجتهاد في قواعد الفقه، فإن المجلس الأعلى يمارس رقابته بشأن القواعد التي يتم اعتمادها، عند إعمال قاعدة الإحالة في حالة عدم النص¹⁹⁶⁷. فالمدونة ((لم تواجه الجديد قطعا، وتركت مهمة ذلك للقاضي، الذي عليه أن يعيد قراءة الوقائع المعروضة عليه من خلال التراث الفقهي المالكي))¹⁹⁶⁸. ولذلك فإنه ((ومن البداية، يد الاجتهاد القضائي مقيدة . لأن المدونة

¹⁹⁶⁶ - وحول باقي عمل المجلس الأعلى بخصوص إجراءات إحالة ملفات الأحوال الشخصية على النيابة العامة، انظر بحثنا: مميزات دعوى الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 140 وما بعدها .

¹⁹⁶⁷ - انظر محمد الكشور - قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، "، مرجع سابق، ص 36 . وإحالته على رسالته ((رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية))، كلية الحقوق بالدار البيضاء بالدار البيضاء، سنة 1986، ج 1، ص 127 .

¹⁹⁶⁸ - زينب معادي - " الأسرة المغربية بين الخطاب الشرعي والخطاب الشعبي " - مرجع سابق، ص 295 .

تنص على أن ما لم ينص عليه فيها (الفصول 82، 172، 216، 297) يرجع فيه للراجع أو المشهور أو ما جرى به العمل))¹⁹⁶⁹.

فهل يشكل مجرد الرجوع إلى قواعد الفقه اجتهادا قضائيا؟ بمعنى هل يشكل الرجوع إلى المصدر التكميلي لنصوص المدونة، اجتهادا قضائيا بمعناه الكامل، أي خلق القاعدة القانونية من طرف القضاء؟ والحال أن نفس الفقه يعتبر من باب القواعد القانونية إلا أنها غير مدونة، والمجلس الأعلى نفسه، يعتبر أن خرق القاعدة الفقهية يعتبر خرقا للقانون¹⁹⁷⁰.

لقد سبق للمجلس الأعلى أن اعتبر في إحدى قراراته¹⁹⁷¹ أنه : ((من المعلوم بدهة، أنه حين يكون النص صريحا، لا يبقى هناك محل للتأويل والاجتهاد))، وقرر المجلس الأعلى في قرار آخر¹⁹⁷² : ((إن قرار المجلس الأعلى المستدل به في القرار المطعون فيه، لا يشكل اجتهادا قضائيا. لأن الاجتهاد القضائي، يسن في حالة عدم وجود نص قانوني)) . فهل يمكن البحث مع

¹⁹⁶⁹ - Abderrazak MOULAY RCHED, La magistrature marocaine et l'évolution de la Moudaouana, op. cit. p. 34 .

¹⁹⁷⁰ - جاء في قرار للمجلس الأعلى : ((حيث إن محكمة الاستئناف التي قبلت أن تكون مصاريف الولادة لامرأة متزوجة، مستخلصة من أمورها الخاصة . تكون قد بتت خرقا لمقتضيات الشريعة الإسلامية، التي، ليس ظهير 22 نونبر 1957، إلا تقنيا متعلقا بالأحوال الشخصية والميراث، المأخوذ من منها، والذي يجعل تمرير الزوجة وصيانتها على عاتق زوجها، المنصوص عليه قانونا كالمأكل والمشرب والكسوة والعلاج)) (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 63، بتاريخ 02 / 01 / 1963، منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة في المادة المدنية (1958 - 1996)، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 1997، ص 25) . وجاء في قرار آخر يتعلق بضرورة استفسار اللبيب طبق القواعد الفقهية : ((وحيث إن اعتماد الحكم المطلوب نقضه على الليفية عدد 360 دون تكليف المدلي بما باستفسارها، يعتبر خرقا للقانون الداخلي وهو موجب للنقض)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 215 . بتاريخ 09 / 02 / 1988، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 42 / 43، 168 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 20) . كما أن تعليقات المجلس الأعلى عند نقضه للأحكام المخافة لقواعد الفقه، تشابه التعليقات التي يستعملها المجلس الأعلى بالنسبة لخرق النصوص المدونة فيقول مثلا أن قرار المحكمة جاء : ((مخالفا لنصوص الفقه فعرضت بذلك قرارها للنقض)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 2546 . بتاريخ 20 مارس 1984، مجلة القضاء المجلس الأعلى، عدد 37-38، ص 129 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 396) .

¹⁹⁷¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الجنائية - قرار عدد 305، بتاريخ 30 / 03 / 1981، بمجلة قضاء المجلس

الأعلى، عدد 27، ص 20

¹⁹⁷² - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 1 . بتاريخ 21-01-1980، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28- ص 129.

ذلك عن اجتهاد قضائي في مادة الأحوال الشخصية، من خلال القرارات الكثيرة التي تم فيها تطبيق قواعد فقهية ؟

إن مراجعة هذه القرارات، تبرز حقا، أن المجلس الأعلى وعن طريق الفقه أكمل النقص القانوني بشأن عدة مواضيع لم تعالجها المدونة، وطبق أحيانا بعض الحلول الفقهية التي تخالف المشهور في الفقه المالكي . ولذلك يمكن القول كما يقول الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد¹⁹⁷³ ، أن مثل هذه القرارات صدرت في إطار علاقة تجانس Homogène بين النصوص المرجعية: شرعي / ووضعي . ويتبين هذا بوضوح، سواء من خلال القرارات التي يطبق فيها المجلس الأعلى قواعد الفقه المالكي في عدة مواضيع لم تنص عليها المدونة (المطلب الأول)، ولو أنها مخالفة أحيانا لمشهور المذهب المالكي (المطلب الثاني)، أو من خلال بعض القرارات التي استبعد فيها المجلس الأعلى الفقه اكتفاء بنصوص المدونة فقط (المطلب الثالث)، أو من خلال بعض القرارات التي تبرز كذلك، أن المجلس الأعلى يأخذ بحلول تؤدي إلى تقييد نصوص المدونة تبعا لقواعد الفقه، مما قد تبدو معه بعض هذه الحلول غير ملائمة (المطلب الرابع)، أو أنه يستبعد الأخذ بحلول تدعو إليها الضرورة، رغم أنه يمكن إيجاد تغطية فقهية لها (المطلب الخامس).

المطلب الأول

أهم القواعد الفقهية المعتمدة فيما لم تنص عليه المدونة

كثيرة هي المواضيع التي يتم فيها اعتماد قواعد الفقه المالكي، نظرا لعدم النص على أحكامها في مدونة الأحوال الشخصية، وهو ما يبدو من خلال الكثير من القرارات التي اعتمدها في هذا البحث، والتي تمت الإشارة إلى مختلف مواقف المجلس الأعلى فيها من تطبيق القواعد الفقهية، سواء فيما يتعلق بعقد الزواج والطلاق و النسب والحضانة والنفقة، أو فيما يتعلق بإعمال قواعد الإثبات المستمدة من الفقه . غير أننا سنركز هنا على بعض المجالات التي تم - ويتم - فيها الاعتماد على الفقه أساسا، بالشكل الذي يجعلنا أحيانا أمام مبادئ قانونية درج عليها المجلس الأعلى، في غياب النص في المدونة، وسنتبين كذلك من خلال القرارات المدرجة هنا، طريقة رجوع المجلس الأعلى إلى الفقه المالكي، وكيفية أخذه بقواعده واعتماده . ويتعلق

¹⁹⁷³ - Abderrazak MOULAY RCHED, La magistrature marocaine et l'évolution de la Moudaouana, op. cit. p. 37 - 42.

الأمر بعدة مواضيع¹⁹⁷⁴ تم : الخلوّة بين الزوجين كسبب موجب لكامل الصداق (الفقرة الأولى)، وطرق تقاضي الزوجة بشأن النفقة (الفقرة الثانية)، وتمديد مقتضيات الفصل 47 من المدونة إلى حالة النفساء لكن خارج إطار القياس، وعن طريق اعتماد الفقه (الفقرة الثالثة). كما يتعلق الأمر بتحديد الشروط اللازمة لممارسة مسطرة اللعان، وهي شروط لا تمكّن من ممارسة هذه المسطرة ، كما يبدو من قرارات المجلس الأعلى المنشورة لحد الساعة (الفقرة الرابعة)، وأخيرا يتعلق الأمر بتطبيقات المدة القصوى والمدة الدنيا لأمد الحمل، التي يدمج فيها المجلس الأعلى بين أحكام الفقه وأحكام المدونة، وإن كان قد وسع من مقتضيات المدونة المتعلقة بأقصى مدة الحمل أخذًا برأي بعض الفقه (الفقرة الخامسة) .

الفقرة الأولى – الخلوّة بين الزوجين توجب كامل الصداق:

اعتمد المشرع المغربي الخلوّة الصحيحة كسبب لوجوب العدة على المطلقة (الفصل 79 من المدونة)، لكنه لم يتطرق للخلوة بين الزوجين كسبب في استحقاق الزوجة لكامل الصداق. وينتقد الفقه هذا الوضع في التشريع، لأنه يكون من الغريب في ظل تشريع واحد، أن تقوم الخلوّة الصحيحة مقام الدخول الحقيقي بشأن وجوب العدة، بينما لا تقوم مقام هذا الدخول ذاته بصدد تأكيد حق الزوجة في المهر¹⁹⁷⁵. ولذلك فإن المجلس الأعلى واعتمادا على قواعد الفقه المالكي¹⁹⁷⁶، أكمل هذا النقص، وقرر حق الزوجة في كامل الصداق عند ثبوت الخلوّة الصحيحة بين الزوجين وأصدر عدة

¹⁹⁷⁴ – لقد حاولنا هنا إيراد بعض المواضيع التي تعرض كثيرا على القضاء، وتلافينا إعادة تكرار ما سبق بيانه في مواضيع أخرى من هذا البحث . ومع ذلك نشير باختصار إلى مواضيع أخرى مهمة طبق فيها المجلس الأعلى قواعد الفقه في غياب النص في المدونة :

– طلاق المريض مرض الموت : لم تتطرق المدونة لحكم زواج وطلاق مرض الموت . وإن كان قانون الالتزامات والعقود قد تطرق لمرض الموت في الفصول 344، 345، 479، 1248 . وقد قرر المجلس الأعلى : ((إن المطلقة طلاقا في مرض مخوف مات منه المطلق تعتبر في حكم الزوجة من حيث الميراث)) (المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 05 / 05 / 1993، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 71، سنة 1994، ص 68) .

¹⁹⁷⁵ – صلاح الدين زكي : أحكام قانون الأسرة – مرجع سابق، ص 118 – 119 . وانظر : Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, op. cit. p.38.

– محمد الشافعي – أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 155 .
¹⁹⁷⁶ – وتتلخص هذه القواعد، في أن الدخول هو الموجب للصداق كاملا (ابن جزى -القوانين الفقهية . مرجع سابق، ص 148) وهو ما نص عليه الفصل 2/20 من المدونة . ويقصد به الدخول الحقيقي أي الوطاء، وهو الجماع . وعند المالكية والحنفية : بتغيب الحشفة، أو قدرها، ولو بجائل خفيف، لا يمنع اللذة، أو بغير انتشار (

قرارات بهذا الصدد . فقد قرر المجلس الأعلى¹⁹⁷⁷ ، تأييد الحكم الاستثنائي الذي اعتبر أن ((الخلوة تعتبر فقها وقانونا دخولا تستحق معه المرأة كل صداقها كما تستحق به المتعة بعد الطلاق))، وأكد المجلس الأعلى في قراره هذا أن ((مرافقة الزوجة في السفر والتنقل بها يعتبر شاهدا عرفيا يؤيد التلقية¹⁹⁷⁸ المدلى بها لإثبات الخلوة. والقول قولها في ادعاء المسيس بعد يمينها.

سعدى أبو جيب - القاموس الفقهي . مرجع سابق ، ص 383) لا مجرد الخلوة وإرخاء الستور (خلافاً لأبي حنيفة) . ويتزل منزلة الدخول، إقامة المرأة مع زوجها مدة سنة بحيث تستحق الصداق كاملاً ولو لم يتحقق الوطاء فعلياً لعذر بالزوج . (قال الشيخ خليل : "وتقرر (الصداق) بوطء... وإقامة سنة" . وانظر: أبو الشتاء - مواهب الخلاق . مرجع سابق، ج 1، ص 287) . وإذا وقعت الخلوة واعترف الزوج بالمسيس كان عليه الصداق كاملاً ولو أكذبت المرأة. وإذا وقعت الخلوة وادعت الزوجة المسيس وأنكره الزوج، كان القول قولها، وصدقت فيما تدعيه من مسيس بعد أدائها اليمين على ذلك . وإذا لم تحصل الخلوة وادعت المرأة المسيس لزمته اليمين وبرئ من نصف الصداق، وإن نكل حلفت واستوجبت جميعه (ابن جزى -القوانين الفقهية . مرجع سابق، ص 149) ويميل الفقه إلى تصديق المرأة في المسيس بصفة مطلقة لشيوع الاختلاط الجنسي (عبد الله الداودي- في جواب له عن سؤال، بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب . عدد 5-6، ص 172) . ويلاحظ أن الخلوة لا يترتب عليها أحياناً جميع ما يترتب على الدخول الفعلي . فالخلوة لا تحلل مطلقة طلاقاً باتاً . بل لابد من الوطاء. ومجرد الخلوة بالمطلقة رجعيًا لا يعد رجعة . (تراجع نقط الاتفاق والخلاف بين الخلوة والدخول -لدى بدران أبو العينين بدران -الفقه المقارن للأحوال الشخصية . ج 1، مرجع سابق، ص 204). بينما ينص الفصل 79 من مدونة الأحوال الشخصية على أنه : ((لا تلزم العدة قبل الدخول والخلوة الصحيحة إلا للوفاء)) . ونشير إلى أنه وحسب الفقه، فإن موت أحد الزوجين قبل الدخول يتقرر به تمام الصداق لقول خليل : ((وتقرر بوطء وإن حرم، وموت واحد)) (انظر : حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العماتي)، بتاريخ 25 رمضان 1376 هـ موافق 27 مارس 1957، بمجموعة الأحكام الشرعية . مرجع سابق، ص 480) .

¹⁹⁷⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 58 . بتاريخ 26 / 05 / 1977، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 139. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 216 . وكذلك :

- قرار المجلس الأعلى، عدد 48، بتاريخ 24-05-1977، بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 105. الذي قضى فيه المجلس الأعلى بالحكم بأداء الصداق كاملاً للزوجة المدعية لمعاشرة الزوج لها معاشرة الأزواج، مع إلزامها بأداء اليمين.

- وقرار المجلس الأعلى، عدد 346 . بتاريخ 22-09-1978 قضية 66387 غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي -التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 138.

¹⁹⁷⁸ - التلقية هي شهادة الشهود باللفيف الذي يقل عدد شهوده عن 12 شاهداً . وهو العدد المتطلب في اللفيف . وهي بمثابة شهادة العدل الواحد، يعمل بها فيما يتعلق بالمال أو ما يؤول إليه . وفي نازلة القرار المذكور (عدد 58) دفع الطاعن بأن شهود التلقية المذكورة غير ذكور . فرد المجلس الأعلى على ذلك بأن ((التلقية المذكورة مشتملة

(وأنه) بالمسيس بعد الخلوة تستحق المطلقة كامل المهر والمتعة ويتعرض للنقض الحكم الذي اعتبر أن الخلوة وحدها كافية لاستحقاق المهر والمتعة دون يمين ((. وقد تصدى المجلس الأعلى وقضى بتتيم الحكم، وذلك بتوجيه اليمين للزوجة على أن الزوج مسها حين اختلائه بها مع تطبيق قاعدة النكول . وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى¹⁹⁷⁹: ((ما دام الطاعن يعترف بزيارة المطلوبة له في بيته، مع ادعاء هذه الأخيرة المسيس بعد العقد وهي مصدقة بيمينها، كما هو منصوص فقها . فقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي : فإن اختلف في المسيس فالقول قولها . وإن خلا بها فالقول قولها أيضا . وقال ابن القاسم : إن خلا بها في بيته، فالقول قولها .. الخ وهو قول ابن الحسن التسولي عند قول ابن عاصم :

والزوج إن طلق بعد البنا
فالقول قول زوجة وتستحق
ولادعاء الوطاء رد معلنا
بعد يمين مهرها الذي يحق

قال التسولي : معناه أن الزوج إذا خلا بزوجته خلوة يمكن شغلها منه وإن لم يكن هناك ستر ولا غلق باب . ثم طلقها بعد تلك الخلوة، وهو مراد المصنف بالبناء، فادعت هي المسيس وادعى هو عدمه، فإن القول للزوجة بيمينها للعرف... وحيث إن طالب النقض اعترف في المرحلتين الابتدائية والاستئنافية بأن المطلوبة في النقض كانت تقوم بزيارته من حين لآخر في سكناه، بعد أن عقد عليها، وقد ادعت المسيس بينما هو أنكر، وعملا بما سقناه سابقا، فإن القول قولها في ادعاء المسيس مع يمينها كنتيجة لما تستحقه الزوجة المدخول بها . فإن نكلت حلف هو وسقط عنه نصف الصداق، ولقول صاحب التحفة : وإن يكن منها نكول فالقسَم * عليه

على النصاب المساوي لشهادة العدل الواحد، مادامت مجرد تلقية متممة للقرينة العرفية المعتبرة شاهدا، كما أن شهادة ست نسوة بما لا يضرها ما دام النصاب الشرعي المطلوب تاما ((.

وقد قرر المجلس الأعلى بهذا الصدد : ((لما كان الأمر يتعلق بالإرث، وهي تؤول إلى المال، فإن نصف اللفيف يعد بمثابة عدل واحد، وشهادة العدل الواحد يعمل بها في المال أو ما يؤول إليه، مع يمين المدعي (((المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 718، بتاريخ 15 / 03 / 1989، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 42 / 43، ص 42) .

¹⁹⁷⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 28، بتاريخ 26 / 01 / 1990 . ملف رقم 4984 / 85، أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 20 - 21 . كما أورده عبد العزيز توفيق - التعليق على مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 53 .

والواجبُ نصف ما التزم)). ورغم اعتماد الفقه في الموضوع، فإن المجلس الأعلى¹⁹⁸⁰ يقر بالسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في تقدير الخلوة، وأكد أن إثبات الخلوة خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، حسب ما أدلي به من حجج؛ ومتى ثبتت الخلوة، ترتب على ذلك وقوع البناء، ولذلك فإنه في دعوى الميسس مع ثبوت الخلوة تكون المدعية مصدقة بيمينها، لقول الشيخ خليل في دعوى الميسس مع ثبوت الخلوة فإن المدعية مصدقة¹⁹⁸¹.

بل إن المجلس الأعلى قرر في إحدى قراراته أن الزوج لم يثبت واقعة عدم اتصاله بزوجه، وبالتالي فإن واقعة الخلوة ثابتة لأنها هي الأصل، وما ادعاه الزوج من عدم إمكانية اتصاله بها إلى أن طلقها هو خلاف الأصل، ورتب المجلس الأعلى على ذلك ثبوت نسب البنت إلى الزوج الذي طلق زوجته قبل البناء حسب ما ذكر في عقد الطلاق الذي ادعت الزوجة أنه تم في غيابها¹⁹⁸².

¹⁹⁸⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 314 . بتاريخ 22-09-1980، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 27، ص 151 .

وفي نفس الاتجاه - قرار المجلس الأعلى عدد 226 . بتاريخ 08-12-1975، ملف 508 / 47، غير منشور، ذكره الدكتور أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 137 . حيث قرر المجلس الأعلى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في مراقبة الحجج التي استنتجت منها وقوع الدخول بالزوجة . كما أورد هذا القرار الأستاذ عبد العزيز توفيق - التعليق على مدونة الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص 53 . وذكر منه الحيثية التالية ((حيث إن العادة محكمة، وأن الدخول ثبت منذ زيارتها لزوجها في داره، إذ مظنة الدخول هو الاختلاء، وليس مقصوراً على وليمة الزفاف فقط)) .

¹⁹⁸¹ - ونشير إلى أن محكمة التمييز العراقية، حولت الزوجة حقها في كامل الصداق، إذا ثبتت الخلوة، وعاشرها الزوج معاشرة الأزواج، ولو كان عيننا لم يزل بكارهما (تمييز عراقي رقم 673 بتاريخ 10 / 05 / 1980، بمجموعة الأحكام العدلية، عدد 2، ص 1 . أوردته الأستاذ عبد العزيز توفيق - التعليق على مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 54) .

¹⁹⁸² - قرار المجلس الأعلى عدد 545 بتاريخ 03/05/1994 ملف عدد 93/5572. الوارد بثنايا قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - عدد 99/84، بتاريخ 16/02/1999، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 55، السنة 22، يناير 2000، ص 123 وما بعدها.

وتتلخص وقائع هذا القرار في أن سيدة طالبت بنفقة بنتها من مطلقها. فأجاب المدعى عليه بأنه طلق المدعية قبل البناء وذلك بعد مرور أسبوع على عقد الزواج وأنه لم يتصل بها وأدلى برسم طلاق قبل البناء. فادعت الزوجة أن الطلاق تم في غيبتها، وأنه طلقها بعدما دخل بها، والبنت ازدادت داخل الأمد المقرر شرعاً. فتم الحكم برفض طلبها، لكن المجلس الأعلى أبطل ذلك الحكم تبعاً لكون أن الزوج لم يثبت واقعة عدم اتصاله بزوجه، وبالتالي فإن واقعة الخلوة ثابتة لأنها هي الأصل، وما ادعاه الزوج من عدم إمكانية اتصاله بها إلى أن طلقها هو خلاف الأصل (قرار 545 المذكور أعلاه). وقد تقيدت محكمة الإحالة بما قرره المجلس الأعلى وأصدرت حكماً بثبوت النسب ووجوب النفقة. ولما طعن المحكوم عليه بالنقض محتجاً بأن الزوجة هي التي يجب عليها إثبات

الفقرة الثانية - تقاضي الزوجة بخصوص النفقة :

لم تنص مدونة الأحوال الشخصية على عدة تطبيقات تتعلق بتقاضي الزوجة في مادة النفقة، ولذلك فإن القضاء يعتمد قواعد المذهب المالكي في الموضوع مباشرة . وتبعاً للفقهاء يميز في مادة تقاضي الزوجة بخصوص نفقتها ضد الزوج، بين ما إن كانت النفقة تمه الزوج الغائب أو تمه الزوج الحاضر . فإذا كان الزوج غائباً عن زوجته مدة معينة، ولم يترك لها نفقة، والعلاقة الزوجية لازالت قائمة، ولما قديم الزوج طالبته بما أنفقتة على نفسها أثناء غيبته، فإن الزوج إذا نازعها في ذلك، وادعى الإنفاق، فإن القول قول الزوج : أي إنه يصدق في ادعائه أنه ترك لها النفقة ويحلف على ذلك . غير أن هذا الحكم إنما يطبق فقط في الحالة التي لا تبادر فيها الزوجة برفع الدعوى، إلا بعد رجوع الزوج الغائب . أما إن كانت، رفعت دعوى المطالبة بالنفقة قبل قدوم الزوج الغائب، فإن دعواها تكون قوية ويكون القول قولها مع اليمين على عدم تركه لها ما تنفق منه . واليمين في الصورتين تكون على قاعدة النكول . وتطبق نفس الأحكام في حالة المطالبة بنفقة أبنائها منه ¹⁹⁸³ .

أما بالنسبة لدعوى النفقة الموجهة ضد الزوج الحاضر، والمقيم مع الزوجة بالبلد والزوجية قائمة، فإن الزوج هنا، يصدق في ادعائه الإنفاق على الزوجة مع يمينه . لأن العرف يقتضي ذلك،

الاتصال، رد المجلس الأعلى قائلًا : ((إن محكمة القرار عللت قضاءها بأن الوضع المتفق على حصوله في غشت 1990 قد جاء بعد عقد الزواج المؤرخ في 1989/12/21 أي بعد مرور أكثر من ستة أشهر أي داخل الأمد الذي يترتب عن الوضع خلاله ثبوت نسب المولود إلى الزوج طبقاً للفصول 76، 84، 85، 98 من المدونة. وبذلك يكون الاتصال قد حصل ولا حاجة لإثباته مع الوضع المتفق عليه - تكون قد طبقت القانون وتقيدت بقرار الإحالة وما بالسبب غير مؤسس)) (قرار 94/84 المذكور أعلاه).

¹⁹⁸³ - انظر ميارة على التحفة، ج 1 ، مرجع سابق، ص 253 . لدى قول صاحب التحفة :

ومن يغيب عن زوجة ولم يدع :: نفقة لها وبعد أن رجوع
ناكرها في قولها في الحين :: فالقول قوله مع اليمين
ما لم تكن لأمرها قد رفعت :: قبل إبابه ليقوى ما ادعت
فيرجع القول لها مع الحلف :: والرد لليمين فيهما عرف

وحسب قواعد الفقه المالكي، يمكن للمرأة مطالبة زوجها المسافر بتمكينها من نفقة المستقبل، أو يمكنها بكفيل على ذلك . انظر :

- ميارة على التحفة - مرجع سابق، ص 254 .

- علال الفاسي - التقريب - مرجع سابق، ص 257 .

- عبد العزيز فتحاوي : طرق الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية والميراث، مطبعة فضالة (المحمدية) 1997، ص 51 .

ولأنها في حوزة . ويؤخذ بقول الزوج هنا ((إن لم تكن (النفقة) مقررة . وإلا لم يقبل قوله، لأنها حينئذ بمثابة الدين، ومحل كون قول الحاضر في النفقة، حيث ادعى أنه كان ينفق أو يدفع النفقة في زمنها . أما إذا تجمدت عليه لما مضى فلا يقبل قوله إجماعاً))¹⁹⁸⁴ .

والجلس الأعلى يأخذ بهذه القواعد الفقهية . فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى¹⁹⁸⁵ ((حيث صح ما نعه الطاعن على القرار المطعون فيه، ذلك أن قضاة الاستئناف بالرغم من الدفع أمامهم، بقاعدة أن القول قول الزوج مدعي الإنفاق في حالة قيام الزوجية، وذلك مع يمينه، فإنهم تجنبوا تطبيق هذه القاعدة، دون أن يعللوا ذلك . فجاء قرارهم منعدم التعليل ومعرضاً للنقض .)) . وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى¹⁹⁸⁶ ((حيث إن النزاع في النفقة بين الزوجين والحال أن الزوجية قائمة بينهما والزواج حاضر . هو الأخذ بقول الزوج مع يمينه، اتباعاً للقواعد الفقهية المعمول بها، في مثل ذلك . فقد نص الشيخ التسولي في فصل التداعي في النفقة : " ومفهوم من يغيب (المنصوص عليها لدى المتحرف) أن الحاضر يكون القول قوله من غير تفصيل . وإنما كان القول قوله حيث كان حاضراً أو غائبا، ولم ترفع، لأنها في حوزة . والقول قول الحائز . قاله البرزلي "))¹⁹⁸⁷ . وقرر المجلس الأعلى في قرار آخر¹⁹⁸⁸ : ((إن الطاعن دفع بأنه كان ينفق على زوجته وأولاده القاطنين معه ببيت الزوجية قبل الطلاق، والقرار لما قضى عليه بنفقة

¹⁹⁸⁴ - الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - ج 4، مرجع سابق، ص 258 . وتجب الإشارة إلى أن الفقه وحتى القضاء قبل صدور المدونة، لا يجيز شهادة السماع في إثبات الإنفاق لخلوها من التنصيص على معرفة المشهود به (حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العماري)، بتاريخ 24 ربيع الأول 1370 هـ - الموافق 03 يناير 1951، بمجموعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 375 .

¹⁹⁸⁵ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 371 . بتاريخ 26-08-1979، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 29، ص 125 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 232 .

¹⁹⁸⁶ - المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 887 . بتاريخ 14-12-1982، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، ص 83 .

¹⁹⁸⁷ - وفي نفس الاتجاه قررت محكمة الاستئناف بمراكش : ((مادامت الزوجية قائمة والزواج حاضر ويدعي الإنفاق ، فإنه عملاً بالقاعدة الفقهية المذكورة سابقاً، ولما استقر عليه القضاء، فإن القول يبقى قول الزوج مع يمينه)) (محكمة الاستئناف بمراكش، قرار عدد 912، بتاريخ 12 / 10 / 1993، ملف عدد 3185 / 93، بمجلة المحامي عدد 25 / 26، ص 201) .

¹⁹⁸⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 99/108، بتاريخ 09/03/1999، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 55، السنة 22، يناير 2000، ص 131 وما بعدها.

زوجته قبل الطلاق استنادا إلى قولها دون أن يثبت ذلك - تكون المحكمة قد خالفت القاعدة (الفقهية)).

غير أنه لا يأخذ بالقاعدة المذكورة أعلاه، في حالة الزوج الحاضر، إذا ما ثبت أن الزوجة لم تكن تقيم ببيت الزوجية، فيكون القول إذاك قول الزوجة . ولذلك قرر المجلس الأعلى¹⁹⁸⁹ أنه: ((حيث إنه من الثابت أن الزوجة الطاعنة، كانت ببيت والديها مع طفلها من 25 ذي الحجة 1395، وتطالب بالنفقة عنها وعن ولديها من التاريخ المذكور، وادعى الزوج الإنفاق، ولم يثبت ادعائه بحجة . وحيث إنه من القواعد الفقهية في مثل هذه الحالة، يكون القول قول الزوجة بيمينها . وحيث إن القرار المطعون فيه، عندما قضى بأن القول قول الزوج مع يمينه، قد خالف الصواب، وتعرض للنقض)) . كما قرر المجلس الأعلى¹⁹⁹⁰: ((إن الزوجة المطلوبة في النقص تبقى مستحقة للنفقة، وبما أنها لا توجد في حوزة الطاعن الذي لم يثبت إنفاقه عليها خلال المدة المطلوبة، فإن القول يكون قولها بيمينها، حسبما استقر عليه العمل القضائي، فيما إذا كانت الزوجة غير حاضرة ببيت الزوجية، ومتواجدة عند أحد أقاربها ولم يثبت الزوج الإنفاق)) . وقرر المجلس الأعلى¹⁹⁹¹ في قرار آخر : ((حيث إن القاعدة المحتج بها لا تنطبق على النازلة، إذ إن

¹⁹⁸⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 117 . بتاريخ 14-02-1978، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 140. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 223 .

¹⁹⁹⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1013 . بتاريخ 22 / 09 / 1992، ملف رقم 6876 / 91. أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 87.

¹⁹⁹¹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1502، بتاريخ 22 / 12 / 1992، بمجلة المحامي ، عدد 26 / 25، ص 205. مع تعليق للأستاذ بنعطية عبد اللطيف، بنفس المرجع ص 208 - 212 . ومن أهم ما جاء في تعليقه، هو بيانه لموقف الفقه المالكي في الموضوع . فقد أورد نص الشيخ خليل : ((وإن تنازعا (...)) في إرسائها، أي النفقة، فالقول قولها إن رفعت من يومئذ لحاكم، لا لعدول وجيران، وإلا فالقول قوله كالحاضر، وحلف لقد قبضتها لا بعثتها . وعلق الشيخ الأزهرى في جواهر الإكليل ج 1 ص 401 ((كالزوج الحاضر بالبلد مع زوجته . ادعى الإنفاق وادعت عدمه، وهو موسر فالقول قوله بيمينه)) فالأزهرى لم يكتف بالحضور بالبلد بل أضاف (مع زوجته) وهو بذلك يساير المجلس الأعلى فيما اشترطه من حوز الزوجة . أما الفقيه التسولي، فعند شرحه للبيتين (ومن يغب) فقد عقب بقوله (ومفهوم من يغب أن الحاضر يكون القول قوله من غير تفصيل . وإنما كان القول قوله حيث كان حاضرا أو غائبا ولم ترفع أمرها إلى القضاء لأنها في حوزة (البرزلي) وقال التسولي (لذا لو كانت في غير داره وحوزه فالقول قولها في عدم بلوغها) . والحوز هو أن تكون الزوجة في دار الزوج ببيت الزوجية، لا في دارها .

موضوع تطبيقها أن يكون الزوج حاضرا في البلد وأن تكون الزوجة في حوزته . في حين، إن الطاعن يوجد في بيت الزوجية مع زوجته الثانية، وترك المطلوبة في بيت زوجها الأول المتوفى . وقد ثبت عدم إنفاقه بالحكم السابق الصادر ضده بتاريخ 21 / 10 / 1978 تحت العدد 343، والذي توجد نسخة منه في الملف . . ومن جهة أخرى فإن الليف المدلى به - بصرف النظر عما تضمنته شهادة شهوده - لا يقوى قوة الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به، مما لم تكن معه المحكمة في حاجة لمناقشته، وبالتالي فإن تعليل المحكمة في محله ((. كما قرر المجلس الأعلى¹⁹⁹²: ((وحيث إنه (أي الزوج) لم يكن حاضرا، حتى يكون مصدقا في ادعائه الإنفاق مع يمينه ((. بل إن المجلس الأعلى يعتبر وجود دعاوى سابقة بين الزوجين بخصوص النفقة، مانعا من الأخذ بقاعدة: القول قول الزوج بيمينه، ولا يكفيه ادعاء الإنفاق¹⁹⁹³ . كما أن المجلس الأعلى ومن جهة أخرى، يقرر حق المحكمة في توجيه يمين الإنكار إلى الزوجة تلقائيا لتحلف على عدم إنفاق الزوج، ولقد طبق المجلس الأعلى¹⁹⁹⁴ - نفسه - هذا المبدأ تلقائيا لما كان يتمتع بحق التصدي الذي تم إلغاؤه الآن .

¹⁹⁹² - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 317 . بتاريخ 21 / 08 / 1978 . منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية (1962 - 1995)، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربعين، مرجع سابق، ص 45 .

¹⁹⁹³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 676 . بتاريخ 28 - 03 - 1995 ، ملف عدد 90 / 5256 . غير منشور . ذكره الأستاذ عبد العزيز فتحاوي : طرق الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية والميراث، مرجع سابق، ص 58 . وقد بين الباحث المذكور أن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، تعتبر أن أي منازعة بين الزوجين ولو خارج النفقة كالشكاية الجنحية مثلا، يجرم الزوج من اعتماد قوله في دعوى النفقة، مادام أن حصول النزاع يولد الحزازات، بشكل يستبعد معه قيام الزوج بالإنفاق .

¹⁹⁹⁴ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 317 . بتاريخ 21 / 08 / 1978 . منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية (1962 - 1995)، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربعين، مرجع سابق، ص 45 . وقد قرر المجلس الأعلى بهذا الصدد : ((وحيث إن المحكمة لم توجه يمين الإنكار، للمستأنف عليها . مع أنه كان عليها أن توجهها تلقائيا طبقا للقاعدة : أن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر . مما يتعين معه نقض القرار المطعون فيه جزئيا بالنسبة لهذه النقطة، والتصدي والبت فوراً فيها لتوفر المجلس على العناصر المتعلقة بها...بتعديل القرار المذكور بزيادة أداء المطلوبة في النقض، اليمين على أنها لم تحز من مفارقتها طالب النقض، المواد الغذائية التي ادعى إرسالها لها . فإن نكلت حلف هو وصدق فيما يدعيه . وإن نكل فعلى قاعدة النكول، تصديقا للناكل الأول)) .

الفقرة الثالثة - تمديد مقتضيات الفصل 47 من المدونة إلى طلاق النفاء :

لقد نص الفصل 47 من

مدونة الأحوال الشخصية : ((إذا وقع الطلاق والمرأة حائض أجبر القاضي الزوج على الرجعة¹⁹⁹⁵))، لكن الفصل المذكور لم ينص على حكم طلاق النفاء . غير أن المجلس الأعلى، واعتمادا على قواعد الفقه قرر¹⁹⁹⁶ أن : ((لفيفية الرجعة تقول أنه (الزوج) ارتجع الزوجة داخل عدتها، وكان من جملة جواب المدعى عليها عن المقال الافتتاحي، بأن زوجها طلق المدعية وهي في مرحلة النفاس بالولد حسن، وأعاد المدعى عليهم هذا القول في مذكرة مسجلة في 24 / 12 / 1991 بأن المهالك طلقها في مرحلة النفاس سنة 1967 وتوفي سنة 1975 . وهذا القول يؤيد تلك الرجعة، لأن الطلاق في تلك الحالة منهي عنه، لقول المتحف :

وموقع الرجعي دون طهر يمنع مع رجوعه بالقهر

قال ابن الحاجب : وإذا وقع الطلاق في حيض أو نفاس ابتداء أو ختما أجبر على الرجعة ما بقي من العدة شيء . قال القاضي عبد الوهاب في التلقين : و طلاق الحائض والنفاس محرم،

¹⁹⁹⁵ - لاحظت الأستاذة زينب معادي، من خلال استفسار مجموعة من العدول، أن مقتضيات الفصل 47 من المدونة (طلاق الحائض)، والفصل 49 منها (طلاق الغضبان)، لا تراعى عند الطلاق . وأنه لا يتم سؤال الزوجة عما إن كانت حائضا أم لا (زينب معادي - المرأة والمؤسسة القانونية . بمجلة " أمل "، عدد 3، السنة الأولى، 1993، ص 162) .

¹⁹⁹⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 773 . بتاريخ 07 / 07 / 1992، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، ص 173 .

وتلخص وقائع القضية في أن سيدة تقدمت بطلب أمام المحكمة الابتدائية عرضت فيه أن زوجها توفي عنها وعن أولادها منه، وعن المدعى عليهم ورثته أيضا وهي تطالب بحقوقها في إرثها من زوجها المذكور . وأدلت المدعية برسم لفيفي مؤرخ في 25 / 08 / 1975 لإثبات رجعتها من الزوج المهالك داخل عدتها . فأجاب المدعى عليهم بأن المدعية طلقت بتاريخ 26 / 05 / 1967 حسب رسم الطلاق الذي أدلوا به . وصرحوا أنها طلقت وهي في حالة نفاس بالولد حسن . وأن زوجها توفي في غشت 1975 . وأن ورسم إثبات الرجعة المدلى به من قبل المدعية، أقيم بعد عشر سنوات من تاريخ الطلاق . فانتهت المسطرة أمام محكمة الاستئناف بآسفي، بالحكم باستحقاق المدعية لواجبها في الإرث من زوجها المهالك . اعتمادا على لفيف الرجعة الذي شهد باستمرار الزوجية . وشهادة والد الزوج المهالك بأن ابنه ارتجع المدعية في عدتها . فطعن الطرف المحكوم عليه بالنقض في القرار المذكور بعللة أن المحكمة اعتمدت تدخل والد الزوج المهالك وشهادته بكون ولده ارتجع مطلقته المدعية وهذا تعليل ناقص . وأن المدعية تدعي أنه تم ارتجاعها من الطلاق بلفيف والحال أن الاعتماد عليه لا أساس له لأن الرجعة كالزواج تستوجب إظهار عدلين . لكن المجلس الأعلى واعتمادا على تصريح طالبي النقض بكون الطلاق وقع أثناء نفاس المدعية، اعتبر هذا التصريح مؤيدا للرجعة، لأن الطلاق في حالة النفاس منهي عنه .

ويلزم إن وقع، ويجبر المطلق على الرجعة فيما كان منه رجعياً . وقال في الإتيان : وذكر المصنف لطلاق السنة أربعة قيود - أن يطلق في طهر، فإن طلقها في حيض، كان مطلقاً للبدعة . (قال): عبد الوهاب وهو حرام بالإجماع . إضافة إلى اعتراف والد الموروث بأن الولد حفيظ هو ولد ولده المذكور)) . وقد رفض المجلس الأعلى طلب النقض وأيد بقراره هذا، حكم محكمة الموضوع الذي قضى للزوجة المذكورة وأولادها بالحق في إرث الهالك زوجها الذي طلقها وهي في حالة نفاس .

لقد رجع المجلس الأعلى في هذا القرار إلى الفقه مباشرة، ولم ينص في القرار على أنه يقرر الحل الفقهي تبعاً لقاعدة الإحالة . كما أن المجلس الأعلى لم يستعمل مقتضيات القياس على الفصل 47 من المدونة . وقد اعتمد المجلس الأعلى حكم الفقه رغم انقضاء العدة ووفاة الزوج بعد الطلاق بسنين . ولذلك يبدو أن الحسم للقول برجعة الزوجة هنا، كان هو شهادة الليف التي اعتمدها الزوجة في إثبات الرجعة . لكن على كل حال أفاد هذا القرار في إلحاق حكم طلاق النفساء بطلاق الحائض .

الفقرة الرابعة - تحديد شروط اللعان كوسيلة شرعية لنفي النسب :

نص الفصل 91 من المدونة

على أنه ((يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب))¹⁹⁹⁷، ولم تبين المدونة هذه الوسائل صراحة . لكن العمل القضائي بين أن المقصود بها بالأخص هو اللعان الذي تناولته المدونة (الفصل 25) كمانع من الموانع المؤبدة في الزواج فقط، وهو حكم بنص القرآن الكريم¹⁹⁹⁸، مقرر لفائدة الزوج دون الزوجة¹⁹⁹⁹، لنفي النسب اللازم له وفق

¹⁹⁹⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 128 . بتاريخ 5 يوليوز 1971، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 23، ص 34 . وقد قرر المجلس الأعلى بهذا القرار ((بناء على الفصلين 90 و 91 من مدونة الأحوال الشخصية . وحيث إن للقاضي أن يعتمد في نفي الولد عن الرجل على جميع الوسائل المقررة شرعاً في نفي النسب)) .

¹⁹⁹⁸ - وأصل حكم اللعان قوله تعالى: " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادت إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين " - النور - الآية 6 .
وقد عرفه ابن عرفة بأنه : ((حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض)) (كتاب شرح حدود الإمام أبي عبد الله بن عرفة - مرجع سابق - ص

مسطرة خاصة . بحيث إن ((القوة الإثباتية للفراش إزاء النسب، لها استثناء واحد²⁰⁰⁰ هو :
 ((اللعان))²⁰⁰¹، فلا تدحض هذه القرينة، وفقا لمشهور المذهب المالكي ولو كان الأب والأم))
 تصادقا على نفيه))²⁰⁰² . فقد قرر المجلس الأعلى²⁰⁰³ ((أن قاعدة الولد للفراش لا يجوز
 دحضها إلا بالوسائل المقررة شرعا لنفي النسب، وذلك عن طريق اللعان))، وقرر المجلس الأعلى
²⁰⁰⁴ أيضا: ((من الثابت فقها، أنه إن أنكر الزوج الحمل، وصدفته الزوجة، فإن هذا لا ينتفي
 به الحمل عن الزوج، وذلك لتعلق حق الولد)) . فلا يعد وسيلة شرعية لنفي النسب التقرير
 الطبي المثبت لعدم إخصاب الزوج، لأن ذلك ليس من الوسائل الشرعية المقررة لنفي النسب
²⁰⁰⁵، إذ اللعان هو وسيلة الزوج في ذلك، والذي قرر المجلس الأعلى، أنه يمكن القيام به سواء

289). وقد أخرج النص بقوله ((اللازم له))، الحمل غير اللازم كما إن جاء الولد لأقل من ستة أشهر من يوم
 العقد، أو كان الزوج خصيا أو مجبوبا، فإنه لا لعان فيه .

1999- الغازي الحسيني- الولد للفراش . مرجع سابق، ص 44 . وقد نص ابن عاصم في التحفة : ((إنما للزوج أن
 يلتعنا...))

2000- وبطبيعة الحال، فإنه لا يعتد بالفراش، إلا إذا توافرت شروطه : من وجود عقد زواج، مع إمكانية الاتصال،
 وأن يأتي الولد خلال الأمد المقرر شرعا للحمل.

2001 - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 49 . وقد أشار
 أستاذنا، إلى رأي ضعيف في الفقه الإسلامي، يرى أن اللعان لا ينفي النسب، وإنما يبقى الولد المتلاعن عليه، ملحقا
 بأبيه المرتبط بالأم بعلاقة زواج، أخذا بعموم حديث الولد للفراش (حاشية الرهوني على الزرقاني، ج 4، ص 162).

2002 - الشيخ خليل - في باب اللعان - انظر شراحه هناك . وانظر المدونة الكبرى، ج 6، مرجع سابق، ص

113 و 114 .

وقال القاضي المالكي عبد الوهاب البغدادي (كتاب التلقين - مرجع سابق، ص 102) : ((وإذا

تصادقا على نفي النسب، أو الزنا . ففي الاكتفاء بذلك من اللعان خلاف)) .

2003- المجلس الأعلى- الفرقة الاجتماعية - قرار عدد 96 . بتاريخ 09-02-1982، بمجلة المحاكم المغربية ،
 عدد 37، ص 90 . ومجلة رابطة القضاة، عدد 14-15، ص 71 .

2004 - المجلس الأعلى - قرار عدد 170، بتاريخ 07 / 05 / 1975، ملف عدد 43882، قرار غير منشور،

أورده أستاذنا أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2 . مرجع سابق، ص 49 .

2005- المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 96 بتاريخ 09-02-1982 . بمجلة المحاكم المغربية، عدد
 37، ص 90.

- وقرار المجلس الأعلى- الغرفة الاجتماعية - عدد 527 بتاريخ 15-09-1981 . بمجلة قضاء المجلس
 الأعلى، عدد 30، ص 95.

- وحكم مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى في القضية عدد 8201 بتاريخ فاتح شهر الربيع النبوي لعام 1370
 هجرية . بمجلة الملحق القضائي عدد 4 ص 152 .

في حالة قيام الزوجية أو في حالة انفصامها (بطلاق أو وفاة) وذلك إلى أقصى زمن الحمل²⁰⁰⁶ .
ولو كان الزواج فاسدا حسبما يقرره الفقه²⁰⁰⁷ .

وإن مسطرة اللعان من المساطر شبه المعطلة عمليا منذ مدة طويلة . فقد نص الشيخ الزقاق (ت 912 هـ) في لاميته على أن العمل جرى بفاس على ترك اللعان²⁰⁰⁸ نظرا لفساد الذمم . ولقد تعرض الرأي القائل بترك اللعان، لانتقادات الفقهاء لما فيه من تعطيل للنص القرآني، وبينوا أنه إن كان المراد : أنه جرى العمل بعدم رفع الأزواج لقضايا اللعان أمام الحكام، فهذا مما لا يعد من العمليات، كما لا يعد منها سائر المعاصي التي جرى بها عمل الناس²⁰⁰⁹ . ولا يبدو من القرارات المنشورة والتي توصلت إليها، أن المجلس الأعلى قضى به²⁰¹⁰ .

²⁰⁰⁶ - المجلس الأعلى - الفرقة الاجتماعية - قرار عدد 96 . بتاريخ 09-02-1982، بمجلة المحاكم المغربية ، عدد 37، ص 90. ومجلة رابطة القضاة، عدد 14-15، ص 71 . وقد جاء في هذا القرار : ((ليس من شروط إقامة مسطرة اللعان، أن يكون الرجل والمرأة ما زالا مرتبطين بعلاقة الزواج)) .

²⁰⁰⁷ - قال الشيخ خليل : ((إنما يلاعن زوج وإن فسد نكاحه)) . انظر الزرقاني علي مختصر الشيخ خليل . ج 4، مرجع سابق، ص 187 .

²⁰⁰⁸ - حيث قال : ((وترك لعان مطلقا أو لفاسق)) . انظر أبو الشتاء الغازي الحسيني - مواهب الخلاق . ج 2، مرجع سابق، ص 272 .

كما نص صاحب العمل الفاسي على كذلك بقوله : واترك لفاسق وغيره اللعان أو هو للفاسق قط بغير ثان وقد نقل الونشريسي عن ابن عات وعياض، ما يفيد أن آخر العهد باللعان في الإسلام، كان في قرطبة عام 388 هجرية . انظر : المعيار - للونشريسي، المجلد 4، مرجع سابق، ص 76 .

²⁰⁰⁹ - عبد الصمد كنون - زهر الآس في شرح نظم عمل فاس - مرجع سابق، ص 15 .

- الحبيب التحكائي - النظرية العامة للقضاء . مرجع سابق، ص 310 .

- عمر الجيدي - العرف والعمل . مرجع سابق، ص 444-448 .

- أبو الشتاء - مواهب الخلاق . ج 2، مرجع سابق، ص 272... حيث أورد المؤلف ما يدل على قدم ترك العمل باللعان. في قصة ابن الهندي، وهو من علماء الأندلس الذي لا عن زوجته سنة 338 هجرية بجامع قرطبة وقد عوتب على ذلك فقال: ((أردت إحياء سنة درست)) . ورد البعض على ابن الهندي بأن القرآن ينص على اللعان وهو يتلى صباح مساء فلا حاجة لبيان ابن الهندي.

- بينما نجد التسولي، يذهب إلى أن اللعان وقع مرارا بعد سنة 1240 هجرية بجامع القرويين بفاس . وأن قول الزقاق لا يعول عليه (التحفة، ج 1، مرجع سابق، ص 535) .

- وقال أبو الشتاء إذا طالب أحد من هذا الزمان باللعان، فإنه يُمكن منه لأنه لا عبرة بعرف مخالف للشرع. (انظر مواهب الخلاق - ج 2 - مرجع سابق، ص 272...) .

وقد حسمت المدونة الأمر، فنصت على اللعان (الفصل 25) كمانع مؤيد في الزواج . مما يدل على إمكان اللجوء إليه خاصة وأن القضاء يفسر الوسائل الشرعية لنفي النسب، باللعان كما مر معنا.

وإذا كان اللعان هو وسيلة نفي النسب، فإنه لا يفهم من ذلك حسب الفقه، أنه يقام بدعوى نفي النسب بصفة مباشرة أمام القضاء، بحيث تُسمع لدى المحكمة ويجري فيها النظر ثم يقع الحكم . بل لا ترفع دعوى مباشرة لنفي النسب . وإنما يأتي نفي النسب تبعاً لملاعنة الرجل لزوجته . فلا يرفع الأب أو الأم دعوى على ولد بأنه ليس ولداً لهما ولا لأحدهما، لأنها دعوى نفي مطلق . ودعوى النفي المطلق، لا تقام عليها بينة . وكما وضع مقرر لجنة وضع المدونة المرحوم علال الفاسي، فإن دعوى نفي الولد إنما تكون ضمناً مع دعوى زنا المرأة . وحكم الشرع فيها، أن يجد الرجل فيها حد القذف أو يلاعن زوجته، وإذن ترفع المسألة إلى قاضي الأحوال الشخصية ليحكم بناء على الملاعنة بانتفاء نسب الولد . وبطبيعة الحال لا تسعف مقتضيات الفصل 90 و91 في اتباع هذه المسطرة الآن، ولذلك فقد اقترح المرحوم علال الفاسي، إضافة فقرة لمشروع المدونة الأصلي تنص على أنه ((1 - لا ترفع دعوى مباشرة لنفي النسب))، لكن النص النهائي لم يأخذ بذلك وخرج الفصل 90 على الشكل الذي هو عليه حالياً

2011

ورغم ذلك وفي ظل النصوص الحالية التي لم توضح إجراءات طلب اللعان، فإن المجلس الأعلى²⁰¹² قرر أنه : لا يترتب على مجرد الدفع بنفي الحمل ترتيب الالتهان بسببه، فلا يكفي

لكن رغم ذلك، يلاحظ أن مذكرات الأطراف تشير أحياناً إلى ((أن اللعان لم يبق له الآن أي مفعول)) (انظر ما جاء في دفعات أحد طرفي الدعوى - بقرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - عدد 14 . بتاريخ 08-01-1968، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 2، ص 67 . ومجلة القضاء والقانون، عدد 88 / 89، ص 400).

2010 - وقد لاحظ أستاذنا أحمد الخمليشي، أنه تم نشر عدة قرارات صادرة عن المجلس الأعلى، تم فيها نقض أحكام استئنافية قضت باللعان، وأحياناً بتعليل غير واضح . ولذلك يتساءل ((فهل يأخذ المجلس الأعلى - ضمناً لا صراحة - بما ذهب إليه صاحب العمل الفاسي) (انظر : أحمد الخمليشي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، (آثار الولادة، والأهلية، والنيابة القانونية)، ط 1، الرباط 1994، ص 50) . وانظر نفس الملاحظة لدى الأستاذ خالد بنيس وحديثه عن الشروط التعجيزية التي يشترطها القضاء رغم ثبوت صحة دعوى نفي النسب واقعيًا وطبيياً بما لا يدع مجالاً للشك (خالد بنيس - قاموس الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 56).

2011- انظر حول موقف علال الفاسي المبين أعلاه - عبود رشيد عبود- الأحوال الشخصية - مرجع سابق- ص 160 .

2012- المجلس الأعلى- الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 14 . بتاريخ 08-01-1968، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 2، ص 67 . ومجلة القضاء والقانون، عدد 88 / 89، ص 400 .

إذن طلب نفي النسب بل لا بد من طلب الالتهان²⁰¹³، وحسب القرار المذكور ((ليس في الإجراء ما يدل على أنه رتب على نفيه الحمل، طلب الالتهان بسببه، ولا أن المسطرة المتبعة جرت في هذا الشأن)) . كما قرر مجلس الأعلى²⁰¹⁴ ((إن التصريح بالطلاق وتقديم شكاية إن كانت هناك شكاية غير كافيين لنفي النسب . طالما أن الزوجة في عصمة الزوج والوضع في أمده القانوني، وفق ما ينص عليه الكتاب الثالث من المدونة . ففي هذه الحالة لا يمكن للزوج نفي النسب إلا بإجراء مسطرة اللعان الشيء الذي لم يقوم به الطاعن . وأمام انعدام هذه المسطرة، فإنه لا تأثير لادعاء الخيانة . لقوله صلى الله عليه وسلم : ((الولد للفراش وللعاهر الحجر)) .

ودون أن نسهب في التطرق لآثار²⁰¹⁵ اللعان ولأسبابه ومعمداته المبينة في كتب الفقه، والتمثلة في الاتهام بالزنى، أو نفي الحمل أو الولد، وطلب اللعان من أجل ذلك - فسنعنى

²⁰¹³ - و تجب الإشارة إلى خلاف الفقهاء المالكيين حول ما إن كان اللعان يوجب الفرقة أو الفسخ بمجرد تمام اللعان أم لا بد من حكم القاضي . انظر التسولي - البهجة، ج 1، مرجع سابق، ص 541 لدى قول ابن عاصم في تحفته :

والفسخ من بعد اللعان ماض دون طلاق وبحكم القاضي

²⁰¹⁴ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 859 . بتاريخ 21 / 07 / 1991 . ملف رقم 91 / 6299 . أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية "، مرجع سابق، ص 59.

²⁰¹⁵ - فبالتهان الزوج أولاً : (1) يسقط عنه حد القذف . (2) وينتفي عنه نسب الولد (3) ويجب الحد إذاً على الزوجة إن لم تلتعن بعده . ولا يسمى الولد المنفي نسبه باللعان مع ذلك ولد زنى (أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 7، هامش 2، وص 12) . وقد بين أستاذنا أن وضعية الولد المتلاعن عليه، من الحالات النادرة التي لا يلحق فيها النسب، ومع ذلك لا يسمى ولداً غير شرعي . إذ بتلاعن الزوجين ((أثبت كل منهما صدق دعواه بشرعية اللعان)) (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي . مرجع سابق، ص 329) . و دليل ذلك من الناحية الشرعية أن النبي صلى الله عليه وسلم قد لاعن بين هلال بن أمية وزوجته، وفرق بينهما، وقضى بألا يدعى ولدها لأب، ولا يرمى، ومن رماها أو رمى ولدها يطبق عليه حد القذف . فكان بعد ذلك أميراً على مصر، وما يدعى لأب . انظر :

- محمد سلامة - جنيات الحدود في فقه ابن عمر رضي الله عنه . مجلة دار الحديث الحسنية، عدد 7، لسنة 1989، ص 144 - 145 .

- محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 412، وهامش 287 .
- محمد علي الصابوني - روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن . ج 2، مرجع سابق، ص 99 و 100 .
وقد بين الأستاذ الصابوني، بنفس المرجع والصفحة، نقلاً عن السيد سابق (فقه السنة، ج 8، ص 176) أن

بيان موقف المجلس الأعلى في معالجته لهذه الدعوى، مشيرين إلى أن الغالب في مثل هذه الدعاوى، هو أنها تبني على أساس نفي الحمل أو الولد . حيث يلعب شرط المبادرة بطلب نفي الحمل أو الولد دورا هاما في قبول الدعوى أو رفضها، لأنه يتعين على المدعي رفع الدعوى بمجرد علمه بالحمل أو الوضع، وإلا امتنع لعانه إن تأخر بدون عذر . فالمبادرة بنفي الحمل أو الولد شرط في دعوى نفي النسب وقبول اللعان فيها، وعلى هذا الشرط تدور أغلب القرارات الصادرة عن القضاء المغربي .

وفي هذا يقرر المجلس الأعلى²⁰¹⁶ أن ((الأب، إنما يحق له نفي نسب الحمل في أول علمه به، أما إذا سكت بعد علمه به فلا يحق له ذلك، فقها مُسَلِّماً)) . كما قرر المجلس الأعلى²⁰¹⁷ بشأن قضية عامل بالخارج، صدر عليه حكم بنفقة الولد، ثم نفذه، وبعد ذلك تقدم بدعوى نفي النسب : ((إن دعوى النسب أو اللعان يجب أن تثار بمجرد رؤية الحمل أو مشاهدة الزنى . وأن المدعى لم يطعن في النسب إلا بعد الولادة، ثم أداء النفقة للمولود، مما يعتبر معه أن هذه الدعوى لم تكن في إبانها مما يتعين معه رفضها . وحيث إن سكوت الطاعن على نفي الولد المذكور، بعد قول نائبه - في دعوى النفقة السابقة - أن موكله ينفي الولد حكيم، أحد عشر شهرا، يبطل حقه في نفيه الآن . عملا بما تقرر في فصل اللعان، ونص المقصود منه من كلام الشيخ خليل مع الزرقاني : وإن وطئ الرامي زوجته بعد علمه بوضع أو حمل اليوم أو اليومين كما في المدونة، قال الشارح يريد أو أكثر، بلا عذر، امتنع لعانه في الصور الأربع . فإن كان له عذر، فله القيام . فيستفاد من ذلك أن سكوت المدعى عليه، بعد أحد عشر شهرا قبل ادعائه الأخير، يعد طولا، فيلحق به الولد المذكور، وما ذكره سببا، وهو

الولد: ((لا يعد مجهول النسب . فلا يصح أن يدعيه غيره . وإذا أكذب (الملائع) نفسه ثبت نسب الولد منه، ويزول كل أثر اللعان بالنسبة للولد)) .

²⁰¹⁶ المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 115 . بتاريخ 22-05-1972، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25، ص 137 . ومجلة القضاء والقانون، عدد 121، ص 645 .

²⁰¹⁷ المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1802 . بتاريخ 05 / 12 / 1989، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 45، ص 97 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 62 .

وجوده بالخارج، لا يقبل منه بعد جواب نائبه، بأن موكله ينفي الولد عنه مما يجعل السبب غير مؤسس))²⁰¹⁸.

ولا يحصر المجلس الأعلى العلم بالحمل بطريق معينة، فقد قرر²⁰¹⁹ أنه ((لا يلزم من عدم إعلام المدعية، المدعى عليه، بالحمل أو الوضع عدم علمه به . إذ أن طرق العلم متعددة)). . فيمكن استنتاج علم الزوج بالحمل أو الوضع من مختلف الوقائع المنتجة . وقد اعتبر المجلس الأعلى²⁰²⁰ ثبوت علم الزوج بالحمل من كون الزوج ((الطاعن كان عالماً بحمل المدعية من تاريخ كتابه لها الوجه بالبريد بتاريخ 01-10-1981 ولم يطلب اللعان إلا في 22-02-1982))، وبسبب ذلك اعتبر المجلس الأعلى أن طلب اللعان غير مستوف لشروطه، واعتمد المجلس الأعلى هنا قول الشيخ خليل في الموضوع قاتلاً : ((إن القرار المذكور يجد مستنده في قول الشيخ خليل مسبوكا بمحل الحاجة إليه من كلام شارحه العلامة الزرقاني " وإن وطئ أو أخرج لعانه بعد علمه بوضع أو حمل اليوم أو اليومين بلا عذر امتنع لعانه في الصور الأربع ولحق به الولد" والطاعن كان عالماً بحمل المدعية من تاريخ كتابه بالبريد المضمون مع الإشعار بالتوصل الموجود بالملف والذي طابعه تاريخ 01 / 10 / 1981 ومن ذلك التاريخ لم يطلب لعانه إلا في 22 / 02 / 1982، الأمر الذي كان معه القرار المذكور معللاً تعليلاً كافياً ومرتكزاً على أساس قانوني، وأن طلب الطاعن اللعان لا تتوفر فيه شروطه)).

²⁰¹⁸ - وبالمقابل فإن المجلس الأعلى، يعتبر أن ((الحكم القاضي برفض النفقة وأجرة الحضانة، استناداً إلى عدم ثبوت العلاقة الزوجية ونسب الولد، تكون له الحجية في دعوى إثبات نسب نفس الولد. وتكون المحكمة التي قضت بثبوت نسب الولد المذكور، دون مراعاة للحكم سالف الذكر، قد خرقت حجية الأحكام مما يعرض قرارها للنقض)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار 653، بتاريخ 13/07/1997، ملف عدد 1997/556. وردت حيثياته في النشرة الخاصة التي أصدرها المجلس الأعلى بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2001، ص 42).

²⁰¹⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 14 . بتاريخ 08-01-1968، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 2، ص 67 . ومجلة القضاء والقانون، عدد 88 / 89، ص 400 .

²⁰²⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1542 . بتاريخ 24-12-1985، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص 125 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 432 .

ويوجب المجلس الأعلى على محكمة الموضوع أن تبين تاريخ علم طالب اللعان بالحمل أو الولادة، فقد قرر المجلس الأعلى²⁰²¹ ((حقاً، إن الطاعن أشار في مقاله إلى أن تاريخ مغادرته المغرب آخر مرة هو 31 غشت 1985، وبما أنه عاد إليه يوم فاتح أبريل 1987، وأُرفق مقال ادعائه بصورة مصادق عليها من جواز سفره تأييداً للدعوى. وحيث إن المطلوب في النقض لم تنكر وضعها الولد رشيد في يناير 1987، كما أن المقال الافتتاحي لدعوى نازلة الحال سجل في 16 أبريل 1987. وبين هذا التاريخ وتاريخ عودة الطاعن إلى المغرب المشار إليه زمن سير، وقضاة الموضوع حينما اعتبروا مقال الادعاء لم يرفع فور علم المدعي بالمولود لم يوضحوا تاريخ علمه، حتى يتضح الحكم على مقاله هل رفع على الفور أو على التراخي، ومعرفة ذلك تعتبر ضرورية، وهم إذ لم يتحققوا منها يكون قرارهم المطلوب نقضه منعدم الأساس)).

وبالإضافة لشرط المبادرة إلى طلب اللعان، يقرر المجلس الأعلى²⁰²² أن الزوج الذي يدعي أن زوجته كانت خارج منزل الزوجية، ولم يستبرئها بحيضة واحدة، ولم يبادر إلى طلب نفي حملها الذي كان من أربعة أشهر ولا يخفى عند الطلاق - لا يُمكن من اللعان استناداً لقول المتحرف: وساكت والحمل حمل بين يجد مطلقاً ولا يلتعن. أما إذا كان العلم بالحمل أو الوضع قد تم بمناسبة دعوى، فإن المجلس الأعلى²⁰²³ يوجب على الزوج المبادرة إلى طلب اللعان بمجرد العلم بالدعوى بمجلس القضاء.

²⁰²¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 970، بتاريخ 15/09/1992. بمجلة المرافعة، عدد 11، دجنبر 2000، ص 153 وما بعدها.

²⁰²² - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 254. بتاريخ 18-05-1981، بمجلة القضاء والقانون، عدد 131، ص 123. مع تعليق للأستاذ الغازي الحسيني، بالصفحة 125 / 126 من نفس المرجع.

²⁰²³ - المجلس الأعلى - قرار عدد 56. بتاريخ 29-12-1970، بمجلة القضاء والقانون، عدد 130، ص 103. وتلخص وقائع القضية، في أن زوجا نفى النسب وحكم له ابتدائياً بنفيه باللعان، لكن محكمة الاستئناف ألحقت به. وأيد المجلس الأعلى الحكم الاستثنائي المذكور، رغم أن الولد كان ازداد بعد سنة من الطلاق إذ تم الوضع في النازلة في شهر أبريل 1965 في حين تم الطلاق قبله في 28-1-1964. وبين المجلس الأعلى قراره على كون «المحكمة المطعون في حكمها بنت على المعمول به فقها من أن من علم بالحمل وسكت فلا يمكن من اللعان لأن من شروط صحته أن يقع معجلاً، وقد ظهر أن المدعى عليه أجاب عن المقال (24-11-1964) ولم يطلب نفي الحمل إلا بعد خمسة أشهر (30-04-1965).

وكما لاحظ الدكتور أحمد الخليلي فإن الحكم الذي واخذ الزوج بعدم مطالبته باللعان في جلسة 24-11-1964 أكد بصريح العبارة أنه أجاب في هذه الجلسة " عن الحمل بأنه ليس منه ". وعلى كل حال فالزوج

وتطبيقا للقواعد الفقهية، فإن المجلس الأعلى يأخذ بالحالات التي يتم فيها نفي النسب دون اللجوء لمسطرة اللعان: كالإتيان بالحمل أو الوضع لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد (الفصل 85 مدونة)، حيث يعتبر المشرع الولد في هذه الحالة ولد زنا إن أمكن الاتصال والإحبال، وولد الزنى نسبه مقطوع شرعا²⁰²⁴. ولذلك قرر المجلس الأعلى²⁰²⁵ بأن ((الوضع لأقل من ستة أشهر ينفي النسب بغير لعان ويفسخ النكاح ولا يتأبد تحريمها إن كان من زناه)) . وقد اعتمد المجلس في قراره هذا على عدة أقوال فقهية لتقرير النتيجة المذكورة²⁰²⁶. ويلحق بهذه الصورة الإتيان بالحمل أو الولد لمدة تفوق السنة من تاريخ الفرقة بين الزوجين طبق الفصل 86 فق 2 من المدونة. فقد قرر المجلس الأعلى²⁰²⁷ ((أن مسطرة اللعان يجب إثارتها بمجرد ظهور الحمل، فيما إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة. أما إذا انفصلت هذه العلاقة بالطلاق، كما في النازلة، فالواجب على المطلقة أن ترفع أمرها إلى القاضي، إذا انقضت السنة من تاريخ الطلاق، وبقيت تشك في الحمل، تبعا لمقتضيات الفصل

المدعى عليه في هذه القضية لم يكن في حاجة للمطالبة باللعان لأنه منفي عنه تلقائيا وبموجب الشرع والقانون حتى ولو اعترف به. لأنه ازداد بعد المدة القصوى للحمل عن الطلاق (الفصل 76 و 86 من المدونة) وليس بالملف خبرة طبية أو غيرها مما يثبت استمرار الحمل أكثر من العام الذي حددته المدونة (انظر أحمد الخليلي - التعليق . ج 1، مرجع سابق، ص 107-108، هامش 114 . وفي الجزء الثاني من نفس المرجع، مرجع سابق، ص 45 وما بعدها .

²⁰²⁴ - المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 446 . بتاريخ 30-03-1983، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص 109 .

²⁰²⁵ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 145 . بتاريخ 03-02-1987، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40، ص 167 .

²⁰²⁶ - وفي هذا الصدد قررت محكمة الاستئناف بالرباط : ((التمكين من اللعان يكون في حالة ما إذا كان الحمل لازما للزوج، أما إذا كان الحمل غير لازم له، كما في نازلتنا، لأن الزوجة أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد، فإنه لا لعان فيه والحمل منتفي عن نسب الزوج بقوة الشرع والقانون)) (محكمة الاستئناف بالرباط، قرار صادر بتاريخ 15 / 02 / 1988، ملف عدد 6917 / 85 . بمجلة الإشعاع، عدد 5، ص 118) . كما قررت محكمة الاستئناف بالقنيطرة : ((إن عدم نفي النسب المدفوع به، لا محل له في هذه القضية، لأن محله يكون عندما يكون نفي نسب ولد ازداد أثناء قيام الزواج، وبعد أقل أمد الحمل، وكذا إن ازداد بعد مدة أقصى الحمل بعد الطلاق، مما يكون معه الدفع غير مرتكز على أساس قانوني صحيح)) (محكمة الاستئناف بالقنيطرة، قرار بتاريخ 17 / 09 / 1990، ملف شرعي عدد 89 / 1942، بمجلة الإشعاع، عدد 5، ص 145) .

²⁰²⁷ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 66 . بتاريخ 20-01-1992، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 67، ص 152 .

76 من مدونة الأحوال الشخصية . والطاعنة لم تقم بهذا الإجراء، بل لم تتقدم بدعواها إلا بعد انصرام أزيد من سنة وتسعة أشهر، الشيء الذي كان معه القرار المطعون فيه مؤسسا، وما أثارته الطاعنة مخالف للواقع وغير ذي أساس))²⁰²⁸ . ويقرر الفقه أيضا انتفاء النسب من غير لعان، في حالة ما إذا كان الزوج قد استبرأ زوجته قبل رؤية الزنى أو الحمل²⁰²⁹، ولذلك فإن المجلس الأعلى²⁰³⁰ قرر بناء على الفقه المشهور ((أن قواعد الفقه المالكي تشترط لتمكين الزوج من ملاءنة زوجته عند ادعاء رؤية الزنى ونفي الحمل، أن يتقدم ذلك استبراء الزوجة بالوسائل الشرعية . وأنه ما لم يتم هذا الاستبراء فإنه لا يجوز الحكم بنفي نسب الولد)) . وحسب وقائع هذه القضية فإن الزوج اعتمد في دعواه لنفي النسب على كونه رأى زوجته تزني كما أن الزوجة صرحت بذلك . ولذلك قضت محكمة الاستئناف بنفي نسب الولد بلعان الطاعن تطبيقا لقول المتحف :

وإنما للزوج أن يلتعنا : : بنفي حمل أو رؤية الزنى

ولقول الشيخ خليل : ((ولا نفقة لحمل ملاءنة)) . لكن المجلس الأعلى وبإثارة تلقائية منه - لتعلق الأمر بالنظام العام وبناء على الفصل 90 و 91 من مدونة الأحوال الشخصية - لم يعتد بمجرد رؤية الزوج لزنى زوجته، واشترط تقدم الاستبراء في ذلك قائلا : ((وحيث إن الحكم المطعون فيه، اعتمد في نفي نسب الولد المزداد من الحمل باللعان، على مجرد قول الزوج أن زوجه مريض، وأن محمد بن الحاج حسن كان يعاشر زوجته بوجه غير مشروع، وأنه وجدها تزني مع الرجال . ولم يتأكد الحكم من تقدم الاستبراء وتوفير شروطه

²⁰²⁸ - وكانت المدعية في هذه القضية قد طلقت يوم 25 / 05 / 1982 ووضعت حملها بتاريخ 25 / 02 /

1984، ومع ذلك تقدمت بطلب النفقة لبنتها المزدادة من ذلك الحمل، من مفارقتها حسبما ادعته .

²⁰²⁹ - يقال استبرأ الرجل المرأة، أي : ((طلب براءة رحمها من الحمل)) . والاستبراء : طلب البراءة . ((سعدي

أبو جيب - القاموس الفقهي . مرجع سابق ، ص 34) . فالاستبراء، فهو عدم مساس الزوج لزوجته بعد وطئها،

ويكون الاستبراء بحيضة واحدة . ويشترط ابن الماحشون ثلاث حيض . ويتم التمييز في الاستبراء بين الاستبراء في

لعان رؤية الزنى، والاستبراء في لعان نفي الحمل أو الولد . انظر : ابن جزى - القوانين الفقهية . مرجع سابق، ص

179 . والقاضي عبد الوهاب البغدادي - التلقين مرجع سابق، ص 101.

²⁰³⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 128 . بتاريخ 5 يوليوز 1971، بمجلة قضاء المجلس

الأعلى، عدد 23، ص 34 .

- وانظر قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 254 . بتاريخ 18-05-1981، بمجلة

القضاء والقانون، عدد 131، ص 123 . الذي أيد حكم محكمة الموضوع التي لم تستجب لطلب اللعان، لأن

الزوج يدعي أن زوجته كانت خارج بيت الزوجية، ولم يستبرئها بحيضة واحدة .

الشرعية مما كان معه ناقص التعليل ومخلا بشرط أساسي لوجود اللعان)) . وقضى بذلك بنقض القرار المطعون فيه . وهذه الأحكام المتعلقة بالاستبراء هي ما كان يطبقه القضاء المغربي قبل دخول المدونة حيز التطبيق²⁰³¹ .

الفقرة الخامسة - أمد الحمل والولادة :

من خلال مختلف القرارات التي اعتمدها في هذا البحث، يتبين أن هناك اتجاه ملحوظ في عمل المجلس الأعلى، يتمثل في اعتماد قواعد الفقه رغم وجود النص في المدونة، وقد أشرنا إلى هذا الأمر عند تطرقنا لقاعدة الإحالة . وأكثر ما يتبين فيه هذا الاتجاه في القرارات المتعلقة بالنسب وتطبيقات قاعدة الولد للفراش، خاصة ما يتعلق بالمدة القصوى والدنيا للحمل .

فمن أهم ما تثيره قاعدة الولد للفراش هو مشكل أمد الحمل والولادة . وقد نظمت مدونة الأحوال الشخصية بمقتضى الفصل 84 من المدونة الذي نص على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر²⁰³² ، وأكثرها سنة²⁰³³ ، مع مراعاة الفصل 76 من المدونة بخصوص الريبة في الحمل،

²⁰³¹ - حيث قرر أن من لم يدع الاستبراء لا يمكن من اللعان (انظر حكم مجلس الاستئناف الشرعي لأعلى - قضية عدد 8236 بتاريخ 14 شوال عام 1369 هجرية بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب - عدد 1 ص 104 مع تعليق للأستاذ عبد الله الداودي ص 107...) . ويكفي الادعاء بالاستبراء ولا يشترط إقامة البينة عليه، إذ بادعاء الاستبراء يمكن فقط من اللعان .

²⁰³² - وسند الفقهاء المسلمين في الأخذ بهذه المدة، هو ما استنتجوه من الآيتين الكريميتين : ((وحمله وفصاله ثلاثون شهرا)) (الأحقاف / 15)، وقوله تعالى : ((والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين)) (البقرة / 233) . فاستنتجوا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر .

²⁰³³ - إن الفصل 84 من المدونة، لم يبين طبيعة السنة المعتمدة في الحساب، وهل هي السنة الشمسية أم القمرية ؟ وسبب هذا التساؤل، هو أن مشروع المدونة، كان ينص في الفصل 84 على السنة شمسية، لكن النص النهائي حذف كلمة الشمسية . وإن المدونة تأخذ بالتقويم الشمسي في بعض الأحوال كسن الرشد مثلا (الفصل 137) . والمبدأ حسب الفقه المالكي هو أن فقهاء المالكية يأخذون بالتقويم القمري . وقد قرر المجلس الأعلى - أن التقويم المعتبر لدى الفقهاء لاحتساب أقل مدة الحمل هو التقويم القمري لا التقويم الشمسي (قرار عدد 7 بتاريخ 18-01-1994، ملف عقاري عدد 92/6251 ، غير منشور - ذكره خالد بنيس - قاموس مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 56) .

ومن ناحية أخرى، فإن مقتضيات الفصول 76 و 84 و 86 من مدونة الأحوال الشخصية التي تنص على أن أقصى أمد الحمل هو سنة، تتعارض مع مقتضيات قانونية أخرى في قانون الشغل تحدد هذه المدة في 300 يوم (الفصل 106 من ظهير التعويض عن حوادث الشغل : 06 / 02 / 1963 . والفصل 59 من ظهير

حيث يتم اللجوء إلى الطب بهذا الخصوص . ولقد كان القضاء المغربي، وتبعاً لقواعد الفقه المالكي وقبل صدور المدونة، يعتمد كأمد أقصى للحمل مدة خمس سنوات، لقول ابن عاصم :

وخمسة الأعوام أقصى الحمل وستة الأشهر في الأقل²⁰³⁴

ولقول صاحب العمل المطلق :

ومنتهى ما تحمل النساء خمس سنين وبه القضاء

وكان يتم احتساب مدة الحمل ابتداء من تاريخ العقد²⁰³⁵ لا من يوم الدخول²⁰³⁶ . لكن المدونة لم تأخذ بمدة خمس سنوات وحصرت أقصى أمد الحمل في سنة، وأخذت بمدة أدنى الحمل المنصوص عليها فقها، كما أنها أقرت احتساب المدة من تاريخ العقد بخصوص الزواج الصحيح (الفصل 85)²⁰³⁷، بينما اعتدت بتاريخ الدخول بخصوص الزواج الفاسد، ونصت على أنه لا

صندوق الضمان الاجتماعي : 27 / 12 / 1972 . والفصل 8 من مرسومه التطبيقي المؤرخ في 30 / 12 / 1972 (. انظر : محمد الشافعي - أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 193 .²⁰³⁴ - انظر قرار مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى - قرار بتاريخ 28 محرم 1374 ، قضية عدد 10622، بمجلة المحقق القضائي ، عدد 4، ص 149 .

بل إن القضاء المغربي قبل صدور المدونة، وتمسكاً بمبدأ خمس سنوات كأقصى مدة للحمل، قرر لحوق النسب بالزوج رغم أنه كان بين تاريخ طلاقه وتاريخ الوضع أربعة أعوام وتسعة أشهر، ورغم أن المطلقة زنت مع الغير خلال هذه الفترة، وحكم عليها بالرجم . وقد أبطلت المحكمة العليا للاستئناف الشرعي الشق من الحكم المتعلق بالنسب (حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العماري)، 06 جمادى الأولى 1364 هـ موافق 19 / 04 / 1945، بمجموعة الأحكام الشرعية . مرجع سابق، ص 208) . وذكر الأستاذ أحمد اجويد، أن القول بسنة كأقصى أمد للحمل، هو قول محمد بن عبد الحكم (أحمد اجويد - التلقيح الاصطناعي وإثبات النسب، مجلة الميادين، عدد 3، ص 171، هامش 37) .

²⁰³⁵ - انظر نوازل العلمي، ج 1، مرجع سابق، ص 298 .

²⁰³⁶ - مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى - بتاريخ 1 ربيع الثاني عام 1370، قضية عدد 8201، بمجلة المحقق القضائي، عدد 4، ص 152 .

²⁰³⁷ - جاء في قرار للمجلس الأعلى، رداً على طعن، اعتبر صاحبه أن أقصى أمد الحمل هو سنة من تاريخ الطلاق: ((حيث إن المحكمة ثبت لديها، أن العقد كان في 9 مارس 1966، وأنها طلقت في 01 / 02 / 1967 ووضعت حملها في فاتح يبرايير 1967 باعتراف الطاعن، فتكون قد أتت به لأكثر من ستة أشهر من تاريخ العقد ولأقل من سنة من تاريخ الطلاق، ويكون لاحقاً به والحالة هذه، طبق الفصل 84 من المدونة والفصل 76 منها، فالحكم مطابق للقانون)) (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 41، بتاريخ 24-01-1972، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 121، ص 642) .

يلحق النسب بعد الطلاق إلا إذا تمت الولادة خلال سنة من تاريخ الطلاق (الفصل 86)²⁰³⁸ . وعلى ذلك فإن تمت الولادة لأقل من مدة الحمل والعلاقة الزوجية قائمة فإن النسب لا يلحق، لأن قاعدة الولد للفراش، إنما يراد بها الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل، لا عند حصول الولادة .

ويقرر الفقه الراجح في المذهب المالكي، أن الزواج في هذه الحالة يفسخ، وبه كان القضاء قديماً²⁰³⁹ ويأخذ به المجلس الأعلى²⁰⁴⁰ حديثاً حيث قرر : ((إن ما عللت به المحكمة من فسخ النكاح وإبطاله وإبطال جميع الآثار المترتبة عليه بين الزوجين المذكورين لفساده شرعاً، لكون الزوجة الطاعنة كانت حاملاً من سبعة أشهر وقت عقد النكاح عليها وكانت عالمة بحملها وأخفته على زوجها، الذي تمسك بإنكاره له وعدم علمه به... الشيء الذي كان ما عللت به صواباً في محله، لموافقته للقواعد الفقهية والقانونية المعمول بها في النازلة والتي أشارت إليها المحكمة في حكمها، بقول خليل : ((وتأبد تحريمها بوطء وإن بشبهة)) . ولقول ابن عاصم رحمه الله في تحفته :

وما فساده يخص عقده ففسخه قبل البناء وبعده

وقوله : إن تضع بعد اللعان لأقل من ستة أشهر فالمهر بطل

قال شارحه التسوي رحمه الله : والمعنى، أن من عقد على امرأة، وقبل الدخول بها أو بعده، ظهر بها حمل، وزعمت أنه منه، فأنكره وتلاعنا فيه بعد ثبوته . ثم بعد اللعان وضعته كاملاً لأقل

²⁰³⁸ - ولأن الشأن في الأحكام هو حسم النزاع، فإن المجلس الأعلى نقض الحكم الذي قضى بلحوق النسب للمدعى عليه، إن وضعته المدعية داخل السنة من يوم الطلاق، لأن في ذلك تعليق للحقوق الحمل على أمر مستقبل، يحتاج إلى من يقرر أنه حدث فعلاً . مما ينافي لمقصود من الأحكام المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 96 . بتاريخ 08-06-1970، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 22، ص 34. كما أن المجلس الأعلى يقرر أن النسب المدعى فيه لا بد فيه من تحديد تاريخ الازدياد بدقة حتى يمكن القول بأنه وقع داخل أو خارج المدة المعتبرة شرعاً للحقوق النسب (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 686، بتاريخ 28/10/1997، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 55، السنة 22، يناير 2000، ص 115 وما بعدها).

²⁰³⁹ - فقد قضى القضاء المغربي قبل صدور المدونة، وبناء على قواعد الفقه المالكي، بأن بناء الرجل بالمرأة ثم إتيانها بالولد بعد مكثها في عصمته مدة أربعة أشهر، يوجب الحكم بفسخ نكاحهما وتأييد حرمتها عليه، بعد إقرارهما والإشهاد عليهما بذلك . (حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي)، بتاريخ 27 شوال 1358 هـ، مجموعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 23) .

²⁰⁴⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 984، بتاريخ 29 / 09 / 1987، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41، ص 135 .

من ستة أشهر من يوم العقد، أو قلة بينة كستة أشهر إلا ستة أيام، فإنها لا مهر لها . وإن كان دفع لها نصفه، استرده . وأما المدخول بها فلها المسمى إن لم تكن عالة بالحمل ولا يتأبد عليه التحريم فيهما من حيث اللعان . بل يتأبد عليه التحريم من حيث الوطء في العدة . وعله بطلان المهر في غير المدخول بها، وعدم التأبید فيهما، هو أن النكاح بينهما كان مثل النكاح المفقود، الذي لا يبني عليه حكم، لأنها بوضعها لأقل من ستة أشهر، تبين فساد العقد . لكونها في عدة استبراء، فهي غير زوجة شرعا . كما نص على ذلك أيضا التسولي)) .

وقرر المجلس الأعلى²⁰⁴¹، وهو يؤيد حكما رفض طلب الزوجة المتعلق بنفقة ابنها، بعله فساد عقد الزواج لأن الزواج تم (14 / 11 / 1986) والمدعية حامل (وضعت يوم 10 / 01 / 1987) : ((حيث ثبت مما ذكر أن العقد كان على المدعية وهي في حالة استبراء . فقد سئل الإمام المازري، عن زنى بامرأة ثم تزوجها في الاستبراء . هل يلحق به الولد، وهل يتأبد عليه التحريم، أم لا ؟ فأجاب، قال في النوادر : إذا زنى الرجل بامرأة ثم تزوجها فنكاحها مفسوخ أبدا، لا طلاق فيه ولا ميراث . والولد لاحق به إن حملت به بعد حيضة بعد حيضة، وأتت به لسته أشهر، وإلا فالولد ولد زنى، لا يلحق به . وقال ابن رشد لا يتأبد عليه التحريم . نقله العلامة سيدي المهدي الوزاني، في نوازل الخلع والعدة من الجزء الثاني . كما سئل أبو العباس أحمد البعل عن امرأة توفي زوجها، فاعتدت عدة الوفاة، ثم تزوجت وبني بها الزوج، وأتت بولد لدون ستة أشهر، فاستفتى الزوج بعض طلبة الوقت، فأخبروه بما وقفت عليه من كلام العلماء، من مشهور وغيره، حسبما ذكره القلشاني وغيره . فلما وقف على الأقوال جميعا، اختار في خاصة نفسه القول بعدم تحريمها عليه . فهل يجوز له ارتكاب هذا القول مع تعين المشهور ؟ فأجاب لا يجوز ارتكاب القول الضعيف، مع وجود القوى . نص عليه ابن محرز في تبصرته . وكيف لا يكون تحريمها عليه مؤبدا، وقد حكم به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، بمحضر الصحابة، ولم ينكروا، وهو إجماع سكوتي . نقله سيدي المهدي الوزاني، في الجزء الرابع من نوازله صحيفة 290 . وبهذا يكون الحكم المطعون فيه معلا تعليلا سليما)) .

²⁰⁴¹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1303 . بتاريخ 22 / 10 / 1991 . منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية (1962 - 1995)، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربعين، مرجع سابق، ص 145 . ومجلة قضاء المجلس الأعلى 46 ص 165 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 100 .

كما قرر المجلس الأعلى²⁰⁴² رداً على دفع الطاعنة بأن أب الطفل يقر به وسجله بالحالة المدنية : ((لكن محكمة الاستئناف بنت حكمها بنفي نسب الولد على أن عقد الزواج لم تمض عليه المدة الشرعية الكافية للحقوق الولد . وأن إقرار الزوج بينوته بتسجيله في دفتر الحالة المدنية، يعتبر إقراراً غير صحيح لتصادمه مع ازدياد الولد قبل المدة المعتبرة شرعاً)) .

ويقرر المجلس الأعلى بهذا الصدد فضلاً عن فسخ العقد، أن النسب ينتفي بغير لعان ولا يتأبد تحريم المرأة على الرجل إن كان الولد من زناه، على المشهور من الفقه . وفي ذلك يقول المجلس الأعلى²⁰⁴³ : ((فاتضح مما ذكر أن المدعى عليها، لم تنكر الحمل، وإنما نسبته له (الطاعن) إذ من المفروض أن يكون الاتصال قبل العقد، الذي لا يتأتى وقوعه قبل الاستبراء . وقول الطاعن بأنها وضعت في شهر غشت وفي غير المدة القانونية، كان من الواجب التكييف بالإدلاء بشهادة الوضع، ليعلم منه حقيقة الأمر الواقع . لطلبه فسخ عقد النكاح والملاعنة . وكل له حكمه . قال ابن عرفة : اللعان هو حلف الرجل على زنى زوجته أو نفي حملها اللازم له . كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد، فإنه منتف من غير لعان . وفي المعيار الجديد، الجزء الثالث، سئل العباسي عن زانية تزوج بها رجل زمن استبرائها، فأنت بولد قبل ستة أشهر، ما الحكم في ذلك النكاح ؟ وكذلك الولد ؟ وهل عليه الصداق أم لا ؟ فأجاب، وبعد : فمن تزوج امرأة فأنت بولد غير سقط لأقل من ستة أشهر من يوم العقد عليها، قلة زائدة عما يمكن أن تنقصه الشهور، كسنة أيام، ينتفي عنه ذلك الولد بغير لعان، لقيام المانع الشرعي على نفيه . ويفسخ النكاح ويتأبد تحريمها على الراجح إن كان من زنى غيره . وإلا كان من زناه، فالمشهور عدم التأبید . وأما الصداق، فإن غرت وتزوجها في الاستبراء عالمة بالحكم، فليس لها إلا ربع دينار بالدخول لبنائه بها والله أعلم . وحيث كان الأمر كما ذكر، وكانت محكمة الموضوع لم تعط

²⁰⁴² - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1045 . بتاريخ 10 / 09 / 1991 . ملف رقم 87 / 6355 . أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية " ، مرجع سابق، ص 62 .

²⁰⁴³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 145 ، بتاريخ 03-02-1987، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40، ص 167 . وكذلك مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 446 .

وتتلخص وقائع القضية في أن الزوج تقدم بطلب فسخ عقد الزواج لأنه تزوج بالمدعى عليها يوم 18 / 05 / 1984 ووضعت حملها في شهر غشت 1984 مدلياً بشهادة طبية تفيد أنه تزوج المدعى عليها وهي حامل من سبعة أشهر ونصف . فرفضت محاكم الموضوع طلبه، لعدم اعتدادها بالشهادة الطبية المذكورة، معتبرة أن المدعى لم يثبت أن الحمل كان من زنى .

للقضية ما تستحقه من البحث والتمعن، لأن فيها حقاً من حقوق الله، وكان حكمها غير جار على القواعد المقررة فقها وقانوناً، الأمر الذي استوجب نقضه)) .

أما إذا انفصمت العلاقة الزوجية فإن المدونة (الفصل 86 فق 2) تقرر لحوق النسب، تبعاً لقاعدة الولد للفراس، إذا تمت الولادة خلال سنة من تاريخ الفراق²⁰⁴⁴، وإلا لم يلحق النسب²⁰⁴⁵. ويرخص المجلس الأعلى بالتساهل في المدة اليسيرة بعد السنة وذلك كالأُسبوع .

²⁰⁴⁴ - وفي الواقع تتور بعض المشاكل بهذا الصدد، إذ يقع الطلاق في تاريخ معين، ولا يتم إعلام الزوجة، التي قد تدعي أن زوجها استمر في معاشرتها بعد الطلاق الذي لم تعلم به . وقد تطالب باحتساب أجل السنة من تاريخ علمها بالطلاق، لا من تاريخ وقوعه . وقد عرضت أمام المجلس الأعلى قضية مماثلة، إلا أنه لم يتسن للمجلس الأعلى أمر البت في هذا الإشكال القانوني، لأن المجلس كان يتوفر على وسائل أخرى لنقض الحكم (انظر : قرار المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - قرار عدد 1461، بتاريخ 29-11-1988، ملف رقم 87/6711، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44، ص 105 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 41) . وقد احتجت الطاعنة ((بنحرق القانون (الفصل 82) من مدونة الأحوال الشخصية، والقواعد الفقهية وانعدام التعليل . ذلك أنها لم تبلغ بالطلاق إلا بتاريخ 19 / 04 / 1983، وعليه لا يمكن أن تعد مدة الحمل، إلا من هذا التاريخ . فيكون الوضع داخل السنة . وقد تمسكت العارضة بهذا الدفع، والمحكمة لم تجب عليه . وطبقت الفصل 76 (مدونة) تطبيقاً خاطئاً، لأن هذا الفصل يتعلق بالطلاق، الذي وقع بمحضرة الزوجة والمبلغ لها . أما الغيابي، فإن الفصل 82 يحيل على المشهور من مذهب الإمام مالك، وجاء في البهجة عن البرزلي : وإذا وطئ بعد الحين، ثم أعلم الزوجة، فالعدة من يوم إعلامه، كالعائبات يطلق في غيبته، ولا يعلمها بذلك حتى يقدم. فعدتها من يوم إعلامها، وهو ما نص عليه في المعيار)) .

²⁰⁴⁵ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 36 . بتاريخ 2 ذي الحجة 1391، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 2، ص 140 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 194 . وقد جاء في هذا القرار ((حيث إن المطلوبة تقول في دعواها أنها في فاتح شتنبر 1966 كانت حاملاً من ثلاثة أشهر، الأمر الذي يؤدي إلى أنها لم تضع حملها داخل السنة من يوم الطلاق (21 / 07 / 1965) فيكون إلحاق الحمل بالطاعن مخالفاً والحالة هذه لمقتضيات الفصل 76 من المدونة)) .

- وقرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 535 . بتاريخ 25 / 12 / 1979، ملف عدد 72953، (غير منشور)، ذكره محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 403 . حيث قرر المجلس الأعلى أنه ((لما اعتبرت المحكمة، أن الزوجية، قد انفصمت عراها بالطلاق، ورفضت اعتبار الحجة التي أدلت بها المدعية لإثبات أن الزوج قد ارتجعها، فلا يحق لها مع ذلك أن تلحق بالمطلق نسب الولد الذي وضع بعد سنة من تاريخ الطلاق)) .

فقد قرر المجلس الأعلى²⁰⁴⁶ ((إن ما بين تاريخ الطلاق وفتح أبريل لا يتعدى أسبوعاً، وقد نص الفقهاء على أن مثل هذه المدة غير مؤثرة))²⁰⁴⁷.

ولم تبين المدونة ما إن كانت عدم شرعية لحوق النسب في هذه الحالة، تتقرر بقوة القانون أم أنه لا بد من اللجوء لنفي النسب من طرف الأب²⁰⁴⁸. واعتقد أنه لا بد من تقرير ذلك قضاء. فقد مر معنا كيف أن القضاء لم يتقيد بمدة السنة بصفة صارمة وتساهل بخصوص المدة اليسيرة مما يتعين معه ترك الأمر للقضاء لتمحيص الأمر. هذا فضلاً عن كون المدونة نصت في الفصل 90 على أنه ((لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم القاضي)) . وإن انقضت السنة وبقيت ربية في الحمل يتعين وطبق الفصل 76 من المدونة اللجوء لقواعد الطب لاستيضاح الأمر وما إن كان الأمر يتعلق بعلّة أم بحمل²⁰⁴⁹.

²⁰⁴⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1461، بتاريخ 29-11-1988، ملف رقم 87/6711، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44، ص 105.

²⁰⁴⁷ - وقد نص الشيخ العلمي في نوازل: ((من أتت بولد لأقل من ستة أشهر بيوم أو يومين أو ثلاثة، فإنه يلحق به الولد، وفي الخمسة أيام قولان)) (نوازل العلمي، ج 1، مرجع سابق، ص 299).

²⁰⁴⁸ - Abderrazak MoulayR'chid - La filiation, polycope, Faculté de Droit; Rabat (sans date) p. 6.

²⁰⁴⁹ - المجلس الأعلى - قرار عدد 342، بتاريخ 20-09-1978، بمجلة القضاء والقانون، عدد 129، ص 123. ويتعلق هذا القرار بمسألة رقود الجنين - أو ما يعرف بـ"الراقد" وهي ظاهرة وإن كانت متعلقة بالطب فإنها كانت تستخدم في الوسط الاجتماعي من قبل بعض النساء اللاتي لا يلدن قصد الحفاظ على مكانتهن وللاحتفاظ بالزوج. وقد صدرت رواية في الموضوع تحت عن عنوان: (1987 - Témoignage) L'enfant endormi للكاتبة نفيسة السباعي وكان هذا الكتاب موضوع ندوة أقامتها جمعية النساء الكنديات بالمغرب سنة 1988، للتعرف على قضايا المرأة المغربية. كما تم إعداد رسالة دكتوراه في الموضوع:

CHAMPAGNE, Le mythe de l'enfant qui dort chez la femme marocaine, thèse (medicine), Bordeaux 1955.

وانظر أبحاثاً أخرى في الموضوع، لدى:

Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, op. cit. p.147.

ويظهر من بعض القضايا، أن ادعاء رقود الحمل من زواج سابق، يتم لدفع معرفة الزنى ((انظر حكم

قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العماري)، بتاريخ 26 ربيع الأول 1375 هـ الموافق 12 /

11 / 1955، مجموعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 511).

المطلب الثاني

مخالفة مشهور المذهب المالكي توسيعا لمقتضيات المدونة

خرج المجلس الأعلى عن المشهور المقرر في الفقه المالكي في بعض قراراته، وذلك لاعتبارات اجتماعية لا تخفى، وهي حلول تساير متطلبات ضبط مسائل مهمة تتعلق بالأحوال الشخصية، بدءاً من عدم الاعتداد بالرقية كسبب من أسباب النفقة في الفقه الإسلامي²⁰⁵⁰، حيث أكد المجلس الأعلى²⁰⁵¹ أن الرق انتهى عهده بالمغرب، وقرر تبعاً لذلك عدم أحقية الأمة أم الولد في النفقة. وفي الواقع فإن البحث عن حلول عقلانية²⁰⁵² تساير الواقع هو ما أدى حتى في الماضي

²⁰⁵⁰ - انظر الزرقاني على مختصر الشيخ خليل - ج 4، مرجع سابق، ص 244. وشرح التحفة لدى قولها في باب النفقات: ((ومؤن العبد تكون مطلقة)) .

²⁰⁵¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 67. بتاريخ 21 - 11 - 1967، بمجلة القضاء والقانون، عدد 88-89، ص 396. حيث قرر: ((أن الحكم باستحقاق النفقة وتعليه بأن المستحقة أم ولد (أمة) يتعارض مع الأمر الصادر سنة 1925 بإلغاء الاسترقاق، خاصة وأن القانون الأساسي للمملكة (25-02-1961) نص في فصله السابع والثامن، على أن جميع المغاربة، سواء؛ لهم حقوق واحدة وعليهم واجبات واحدة، وأن الدولة تلتزم بصيانة كرامة الأشخاص وتكفل ممارستهم للحرية الخاصة والعامة. وأن الدستور (1962) نص في فصله الخامس على أن جميع المغاربة سواء أمام القانون. مما ينتفي معه وصف الاسترقاق والعبودية عن كل مغربي ومغربية. وبالتالي ينعدم مايو جب ترتب الحكم عليه لانعدامه قانوناً. إذ أن ترتب النفقة على وصف المستولدة يؤذن ببقاء الرقية المنافي للقانون الداخلي للبلاد. والوصف غير موجود قانوناً. وبالتالي لا يترتب عليه الحكم)) ولذلك نقض المجلس الأعلى الحكم القاضي باستلحاق الولدين للمدعى عليه والحكم بنفقتهما .

ويعرف الفقه الإسلامي أم الولد بأنها: ((الأمة التي ولدت من سيدها في ملكه)) . ويعرفها فقهاء المالكية، بأنها هي: ((الأمة التي حملت من سيدها الحر)) (سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي . مرجع سابق، ص 25) . وعلى سبيل الإشارة فإن المملكة العربية السعودية ألغت الرق يوم 06-11-1962 (انظر جريدة الاتحاد الاشتراكي ليوم 02-08-1990) .

²⁰⁵² - يذهب الدكتور عبد الصمد الديالمي، بصدد العمل بالمشهور المشهور والشاذ، وفي سبيل الإجابة على سؤال وضعه: كيف يجب أن يكون الإفتاء المعاصر؟ - يذهب إلى أنه: يندرج هذا السؤال تحت الإمكانية الإصلاحية، التي تحتفظ للفقه بالوساطة الإستيمية بين القرآن والمؤمن. وفي هذا الإطار يقول الأستاذ الديالمي: ((نعتقد أنه يجب تفجير الثنائية: مشهور/ شاذ. وتعويضها بالتقابل العقلاني: عقلائي/ لاعقلائي . كمرشد في طريق البحث عن جواب ما في دهاليز الفقه. ليس معنى هذا الكلام أن كل مشهور لاعقلائي بالضرورة، وأن كل شاذ عقلائي حقاً. إن واجب المفتي هو البحث عن العقلائي في المشهور وفي الشاذ، وفي نفس الوقت هو الانتهاء من الإيمان بمعادلة لا شعورية بين المشهور والعقلائي وبين الشاذ اللاعقلائي. ولا يتأتى ذلك إلا بمراعاة الأغراض المعاصرة

إلى الخروج عن المشهور والأخذ بالشاذ الذي جرى به العمل . ويمكن أن يندرج في هذا الإطار ما أوجبه المجلس الأعلى بخصوص الإشهاد على الرجعة (الفقرة الأولى)، وخروجه عن القواعد الفقهية في إثبات الوضع وذلك باعتماد شهادات الوضع الطبية (الفقرة الثانية)، وهي خطوات على محدوديتها فإنه مع ذلك يتعين إبرازها، كما أبرزنا مثيلاً لها من قبل فيما يتعلق بترجيح المجلس الأعلى لأقوال جماعة من الفقهاء فيما يتعلق بحصر مدة قيام الغائب بطلب الشفعة²⁰⁵³ استجابة لتطور وسائل الاتصال المعاصرة .

الفقرة الأولى - وجوب الإشهاد على الرجعة :

لم تبين مدونة الأحوال الشخصية الإجراءات المتعلقة بالرجعة، واكتفت بالنص في الفصل 68، على حق الزوج الذي طلق زوجته رجعيًا، في أن يرجع مطلقته دون صداق ولا ولي أثناء العدة . فلم تتحدث المدونة عما إن كان يجب الإشهاد على الرجعة . وحسب مشهور الفقه المالكي، فإن الإشهاد على الرجعة يعتبر من باب الندب والاستحباب فقط . وإن كان يحق للزوجة أن تمنع الزوجة نفسها من زوجها، حتى يشهد على الرجعة . والقائلون بوجوب الإشهاد على الرجعة، يعتمدون في ذلك على مبدأ سد الذريعة²⁰⁵⁴ . ولقد اعتمد المجلس الأعلى²⁰⁵⁵ في أحد قراراته هذا الفقه المشهور، وقرر أنه : ((بمقتضى

وباحترام منطق الواقع وآمال المستقبل)) (عبد الصمد الديالمي " المعرفة والجنس: من الحداثة إلى التراث". - الدار البيضاء، 1987 ص 127-128) . ويضرب المؤلف مثلاً لعقلانية المشهور والشاذ في فتوى أحمد بن عرضون، حول خدمة النساء، وكتاب - خطاب - ابن عرضون حول آداب النكاح ومعاشرة الأزواج ورياضة الولدان، كدليل عقلائي في المشهور. وقد ضمن الديالمي فصولاً من هذا الكتاب الأخير في مرجعه السابق. وقد أشار الباحث إلى أن كتاب ابن عرضون المذكور يوجد بجزائنة القرويين بفاس تحت عدد 5226.

²⁰⁵³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث والغرفة الاجتماعية - قرار عدد 415، بتاريخ 18 / 03 / 1986، بمجلة القضاء والقانون، عدد 139، ص 108 . مع تعليق للأستاذ محمد الصقلي، بنفس المرجع، ص 113 وما بعدها . وقد سبق أن بينا محتوى القرار والتعليق عليه عند حديثنا عن المشهور في الباب المتعلق بالإحالة على المذهب المالكي .

²⁰⁵⁴ - قال الشيخ خليل في مختصره : ((وندب الإشهاد)) . وقال ابن فرحون : ((وأما الإشهاد في الرجعة فقال ابن القصار هو مستحب . وحكى القاضي إسماعيل عن مالك أنه واجب لرفع الدعاوى وتحصين الفروج والأنساب. وحكى القاضي ابن عبد الوهاب : الوجوب عن بعض شيوخه القرويين . وقال في المعونة أنه مستحب. وحكى القاضي أبو بكر بن العلاء الوجوب عن مالك . والمشهور أنه غير واجب)) (ابن فرحون - تبصرة الحكام. ج 1، مرجع سابق، ص 168) . وقال صاحب العمل السوسي الشيخ الجشتمي :

إشهاد رجعة من الأمور وليس واجبا على المشهور

الفصل 68 من المدونة، فإن للزوج من الطلاق الرجعي أن يراجع مطلقته بدون صداق ولا ولي أثناء العدة . وبذلك فالمحكمة عندما ثبت لديها إرجاع الطاعن من خلال الوثائق وسلطتها التقديرية، لزوجته إلى بيت الزوجية، بعد شهرين من طلاقها رجعياً وحكمت عليه بنفقتها، لم تكن في حاجة إلى التأكد من رسم الرجوع، لأنه وكما ذهب إليه جمهور المالكية لا تجب الشهادة في الرجعة وإنما تستحب . ولذلك لم تخرق الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية الذي لا موجب لتطبيقه، لأنه لا يتعلق بحالة إرجاع الزوج لزوجته المطلقة)) .

إلا أن المجلس الأعلى، خالف في عدة قرارات الفقه المشهور في المذهب المالكي، وأوجب الإشهاد على الرجعة، كما أنه ألزم وجوب توفر حالة الاستثناء لإمكان إثبات الرجعة بالبينة، قياساً على عقد الزواج، وطبق مقتضيات الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية.

فقد قرر المجلس الأعلى²⁰⁵⁶ أنه : ((بناء على الفقرة الأولى من الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية وحيث إن المراجعة هي بمثابة عقد جديد، فيشترط فيها أن تتم بواسطة العدول، ولا يجوز للمحكمة أن تعتمد البينة الشرعية في إثباتها، إلا إذا بررت ذلك بوجود أسباب مبررة للعدول عن القاعدة العامة لإثبات النكاح. وحيث إن قوانين الأحوال الشخصية تعتبر من قبيل النظام العام الذي تحق إثارته في جميع المراحل . وحيث إن المحكمة حين قبلت البينة الشرعية في إثبات المراجعة الواقعة كما جاء بالبينة المذكورة، بعد سبعة أشهر من الطلاق الذي تم بواسطة العدول، قد خالفت قاعدة الإثبات المذكورة)) ولذلك تم نقض الحكم. كما قرر المجلس الأعلى²⁰⁵⁷، أنه لما لم تكن الرجعة بعدلين، حينئذ كان على المحكمة عند

انظر : العمل السوسني - للجشتيمي - ج 1، مرجع سابق، ص 265 .

²⁰⁵⁵ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 828، بتاريخ 07 / 12 / 1984، ملف رقم 1037 .
أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 50 .
كما ذكره : عبد العزيز توفيق - التعليق على مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 82 . لكن هذا الباحث الأخير أشار إلى أن القرار هو بتاريخ 03 / 12 / 1984 .

²⁰⁵⁶ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 132 . بتاريخ 5 يوليوز 1971، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 23 ص 42. وانظر تعليق المرحوم عبد النبي ميكو على هذا القرار بمجلة القضاء والقانون، عدد 117، ص 385 وما بعدها . حيث دعا إلى ضرورة الإشهاد على الرجعة، رغم أن ذلك مستحب في الفقه المالكي.

²⁰⁵⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 28 . بتاريخ 16-03-1977، بمجلة القضاء والقانون، عدد 127 ص 152 .

اعتمادها البيئية، أن تعلق صفة الاستثناء بتعليق مقبول . وقرر المجلس الأعلى²⁰⁵⁸ أيضا، رفض طلب الطعن بالنقض الموجه ضد الحكم الاستثنائي، الذي رفض طلب المدعي برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية، بعلّة كون المستأنف عليها دفعت بوقوع الرجعة بعد مرور أمد العدة، وكان من أسباب الطعن في الحكم الاستثنائي المذكور، أن المدعي أدلى بحجة لإثبات الرجعة محررة من طرف عدل واحد²⁰⁵⁹ . غير أن المجلس الأعلى قال : ((إن إعلام العدل السيد الفاسي للمطلوبة برجعتها²⁰⁶⁰ وسكوها على ذلك ، نعم، إن ذلك لا يفيد . مادام لم يتم بحضور عدلي الإشهاد بالرجعة، لأن الرجعة كالنكاح، لا تثبت إلا بعدلين)) .

ولقد أثار موقف المجلس الأعلى هذا عدة تعليقات، خاصة مع صدور القرار عدد 150 المذكور أعلاه . فقد لوحظ عليه اعتباره الرجعة بمثابة نكاح جديد، وأنه قيد حق الزوج

²⁰⁵⁸ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 150 . بتاريخ 16-03-1981 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28، ص 144 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 304 .

²⁰⁵⁹ - انظر : نازلة ابن عرضون والفقهاء المصوري، بخصوص نازلة مشاهمة تتعلق بالزواج، كما عرضناها بمبحث الإشهاد على الزواج . حيث استنتج الفقهاء المصوري أنه إن كان يقبل الإشهاد بالشهرة على الزواج، فأحرى إن كان فيه إشهاد من عدل واحد.

²⁰⁶⁰ - نشير إلى أنه وبخصوص الإعلام بالطلاق، لا يشترط القضاء لترتيب آثار الطلاق أن يكون إعلام المطلقة بالطلاق من قبل قاضي التوثيق فقط . بل يكفي حصول العلم به بأي طريق (محكمة الاستئناف بالدار البيضاء - قرار عدد 707، بتاريخ 29-6-1977، بمجلة المحاكم المغربية عدد 42، ص 79) حيث تم الاكتفاء بمجرد العلم العادي بالطلاق، دون الإعلام الرسمي به . كما أن المحكمة الابتدائية بمراكش اعتبرت إرسال المطلقة لعقد زواجها إلى قاضي التوثيق ليكتب عليه الطلاق، قرينة على علم المطلقة بالطلاق (المحكمة الابتدائية بمراكش، حكم بتاريخ 16 / 02 / 1984، ملف عدد 965 / 82 . أورده الأستاذ إبراهيم الهلالي - مذكرات في الفقه الإسلامي على ضوء قانون مدونة الأحوال الشخصية المغربية، مراكش د. ت. ط.، ص 245) . ومعلوم أن الفقرة الأخيرة من الفصل 82 من مدونة الأحوال الشخصية تنص على أنه : ((6 - إذا وقع الطلاق تعين على القاضي أن يرسل إلى المطلقة يعلمها به فور وقوعه)) . وبخصوص استمرار النفقة إلى تاريخ علم المطلقة بالطلاق، قرر المجلس الأعلى أن النفقة لا تسقط إلا من تاريخ إعلام المطلقة، وأن الإعلام يعتبر واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات . انظر : قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 428 . بتاريخ 24 - 11 - 1980 ، ملف عدد 79824 . غير منشور . ذكره الأستاذ عبد العزيز فتحاوي : طرق الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية والميراث، مرجع سابق، ص 64 . وقد لاحظ الباحث المذكور، أنه إذا كان يمكن التساهل بشأن إثبات العلم بالطلاق فيكون ذلك بخصوص حقوق مالية، أما إن تعلق الأمر بحقوق غير مالية كالنسب فيتعين الإثبات بواسطة شاهدين، طبقا لقواعد الفقه المالكي .

في الرجعة²⁰⁶¹ بشكالية إسهاد عدلين، رغم أن الرجعة تقع حسب الفقه حتى بمجرد القول²⁰⁶²، وأن الإسهاد عليها مندوب فقط. ولذلك نادى البعض²⁰⁶³ بضرورة تدخل المشرع بنص صريح يلزم بالإسهاد على الرجعة. غير أن البعض الآخر²⁰⁶⁴ رد على الملاحظات التي أثيرت بخصوص القرار المذكور: بأن المجلس الأعلى لم يقصد ((الإسهاد بالرجعة)) الذي هو أمر مستحب في الفقه، ولكن قصد أن ((المرتجع لم يثبت وقوع الرجعة في العدة، وأن الإخبار بها بواسطة عدل أو عدلين، لا يفيد مدعي الارتجاع في ثبوت الزوجية))، ما دام لم يثبت الارتجاع داخل العدة. في حين ذهب رأي آخر²⁰⁶⁵ إلى أن القرار المذكور أعلاه يتعلق بإعلام الزوجة بالرجعة، وهو أمر مستحب فقط في الفقه المالكي.

والواقع أن موقف المجلس الأعلى هذا، يستجيب - في اعتقادي - لحاجات ملحة تتعلق بالأساس بضبط أحوال العلاقات الأسرية، وسد الطريق أمام بعض الأزواج الذين يراجعون مطلقاتهم فعلا، ثم يتملصون من واجباتهم بعد ذلك، إذ حتى مع الإسهاد تقوم مشاكل في الرجعة²⁰⁶⁶، فأحرى إن تمت الرجعة بدون إسهاد.

²⁰⁶¹ - الذي هو حق مرتبط بالنظام العام، ما دام الفصل 68 من مدونة الأحوال الشخصية، ينص على أنه: ((ولا يسقط هذا الحق بالإسقاط)) .

²⁰⁶² - قال القاضي المالكي عبد الوهاب البغدادي: ((والرجعة بوجهين: بالقول، وبالاستمتاع بالوطء فما دونه، مع القصد به الارتجاع)) (القاضي عبد الوهاب البغدادي - التلقين - مرجع سابق، ص 97) .

²⁰⁶³ - عبد الناصر عصامي: الإسهاد على الرجعة، بين قانون الأحوال الشخصية والعمل القضائي. مجلة المحاكم المغربية، عدد 49، ص 31 وما بعدها .

وهو ما سبق أن دعا إليه المرحوم عبد النبي ميكو في تعليقه على قرار المجلس الأعلى عدد 132 المذكور أعلاه، المنشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 117، ص 385 وما بعدها. حيث دعا إلى ضرورة الإسهاد على الرجعة، رغم أن ذلك مستحب في الفقه المالكي. وانظر: محمد الكشور - قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 470 وما بعدها. حيث يرى أن موقف المجلس الأعلى مساهم للواقع المغربي الحالي، وأنه لا يوجد ما يمنع المجلس الأعلى من الاجتهاد لسد نقص في القانون أو لوضع حل لواقع مستجد في انتظار تدخل المشرع .

²⁰⁶⁴ - المستشار الأجرابي: الرجعة... الإسهاد بها... رد على تعليق، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 59، ص 104 وما بعدها .

²⁰⁶⁵ - انظر: عبد العزيز فتحاوي: نظرات في إثبات الرجعة، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 66، ص 71، وما بعدها.

²⁰⁶⁶ - خاصة عند عدم إعلام الزوجة المراجعة برجعتها. فقد حدث أن تم ارتجاع الزوج لطلقاته رجعيًا خلال أمد العدة، لكن لم يتم إعلامها بالرجعة وتم إعلام أبيها. وبعد انقضاء العدة تزوجت بآخر. فطالب الزوج الأول

غير أن ما يلاحظ، هو أن المجلس الأعلى ورغم قراراته المذكورة أعلاه، يتساهل في إثبات الرجعة باللفيف، خاصة إذا كان اللفيف قد قدم لإثبات الحق في الإرث، لا استباحة الفروج - كما يعبر المجلس الأعلى - وتعزز بوقائع أخرى تثبت الرجعة . فقد قرر المجلس الأعلى²⁰⁶⁷ وهو يعتمد مجرد لفيف لإثبات الرجعة من قبل الزوجة، أنه : ((ولا يخفى أن هذه الليفية عاملة في النازلة لكونها سيقت لأجل التوصل إلى إرثها في وزوجها المذكور . والمستند فيها وإن كان عاما، فهو كاف في مثلها لأنه من المعلوم ضرورة أن النكاح واستمراره لا يخفى على من يخالطون ويطلعون على أحواله . وعدم تعرض شهودها لأركان النكاح التي هي شرط صحة في العقد (كذا !!)، لا يقدح فيها، لأن النازلة هذه لا تحتاج لمثل ذلك، لأنها سيقت لثبوت الإرث بين المدعية والهاك فلا مدخل لها في استباحة الفروج، حتى يحتاج فيها لذلك . قال المستاري ما لفظه: قول المتيطي : وصفة شهادتهم، يعني في مسألة تنازع، والنازلة سيقت هنا لثبوت الإرث بين المدعية والهاك فلا مدخل لها في استباحة الفروج، حتى يحتاج فيها للتمشي على ما للمتيطي ومن تبعه، وأيدتها (المدعية) بإرثا عدد 484 تتضمن وفاة المورث عن طرفي النزاع، وهي كافية وحدها بالنسبة للمال أو ما يؤول إليه)) . وجاء في قرار آخر: ((ليس لازما لإثبات الرجعة من الطلاق الرجعي الإشهاد عليها أمام العدول، وإنما يكفي لتحقيق الرجعة استمرار المطلقة في العيش مع مطلقها ببيت الزوجية بعد الطلاق إلى أن توفي. والرجعة كما تكون بالقول تكون بالفعل كالوطء أو مقدماته كما هو مقرر في مذهب الإمام مالك، خاصة وقد ثبت للمحكمة من خلال تقديرها

برجوعها لبيت الزوجية اعتمادا على الرجعة. فأجابت بأنها تزوجت بآخر وأنها لا علم لها بالرجعة. فقرر المجلس الأعلى بهذا الصدد: ((لئن كان رسم الرجعة أثبت أنها تمت داخل الأجل فلم يثبت أن المطلقة قد أعلمت بذلك . وأن إعلام والدها والحال أنها رشيدة لا يجدي حتى وإن كانت وكلته. ولهذا فإن الرجوع لم يتم شرعا، على أنه إذا كان الزوج الثاني قد دخل بها والرجعة ثابتة، فإن زواجه بها يكون منعما شرعا . والفسخ هنا واجب بدون طلاق لأن فساده متفق عليه . ويجب عليها أن تستبريء منه بثلاث حيض كالعدة)) . ولذلك نقض المجلس الأعلى، قرار محكمة الموضوع التي قضت على الزوجة بالرجوع دون البت في أمر الزواج الثاني (انظر: قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1573 . بتاريخ 27 مايو 1988، ملف شرعي عدد 87/6758، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44، ص 101 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 28)

²⁰⁶⁷ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 773 . بتاريخ 07 / 07 / 1992، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، ص 173 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 110 .

للوثائق أن المطلقة غير عالمة بالطلاق، إلى أن توفي عنها زوجها، وتبعاً لذلك يكون تمسك ورثة الهالك بعقد الطلاق عديم الأساس²⁰⁶⁸.

على أنه وإن كان المجلس الأعلى، يخالف مشهور الفقه المالكي فيما يتعلق بالإشهاد على الرجعة، فإنه ومع ذلك، يطبق قواعد فقهية أخرى تتعلق بالرجعة، خاصة فيما يتعلق بتصديق المطلقة في انقضاء عدتها . فالفقه يقرر تصديق الزوجة في ادعائها انقضاء العدة، إذ القول قولها مع اليمين في ذلك . قال ابن عاصم :

ومن يطلق طليقة رجعية ثم أراد العودة للزوجية
فالقول قول الزوجة واليمين على انقضاء عدة تبين
ثم له ارتجاعها حيث الكذب مستوضح من الزمان المقتررب

ولقد أكد المجلس الأعلى هذه القاعدة فقرر²⁰⁶⁹ أنه : ((ورد بالحكم المطعون فيه، أن المرأة تصدق في ادعاء انقضاء عدتها، عند مرور شهر ونصف من تاريخ الطلاق، وإن ذلك يعتبر تعليلاً لرفض الخبرة الطبية المطلوبة، وإن تصديق المرأة فيما يشبهه، دون حاجة إلى إجراء بحث، يدخل في باب السياسة الشرعية، التي تحمل المطلق على الإسراع في استعمال حق الرجعة، قبل أن تجد المرأة، وسيلة للخلاص من الارتباط به من جديد، فيما إذا كانت غير راغبة في ذلك)) . كما قررت محكمة الاستئناف بطنجة²⁰⁷⁰ : ((إن المرأة أمينة على رحمها، وقولها فيه مقبول)) . ومستند هذه القاعدة عند الفقهاء، ما ورد في الآية الكريمة : ((ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن))²⁰⁷¹ .

الفقرة الثانية - اعتماد شهادة الوضع الطبية في إثبات الولادة :

الحجة على الوضع أو الولادة، ليست حجة لإثبات النسب وإنما هي دليل على واقعة مادية، أما ثبوت النسب فيجىء تبعاً لا

²⁰⁶⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار 476، بتاريخ 1999/06/01، ملف عدد 1996/389. وردت حيثياته في النشرة الخاصة التي أصدرها المجلس الأعلى بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2001، ص 43.

²⁰⁶⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 150 . بتاريخ 16-03-1981. بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28، ص 144 .

²⁰⁷⁰ - محكمة الاستئناف بطنجة - قرار عدد 10، بتاريخ 10 / 10 / 1993، بمجلة الندوة عدد 11، ص 73.

²⁰⁷¹ - سورة البقرة - الآية 228 . أي من حمل أو حيض أو هما معاً، على اختلاف في الأقوال . انظر : محمد علي الصابوني - روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن . ج 1، ط 1، بيروت 1986، ص 361 وما بعدها .

قصدا . إذ بواسطتها يتم التحقق من مدة الحمل بعد عقد الزواج أو انفصامه . وحسب الفقه المالكي يثبت الوضع أو الولادة بشهادة امرأتين اثنتين²⁰⁷²، في حين يكتفي المذهب الحنفي بشهادة امرأة واحدة²⁰⁷³ . وقد عمل المجلس الأعلى²⁰⁷⁴ بشهادة قابلتين، شهدتا بأن الوضع تم قبل انصرام سنة من تاريخ الطلاق . كما أن المجلس الأعلى اعتمد في أحد قراراته قول الفقه فيما يتعلق بتحديد مسائل علمية، تتعلق بتحريك الحمل وحياته، فاعتبر أن الشهادة المعتبرة شرعا، هي التي تشهد بتحريك الحمل وحياته، أما التي تشهد بأن المرأة حامل من أربعة أشهر، وأن حملها راقد فلا يعتد بها . فقرر المجلس الأعلى²⁰⁷⁵ ((حيث إن طالب النقص يطعن في الحكم المطلوب نقضه، بما تضمنته الوسيلة الثانية المشار لها من خرق القواعد الجوهرية للمرافعات، إذ إن طالب النقص ينفي وجود الحمل، ويوضح أن المطلوبة في النقص لم تأت بحجة على تاريخ الوضع ولا على أن الولد المزداد هو لها . وحيث تأكد من الاطلاع على الحكم المطعون فيه صحة ما نعت به العريضة في الوسيلة المذكورة، من كون غرفة الاستئناف اعتمدت في قضائها على ما أدلت به المطلوبة في النقص من موجب قابلتين تشهدان فيه بأن بها حملا راقدا من أربعة أشهر، مع أن الشهادة المعتبرة شرعا، هي التي تثبت تحريك الحمل وحياته . وكان تحرك الحمل لا يثبت إلا في أربعة أشهر وعشرة أيام، عملا بقول التحفة :

ولا تحرك له يثبت في ما دون عدة وفاة فاعرف²⁰⁷⁶

²⁰⁷² - وفي ذلك يقول ابن عاصم في التحفة :

وفي اثنتين حيث لا يطلُع إلا النساء كالمخيض مَقْنَعُ

²⁰⁷³ - يقول الكاساني : ((وأما فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النساء، فالعدد ليس فيه بشرط عندنا، فتقبل فيه شهادة امرأة واحدة والثنتان أحوط . وعند مالك والشافعي رحمهما الله : أن العدد فيه شرط، إلا أن عند مالك رحمه الله يكتفي فيه بامرأتين، وعند الشافعي رحمه الله : لا بد من الأربع)) (الكاساني - بدائع الصنائع ، ج 6، مرجع سابق، ص 421) .

²⁰⁷⁴ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 157 . بتاريخ 26 / 06 / 1972، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 124، ص 178 .

²⁰⁷⁵ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 7 . بتاريخ 19 رمضان 1391 هجرية، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25، ص 134 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 192 .

²⁰⁷⁶ - قال الشيخ خليل في مختصره : ((ولا نفقة بدعواها بل بظهور الحمل وحركته)) . قال شارحه الزرقاني : ((بشهادة امرأتين ولا يظهر في أقل من ثلاثة أشهر ... ولا يتحرك في أقل من أربعة أشهر، فيلزم من الحركة (الظهور)) (الزرقاني - مجلد 2، ج 4، مرجع سابق، ص 253) .

كما اعتمدت على ما صرحت به المطلوبة في النقص من أنها وضعت في 12 يناير 1969 مع أنه مجرد ادعاء لم يثبت بحجة . وحيث إن لمحكمة بعملها هذا أخلت بقواعد الإثبات، فخالفت القواعد الجوهرية للمرافعات ولم تبين حكمها على أساس قانوني)) . وجاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى²⁰⁷⁷ : ((إن المحكمة التي عللت قرارها بأن الحكم المستأنف، اعتمد فيما قضى به من فسخ عقد الزواج، على مجرد شهادة طبية عادية، دون معرفة تاريخ وضع الحمل، للتأكد من تاريخ وضعه . هل هو داخل أجل السنة من تاريخ العقد أو خارجها ؟ وقضت تبعا لذلك بإلغائه - تكون قد خرقت القاعدة الفقهية التي تقول : أن للحمل علامات منها ظهوره، وأقل ما يكون ذلك في ثلاثة أشهر، عملا بقول ابن عاصم في التحفة :

والحمل لا يثبت في أقل من ثلاثة من الشهور فاستبين

وقد ثبت من الشهادة الطبية المؤرخة ب 18 / 08 / 1988 أن المطلوبة حامل من خمسة أشهر في حين أن عقد الزواج أبرم يوم 16 / 08 / 1988، وأن المطلوبة لم تطعن في الشهادة الطبية ولا في محتواها)) . وبهذا كرس المجلس الأعلى الأخذ بالأقوال الفقهية الاجتهادية، دون اعتداد بالمستجدات الطبية في موضوع الحمل والولادة، حيث اعتبر المجلس الأعلى وتبعا للفقهاء، أن تحرك الحمل لا يثبت إلا في أربعة أشهر وعشرة أيام، أو في أقل من ثلاثة أشهر²⁰⁷⁸ ، ولا شك أن هذه التقديرات الفقهية كانت تناسب وقت صدورهما، أما الآن فإن التقدم العلمي والطبي قد حقق تقدما كبيرا فيما يعرف بعلم الأجنة، وكشف الكثير من أسرارها.

ولذلك يلاحظ أن المجلس الأعلى ومسايرة منه لواقع المستجدات الطبية، بل والتنظيمية المتعلقة بالولادات التي أصبحت تتم الآن في العيادات والمستشفيات العمومية - على الأقل في الحواضر - فإنه يعتمد كذلك وسائل إثبات للوضع والولادة، من غير المنصوص عليها في الفقه، عن طريق اعتماد شهادة الوضع الطبية . فقد قرر المجلس الأعلى²⁰⁷⁹ أن : ((الحمل لا يطلع عليه

²⁰⁷⁷ - المجلس الأعلى - قرار عدد 157، بتاريخ 06 / 02 / 1996 . (غير منشور) أورده : عبد العزيز توفيق -

التعليق على مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 90 .

²⁰⁷⁸ - ولقد تعرض أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، للمستجدات الحديثة في ميدان طب التوليد وقواعد إثباته العصرية من كتابة وشواهد، مما يتعين معه إعادة النظر في قواعد إثبات الولادة عن طريق الشهادة، كما ينظمها الفقه الإسلامي . انظر : أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2 مرجع سابق، ص 16 - 22 .

²⁰⁷⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 622 . بتاريخ 10-05-1988، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 140-141، ص 155 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 25 .

إلا النساء أو الأطباء بحكم المهنة)) . وأوجب²⁰⁸⁰ تبعا لذلك على من يدعي بأن الوضع لم يتم خلال المدة القانونية للحقوق النسب، أن يدلي بشهادة الوضع لمعرفة الحقيقة . إذ على المحكمة أن تعتمد في حكمها على حجة فيما يتعلق بتحديد تاريخ الوضع ، ولا يكفي الإدلاء بما يثبت تاريخ الطلاق فقط للقول بلحقوق النسب²⁰⁸¹ . واعتبارا لكون المطلقة لا تؤخذ بإقرارها عند الطلاق بخلو رحمها من الحمل، لأن الحمل مما يخفى أحيانا على المرأة فيغتفر فيه التناقض، فإن المجلس الأعلى²⁰⁸² اعتبر في هذه الحالة أنه يكفي أن ((يُؤتى بالولد خلال أقل من سنة من تاريخ الطلاق، ويثبت ذلك بشهادة الوضع))²⁰⁸³ . ويوجب المجلس الأعلى أن تكون شهادة الوضع واضحة من حيث التاريخ، وغير عامة، وصادرة من شخص معروف ومختص . وإلا اعتبرت مجرد إخبار يحتتمل الصدق والكذب . فقد نقض المجلس الأعلى²⁰⁸⁴ حكما اعتمد شهادة ولادة غير واضحة قائلا : ((فالمحكمة اعتمدت شهادة الولادة... حررت من طرف ضابط الحالة المدنية، بناء على تصريح وقع لديه . فمن جهة إن صاحب التصريح غير معروف . ومن جهة أخرى، فلو عرف، فإن تصريحه يحتتمل الصدق والكذب، طالما أن الشهادة لم تحرر من طرف المولدة والطبيب المشرف عليها، وبالיום والساعة لتفيد اليقين)) . وبهذا يمكن القول، وحسب اتجاه المجلس الأعلى، أن إقامة الحجة على الوضع والولادة انتقلت من الشهادة إلى الكتابة أمام القضاء، وهو ما أخذ به المجلس الأعلى حتى بالنسبة لإثبات مرض الموت، بعدما كان المعول عليه في القديم هو

²⁰⁸⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 145، بتاريخ 03-02-1987، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 40، ص 167 .

²⁰⁸¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 55 . بتاريخ 24-06-1968، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 92، ص 46 .

²⁰⁸² - المجلس الأعلى - قرار عدد 390 . بتاريخ 21-03-1967، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 7، ص 41 .

²⁰⁸³ - وقد أكد المجلس الأعلى هذا المبدأ، لما قرر أنه إذا ما تم الوضع داخل سنة من تاريخ الطلاق، فإنه يلحق، ولو كانت المطلقة قد صرحت أمام قاضي التوثيق ساعة الطلاق أنها غير حامل (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 7451 . بتاريخ 24 / 10 / 1989 . ملف رقم 6620 / 87 . أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية "، مرجع سابق، ص 58) .

وانظر فتوى الشيخ الحائك بخصوص المطلقة التي تدعي خلو رحمها عند الطلاق، ويظهر بما حمل يعد ذلك، حيث أفتى بأنه ((لاحق به إن وضعته لدون أقصى أمد الحمل ولا ينتفي عنه إلا بلعان)) (النوازل الصغرى - للشيخ المهدي الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 306) .

²⁰⁸⁴ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1461 . بتاريخ 29-11-1988، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44 . ص 105 .

موجب الشهادة بالمرض، فقرر²⁰⁸⁵ ((حيث إن طالبة النقص أثبتت بعدة شهادات طبية تثبت مرض زوجها السابق...بداء السرطان . وحيث إن المدة الفاصلة بين تاريخي الطلاق والوفاة أقل من ثلاثة أشهر، والطالبة بذلك تكون متمسكة بالأصل والاستصحاب . والمطلوب ضدهم النقص لم يشبوا شفاءه منه قبل وفاته . وحيث إن المطلقة طلاقاً في مرض مخوف مات منه المطلق، تعتبر في حكم الزوجة من حيث الميراث)) .

المطلب الثالث

استبعاد تطبيق القاعدة الفقهية التي يمكن أن تكمل نص المدونة

في قضايا معينة استبعد المجلس الأعلى تطبيق القاعدة الفقهية، واكتفى فقط بالنص الوارد في المدونة، ويظهر ذلك في عدم الاعتماد بالقاعدة الفقهية التي تنص على سقوط الحضانة في حالة انتقال ولي الخضون، حيث لجأ المجلس الأعلى إلى تأويل خاص لمقتضيات الفصل 107 من المدونة، رغم أنه في البداية كان يطبق ما تقتضيه القواعد الفقهية بخصوص هذا الموضوع.

الفقرة الأولى : موقف الفقه المالكي من انتقال ولي الخضون:

حسب أحكام الفقه المالكي فإن الولي إذا اضطر إلى الانتقال إلى مدينة أخرى غير المدينة التي تقيم فيها الحاضنة، وكانت تبعد عنها بستة برد²⁰⁸⁶، بقصد الإقامة، ولم يكن يريد إضراراً بالحاضنة، ولم يكن ببلد الحاضنة ولي آخر في

²⁰⁸⁵ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 392، بتاريخ 05 / 05 / 1993، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 71، ص 68.

²⁰⁸⁶ - قال الشيخ ميارة : ((وهذا التحديد لمالك في الموازية)) (ميارة على التحفة، ج 1، مرجع سابق، 275) . قال ابن رشد : ((وليس في ذلك شيء يرجع إليه في الكتاب والسنة إنما هو الاجتهاد لقوله تعالى :)) لا تضار والده بولدها)) ولقوله صلى الله عليه وسلم : ((إذا اجتمع ضرران نفي الأصغر للأكبر)) (نقلاً عن المواق، ج 4، مرجع سابق، ص 218) . ومسافة ستة برد، هي المسافة البعيدة حسب الفقه المالكي (الزرقاني على مختصر خليل . ج 4، مرجع سابق، ص 271) . وهذه المسافة تعادل ما مقداره 126 كلم (حماد العراقي في تعليقه على قرار المجلس الأعلى عدد 87 الوارد ذكره فيما بعد . بمجلة القضاء والقانون عدد 92، ص 44 و ص 45) أو تعادل مسافة 150 كلم (محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص

مرتبته يشرف على أحوال المحضون - فإنه في هذه الحالة، يجب على الحاضنة الانتقال إلى البلد الذي انتقل إليه الولي، تحت طائلة سقوط حضانتها عند الامتناع . فقد ورد عن الإمام مالك : ((للأب أن يخرج ولده معه إذا ارتحل إلى أي بلد ارتحل إليه، إذا أراد السكن))²⁰⁸⁷ . وقال الشيخ خليل وهو يتحدث عن مسقطات الحضانة : ((وأن لا يسافر ولي حر عن ولد حر وإن رضيعا . أو تسافر هي . سفر نقلة لا تجارة . وحلف . ستة برد وظاهرها بريدين . إن سافر لأمن، وأمن في الطريق ولو فيه بحر . إلا أن تسافر هي معه))²⁰⁸⁸ . وقال ابن عاصم في التحفة²⁰⁸⁹ :

وحيث سافر بالمحضون الولي بقصد الاستيطان والتنقل
فذاك مسقط لحق الحضنة إلا إذا صارت هناك ساكنة²⁰⁹⁰

222) بحيث لا يكون في إمكان الولي أن يسافر لرؤية المحضون ويعود لمحل إقامته قبل دخول الليل . وهذا حد القرب وما عداه فبعيد(بدران أبو العينين بدران- الفقه المقارن، مرجع سابق، ص 563) . ويبدو أن نظرة بعض الفقهاء كانت لا تعبر لوسائل النقل الحديثة أهمية تذكر، فيعتدون بالمسافة ولو أمكن قطعها في لحظة واحدة كما لو طار مثلا، وهذا ما كانت تجري به أحكام القضاة بفاس (أبو الشتاء - مواهب الخلاق، ج 1، مرجع سابق، ص 205-206) . غير أن العمل القضائي الآن يعتبر سهولة المواصلات في تحديد قرب المسافة وبعدها كما سنرى .²⁰⁸⁷ المدونة الكبرى - ج 2 - مرجع سابق، ص 358 .

²⁰⁸⁸ - قال المواق شارحا النص المذكور : ((من المدونة إن خرج ولي المحضون وصيا أو غيره لسكنى غير بلد حاضنته فله أخذ الولد إن كان معه في كفاية ويقال لها اتبعي ولدك إن شئت ولا يأخذه إن سافر لغير سكنى)) (التاج والإكليل - ج 4، مرجع سابق، ص 217) .

ويوجب الفقه عدة شروط، يجب معها على الحاضنة الانتقال مع ولي المحضون، تحت طائلة سقوط حقها في الحضانة عند الامتناع من السفر مع الولي :

1 - قصد الاستيطان لا السياحة أو التجارة . 2 - بُعد ستة برد عن مقر الحضنة . 3 - تجاوز المحضون لسن الرضاع أو يقبل ثدي غير أمه . 4 - أن لا يكون للطفل ولي آخر في مرتبة الولي المتنقل . 5 - أن يكون البلد مأمونا . 6 - أن تكون الطريق مأمونة (انظر : مختلف شراح الشيخ خليل لدى قوله أعلاه . وانظر : محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 221 وما بعدها . وابن جزري : القوانين الفقهية - مرجع سابق - ص 166 .

غير أن الفقه يقرر، أنه إذا سافر الولي بالمحضون، ثم رجع فإن الطفل يعود لحاضنته (محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 221) .

²⁰⁸⁹ - انظر ميارة على التحفة . ج 1، مرجع سابق، ص 275 . والتسولي - البهجة، ج 1، مرجع سابق، ص 648 وما بعدها . والتاودي بنفس المرجع والصفحات . والزرقاني على خليل . ج 4 ، مرجع سابق، ص 270 . وباقي شراح خليل في باب الحضانة .

²⁰⁹⁰ - وقال صاحب العمل المطلق :

وهذا بخلاف المذهب الحنفي الذي يمنع الأب من إخراج المحضون من بلدة الحاضنة إلا برضاها²⁰⁹¹.

أما بالنسبة لانتقال الحاضنة، فإن الفقه المالكي لا يجيز لها السفر بالمحضون أكثر من ستة برد، وإلا سقطت حضانتها. وإن سافرت لأقل من ستة برد فلا تسقط حضانتها ولها أن تأخذ الطفل معها. وإذا أذن لها الولي فلها أن تسافر بالطفل أنى شاءت²⁰⁹². ويميز بين ما إن كان سفرها اختياريا فتسقط حضانتها ولا تعود إليها أبدا، ولو رجعت من سفرها، إلا أن ترد المحضون من حازته عن طيب خاطر إليها. أما إن سافرت اضطرارا فتسقط حضانتها، لكنها تعود إليها عند عودتها. وفي هذا ورد عن الإمام مالك: { وليس للأُم أن تنقلهم عن الموضع الذي فيه والدهم أو أولياؤهم إلا أن يكون ذلك إلى الموضع القريب البريد ونحوه حيث يبلغ الأب والأولياء خبرهم (قلت) وتقيم في ذلك الموضع الذي خرجت إليها إذا كان بينها وبين الأب البريد ونحوه؟ (قال) نعم }.

الفقرة الثانية: موقف مدونة الأحوال الشخصية:

أما على صعيد مدونة الأحوال الشخصية فقد نص الفصل 109 على أنه: ((للأب وغيره من أولياء المحضون حق العناية بشؤونه في التأديب والتوجيه لأماكن الدراسة، ولكنه لا يبيت إلا عند حاضنته. إلا إذا رأى القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك)) . ونص الفصل 107 من المدونة على أنه: ((إذا استوطنت الحاضنة ببلدة أخرى يعسر فيها على أبي المحضون أو وليه مراقبة أحوال المحضون والقيام بواجباته سقطت حضانتها)) .

حاضنة ابن فله أخذ الولد	وإن نوى الأب الرحيل من بلد
على مسافة كسنة بُرد	منها إذا ما بلد القصد بعد
إلزامه أن يثبت استيطانه	نعم لمستحقة الحضانة
وقيل لا يلزم ذا والأول	بالبلد الذي إليه يرحل
واختار بعض غيره وصوبه	قضى به شيوخ قرطبة

²⁰⁹¹ - بدائع الصنائع للكاساني - ج 4، مرجع سابق، ص 65 وما بعدها. ومما جاء فيه: ((فلا يملك (الزوج) انتزاعه (الولد) من يدها لما فيه من إبطال حقها فضلا عن الإخراج من البلد)) .

²⁰⁹² - انظر مختلف شراح الشيخ خليل لدى قوله في باب الحضانة: ((أو تسافر هي (...)) . وانظر: محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، مرجع سابق، 1996 ص 221 .

وهكذا يبدو أن المدونة لم تتناول مسألة انتقال ولي المحضون وأثره على الحضانة، وقصرت الأمر على انتقال الحاضنة، مقتصرة على هذا الجانب الذي عاجله الفقه المالكي²⁰⁹³. فخالفت في هذا الأمر قواعد الفقه المالكي الذي يعتد بانتقال كل من الولي والحاضنة. لكن المدونة رغم ذلك لم تتعد في حكمها عن قواعد الفقه، بخلاف موقف مجلة الأحوال الشخصية بتونس التي منعت الأب من إخراج الولد من بلد الأم إلا برضاها²⁰⁹⁴.

ويبدو من موقف المدونة، أن العبرة حتى بالنسبة لانتقال الحاضنة، هو وجود عسر أو عدمه في مراقبة المحضون من قبل الولي، وفي هذا ارتباط بموقف الفقه المالكي، الذي لا يعد من مسقطات الحضانة انتقال الحاضنة لحل، يبعد عن موطن الولي مسافة تقل عن ستة برد.

الفقرة الثالثة: موقف المجلس الأعلى من انتقال ولي المحضون:

بتتبع عمل المجلس الأعلى في هذه النقطة، يتبين أنه كان يطبق في البداية قواعد الفقه المالكي المتعلقة بانتقال الولي، ثم اعتبر أن المدونة لم تتناول حالة انتقال الولي، وأن الفصل 107 من المدونة، قاصر على انتقال الحاضنة إلى بلد آخر، فاستبعد لذلك تطبيق قواعد الفقه المالكي على حالة انتقال الولي، وأعطى تفسيرا جديدا لمسألة عسر المراقبة.

فأمام عدم نص المدونة على حالة انتقال الولي وأثره على الحضانة، ذهب المجلس الأعلى أولا، إلى تطبيق ما هو مقرر في الفقه المالكي، من أن انتقال الولي إلى بلدة أخرى قصد الاستيطان

²⁰⁹³ - قال الشيخ خليل في معرض بيان أسباب سقوط حضانة الحاضنة : ((أو تسافر هي سفر نقلة لا تجارة)) (انظر شرح مختصر الشيخ خليل.

وهو ما أخذت به كذلك مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث حجرت على الحاضنة في السفر مسافة يعسر معها مراقبة الولي المحضون فإن فعلت سقطت حضانتها (المادة 61).

²⁰⁹⁴ - فقد نص الفصل 62 من المجلة على منع الأب من إخراج الولد من بلد الأم إلا برضاها مادامت حضانتها قائمة ولم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك . ويفسر القضاء التونسي الفصل المذكور على إطلاقه بحيث يمنع الأب من نقل المحضون ولو اضطرته ظروف عمله وعيشه للتنقل إلى بلد آخر . ويرجح مصلحة المحضون حتى لا يجرم من عاطفة الأمومة . (قرار محكمة التعقيب - عدد 3984 . بتاريخ 20-12-1965) . ذكره محمود شمام - الحضانة : وتطورها في التطبيق بالبلاد التونسية - بمجلة القضاء والتشريع (تونس) عدد 7، س 24، سنة 1982، ص 51 .

بها، يسقط حضانة الحاضنة²⁰⁹⁵، وموقف الفقه المالكي في هذا يخالف موقف المذهب الظاهري
2096

غير أن المجلس الأعلى وفي قرارات أخرى، اعتبر أن الحضانة لا تسقط إلا بسكنى الحاضنة
ببلد آخر²⁰⁹⁷، ولم يعتد بمجرد انتقال الولي من مدينة إلى أخرى لإسقاط الحضانة، بل اعتد في
ذلك بمسألة عسر المراقبة الناجم عن انتقاله، مع أن مسألة عسر المراقبة، قد ربطها المشرع بانتقال
الحاضنة. فقرر المجلس الأعلى²⁰⁹⁸ وانطلاقاً من مقتضيات الفصل 107 من مدونة الأحوال
الشخصية، بخصوص حالة انتقال ولي محضون من الرباط إلى مراكش، أنه ((ونظراً إلى أن عسر
مراقبة أحوال المحضون، المسقط للحضانة بمقتضى الفصل المذكور، من الأمور النسبية التي تختلف
باختلاف ملابسات النازلة وظروف المعنيين بالأمر... وحيث إن القسم الإقليمي لم يطبق الفصل

²⁰⁹⁵ - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 18 / 06 / 1962، بمجلة القضاء والقانون، عدد 55 / 56، ص 289 .
وقرار المجلس الأعلى بتاريخ 11 / 10 / 1967 (غير منشور)، ذكره أستاذنا أحمد الخليلي - التعليق على
قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 181، هامش 143 ب .

وتأخذ المحكمة العليا الاتحادية بالإمارات العربية المتحدة، بقواعد الفقه المالكي في هذه الحالة وتقضي
بسقوط الحضانة عند انتقال الولي ورفض الحضانة الانتقال معه وتعتبر هذا ((مما جرى عليه عمل هذه المحكمة،
واستقر عليه اجتهادها وفقاً لما هو مقرر في مذهب الإمام مالك)) (المحكمة العليا الاتحادية - طعن رقم 5 / 17،
بجلسة 21 / 05 / 1995 . ذكره الدكتور جاسم علي الشامسي : دور الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي
كمصدر لقانون المعاملات المدنية الإماراتي . بمجلة الحقوق (الكويت) عدد 1، السنة 23، مارس 1999، ص
157 وما بعدها) .

²⁰⁹⁶ - يقول ابن حزم : ((وأما قولنا : سواء رحل الأب أو لم يرحل فلأنه لم يأت نص قرآن ولا سنة بسقوط
حضانة الأم من أجل رحيل الأب، فهو شرع باطل ممن قال به وتخصيص للقرآن والسنن التي أوردنا ومخالف لهما
بالرأي الفاسد وسوء نظر للصغيرين وإضرار بهما في تكليف الحل والترحال والإزالة عن الأم والجدة وهذا ظلم لا
خفاء به وجور لا شك فيه)) (ابن حزم - المحلى، ج 10، مرجع سابق، المسألة 2010، ص 146) .
²⁰⁹⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 209 . بتاريخ 27-05-1977، بمجلة القضاء والقانون،
عدد 126، ص 147.

وفي هذا القرار، طالب المدعي الحضانة بالانتقال إلى وحدة إلى القنيطرة حيث يوجد هو . فقضت المحكمة
الابتدائية وفق طلبه، غير أن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم . فطعن بالنقض وما جاء في قرار المجلس الأعلى
وهو يؤيد قرار محكمة الاستئناف : ((إن الفصل 107 من المدونة، إنما يقضي بسقوط الحضانة لسكنى الحاضنة ببلد
آخر)) .

²⁰⁹⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 787، بتاريخ 18 يونيو 1962 . منشور
بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية (1962 - 1995)، منشورات
المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين، مرجع سابق، ص 5 .

المذكور أعلاه، تطبيقاً صحيحاً، حين حكم بسقوط الحضانة من غير أن يبت فيما إذا كان بقاء الحضانة في الرباط يعسر معه على الولي (الذي انتقل إلى مراكش) ، مراقبة أحوال المحضون، والحال أن هذا القدر هو المدار الأصلي على سقوط الحضانة أو عدم سقوطها، مما بقي معه الحكم غير معمل التعليل الكافي)) .

وقد سار المجلس الأعلى في هذا الاتجاه، أي عدم الاعتداد بانتقال الولي، كمبرر لانتقال الحضانة، لأن العسر يكون بفعله، فقرر²⁰⁹⁹ ((إن العبرة بحصول العسر، بسبب انتقال الحضانة بمحضونها، إلى بلدة لا يتسنى لأب المحضون أو وليه، رقابته والإشراف على تربيته - إلا مع العسر . وفي نازلتنا، إن الذي غادر مقر الطرفين العادي، حينما كانت العلاقة الزوجية قائمة هو الأب ، وفي هذه الحالة لا يستقيم تطبيق الفصل 107 من مدونة الأحوال الشخصية . ومن جهة أخرى، فإن المسافة ما بين الحسيمة والناظور، لا تشكل أي عسر في رقابة شؤون المحضونين والإشراف على تربيتهم وتوجيههم . مما كان معه القرار مؤسسا)) .

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى²¹⁰⁰، في نفس الاتجاه، رد فيه المجلس الأعلى طلب النقض المؤسس من الولي على عسر المراقبة، على أساس ((أن المسافة بين مراكش وإيمتانونوت قصيرة . وإن هذه القرية هي سكنى الزوجين، ولأن الزوج هو الذي انتقل منها إلى مراكش)) . غير أن المجلس الأعلى، وفي قرار آخر، ذهب إلى أبعد من ذلك، لما اعتبر أن انتقال الولي كمبرر لإسقاط الحضانة لم تتناوله المدونة، واستبعد بذلك تطبيق القواعد الفقهية في الموضوع . فبصدد حالة تعيين سفير مغربي بدولة الكويت، طالب الولي المذكور الجدة الحضنة لبنته - بالانتقال معه للكويت مقر عمله، أو أن تسقط حضانتها وتسلم المحضونة إليه . فحكمت المحكمة الابتدائية بالرباط وفقاً لطلبه، لكن محكمة الاستئناف بالرباط ألغت هذا الحكم ورفضت الطلب . فطعن المحكوم عليه بالنقض في الحكم المذكور لخرقه مقتضيات الفصل 107 من المدونة، وخرق النصوص الفقهية، ولما في ذلك من عسر المراقبة بالنسبة إليه لأن المحضونة توجد بالرباط وهو يعمل بالكويت، ولكون المحكمة اعتبرت انتقاله للكويت اختيارياً وليس بقصد الاستيطان . فقضى

²⁰⁹⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 745 . بتاريخ 23 / 06 / 1992، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46 ، صفحة 168 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 106 .

²¹⁰⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 47، بتاريخ 25 / 01 / 1994 . بمجلة الحامي، عدد 25 / 26، ص 215 .

المجلس الأعلى²¹⁰¹ بأن ((مقتضيات الفصل 107 من المدونة خاصة بانتقال الحاضنة . وأنه ل يبدو من صنيع المشرع الذي اقتصر على حكم انتقال الحاضنة أن سفر الولي لم يبق له أثر فيما يرجع لسقوط الحضانة . الأمر الذي يتبين منه أنه لم يبق هناك مبرر لتطبيق النصوص الفقهية على النازلة المعروضة)) . وهكذا فبدعوى الفراغ القانوني، لم يأخذ المجلس الأعلى بحل آخر غير ترك الحضانة عند الجدة، دون أن يبدو من القرار ما يفيد أن مصلحة المحضونة كانت في ذلك²¹⁰² .

وفي قرار آخر يهيم انتقال الطاعن من مدينة الدار البيضاء إلى مدينة تزنييت، ليمارس مهامه كرجل أمن، قرر المجلس الأعلى²¹⁰³ : ((وحيث إن مقر الحضانة هو مدينة الدار البيضاء، وإن الحاضنة لم تنتقل من المدينة المذكورة حسبما يتبين من أوراق الملف . وحيث إن العارض هو الذي انتقل من الدار البيضاء، ولا تنص مدونة الأحوال الشخصية، على ما يوجب إسقاط حضانة الحاضنة في حالة انتقال أب المحضون من مقر الحضانة، فبالأحرى على أسباب انتقاله)) .

وقد تواترت قرارات المجلس الأعلى، في ظل التفسير المذكور الذي أعطاه للفصل 107 من المدونة²¹⁰⁴ حيث تقرر - تبعا لما يستنتج من قراراته المذكورة - أنه لا مجال لإعمال مقتضيات الفقه المالكي بخصوص أثر انتقال الولي على حق الحاضنة .

²¹⁰¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 31 . بتاريخ 20-12-1971، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 24 ، صفحة 40 .

²¹⁰² - وهكذا يرى أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، أن القرار عدد 31 المذكور أعلاه : ((اعتبر سكوت المدونة عن التعرض لمضمّن القاعدة الفقهية قرينة على الأمر بعدم تطبيقها . وبديهي أن هذا يتعارض مع الإحالة الصريحة على تطبيق مذهب مالك في كل ما لم يرد في نص المدونة)) (التعليق - ج 1، مرجع سابق، ص 8) .

كما أن الدكتور أحمد الخليلي والدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد - لاحظا أن المجلس الأعلى وإن لم يساير الفقه المالكي، فهو عزز النص الحرفي للمدونة، إذ منح الجدة الحضانة، وذلك رغم تغيير مفهوم الحضانة في الوقت الحاضر، وكان يجب أن يعطاها للأب دون غيره من الأقرباء في حالة عدم قيام حضانة الأم - انظر بحث الدكتورين المذكورين : 25 سنة على صدور المدونة - مرجع سابق، ص 11 ، هامش 34 .

- وتجدر الإشارة إلى أنه وفي ظل النص القديم للفصل 99 من المدونة، كان هناك اعتقاد بأن المدونة أغفلت ذكر الأب في مراتب الحضانة وهو ما تلافاه التعديل الأخير (ظهر 10-09-1993) حيث أصبح الأب يأتي في الرتبة التالية للأم في مراتب أصحاب الحضانة عند انفصام العلاقة الزوجية .

²¹⁰³ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 1 . بتاريخ 21-01-1980، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28، ص 129. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 242 .

²¹⁰⁴ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 76 . بتاريخ 20-03-1972، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 120 ، سنة 12، ص 576.

وهكذا، فإن تفسير المجلس الأعلى لمقتضيات الفصل 107 من مدونة الأحوال الشخصية، وتفسيره لخلو الكتاب الثالث المتعلق بالحضانة من قاعدة الإحالة على الفقه المالكي - أدى إلى استبعاد تطبيق قواعد الفقه على حالة انتقال الولي، كما أنه وبالنسبة لحالة انتقال الحاضنة فقد وسع المجلس الأعلى من السلطة التقديرية للمحكمة في تقدير العسر وخرج عن معايير الفقه المقرر في مسألة البعد والقرب التي كانت سائدة في عهد لم تيسر فيه سبل المواصلات والطرق كما هو عليه الحال الآن .

فإذا كان الفصل 107 من المدونة ، لم يحدد المسافة التي يقوم معها العسر في المراقبة، والتي كان الفقه يحددها في ستة برد، فإن المجلس الأعلى، لم يجعل مجرد انتقال الحاضنة إلى بلد آخر، كافياً للقول بسقوط الحضانة . بل أسس المجلس الأعلى بمقتضى قراره عدد 787 بتاريخ 08 يونيو 1962 مبدأ مفاده : أن سقوط الحضانة أصبح منوطاً بعسر مراقبة أحوال المحضون، وأن عسر المراقبة نسبي يختلف تقديره بحسب الحال والمكان والشخص . وتأسيساً على هذا المبدأ (نسبية العسر) قرر المجلس الأعلى²¹⁰⁵ ((نظراً للحكم الصادر من المجلس الأعلى، عدد 787، وتاريخ 15 محرم 1382 هـ (08 يونيو 1962)، بالملف عدد 8996 . الذي يجعل مدار سقوط الحضانة وعدم سقوطها، مرتبطاً بعسر مراقبة الولي لأحوال محضونه أو عدمه . وحيث يتجلى من نسخة الحكم المطعون فيه، أن قسم الاستئناف قضى بسقوط حضانة المدعى عليها، بسبب عسر المراقبة دون أن يعمل على ثبوته أو نفيه بالوسائل المشروعة . سيما وأنه بعد صدور حكم المجلس الأعلى المشار إليه أعلاه، أصبح سقوط الحضانة منوطاً بعسر مراقبة أحوال المحضون والقيام بواجباته (الفصل 107 من مدونة الأحوال الشخصية) والعسر نسبي يختلف تقديره بحسب الحال والمكان والشخص كما هو معلوم .. (مما كان معه الحكم ناقص التعليل) .))²¹⁰⁶

- والمجلس الأعلى - قرار عدد 23 . بتاريخ 16-03-1977، بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 112.

²¹⁰⁵ - المجلس الأعلى - الغرفة الأولى - قرار عدد 87 . بتاريخ 05-12-1967، بمجلة القضاء والقانون، عدد 92، ص 44. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 76 . مع تعليق للمرحوم حماد العراقي .

²¹⁰⁶ - جاء للمرحوم حماد العراقي في تعليقه على القرار 87 (بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 77 - 78) : جاء للإمام مالك في أحد أقواله الذي فسره اللخمي بقوله : ((رباً بعيد لا ينقطع خبر الولد عن أبيه ولا استعلام حاله، لكثرة ترداد أهله بين الموضعين، ورب قريب تنقطع معرفة حالة الولد منه لقلّة التصرف بين الموضعين فيكون له حكم البعيد)) فلم يعر مالك اهتماماً للمسافة، بل بمدى

كما اعتبر المجلس الأعلى²¹⁰⁷، أن المحكمة تخطيء في تطبيق مقتضيات الفصل 107 من مدونة الأحوال الشخصية، لما قبلت ادعاء المدعي لعسر المراقبة دون ثبوته بالوسائل الشرعية . وبذلك لم يصبح مجرد انتقال الحاضنة إلى بلد آخر، من موجبات إسقاط حضانتها، إذا كان بإمكان الولي مراقبة أحوال المحضون .

وتبعاً لذلك، أقر المجلس الأعلى لمحاكم الموضوع، السلطة التقديرية اللازمة في تقدير عسر المراقبة، بما يتوافق ومصلحة المحضون . فقرر المجلس الأعلى²¹⁰⁸ : ((إن المحكمة المطعون في حكمها لا تناقش في سلطتها التقديرية، لمعرفة ما إذا كانت تعسر على الطاعن مراقبة أحوال ابنته أم لا . وهي قد عللت كيفية استخلاص هذه النتيجة، بتوفر وسائل المواصلات بين البلدين، وبكون الأب ميسوراً يسهل عليه الإنفاق للانتقال من الرباط إلى وجدة لمراقبة أحوال ابنته الصغيرة . وهو تعليل منطقي واقعي... ووازنت المحكمة - بعد ذلك - بين مصلحة المحضونة وهي عند أبيها الغير متزوج، وبين مصلحتها وهي عند أمها، فقررت أن مصلحتها أن تكون عند أمها . وقد شرعت الحضانة لمصلحة المحضون، كما هو الراجح . وهذه المصلحة على محاكم الموضوع أن تتلمسها في كل قضية)) . وبذلك أقر المجلس الأعلى حكم محكمة الاستئناف الذي قضى بالإبقاء على حضانة الأم المدعى عليها التي غادرت مدينة الرباط موطن الأب واستقرت بمدينة وجدة، معتبرا أن عسر المراقبة في النازلة، غير متحقق في زمن المواصلات الحديثة، خاصة مع يسر الأب .

واعتباراً للوسائل الحديثة في النقل وتنوعها، فإن المجلس الأعلى²¹⁰⁹، أقر ما ذهب إليه محكمة الاستئناف من كون وسائل النقل العصرية ينتفي معها أي عسر، خاصة وأن المدعي معلم يتمتع بثلاث عطل مدرسية، ولذلك اعتبر الحكم سكنى الحاضنة بتاونات التي تبعد بمسافة 400 كلم عن مدينة المحمدية حيث يسكن الولي غير موجب لإسقاط حضانة الحاضنة . كما أن المجلس

إمكانية الإطلاع . وأضاف المعلق : ((ومن هنا تأتي للمجلس الأعلى أن يعتبر العسر قضية نسبية)) (المرجع السابق ص 78) .

²¹⁰⁷ - المجلس الأعلى - قرار عدد 195 . بتاريخ 13 / 03 / 1978، غير منشور، ذكره أستاذنا أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 182، هامش 148 .

²¹⁰⁸ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 118 . بتاريخ 30-06-1970، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 21، ص 28 .

²¹⁰⁹ - المجلس الأعلى - قرار عدد 23 . بتاريخ 16-03-1977، بمجلة القضاء والقانون، عدد 127، ص

الأعلى²¹¹⁰، أيد ما ذهبت إليه محكمة الموضوع فيما ذهبت إليه من كون ((البنت سعيدة توجد بالدار البيضاء، تتابع دراستها هناك حسب الشهادة المدرسية المدلى بها، فذلك لا يمكن أن يكون سببا في إسقاط الحضانة لعدم وجود العسر الذي يشترطه الفصل 107 من مدونة الأحوال الشخصية، لتعدد وسائل النقل وتنوعها ولسهولة زيارتها بالدار البيضاء)) وقد كان الولي يسكن بأمزميز بدائرة مراكش التي تبعد مسافة 300 كلم تقريبا عن الدار البيضاء . وهو ما أكده المجلس الأعلى في قرار آخر²¹¹¹ لما اعتبر أن مسافة 300 كلم التي تفصل الولي عن محضونه، لا تمنع الولي من ممارسة حق مراقبة المحضون، ونقض لذلك الحكم الذي قضى بسقوط الحضانة، دون مراعاة هذه الإمكانية²¹¹².

وعليه فإذا انتقلت الحضانة لمكان بعيد وكان ولي المحضون موسرا والمواصلات منتظمة تسمح له بالإطلاع على أحوال المحضون دون عائق فإن هذا البعد لا يخول له إسقاط الحضانة، وبالعكس إذا كانت المواصلات متعذرة ويقوم العائق في القيام بواجبات الولي، ففي هذه الحالة تسقط الحضانة ولو كانت المسافة قريبة بشرط إثبات العسر²¹¹³.

وباعتبار مسألة العسر من المسائل الموضوعية والتي ترتبط بالواقع، فإن المجلس الأعلى يرفض البت في الدفع المثار بخصوص وجود العسر من عدمه لأن ((مسألة عسر أو يسر المراقبة مسألة واقع يستقل بها قضاء الموضوع))²¹¹⁴. وتأسيسا كذلك، على كون نفي أهلية الحضانة عن الحاضن، يعتبر من مسائل الموضوع والواقع .

²¹¹⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 87، بتاريخ 01 / 02 / 1994 . بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 219 .

²¹¹¹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1252، بتاريخ 27 / 07 / 1995، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 48، ص 227 .

²¹¹² - وقد قررت المحكمة الابتدائية بمراكش، ((إن ولي المحضون لم يثبت العسر خاصة وأن مدينة مراكش التي انتقلت إليها الحضانة تربطها بمكان المدعي (الدار البيضاء) خطوط المواصلات المنتظمة، تسمح له بالإطلاع على أحوال محضونه دون عائق يعوقه عن التخلي عن واجباته المنوطة به . وحيث إنه متى أمكن الإطلاع على أحوال الولد بسبب المواصلات، إلا وكان طلب إسقاط الحضانة في غير محله)) (المحكمة الابتدائية بمراكش، حكم عدد 1295، بتاريخ 20 / 05 / 1993، ملف عدد 91 / 1992 . بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 282) .

²¹¹³ - حماد العراقي - في تعليقه على القرار 87 - المشار إليه أعلاه .

²¹¹⁴ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 150 . بتاريخ 26-06-1972، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25، ص 150. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 209 .

ونشير في النهاية، إلى أن الأم التي تشترط في رسم الخلع، حقها في الانتقال بالخضون، لا تسقط حضانتها بالانتقال بالخضون تحقيقاً لما اشترطته برسم الخلع . فقد قرر المجلس الأعلى²¹¹⁵ أنه : ((حيث ورد في رسم الطلاق الخلعي، اتفاق الطرفين على زواج الحاضنة وسفرها بالخضونين، فلم يبق للمفارق الحق في مطالبة الحاضنة بالانتقال إلى حيث استوطن هو، من أجل مراقبة أحوال المخضونين، مما يجعل الحكم الذي قضى بخلاف ذلك معرضاً للبطلان)) . وحسب أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، يعد هذا القرار فريداً، ولذلك لا يعد عملاً قضائياً . واعتقد أن المجلس الأعلى، لربما أخذ بما هو مقرر فقهاً، من أنه يمكن للزوج ولو أثناء قيام الزوجية، أن يأذن للزوجة بالخروج بالأولاد إلى مكان بعيد، بشرط تحمل الزوجة لنفقتهم وكسوتهم²¹¹⁶، فأجاز المجلس الأعلى ذلك في حالة الخلع من باب الأحرى، مادام أن الخلع قد وقع على ذلك . غير أنه ينبغي ألا يؤخذ بما ورد في الخلع إن كان فيه ضرر على الأولاد، خاصة إذا كان الانتقال بهم من شأنه حرمانهم من الرقابة والتوجيه .

المطلب الرابع

تقييد مقتضيات نصوص المدونة بقواعد الفقه

إذا كان المجلس الأعلى يلجأ إلى الفقه في مواضيع معينة سدا لنقص قانوني، أو دجماً للنص القانوني الوارد في المدونة مع مصدره الفقهي، فإن المجلس الأعلى²¹¹⁷ يقوم في مواضيع معينة،

²¹¹⁵ - المجلس الأعلى - قرار عدد 157 . بتاريخ 13 / 03 / 1978، ملف عدد 64065، غير منشور، ذكره أستاذنا أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 176، هامش 131، وكذلك ص 182، هامش 149 .

²¹¹⁶ - الخطاب - تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 182 وما بعدها .

²¹¹⁷ - ويلاحظ أن بعض قرارات محاكم الموضوع أيضاً تقيّد نصوص المدونة عن طريق الفقه . فقد نقض المجلس الأعلى الحكم الذي رفض محاسبة الحاجر بعلّة أن الفقهاء يقررون أن حق المحجور في المحاسبة يسقط بسكوته مدة طويلة بعد رشده . وقال المجلس الأعلى : ((وحيث إن قسم الاستئناف الإقليمي بالبيضاء، حينما حكم بعدم استحقاق المدعية الحساب من حاجرها معتمداً على قول الفقهاء، من أن سكوتهما بعد رشدها مدة تزيد على العشرين سنة مسقط لحقها، قد حرق بصنيعه مقتضيات الفصل 168 من مدونة الأحوال الشخصية))، وبذلك قرر المجلس الأعلى أنه تحقق محاسبة الحاجر ولو بعد بلوغ المحجور وسكوته عن المحاسبة، وأن المدونة لم ترتب على سكوته سقوط مسؤولية الحاجر، ولو طال تطبيقاً لمقتضيات الفصلين 168 و 169 من المدونة (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 113، بتاريخ 14 / 01 / 1969، بمجموعة قرارات المجلس الأعلى

بتقييد نص المدونة تبعاً لقواعد الفقه²¹¹⁸، مما قد يجد من إطلاق النص الوارد في المدونة . وقد يكون في ثنايا بعض القرارات التي سبق تناولها ما يبين هذه الاتجاه، إلا أننا سنركز هنا على مواضع معينة، تم فيها تقييد نص المدونة بقواعد فقهية، كما يتجلى ذلك في : الحد من مرونة مفهوم الضرر الموجب للتطبيق (الفقرة الأولى)، وجعل دعوى التطليق للضرر توقف دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية (الفقرة الثانية)، واشتراط وجود أنثى للحاضن الذكر حتى يمكنه ممارسة حق الحضانة (الفقرة الثالثة)، وعدم جواز سكنى الحاضنة مع من سقطت حضانتها (الفقرة الرابعة)، ثم اعتماد قواعد إثبات مرتبطة باللفيف حتى فيما يتعلق بإسقاط الحضانة المرتبط بوقائع مادية أساساً (الفقرة الخامسة)، أو اعتماد قواعد تقلل من ضمانات حق الزوجة في شوارها (الفقرة السادسة) .

الفقرة الأولى - تضييق مفهوم الضرر (إحالة) :

لقد سبق أن بينا موقف المجلس الأعلى وبعض محاكم الموضوع من أمر إثبات الضرر، خاصة اشتراط تضمين اللفيف شرطاً توثيقياً ينص على أن

(مادة الأحوال الشخصية)، الرباط 1990، ص 97) . ولقد مر معنا في مبحث التطليق للضرر نماذج من تقييد محاكم الموضوع لدعوى التطليق للضرر .

²¹¹⁸ - قد لا يكون تقييد المجلس الأعلى لنصوص المدونة تبعاً لقواعد الفقه، بل مجرد تأويل لنص المدونة، مثلما قرر بالنسبة للفصل 3 من المدونة بخصوص استرجاع الهدايا عند العدول عن الخطبة . ففي قضية تتعلق بطلب الخطيب استرجاع ما قدمه من هدايا، نظراً لفسخ الخطوبة من قبل الخطيبة وتزوجها من آخر، قضت محكمة الاستئناف بمكناس برفض طلبه على أساس أنه هو الذي تماطل إلى أن تخلى عن خطيبته . غير أن المجلس الأعلى نقض القرار المذكور بعلّة أنه كان على الخطيبة ((أن تثبت أنها فعلت ما يخوله لها القانون من أجل مطالبة المدعي بإتمام عقد الزواج، بما أنه كان هو الذي يماطل إلى أن تخلى عنها نهائياً)) (قرار عدد 881 - بتاريخ 13-12-1978 . ويراجع مضمونه بثنايا الحكم الاستئنائي عدد 316 والصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس بعد النقض والإحالة، بتاريخ 7-10-1980 . قضية عدد 303-7-79، منشور بمجلة رابطة القضاة، عدد 8 و 9، صفحة 155) . وقد لاحظ أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي على قرار المجلس الأعلى المذكور، أن المادة 3 من المدونة تتحدث عن إثبات مجرد العدول، ولم تستلزم إطلاقاً، قيام الخطيبة بمطالبة الخطيب بإبرام العقد، ولا إثبات ((تماطله إلى أن تخلى عنها نهائياً . فالحكم ألزم المدعي عليها بما لم يفرضه عليها القانون)) (أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ج 1، مرجع سابق، ص 51) . وانظر تعليق الأستاذ محمد بن أحمد الجراوي، على القرار الاستئنائي 316 المذكور أعلاه ب مجلة رابطة القضاة عدد 8-9 . ص 164) . وحول استرجاع الهدايا انظر كذلك قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 173، بتاريخ 17 / 07 / 1972 . مجلة القضاء والقانون، عدد 121، ص 646.

الضرر تم من غير ذنب جنته الزوجة²¹¹⁹، أو اشتراط بعض محاكم الموضوع لشروط أخرى من شأنها التصديق من مفهوم الضرر، خاصة عندما يتعلق الأمر بالضرب . وتلافيا للتكرار نحيل على ما سبق بيانه بهذا الخصوص في المبحث الخاص بالتطبيق للضرر.

الفقرة الثانية – رفع دعوى التطبيق للضرر يوجب إيقاف النظر في دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية :

رغم أن المساكنة الزوجية من الحقوق الزوجية المشتركة بين الزوجين (الفصل 34 من المدونة)، فإن الزوج وحده هو الذي يمكن من ممارسة دعوى طلب رجوع زوجته إلى بيت الزوجية، التي يعبر خروجها منه في الواقع عن حالة شقاق بين الزوجين، وهو ما يدفع بالزوجة أحيانا إلى تقديم دعوى التطبيق للضرر . وهذا يدل على استقلال كل من الدعويين، ولا يوجد في نصوص المدونة ما يقيد حق أي من الزوجين في رفع الدعوى التي تعنيه في هذا المجال .

غير أن المجلس الأعلى، يقرر أن رفع دعوى التطبيق يوجب إيقاف دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية . وأساس هذا المبدأ، هو أن دعوى التطبيق للضرر تسقط إن مكنت الزوجة المدعية زوجها من نفسها، أثناء سريان دعوى التطبيق للضرر، وذلك حسبما تقرره قواعد الفقه المالكي²¹²⁰ . وإن هذه القاعدة التي لم تنص عليها المدونة ولا المسطرة المدنية، أقرها المجلس الأعلى تبعا لمبدأ الإحالة على الفقه المالكي اعتمادا على الفصل 82 من المدونة، فقد جاء في قرار للمجلس

²¹¹⁹ – المجلس الأعلى – غرفة الأحوال الشخصية – قرار عدد 2546 . بتاريخ 20 مارس 1984، مجلة القضاء المجلس الأعلى، عدد 37-38، ص 129 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 396 .

²¹²⁰ – انظر : التسولي – البهجة في شرح التحفة . ج 1، مرجع سابق، ص 496 . حيث يقول : ((فإن ادعى الزوج أنها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر وصدقته سقط حقها كانت جاهلة أو عالمة، فإن ادعت الجهل لم يعذر قاله في المتطببة)) . وهذا القول هو الذي أسس عليه المجلس الأعلى القرار رقم 246 الآتي بعده .

ويضيف الفقه ((ولو أنكرت أن تكون أمكنته من نفسها، كان عليه إقامة البينة على دعواه، فإن عجز عنها، أحلفها ...)) (انظر : أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيق (ت 733 هـ / 1332 م) – معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق الدكتور محمد بن قاسم بن عياد، ج 1 (قسم الأحوال الشخصية)، دار الغرب الإسلامي 1989، ص 207) .

ولعل الاحتياط من ادعاء الزوج أنها مكنته من نفسها بعد رفع دعواها، هو ما حتم عند وجود شقاق بين الزوجين، ضرورة إقامة الزوجة أثناء دعوى التطبيق بدار الثقة (الفصل 59 من المدونة) وهي دور لا وجود لها الآن في الواقع كما سبق بيانه .

الأعلى²¹²¹ ((في شأن الوسيلة الخامسة المستدل بها على خرق الفصل 82 من المدونة، ذلك أن الفصل المذكور، نص على أنه يرجع إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب مالك في كل ما لم يشمل هذا القانون . ذلك أن الطاعنة التمسست في مقال الاستئناف، إيقاف النظر في القضية إلى أن يقع البت في طلب التطليق للضرر موضوع القضية عدد 5160 . وأن محكمة الاستئناف رفضت هذا الطلب بعلّة أن لا ترابط بينه وبين الرجوع إلى بيت الزوجية . وأن هذا التحليل يكون خرقاً للمشهور من مذهب الإمام مالك، من أن معاشرّة المرأة للزوج بعد قيامها بالضرر، مسقط لحقها في طلب التطليق . وأن المحكمة برفضها إيقاف البت في القضية إلى حين البت في دعوى التطليق، تكون قد فتحت المجال للزوج للادعاء بأن الطاعنة مكنته من نفسها بعد قيامها بدعوى الضرر، حتى يسقط حقها ولا يقبل عذرها، ولو ادعت الجهل كما في شرح التسولي على التحفة . حقا - يقول المجلس الأعلى - حيث يتضح من شرح التسولي عند قول صاحب التحفة، وثبت الإضرار بالشهود الخ، أن الزوج إذا ادعى بعد قيامها بالضرر أنها مكنته من نفسها وصدفته سقط حقها كانت جاهلة أو عالمة . وحيث إن الرجوع إلى بيت الزوجية، والحال أن دعوى التطليق جارية، يفتح المجال أمام الزوج لادعاء الخلوة، وتمكينه من نفسها، وبالتالي، يكون إذاك، القول قوله . وحيث إن تعليل المحكمة بأن لا ترابط بين الدعويين دون أن تأخذ بعين الاعتبار مقتضيات الفصل 82 من المدونة، يكون تعليلا خاطئا، ويكون ما نعته الوسيلة في محله)) .

إن اعتماد هذه القاعدة الفقهية من شأنه اعتبار وجود الزوجة ببيت الزوجية بعد تسجيلها لدعوى التطليق للضرر مع ادعاء الزوج الاتصال بها مسقط لدعواها ((مع أن التنازل يجب أن يكون ثابتا وصريحا، وأن تطبيق القاعدة يخلف آثارا سلبية، وقد يسيء إلى الزوجين أو الأطفال))²¹²² . وإذا كانت علة الأخذ بهذه القاعدة يرجع إلى مظنة ادعاء الميسس أثناء قيام دعوى التطليق للضرر، فإن تطبيق مقتضيات الفصل 59 من مدونة الأحوال الشخصية²¹²³ توحى بأن القانون

²¹²¹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 246، بتاريخ 19-04-1982، بمجلة القضاء والقانون، عدد 132، يناير 1984، ص 151 .

²¹²² - الدكتور أحمد الخليلي عند تعليقه على القرار 1208 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 49 / 50 ، هامش 7، ص 305 .

²¹²³ - ينص الفصل 59 من المدونة : ((في حالة الترافع لدى القاضي، وعدم تأتي مساكنة الزوجين وقت جريان الدعوى يمكن للزوج أن يرشح بعض أقاربه للزوجة لتختار عند من تقيم ريثما يصدر الحكم في شأنهما . فإن لم تختار من بينهم واحدا، فللزوج أن يختار من بين أقاربها من تنزل عنده . فإذا امتنعت أنزلها القاضي في دار الثقة، ويجري الزوج النفقة في مختلف الأحوال)) .

يعطي إمكانية تساكين الزوجين أثناء رفع دعوى التطلاق للضرر، وحتى عند تعذر تلك المساكنة، فإنه لا يوجد ما يمنع الزوج من ادعائه الخلو بالزوجة، إن أقامت عند أقاربها أو عند أقاربه بصفة خاصة، حيث يسهل ادعاؤه . ولذلك يتعين إيجاد حل يراعى فيه هذا الوضع، لأن قضايا كثيرة أمام المحاكم ترفع ضد الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية، ويثار طلب إيقافها لوجود دعوى التطلاق للضرر، بل يتم إيقاف تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع لبيت الزوجية استنادا إلى رفع دعوى التطلاق للضرر، فتطول المساطر وتتضارب الحلول . وهو ما يحتم على الأقل ضم ملفات هذه الدعاوى كلما أمكن ذلك في الوضع الحالي، والبت فيها بما يرفع الشقاق بين الزوجين ويقضي على أسباب الخلاف بينهما، بما في ذلك إيقاع التطلاق إن كان له موجب. فذلك حل أحسن من الوضعيات المعلقة، التي لا هدف لبعض الأزواج والزوجات من ورائها، سوى التملص من التزامهم الزوجية .

الفقرة الثالثة - اشتراط وجود أنثى تحضن للأب :

إذا كان طالب إسقاط الحضانة ذكرا، كالأب مثلا، وطلب تمكينه من الحضانة، فإنه لا يقضى له بالحضانة بعد سقوطها عن الحاضنة، إلا بعد التأكد من توفره على شروط الحضانة المذكورة في الفصل 98 من مدونة الأحوال الشخصية ، وتعلق الشروط الواردة في الفصل 98 من المدونة بالشروط العامة المطلوب توفرها في الحاضن سواء كان ذكرا أو أنثى . ولا يوجد شرط خاص بالحاضن الذكر سواء كان أبا أو غيره²¹²⁴، اللهم ما تعلق بالوصي، حيث نصت الفقرة الثانية من الفصل 99 من المدونة : ((الوصي مقدم على سائر العصبات في المحضون الذكر، وفي الأنثى حال صغرها مطلقا، وفي حال كبرها إن كان محرما أو كان أمينا متزوجا)) . ولقد عرضت قضية على المجلس الأعلى، يتبين منها أنها أن المجلس الأعلى لا يعتد في حضانة الأب إلا بالشروط العامة الواردة في الفصل 98 من المدونة²¹²⁵ . إلا

²¹²⁴ - لقد نص الفصل 99 من المدونة بعد تعديله (10 / 09 / 1999) على رتبة الأب من جملة مراتب الحاضنين، حيث يحق له ممارسة الحضانة عقب الأم بعد انفصام العلاقة الزوجية . وذلك بعدما كانت رتبة الأب مغفلة قبل التعديل المذكور . ومن الحاضنين الذكور الذين نص عليهم الفصل 99 المذكور في آخر الترتيب بعد النساء : ((أخ المحضون، ثم الجد من قبل الأب، ثم ابن الأخ، ثم العم، ثم ابنه، ويقدم في الجميع الشقيق ثم للأم ثم الذي للأب)) .

²¹²⁵ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 63 . بتاريخ 10/01/1995، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 49 / 50 ، ص 95 . وفي هذه القضية تقدم الأب بطلب إسقاط حضانة مفارقتة على أساس زواجها، وبعد أن حكمت محاكم الموضوع لفائدته، طعن المدعى عليها بالنقض، على أساس أن الأب لا يتوفر

أن المجلس الأعلى وفي قرار آخر، اشترط لممارسة الأب لحق الحضانة، أن يكون له من يقوم بالحضانة من النساء .

فقد قرر المجلس الأعلى²¹²⁶ وبإثارة تلقائية من طرفه : ((فيما يتعلق بما أثاره المجلس تلقائياً. حيث إن الحق في الحضانة هو للأم، فإن سقطت بموجبها وتنازلت (كذا) عنها لوالد المحضون، فإنه لا يستحقها إلا إذا كان له من يحضن من زوجة أو سرية أو غيرها . بناء على ما للشيخ خليل - شارحه الزرقاني (ويشترط لثبوتها للذكر أن يكون عنده من يحضن) ممن يصلح للحضانة من الإناث من زوجة مستوفاة لشروط الحاضن أو سرية أو أمة أو من استأجره لذلك، لما يفيد كلام الإمام (كذا) . وقصر اللخمي ذلك على الزوجة أو سرية لعل الغالب . بل ويفيد شموله للمترعة، لأن الحضانة حق للحاضنين . والغرض وجود من يقوم بأمر المحضون . ويشترط في الحاضن الذكر لمُطيقاً، أن يكون محرماً لها ولو في زمن الحضانة . كأن يتزوج بأمر المحضونة وإلا فلا حضانة له ولو مأمونا ذا أهل عند مالك . وأجازه أصبغ وسلمه الشيخ بناني بعدم تعقيبه عليه. وحيث إن محكمة الموضوع لم تتطرق لهذه النقطة الفقهية بأي وجه من الوجوه ولم تبحثها مع المطلوب في النقض، حتى يكون حكمها والحال ما ذكر مبنيًا على القواعد الشرعية المقررة مما يجعل حكمها مبنيًا على غير أساس)) . وعلى هذا يشترط لممارسة الأب لحق الحضانة، أن تكون له امرأة تقوم له بالحضانة، وإن كانت المرأة التي تحضن للأب في هذه الحالة غالباً هي زوجة الأب، ويظهر الواقع المشاكل التي تترتب عن مثل هذه الحضانة . فهل يمكن إعمال هذا الشرط الفقهي الآن، رغم أن التعديل الأخير للمدونة (ظهير 10 / 09 / 1999)، الذي صنف الأب من جملة الحاضنين بعد الأم في حالة انفصام الزوجية، لم يشر إلى هذا الشرط الذي لا تخفى آثاره الاجتماعية على المحضون ؟ إن هذه الوضعية تشبه إسقاط حضانة الأم لزواجهما، ولذلك فإن مقتضيات مصلحة المحضون تقتضي إيجاد حلول لا تراعي إلا مصلحته، مع إعطاء صلاحية التقدير للقاضي بالنسبة لكل قضية على حدة، إذ ليس مجرد وجود أنثى تحضن للأب كاف للقول بأن مصلحة المحضون قد تحققت .

على شروط الحضانة . ولا يظهر من هذا القرار أنه تم الدفع بتخلف شرط الأنثى التي تحضن له . فقال المجلس الأعلى وهو يشير فقط إلى مقتضيات الفصل 98 من المدونة : ((حيث إنه كان على المحكمة قبل البت في النازلة، أن تجري بحثاً تتأكد فيه من توافر مقتضيات الفصل 98 من مدونة الأحوال الشخصية، في طالب الحضانة . الشيء الذي لم تقم به، مما يجعل قرارها ناقص التعليل)) .

²¹²⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1917 . بتاريخ 26 / 12 / 1989، ملف رقم 87 / 5576 . أورد حيثياته : إدريس بلحمجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 70.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه النيابة في الحضانة، غير قاصرة على هذه الحالة، فقد قررها القضاء حتى في حالة العجز البدني للحاضنة . إذ قد لا تقوم بشخص مستحق الحضانة القدرة البدنية على حضانة المحضون، ومع ذلك فإنه وحسب الفقه المالكي لا تسقط حضانته، إذا وجد من يحضن له . وهذا ما قرره القضاء المغربي قبل صدور المدونة بخصوص رفض طلب إسقاط حضانة جدة عاجزة وفاقدة لحاسة البصر، وذلك لأن لها من يقوم بالحضانة، تبعاً لما جاء عند الفقهاء التسولي والزرقاني والمعداني²¹²⁷ . ويمكن القول بأن المجلس الأعلى يأخذ بنفس الحل لما قرر أن : ((كبر السن بدون عجز، لا يبرر إسقاط الحضانة))²¹²⁸ .

الفقرة الرابعة - عدم جواز سكنى الجدة مع من سقطت حضانتها :

وإذا كان القضاء يقبل النيابة في الحضانة، في الصورة التي تناولناها في الفقرة السابقة، فإنه وبالمقابل يقر إسقاط الحضانة لسكنى الحاضنة مع من سقطت حضانتها، وهو شرط عام حسب الفقه، لكن غالباً ما يتعلق هذا الشرط بالجدّة، بعد سقوط حضانة الأم . وهذا الشرط يجد مستنده في مشهور الفقه المالكي²¹²⁹ ، بل إنه

²¹²⁷ - حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي)، بتاريخ 13 ذو القعدة 1363 هـ - موافق 31 / 10 / 1944، بمجموعة الأحكام الشرعية . مرجع سابق ، ص 192 .

²¹²⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 87، بتاريخ 01 / 02 / 1994 . بمجلة الحامي، عدد 25 / 26، ص 219 . وفي هذا القرار لم يعتبر المجلس الأعلى من مسقطات الحضانة ترك الحاضنة لمحضونتها البالغة 24 سنة من العمر ، تشتغل في أعمال الفلاحة، وقال المجلس الأعلى : ((كون البنت فاطمة تعمل في الأشغال الفلاحية، لا يستوجب إسقاط الحضانة، لأن ذلك عمل عادي بالنسبة للبادية)) .

²¹²⁹ - فقد نص الشيخ خليل وهو يعدد مراتب الحاضنين : ((ثم أمها، ثم جدة الأم، إن انفردت بالسكنى عن أم سقطت حضانتها)) . قال شارحه الزرقاني : ((بتزوجها أو غيره، وكذا يجري هذا الشرط في كل من انتقلت إليها الحضانة كما هو الظاهر)) (الزرقاني على في شرحه لمختصر الشيخ خليل - ج 4، مرجع سابق، ص 264) . وانظر الخرشى على خليل ج 4، مرجع سابق، ص 208) . ويقول التسولي : ((كل من انتقلت له الحضانة، من هذه الأفراد، يشترط في استحقاقه للحضانة، أن لا يسكن مع من سقطت حضانته بتزوج غيره)) (البهجة، ج 1، مرجع سابق، ص 406) . وقد يعلل سبب هذا الشرط - في حالة الجدة - بزواج الأم مما يمنع الأب من تعهد المحضون . قال الخطاب : ((قال في التوضيح : يمكن أن تكون العلة، أن للأب تعاهدتهم عند الأم وأدبهم . فإذا سكنت الحاضنة مع أمهم لم يكن للأب تعاهدتهم لسبب ما يحدث بذلك مما لا يخفى)) (الخطاب - مواهب الجليل، ج 4، مرجع سابق، ص 215) .

يعتبر مما جرى به العمل لدى المتأخرين²¹³⁰ . والمجلس الأعلى يطبق هذا الشرط رغم عدم النص عليه في المدونة، ضمن الشروط العامة أو الخاصة في الحضانة .

فقد طالبت الجدة بحضانة حفيدها، وأجاب الأب المدعى عليه بأن الجدة مسنة وغير قادرة على الحضانة، فتم الحكم برفض الطلب نظرا للعجز ولكون المدعية تسكن مع بنتها التي سقطت حضانتها . غير أن محكمة الاستئناف، ألغت الحكم المذكور، بعلّة عدم ثبوت العجز، ولكون الفصل 98 من مدونة الأحوال الشخصية حدد شروط الأهلية للحضانة، ولم ينص على مسألة سكنى الحضانة مع من سقطت حضانتها . فطعن المستأنف عليه بالنقض بعلّة أن المدونة تنص على قاعدة الإحالة على الفقه المالكي وأن الشيخ خليل ينص على سقوط حضانة من سكن مع من سقطت حضانتها، وكذلك الشيخ التسولي عند شرحه للتحفة في تنبيه خاص . فنقض المجلس الأعلى²¹³¹ القرار الاستئنافي المذكور قائلا : ((حقا، حيث إن ما عابته الوسيلة صحيح، ذلك أن الطاعن أثار أن الجدة الطالبة لاستحقاق الحضانة، تسكن مع بنتها المطلقة والتي سقطت حضانتها . وما ردت به المحكمة عن هذا الدفع من كون الفصل 98 لم ينص على عدم سكنى المستحق للحضانة مع من سقطت حضانتها... الخ . هذا الجواب غير سليم . فقد نص غير واحد من الفقهاء على انفراد سكنى الجدة عن بنتها التي سقطت حضانتها . قال الشيخ خليل: ((وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى كالنفقة الخ - إلى أن قال : - ثم أمها ثم الجدة، إذا انفردت بالسكنى عن أم سقطت حضانتها الخ...)) إضافة إلى أن الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية، الذي ينص على ترتيب المستحقين للحضانة، قد تم تغييره بالظهير رقم 1-93-347 وتاريخ 10 / 09 / 1993 وبمقتضاه أصبح الأب في الرتبة الثانية بعد الأم، الشيء الذي كان معه القرار ناقص التعليل، الذي هو بمثابة انعدامه، وتعرض بسبب ذلك للنقض)). وقد سبق

²¹³⁰ - انظر فتوى الشيخ الحائك في الجدة التي سكنت مع أم سقطت حضانتها، حيث قال : ((إن الحضانة ساقطة لقول المتن " إن انفردت بالسكنى عن أم سقطت حضانتها " ونقل ابن سلمون أن المشهور الذي جرى به العمل عند المتأخرين أن الجدة إذا سكنت مع بنتها وهي متزوجة سقطت حضانتها)) (النوازل الصغرى للشيخ الوزاني، ج 2، مرجع سابق، ص 534 وما بعدها). وقد نظم صاحب العمل المطلق هذه القاعدة بقوله :

وكلما الجدة كانت تسكن مع ابنة تزوجت لا تحضن

²¹³¹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1208 . بتاريخ 10/04/1994، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 47، ص 163. ومنشور كذلك بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية (1962 - 1995)، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين، مرجع سابق، ص 175 .

للمجلس الأعلى أن أكد نفس الحل في قرار آخر²¹³²، لما قضى بعدم استحقاق الجدة للحضانة لأنها تعيش مع ابنتها التي سبق لها أن اختلعت بالتنازل عن حضانة ولديها، وقد نازعت الأم المختلعة في صحة التزامها بالتنازل عن حضانة طفلها، لأنها كانت دون سن الرشد القانوني عند إبرام الخلع . لكن المجلس الأعلى وهو يؤيد قرار محكمة الاستئناف، أكد ما اعتمده المحكمة من قول ابن القاسم وسحنون ((وقد نقل أنه لا يعدل عن قولهما إذا اجتماعا)) : بأن المهمة التي لا وصي لها ولا مقدم يمضي خلعها . وهو ما أكده المجلس الأعلى²¹³³ في قرار آخر كذلك، لما قضى بسقوط حضانة الجدة، لأن بنتها التي سقطت حضانتها بالزواج، طلقت فرجعت إلى السكنى مع الجدة المذكورة . كما أن المجلس الأعلى وفي قرار آخر²¹³⁴ قضى بنقض الحكم الذي حكم للجدة بالحضانة بعد سقوط حضانة بنتها بعلّة أن ((الحكم المطعون فيه عندما قضى بالحضانة للجدة التي تسكن مع من سقطت حضانتها بسبب سلوكها غير المستقيم - يكون قد أسس ما قضى به على غير أساس سليم وخالف الفقه المنصوص عليه لقول الشيخ خليل رحمه الله: ((إن انفردت بالسكنى عن أم سقطت حضانتها)) ويتعرض بسبب ذلك للنقض)).

لقد كانت هذه القرارات محل تعليقات من الفقه، سواء لتقديم بعض هذه القرارات للفقه على نص المدونة²¹³⁵، أو لكونها تقر أحكاماً فقهية لا تساير تغير الزمان²¹³⁶ . لكنها قرارات

²¹³² - المجلس الأعلى - قرار عدد 666 . بتاريخ 25 / 11 / 1981، غير منشور، ذكره أستاذنا أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 150، هامش 85 .
²¹³³ - المجلس الأعلى - قرار عدد 225، بتاريخ 12 / 03 / 1984، غير منشور، ذكره أستاذنا أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 150، هامش 85 .
²¹³⁴ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 748 . بتاريخ 25 / 11 / 1997، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 55، السنة 22 يناير 2000، ص 118 وما بعدها.
²¹³⁵ - يقول أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي معلقاً على تقديم الفقه على نص المدونة في القرار عدد 666 المذكور أعلاه : ((أما المادة 62 من م . ح . ش . فإن المحكمة رأت قول ابن القاسم وسحنون مقداً عليها...)) (التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 150، هامش 85) .
²¹³⁶ - انظر تعليق أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي على القرار عدد 1208 المذكور أعلاه، بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 49 - 50 ص 301 . وتعليقه كذلك على قرار المجلس الأعلى (غير منشور) عدد 225 بتاريخ 12 / 03 / 1984 . في كتابه : التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 158، هامش 85 .

وقد تساءل أستاذنا في تعليقه على القرار عدد 1208 (مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 49 - 50 ص 301 - 310) - عن طريقة تعامل القرار مع القاعدة الفقهية التي طبقها " شرط عدم السكنى مع من سقطت حضانته " . وتساءل هل تعتبر القاعدة الفقهية تعبدية يلزم القاضي بتطبيقها تطبيقاً لفظياً دون تحليل ولا مناقشة ؟ أم

وجدت مع ذلك من يقول بأنها تحقق هدف المشرع من إسقاط الحضانة²¹³⁷. وأعتقد أن مصلحة المحضون هي التي ينبغي أن تراعى في مثل هذه الحالات، بعد إجراء الأبحاث اللازمة في الموضوع، أما مجرد استقلال الحضانة بالسكن عن سقطت حضانته، فإنه فضلا عن كلفة السكن، لا يحقق رقابة فعالة على أن الحضانة قد قطعت أو أصرها قطعاً بالحضانة التي سقطت حضانتها، وهذا هو أساس دعوتنا إلى إعطاء السلطة التقديرية للقضاء في اتخاذ قراراته المتعلقة بالحضانة، تبعاً لظروف وملابسات كل قضية.

الفقرة الخامسة - اعتماد قواعد إثبات مرتبطة باللفيف في إسقاط الحضانة :

لقد مر معنا في

مواضع كثيرة اعتماد القضاء المغربي بصفة عامة على اللفيف في مسائل الأحوال الشخصية

أن لها عللا وغايات أي معقولة المعنى، يملك القاضي إزاءها صلاحية النظر فيها بكل ما يتطلبه التطبيق السليم للقانون، بالإضافة إلى أنها محكومة بالمبادئ العامة التي بني عليها الهرم الفقهي ؟ (ص 301). ولاحظ أن الاتجاه العام للعمل القضائي، هو العزوف عن مناقشة تلك القواعد، أخرى تقييمها وتعديلها، نظرا إلى الموروث من عدة قرون ((فرض خلالها الفقه الحنفي على القضاء الذي قبل هذا الحجر، فاقصر في تعليل أحكامه، على نقل ما قاله العلامة الفلاني أو رواه الفقيه الفلاني، معترفا بقصوره عن المناقشة وإبداء الرأي، كأنه يقع خارج دائرة العلم والفقه، التي احتكرها " الفقهاء ")). ومن ثم دعا أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي إلى استرجاع القاضي لصلاحياته إزاء تطبيق القاعدة الفقهية. مبرزا أن التعامل مع القاعدة الفقهية يتعلق بأمرين :

* مراعاة علة القاعدة الفقهية (بمعنى حكمتها لا المعنى المقصود في أصول الفقه): لأن القاعدة الفقهية في ميدان المعاملات ليست تعبدية. فكان يتعين التعامل مع قاعدة منع الحضانة مع السكنى مع الجدة، مادام لم يثبت أي تخايل على القانون، خصوصا وقد زال سبب السقوط وهو الزواج.

• أن لا تناقض القاعدة المبادئ التي تحكم الموضوع الذي تتناوله: لأن عددا غير قليل من القواعد الفقهية الجزئية يأتي مناقضا للمبادئ التي تنظم الموضوع العام الذي تنتسب إليه الجزئية المعنية، نظرا للصفة الفردية للفتوى، مثل ذلك إثبات الضرر أمام القضاء (الذي يأخذ بشرط من غير ذنب جنته).

وخلاصة رأي أستاذنا الخليلي هي: ضرورة عدم التطبيق الحرفي لبعض القواعد الفقهية التي تحتاج إلى السير والتحليل بسبب تغير الزمن والأحوال، وملابسات القضايا التي لم تكن واضحة عند الفقيه في خزانته وبين كتبه.²¹³⁷ - الأستاذ محمد الكشور في تعليقه على القرار 1208 المذكور أعلاه (قانون الأحوال الشخصية) مع تعديلات 1993، مرجع سابق، ص 437) حيث يقول : ((إن موقف الفقه الإسلامي صائب، إذ لو سقطت الحضانة عن الأم لسبب أخلاقي مثلا، وانتقلت بعد ذلك إلى أمها التي تسكن معها، لما تحققت غاية المشرع، من ذلك السقوط، حيث تظل الأم عمليا هي الحضانة أو في حكم الحضانة)) . لكنه أضاف (ص 438 من نفس المرجع) بأن هذه الفرضية أصبحت تحققها صعبا من الناحية العملية، لأن الأب، الآن، هو الذي أصبح له الحق في الحضانة، بعد سقوط حضانة الأم .

(إثبات الزوجية، إثبات الضرر ...) خاصة باعتبار اللفيف هو مقصود المشرع من البيئة الشرعية. إلا أن الملاحظ هو اعتماد القضاء على اللفيف أيضا حتى بالنسبة لوقائع مادية تتعلق بمسقطات الحضانة عند عدم توفر شروط القيام بها . مع أن الأمر يفترض الاحتكام إلى إجراءات الإثبات المنصوص عليها في المسطرة المدنية، دون تقييد بالصيغ الجاهزة للفيف في موضوع كهذا، يقتضي بطبيعته في الواقع، البحث مع الأطراف ومساءلة الشهود، مع مراعاة مصلحة المحضون .

فإذا كان يجب على المدعي في دعوى إسقاط الحضانة، إثبات ما يدعيه من إخلال بشروط الحضانة من قبل الحاضن المدعى عليه²¹³⁸، لأن الحاضن محمول على الصلاحية حتى يثبت عدمها، ولا يكلف الحاضن بإثبات صلاحيته للحضانة مادام المدعي لم يثبت عدم الصلاحية للحضانة²¹³⁹. فإن وسائل الإثبات المعتمدة في كل ذلك أمام القضاء غالبا، تتمثل في إحضار شهادة ((عدم الصلاحية للحضانة)) يشهد فيها اثنا عشر شخصا (اللفيف) وفق صيغ توثيقية وقوالب لفظية مكررة : ((بأن الحاضنة ليست لها أهلية لحضانة الأولاد الذين بين يديها لكونها غير مستقيمة في سيرتها تتعاطى ما يخل بمروءتها ويقدم في عفتها، مما يؤدي إلى ضياع الأولاد وعدم صيانتهم صحة وأخلاقا)) . ويكون مستند الشهود هو ما وصل إلى علمهم بمشاهدتهم للحاضنة على الحالة المذكورة والإطلاع على الأحوال²¹⁴⁰، وقد يتم استفسار الشهود وما إن كانوا يؤكدون شهادتهم السابقة أم لا، نظرا لما للمشهود به من خطورة²¹⁴¹. ودون أن نعود لمناقشة مشكل اللفيف وسلبياته في الإثبات وخرقه للمقتضيات المسطرية المتطلبية في أعمال شهادة الشهود . فإن موضوع إسقاط الحضانة بالأخص يستلزم من قاضي النازلة الاستماع شخصيا إلى

²¹³⁸ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 90 . بتاريخ 09-02-1982 . مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30، ص 109. وكذلك مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 356 .

²¹³⁹ - مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى - في القضية رقم 8237 . مجلة الفقه المالكي والترات القضائي بالمغرب - عدد 5 / 6 . ماي 1987 . ص 156 .

²¹⁴⁰ - لقد حكمت محكمة ابتدائية بسقوط حضانة الحاضنة تبعا للفيف شهد شهوده بعدم أهلية الحاضنة للحضانة، وذلك اعتمادا على مستند المخالطة . لكن محكمة الاستئناف ألغت الحكم المذكور ورفضت طلب سقوط الحضانة، بعلة مخالطة شهود اللفيف للمشهود بعدم صلاحيتها للحضانة . وقد عاب الطاعن على الحكم المذكور، كون محكمة لم تسأله عن حجة أخرى غير التي أدلى بها، لكن المجلس الأعلى، رد طعنه على أساس أن الأطراف مدعون تلقائيا للإدلاء بالحجج التي تفيدهم (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 38، بتاريخ 16 / 03 / 1970، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 17، ص 45) .

²¹⁴¹ - حماد العراقي - الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 64 .

الشهود واستفسارهم وتقييم الحجج على ضوء ذلك، وتبعاً لظروف كل قضية وملابساتها، مع إجراء الأبحاث اللازمة بين الطرفين في الموضوع²¹⁴². مع عدم الاعتماد أساساً على ما تحشى به الليفيات من كلمات تفقد مدلولها في الإثبات. فقد قرر المجلس الأعلى²¹⁴³ أنه ((وبالرجوع إلى الليف المدلى به من طرف الطاعن عدد 516 و تاريخ 25 / 01 / 1982، يتبين أن شهوده يشهدون بكون المطلوبة في النقص " دخالة خراجة لغير حاجة، لكونها غير مستقيمة في سيرتها تتعاطى ما يخل بمروءتها " وكلها ألفاظ عامة، لا تثبت فعلاً معيناً منسوباً للحاضنة، يمكن معه القول بسقوط حضانتها، مما تكون معه الوسيلة غير مبنية على أساس))²¹⁴⁴. وقد أيد المجلس الأعلى²¹⁴⁵ في قرار آخر، محكمة الموضوع التي لم تأخذ بالليف الذي شهد شهوده بأن المدعى عليها دخالة خراجة ولا عمل لها سوى التطواف في الطرق. وقال المجلس الأعلى: ((حيث جاء في تعليل المحكمة أن الليفية المدلى بها من طرف المستأنف عليه لا تنفيذ بوضوح أن المستأنفة غير مستقيمة. مما يكون به هذا التعليل تقييماً صحيحاً لهذه الليفية)) .

ويستتبع أعمال الليف هنا، أخذ القضاء بالفقه، من حيث ترجيح حجة التعديل، أي حجة الأهلية للحضانة على حجة التجريح، أي حجة عدم الصلاحية للحضانة، لأن الصلاحية هي

²¹⁴² - لقد نقض المجلس الأعلى، الحكم الذي لم يجر بحثاً حول مرض السل الذي ادعاه المدعى لإسقاط الحضانة، تجاه الحاضنة، واعتبر المجلس الأعلى أن " الحكم ناقص التعليل فيما قضى به من تأييد الحكم الابتدائي القاضي بالحضانة للمدعية، وكان على محكمة الاستئناف التثبت من ذلك المرض عن طريق المسعفات الاجتماعيات " (المجلس الأعلى - الفرقة الاجتماعية - قرار عدد 224 . بتاريخ 11-06-1974 . بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 103) . وقد اعتبر المجلس الأعلى في قرار آخر، أن الاستئناف ينشر الدعوى من جديد أمام محكمة الاستئناف، ويحق للأطراف أمامها، مناقشة مرض الجدة بالسل كسبب مسقط للحضانة (المجلس الأعلى - قرار عدد 70، بتاريخ 24 / 05 / 1977 . بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 100) .

²¹⁴³ - المجلس الأعلى - قرار (غير منشور) عدد 235 . بتاريخ 26 / 03 / 1984 . ذكره أستاذنا أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 167، هامش 109 .

²¹⁴⁴ - لقد كان القضاء المغربي قبل صدور المدونة، يقضي بسقوط الحضانة اعتماداً على نفس العبارات الواردة بالليفيات . فقرر أنه يحكم بسقوط حضانة الأم إذا ثبت أنها دخالة خراجة لغير حاجة، لعدم صلاحيتها للحضانة بسبب عدم صيانة المحضون (حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العمباري)، بتاريخ 23 شعبان 1368 هـ الموافق 20 يونيو 1949، مجموعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 345) .

²¹⁴⁵ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 47، بتاريخ 25 / 01 / 1994 . بمجلة الحامي، عدد 25 / 26، ص 215 .

الأصل²¹⁴⁶، وهذا ما أخذ به المجلس الأعلى²¹⁴⁷ لما قرر ((وقد وازنت محكمة الاستئناف بين الحجتين - في نطاق سلطتها التقديرية في تقييم الحجج - ورجحت حجة المستأنفة استنادا إلى أن الأصل هو التعديل، فجاء قرارها معللا بما فيه الكفاية ولم تخرق أية قاعدة فقهية)) . وإن كان يبدو أن المجلس الأعلى، رغم ذلك يقر سلطة المحكمة في تقييم الحجج، وكل ما على المحكمة هو تبرير ترجيحها لحجة على أخرى . فقد قرر المجلس الأعلى²¹⁴⁸: ((أن للمحكمة السلطة الكاملة لقبول ما تراه من الشهادات، ورفض ما لم تقتنع به، بالإضافة إلى أنها بينت الوجه الذي من أجله قبلت حجة المطلوبة، وهو أنها شاهدة بالأصل الذي هو الاستقامة)) . وفي الواقع يتعين عدم تقييد القاضي هنا بمبدأ عام في الإثبات في إسقاط الحضانة، ويترك الأمر لتقديره على ضوء ما يبسط أمامه من حجج بالنفي أو الإثبات، ويبقى عليه تعليل ما وصل إليه في حكمه، متقيدا في ذلك بمصلحة المحضون .

²¹⁴⁶ - وفي الواقع هناك خلاف في الفقه حول البيئة التي ترجح في هذه الحالة، فقيل بأنه يقضى بحجة التعديل، وقيل إن البيئة التي شهدت بالجرحة أقعد لأنها علمت علما باطنا لم تعلمه البيئة الأخرى ((وبذلك العمل عندنا وبه القضاء، لم أزل أرى الحكام يقضون بذلك)) (انظر : حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي)، بتاريخ 23 شعبان 1368 هـ الموافق 20 يونيو 1949، بمجموعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 345) .

وفي ذلك يقول صاحب العمل المطلق يقول :

وفي الحضانة إذا ما اختلفت بيئتنا استحقاقها أقبل من نفت

وهذا الخلاف في الترجيح بين الحجج، ناجم عن وجود رأيين في المذهب المالكي، بخصوص المكلف بالإثبات . فأرى يرى أن طالب الحضانة هو الملزم بإثبات توفره على شروط الحضانة متى نوزع في ذلك، وهناك رأي يرى، أن المدعى عليه هو الذي يكلف بإثبات ما يدعيه من انتفاء شروط الحضانة في المدعى عليه (انظر عرض الرأيين لدى : حاشية الرهوني، ج 4، ص 254 . و التسولي على التحفة ج 1 ص 408) . وانظر موقف أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي / التعليق - ج 2، ص 155 وما بعدها بخصوص التمييز ما بين الأبوين وغيرهما، فيما يخص التكليف بالإثبات .

²¹⁴⁷ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 90 . بتاريخ 09-02-1982، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، ص 109. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 356 .

²¹⁴⁸ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 154، بتاريخ 26 / 06 / 1972 . بمجلة القضاء والقانون عدد 124، ص 179 .

الفقرة السادسة – المنازعة في شوار الزوجة وجهازها:

ينص الفصل 18 من المدونة : ((المهر ملك المرأة تتصرف فيه كيف شاءت²¹⁴⁹، ولا حق للزوج في مطالبتة لها بأثاث أو مفروش أو لباس عوضاً عن الصداق))، ولقد تم إقرار هذا الحكم في محاولة للقضاء على العرف الذي يجعل الزوجة تتجهز بصداقها، وهو ما لم يتحقق بنسبة كبيرة في الواقع، خاصة وأن بعض الأحكام القضائية الصادرة في مادة الجهاز تقلل من ضمانات الفصل المذكور، سواء بتحويل الزوج حق الانتفاع بالشوار ولو كانت الزوجة بعيدة عن الزوج، أو فيما يتعلق بالإثبات عند النزاع في الشوار .

فلقد تقدمت زوجة كان زوجها يعاني من مرض السل، بطلب إلى المحكمة بغرض السماح لها بالاستقرار بعيداً عن بيت الزوجية لتلافي العدوى، كما طالبت بإحصاء شورتها الموجودة ببيت الزوجية وإغلاق البيت عليها لحفظها من الضياع، فاستجابت المحكمة الابتدائية لطلبها المتعلق بإغلاق المنزل وإحصاء الأثاث، لكن محكمة الاستئناف رفضت الشق من الطلب المتعلق بإغلاق بيت الزوجية، وأقرت حق الزوج في استعمال الجهاز المذكور، ولما طعنت الزوجة بالنقض، قرر المجلس الأعلى²¹⁵⁰ : ((أن الزوج له حق التمتع ببيت الزوجية وبالشورة الموجودة فيه، مادامت الزوجية قائمة . وكان الفصل 18 من قانون مدونة الأحوال الشخصية، المزعوم مخالفة مقتضياته، لا ينطبق على النازلة، لأن النزاع ليس في المهر ولا في الشورة . بل الزوجة هي التي رفعت زوجها للقضاء طالبة غلق بيتها)) . إن هذا القرار تضمن ما يفيد إذن القضاء للزوجة بالعيش بعيداً عن

²¹⁴⁹ - في نازلة ادعى مدعي أن مفارق بنته طلقها دون تمكينها من شوارها الذي تسلمه المدعى عليه كما هو ثابت برسم الشوار، ولذلك طالب باسترداده. فدفع المدعى عليه بأن الأب المدعى لا صفة له في طلب شوار بنته لأن الشوار ملك للزوجة. لكن المحكمة قضت رغم ذلك لفائدة المدعى باسترداد الشوار المذكور أو قيمته بعلّة أن الشوار ملك للزوجة ووليها. فطعن المحكوم عليه بالنقض لنفس العلة التي احتج بها أمام محكمة الاستئناف، فقال المجلس الأعلى: ((حقاً، إن الجهاز ملك للزوجة وحدها لا لوليها. وأن رفع الدعوى في المطالبة به لا يكون إلا من مالكنه أو بوكالة منها، والمطلوب في النقض لا صفة له في الادعاء بمطالبة الجهاز، ومحكمة الاستئناف عندما عللت قرارها بأن الجهاز ملك للزوجة ووليها وله الحق في مطالبتة من زوج ابنته في حالة انفصام العلاقة الزوجية بينهما - تكون قد ركزت قضاءها على غير أساس وعرضته بسبب ذلك للنقض والإبطال)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 99/213، بتاريخ 1999/04/06، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 55، السنة 22، يناير 2000، ص 146 وما بعدها).

²¹⁵⁰ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 53 . بتاريخ 1972-02-07، بمجلة القضاء والقانون، عدد 121، ص 639 .

الزوج المريض بمرض معد، لكن هذا القضاء اعتبر مع ذلك، مجاريا للعرف الذي بقي سائدا بخصوص تجهيز الزوجة بصداتها، وحق الزوج في استعمال هذا الجهاز ولو كانت الزوجة خارج بيت الزوجية²¹⁵¹.

أما من حيث الإثبات عند النزاع في الشوار، فقد أيد المجلس الأعلى²¹⁵² حكما اعتمد ما جاء في الفقه²¹⁵³، فقرر: ((أن إقرار الزوج بإيراد الجهاز إلى بيت الزوجية لا يترتب عليه ضمانه، مادام لم يثبت أنه التزم بالضمان))²¹⁵⁴. وقد أكد المجلس هذا الاتجاه، بخصوص قضية تم الإشهاد فيها على الزوج وبرسم عدلي، بحمل الجهاز إلى بيت الزوجية. وعندما طالبت الزوجة مفارقتها برد الجهاز المذكور، قضى لها بذلك، لكن المجلس الأعلى²¹⁵⁵ نقض الحكم المذكور قائلًا: ((حقا، وحيث بالرجوع إلى رسم الشوار المؤسس عليه القرار المطعون فيه، يتضح أن الطاعن لم يلتزم بضمان الجهاز الوارد فيه وفي المقال. وإنما التزم بحمله إلى بيت الزوجية، مما يكون معه

²¹⁵¹ - انظر: أحمد الخليلي - الثلاثي المتحكم في تطور قانون الأحوال الشخصية. بمجلة الميادين، عدد 3، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي، ص 83، هامش 5. وقد لاحظت الأستاذة فريدة بناني أيضا، أن الفصل 18 من المدونة لم يقض على العرف القاضي بتجهيز الزوجة بصدقه (فريدة بناني - تقسيم العمل بين الزوجين، مرجع سابق، ص 48.

²¹⁵² - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 35. بتاريخ 16 مارس 1970، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 20، ص 27.

²¹⁵³ - وقد نظم ابن عاصم في التحفة، أحكام اختلاف الزوجين حول متاع بيت الزوجية، فقال:

وإن متاع البيت فيه اختلفا	و لم تقم بينة فتقتضى
فالقول قول الزوج مع اليمين	فيما يليق كالسكين
وما يليق بالنساء كالحلي	فهو لزوجة إذا ما تأتلى
وإن يكن لاق بكل منهما	مثل الرقيق حلفا واقتسما
ومالك بذلك للزوج قضى	مع يمينه بقوله القضا

²¹⁵⁴ - وإذا التمس المدعية الحكم لها بالحوائج التي يتضمنها الإشهاد بالحوائج، الذي تم فيه بيان أسماء الحوائج وقيمتها وأوصافها، فإن على المحكمة أن تتعرض للإشهاد المذكور، وينقض حكمها الذي يقضي بإلغاء طلبها لعدم ذكر تلك الحوائج بقيمتها وبتفصيل في المقال. وذلك لأن الحجة المتضمنة لأسماء الحوائج وأوصافها مع ذكر قيمتها، تكمل مقال الدعوى الذي لم يصفها ولم يذكر قيمتها (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 707. بتاريخ 14 / 06 / 1994، بمجلة المحامي، عدد 25-26، ص 235).

²¹⁵⁵ - المجلس الأعلى - قرار عدد 689، بتاريخ 01 / 10 / 1996، ملف عدد 13 / 06 / 92. منشور بجريدة العلم، عدد 17646، بتاريخ 10 / 09 / 1998 (صفحة مستشارك القانوني). وقد تم نشر القرار المذكور قصد الدعوة إلى التعليق عليه. وتم نشره من جديد بمجلة المحامي، عدد 32 / 33، يونيو 1998، ص 345.

تعليل القرار، بأن رسم الشوار يفيد أن الطاعن أخذ الجهاز، وأودعه ذمته، وهو بذلك ضامن له، تحريفا لمضمون الرسم . مما يجعل الطاعن غير ملزم بضمان الجهاز، ولو في حال ضياعه، ولا يجب عليه بالتالي رده، وذلك طبقا لما جاء في الفقه، من أن إقرار الزوج بإيراد الجهاز إلى بيت الزوجية، لا يترتب عليه ضمانه، ما دام لم يثبت أنه التزم بالضمان، الأمر الذي يكون معه القرار المطعون فيه منعدم الأساس ومخالفا للفقه، مما يعرضه للنقض)) . كما قرر المجلس الأعلى²¹⁵⁶ أنه : ((تكون المحكمة قد قلبت الإثبات حين قضت على المدعى عليه (الذي أبدى استعداده لرد أثاث زوجته المذكور برسم الزوجية، دون باقي الأثاث الوارد بمقال المدعية) بتمكين مطلقة من جميع الأشياء التي تدعي بها، بعللة أنه لم يحدد الأثاث والحلي التي لم يشملها رسم الزوجية واستخلصت عن خطأ أن ذلك يعد إقرارا لها بها)) . وذكر المجلس الأعلى، بأنه كان على المحكمة أن تقارن ما جاء برسم الزوجية بما جاء في المقال وتكلف المدعية بالبينة عما هو زائد فيه²¹⁵⁷ . وقرر المجلس الأعلى²¹⁵⁸، بخصوص طلب مطلقة، بعث لها مطلقها بمجموعة من الحوائج فطالبته بباقي ما احتفظ به : ((إن الطاعن... أجاب عن الدعوى بأن ما تدعيه المستأنفة ضده لا أساس له من الصحة، مما يجعله ضمينا منكرا لهذه الحوائج، ومما يوجب على المدعية إثبات استيلائه عليها بصفتها مدعية . وحتى على فرض أن المحكمة رأت في جوابه إجمالا، أن تلزمه بالجواب الصريح أو الإقرار . حتى إذا امتنع عجزته طبق القواعد الفقهية، وحكمت عليه حكم الممتنع طبقا لما نص عليه ابن عاصم: ومن أبي إقرارا أو إنكارا... الخ . ولا يكفي مطالبته للمدعية بالحجة على دعواها أن يكون معترفا بالحق مما كان يوجب على المحكمة، وحتى على فرض الإجمال في جوابه، أن تكلف المدعية بالبينة ولا تحكم لها بمجرد دعواها عملا بالقاعدة: البينة على المدعي واليمين على من أنكر التي نظمها ابن عاصم : المدعي مكلف بالبينة . مما يتبين منه أن المحكمة، قد خالفت

²¹⁵⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1001 . بتاريخ 29-09-1987، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41، ص 139.

²¹⁵⁷ - وفي قرار آخر، نقض المجلس الأعلى، الحكم الاستثنائي الذي اعتبر دعوى المدعية مجردة من إثبات كون المدعى عليه استولى على حوائج المدعية، واكتفت بإنكاره ذلك، دون أن تعذر المحكمة المدعية طالبة النقص، في إثبات الحجة الشاهدة لها بما تدعيه، مكتفية إزاء ذلك بالإعذار النهائي (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 358 . بتاريخ 21 / 03 / 1967، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 6، ص 42) .

²¹⁵⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1469 . بتاريخ 06-12-1988، بمجلة القضاء والقانون، عدد 140-141، ص 168. وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 43 .

قواعد الفقه في النازلة فجاء حكمها معللا تعليلا فاسدا يتنزل منزلة انعدام التعليل فعرضته بذلك للنقض)).

وقد قضى المجلس الأعلى²¹⁵⁹، برفض طلب الطعن بالنقض المرفوع من طرف الطاعن، الذي عاب على الحكم الاستثنائي كونه قضى للمدعية برد الحوائج، دون إدلائها بأية حجة، مكتفيا بإلزام المدعية بأداء اليمين، رغم أنه وحسب قيمة الشوار المثبتة بالمقال، لا يمكن الإثبات إلا بمكتوب طبق الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود، والفصل 39 من مدونة الأحوال الشخصية. فقال المجلس الأعلى: ((لكن حيث إن إقرار الطاعن بكون المطلوب في النقص ووالدهما أخذتا الحوائج المدعى بها، يفيد عمارة ذمته بها. وكونها كانت بيت الزوجية. وهو الذي عليه الإثبات بالنسبة للأخذ. والمطلوبة في النقص رضيت باليمين المحكوم بها، ولم تطعن في الحكم القاضي عليها باليمين، إذ هي لا تحتاج إلى الحلف)).

وحسب المجلس الأعلى، يمكن توجيه يمين الإنكار لأول مرة في المرحلة الاستثنائية. فقد طالبت المدعية أمام محكمة الاستئناف بتوجيه اليمين لمفارقها بخصوص الحوائج التي تدعي استيلاءه عليها، وهي الحوائج التي نفى مفارقها أخذها. فقضت عليه محكمة الاستئناف بأداء يمين الإنكار المذكورة. فطعن المدعي بالنقض في هذا القرار على أساس أن طلب توجيه اليمين تم في المرحلة الاستثنائية فقط وهو طلب جديد لا يقبل. وكذلك لكون قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر، لا تطبق إلا إذا كانت هناك شبهة حق، وأنه كان على المدعية أن تبين للمحكمة أنها مالكة للحوائج المطلوبة، أمام خلو رسم زوجيتها من الإشارة إليها. فقال المجلس الأعلى بعد أن بين أن توجيه يمين الإنكار على الطاعن لا يعتبر طلبا جديدا في المرحلة الاستثنائية: ((والقرار يجد أساسه في قول أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني رحمه الله في رسالته: والبينة على المدعي واليمين على من أنكر²¹⁶⁰... (و) إن القرار لما علل بتوجيه اليمين على الطاعن لعجز المطلوبة في

²¹⁵⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1647، بتاريخ 17 / 12 / 1991. ملف رقم 6630 / 87، أورد حيثياته: إدريس بلمحجوب - الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 28.

²¹⁶⁰ - وأصل هذه القاعدة مستمد من قوله صلى الله عليه وسلم: ((شاهدك أو يمينه)) وقد قضى صلى الله عليه وسلم باليمين على المدعى عليه (انظر الأحاديث الواردة في هذا الباب بصحيح الإمام البخاري، في باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود وقول النبي صلى الله عليه وسلم شاهدك أو يمينه)) (صحيح الإمام البخاري - المجلد 2، الجزء 4، طبعة عالم الكتب، بيروت، دون تاريخ الطبع، ص 9 وما بعدها). أما ما ورد في رسالة أبي زيد القيرواني في باب الأفضية والشهادات فهو: ((والبينة على المدعي واليمين على من أنكر، ولا يمين حتى تثبت الخلطة

النقض عن الإثبات كان تعليلا كافيا سليما وموافقا للفقهاء المنصوص عليه في قول ابن عاصم في تحفته:

والمدعي مطالب بالبينة وحالة العموم فيه بينة

والمدعى عليه باليمين في عجز مدع عن التبيين

وأن الخلطة ثابتة بين الطالب والمطلوبة في النقص، لكونهما كانا زوجين وافتراقا. وإن كان العمل جرى بعدم اشتراطها، حسب نص الفاسي في عملياته:

ودون خلطة توجه اليمين على الذي عليه الادعاء يُبين

الأمر الذي كان معه القرار معللا بما فيه الكفاية²¹⁶¹. ولذلك رفض المجلس الأعلى طلب النقص.

وفي الواقع، تثور الآن بين الأزواج، خاصة إذا كانت الزوجة تعمل، قضايا جديدة تتعلق بأثاث البيت التي قد تكون الزوجة قد اشتركت في شرائها مع الزوج. فقد قضى المجلس الأعلى²¹⁶²، في نزاع بين مطلقين حول جهاز تلفزة وآلة تبريد ((إن الجهازين المذكورين لا يختص أحد الزوجين عادة بملكيتهما، التي لم تثبت لأحد منهما، مما يستدعي تلقائيا تطبيق الفصل 39 من مدونة الأحوال الشخصية، الذي ينص على أن المتاع المعتاد للرجال والنساء معا، يحلف كل منهما ويقتسمانه)). وقد تطالب الزوجة زوجها بمسائل أخرى غير الحوائج والأثاث، فيقع عمليا، خاصة بالنسبة لبعض أفراد الجالية المغربية بالخارج، أن يقوم الزوج بالاستحواذ على جواز السفر وأوراق الإقامة في البلد الأجنبي، حتى يمنع الزوج زوجته من الرجوع إلى مقر عملها هناك. ويقضي القضاء على الزوج عند ثبوت ذلك، برد الوثائق المذكورة للزوجة على أساس أنها وثائق شخصية، وفي حالة تعذر ذلك يأذن لها بتسلم نظير جواز السفر من السلطة المحلية²¹⁶³.

أو الظنة. كذلك قضى حكام أهل المدينة)) (رسالة الإمام عبد الله بن أبي زيد القيرواني، دار الكتب الإسلامية ودار الكتاب المصري- القاهرة- ودار الكتاب اللبناني - بيروت، دون بيان تاريخ الطبع، ص 132).

²¹⁶¹ - قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 446، بتاريخ 1998/07/28. بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 54/53، ص 184 وما بعدها.

²¹⁶² - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 128. بتاريخ 1988 / 02 / 08، ملف عدد 90754، (غير منشور) ذكره محمد الكشور: قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 454 و 455.

²¹⁶³ - انظر حكم المحكمة الابتدائية بمراكش، حكم عدد 567، بتاريخ 1994 / 03 / 09، ملف عدد 426 / 94. بمجلة المحامي، عدد 26/25، ص 277. وقد نفذ هذا الحكم من طرف السلطات المحلية، حسب الإفادة الواردة بمرجع الحكم المذكور.

ومما يرتبط بالحقوق المالية للزوجة من غير الشوار والجهاز، ويكون محل نزاع بين الزوجين، مسألة النزاع في الصداق، ومشكل الهدايا في حالة العدول عن الخطبة:

– النزاع في الصداق :

لم تنص المدونة صراحة على حلول بعض حالات النزاع في الصداق، مثل حالة الامتناع عن أداء الصداق أو العجز عن ذلك قبل البناء²¹⁶⁴. وما إن كان يُنحول ذلك للزوجة رفع دعوى بطلب التطلق²¹⁶⁵، وكحالة الصورية في مبلغ الصداق²¹⁶⁶. ومسألة ضوابط صداق المثل وأقل

²¹⁶⁴– فكل ما ينص عليه الفصل 21 من المدونة "ليس للزوج أن يجبر زوجته على البناء حتى يمكنها من حال صداقها".

²¹⁶⁵– إذ ينص الفصل 21 من المدونة على أنه "لا يترتب الطلاق عن تعذر الوفاء" بالصداق بعد الدخول. بحيث يبقى دينا في الذمة. وقد فهمت المحكمة الابتدائية بوجدة من هذا الفصل ((أنه يحق للزوجة أن تمتنع من الدخول إلى أن يمكنها زوجها من حال صداقها. وأنه إذا مكنته نفسها من الدخول فيعتبر الصداق دينا في ذمة الزوج (ولا) يترتب عنه الطلاق. ويتبين من مفهوم المخالفة لهذه الفقرة الأخيرة من الفصل، أن عدم أداء الصداق قبل الدخول يترتب عنه الطلاق. أما بعد الدخول فلا يبقى إلا دينا في ذمة الزوج. وهو الشيء الذي أوضحه العديد من شراح الفصل 21 وبالأخص الأستاذ الخمليشي)). وتبعاً لذلك قضت المحكمة بتطبيق المدعية، خاصة بالنظر للتنافر بين الزوجين (المحكمة الابتدائية بوجدة- حكم رقم 93/2927 بتاريخ 19/08/1993، ملف رقم 91/4075 - غير منشور-). وقد تم إلغاء هذا الحكم من طرف محكمة الاستئناف بوجدة (قرار رقم 350 بتاريخ 30/06/1995، ملف رقم 93/519 - غير منشور-).

²¹⁶⁶– إن الصورية في مبلغ الصداق تعكس في الواقع أزمة في المهور والمبالغة والتباهي في مقدار الصداق مما ينجم عنه مشاكل في العمل القضائي، خاصة عندما يتم الإشهاد على قبض الصداق بمجرد الاعتراف بالعقد لا معاينة ذلك القبض من قبل العدلين . بحيث يعترف في العقد بقبض مبلغ كبير على سبيل المهر ويكون ذلك على وجه الادعاء لا غير، فيتم الطلاق قبل الدخول وتتم مطالبة الزوجة برد نصف صداق لم تقبض منه شيئاً.

وحسب الفقه وكما جاء للشيخ خليل فإن الحكم يكون كما يلي: "والعمل بصداق السر إذا أعلننا غيره" وهو نفس حكم المادة 22 من ق.ل.ع "الاتفاقيات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما". وبخصوص النص في العقد على القبض اعترافاً أو معاينة يطبق الآتي :

- 1- إذا صرح العدلان بمعاينة القبض للصداق ثم أنكره المشهود عليه فلا يمين على الدافع .
 - 2- إذا كان القبض بالاعتراف حلف الدافع .
 - 3- إذا لم يتعرض العدلان للأمرين معا فلم يبيناهل وقع القبض بالمعاينة أو بالاعتراف حلف الدافع .
- (انظر: أبو الشتاء-التدريب على تحرير الوثائق العدلية - ج 1 ، مرجع سابق ، ص 10).

المهر عرفاً²¹⁶⁷، والتنفيذ على أموال الزوج من أجل أداء كالي الصداق²¹⁶⁸. ولقد أصدر المجلس الأعلى قرارات تم التزاع في الصداق الذي نصت المدونة على بعض أوجهه²¹⁶⁹، وقد أعطى المجلس الأعلى تفسيراً ضيقاً للفصل 24 من المدونة²¹⁷⁰، الذي ينص: "إن اختلف الزوجان في قبض حال الصداق، فالقول قول الزوجة قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول"²¹⁷¹. فلم يعتبر المجلس الأعلى "حال الصداق" هو ما حل الوفاء به سواء كان مؤجلاً في

²¹⁶⁷ - لقد صدر في دولة الإمارات العربية المتحدة، قانون فريد في البلاد العربية، هو القانون الاتحادي رقم 12 لسنة 1973 نص فيه على ألا يزيد مقدم مبلغ الصداق عن أربعة آلاف درهم إماراتي، على ألا يتجاوز مؤخر الصداق مبلغ ستة آلاف درهم، أو أن يقيم أي منهما بما يزيد على هذه القيمة. ولا تسمع أية دعوى بما يجاوز الحدين المذكورين (انظر: وهبة الزحيلي - جهود تقنين الفقه الإسلامي، ط 1، بيروت 1987، ص 47).
²¹⁶⁸ - ينص الفصل 163 من الظهير المطبق على العقارات المحفظة 02-06-1915 على تحويل الزوجة رهنًا جبرياً على العقار المحفظ للزوج ضماناً لحقوقها في مواجهة الزوج.

كما أن الفصل 1248 من ق.ل.ع تم بمقتضى الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 345 . 93 . 1 . بتاريخ 10 . 09 . 1993 (الجريدة الرسمية عدد 4222 بتاريخ 29 . 09 . 1993) فنصت الفقرة ثانياً مكرر منه ، على اعتبار مهر الزوجة ومعتتها ونفقتها والأولاد والأبوين . من الديون الممتازة بالنسبة لكل المنقولات .

²¹⁶⁹ - حول التنازع في قبض الصداق -انظر علال الفاسي: التقريب. م.س. ص 186.
²¹⁷⁰ - حسب المرحوم حماد العراقي فإن الفصل 24 من المدونة لا يتعلق بموضوع الأحوال الشخصية ولكنه يتعلق بالمسطرة -شرح قانون الزواج المغربي- م.س. ص 175. ومن رأي الدكتور أحمد الخليلي فإنه ورغم الطبيعة الخاصة لأحوال الشخصية "فإن هذه الطبيعة لا تقتضي تطبيق قواعد متباينة في ميدان الإثبات لارتباطه بالناحية الشكلية لا الموضوعية فمن الأفضل أن توحد قواعده" -التعليق م.س. ص 151.

²¹⁷¹ - إن الاختلاف في قبض كالي الصداق، تنظم أحكامه في المذهب المالكي كما يلي:
1- إذا دخل الزوج بزوجه، وادعى أنه دفع لها كالي صداقها قبل البناء، وأنكرت ذلك، فإنه إذا كان قد حل عليه قبل البناء فالقول قوله مع يمينه.

2- وإن كان لم يحل إلا بعد البناء فالقول قولها مع يمينها.

3- وأنه إذا حل الكالي قبل البناء، فللمرأة أن تمتنع عن الدخول حتى تقبضه لأنه صار من جملة الحال.

قال ابن عاصم:

وإن هما قبل البناء اختلفا	في القبض للنقد الذي قد وصفا
فالقول للزوجة والييمين	أو للذي في حجره — بين
والقول قول الزوج بعدما بنى	ويدعي الدفع لها قبل البننا

(انظر: ميارة على التحفة، ج 1، مرجع سابق، ص 187). ويلاحظ أن هناك خلافاً حول أمد تحديد أجل أداء كالي الصداق وما إن كان العقد يفسخ إن تعدى أمد الكالي مدة معينة (6 أشهر عند البعض و 40 سنة عند آخرين). وعلى العموم يكره جعل الصداق كله كالثا (المرجع السابق ص 161).

الأصل أم لا ، كان الحلول قبل الدخول أو بعده. بل قصر حكم الفصل 24 المذكور على الصداق الذي تم الاتفاق على تعجيله في العقد²¹⁷². أما الصداق الكالئ فلا يصدق الزوج في دعوى الأداء. ولذلك رد المجلس الأعلى ، الطعن بالنقض الذي احتج فيه الطاعن بكونه أدى كالئ الصداق لزوجته المنكرة لذلك . وأن من يدعي العكس يقع عليه الإثبات طبق مقتضيات الفصل 24 من المدونة . وقال المجلس الأعلى²¹⁷³ : إن الحكم ورد فيه "أن مبلغ الصداق مازال بذمة المدعى عليه حسب رسم النكاح ولم يدل المدعى عليه بما يثبت البراءة منه، وأن المحكمة كانت على صواب عندما لم تلتفت إلى الفصل المحتج به والذي هو قاصر كما يستفاد ذلك من صريح منطوقه على الحال من الصداق دون المؤجل " . ولعل المجلس الأعلى أخذ هنا بالمبدأ العام في مادة الإثبات بحيث لا يجوز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة (الصداق المؤجل منصوص عليه بالعقد) إلا بحجة كتابية وهو ما يقرره قانون الالتزامات والعقود في الفصل 444. إلا أن ما يمكن إثارته بهذا الصدد، هو مشكل المانع الأدبي، الذي يمنع الزوج أثناء قيام العلاقة الزوجية من الحصول على حجة كتابية تثبت له الوفاء بالصداق.

ومما بت فيه المجلس الأعلى، ويرتبط بالصداق، مسألة النحلة، فقد قرر المجلس الأعلى²¹⁷⁴ أن ((النحلة إذا انعقد عليها النكاح فإنها لا تحتاج إلى حيازة . وقد استثنيت من باقي التبرعات عند قول ابن عاصم والحوز شرط صحة التحجيس إلخ من هبة أو صدقة أو نحلة ، إلا إذا انعقد

كما تجدر الإشارة إلى أن هناك خلافا في الفقه حول تقادم دين الصداق، والذي يظهر صوابه هو أنه لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء. قال ناظم العمل السوسي الجشتيمي :

أما الصداق والجهاز فاحكما ولو بطول فيهما أن يغرما

(انظر : المنهل العذب السلسيل - للأزاريقي - مرجع سابق ، ج 2 ، ص 168) .

وبالإضافة إلى ذلك ، فإن الفصل 378 - 1 من قانون الالتزامات والعقود ، ينص على أنه ((لا محل لأي تقادم بين الأزواج خلال مدة الزواج)) .

²¹⁷² - لقد نصت الفقرة الخامسة من الفصل 42 من مدونة الأحوال الشخصية ، على تضمن رسم الزواج ((مقدار المهر ، مع التنصيص فيه على المعجل منه والمؤجل ، وهل قبض عيانا أو اعترافا)) . لكن المدونة لم تبين حكم عدم النص على ذلك (انظر : الخليلي ، التعليق ، ج 1 ، ص 26 - 261)

كما أن وضعيات الصداق المشار إليها بالفصل 42 المذكور ، يفترض أن الخلاف بشأنها يحل طبق قاعدة الإحالة على المذهب المالكي. وفق ما تم بيان بعضه أعلاه

²¹⁷³ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 47 ، بتاريخ 16 / 03 / 1970 ، بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 17 ، ص 48 . وبمجلة القضاء والقانون ، عدد 117 ، ص 377 .

²¹⁷⁴ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 1102 . بتاريخ 20 / 10 / 1987 ، بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 41 ، ص 153 .

النكاح عليها . وإلى هذا يشير ابن عاصم بقوله : ((ونحلة ليس لها افتقار إلى حيازة)) وما دام الأمر كذلك فإن عدم حيازة المنحولة حتى طلقت وتزوجت ثانيا ، لا تأثير له على صحة النحلة)).

– المشاكل المتعلقة بالعدول عن الخطبة:

إن مدونة الأحوال الشخصية ، لم تنص على بعض المسائل الهامة المرتبطة بالخطبة، كمشكل التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة²¹⁷⁵ ، ومشكل الخطبة على الخطبة²¹⁷⁶ .

²¹⁷⁵ – لم يتسن في حدود ما وقفنا عليه من قرارات، تبين موقف القضاء المغربي بهذا الصدد، على خلاف القضاء المصري الذي يقر مبدأ التعويض عن الأضرار اللاحقة بالطرف المعدول عنه في الخطبة. لكن تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه المغربي يميل إلى إمكانية طلب التعويض عن فسخ الخطبة بشروط (علال الفاسي - شرح الأحوال الشخصية. مرجع سابق ، ص 20. وعبد العزيز الفيلاي أمين - الزواج في التشريع المغربي - مرجع سابق ، ص 4. وحماد العراقي - شرح قانون الزواج المغربي. مرجع سابق ، ص 86. أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - مرجع سابق ، ج 1 ص 49 هامش 42). كما أن القضاء العبري (حكم المحكمة الإسرائيلية بتاريخ 26-03-1946) قرر مبادئ بخصوص التعويض عن فسخ الخطبة (عبد النبي ميكو - الوسيط - مرجع سابق ، ج 1 ، ص 101).

²¹⁷⁶ قال القاضي عبد الوهاب البغدادي (- التلقين - نشر وزارة الأوقاف المغربية ، مطبعة فضالة (الحمدية) ، 1993 ، ص 87) : ((والخطبة على خطبة الغير جائزة على وجه ، وممنوعة على آخر . فجاوزها ما لم يكن منهما إنعام وركون وتقرير صداق ، وما أشبه ذلك . ومنعها مع وجود ذلك)) . وقد تم الإفتاء بناء على هذا ، بأنه يحق للخطيب الأول ، أن يتقدم بمقال أمام المحكمة الابتدائية ، يطلب فيه فسخ الزواج المعقود من خطيب ثان خطب على خطبته وتم الزواج ، ولكن ما لم يتم الدخول بالزوجة (البرنامج التلفزيوني ركن المفتي - السيد الغازي الحسيني ، التلفزة المغربية ، الجمعة 07 / 08 / 1998 ، عل الساعة 9.30 .

وهذا ما تم به القضاء قديما في المغرب ، قبل دخول المدونة حيز التطبيق . فقد قضى (حكم قاضي شفشاون (القاضي الحسن بن الحاج محمد العمارتي) ، بتاريخ 18 صفر 1375 هـ — موافق 05 / 10 / 1955 ، بمجموعة الأحكام الشرعية ، مراجعة وتقديم وتعليق : الأستاذ عبد العلي بن محمد العبودي ، ط 1 ، المركز الثقافي العربي - بيروت / الدار البيضاء 1991 ، ص 507) بأنه : ((يحكم بفسخ عقد الزواج الذي يقع على راتنة لغير فاسق ، إن لم يبين بما . لقول خليل في المختصر : ((وحرمة خطبة راتنة لغير فاسق ولو لم يقدر صداق ، وفسخ إن لم يبين بما)) . قال الزرقاني : ((فسخ عقد الثاني حال خطبة الأول بطلاق وجوبا لحق الله تعالى ، وإن لم يطلبه الأول ، وإن لم يعلم الثاني بخطبة الأول)) ، وقد حكم القاضي بوجوب فسخ الزواج لحق الله تعالى ، من باب الاحتساب وبدون دعوى من الخطيب الأول .

فقد اكتفت المدونة بتعريف الخطبة بكونها « وعد بالزواج وليست بزواج » (الفصل 2)²¹⁷⁷ .
وربتت على ذلك أنه « لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة » (الفصل 3) . وأنه من
حق الخاطب أن يسترد ما قدمه من هدايا "إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قبله" (الفصل 3) .
ولم ترتب المدونة جزاء عن إساءة حق العدول هذا، ولم تتعرض لبعض الآثار الناجمة عن العدول
كاسترجاع الصداق المعجل المقدم قبل الزواج، وما إن كان يرد نقدا في حال تحويله من قبل
الخطيبة إلى جهاز لبيت الزوجية أم يجب رد عين الجهاز المذكور للزوج ؟ وكذلك الأمر بالنسبة
للرجوع بمصاريف الخطبة ؟

غير أن المجلس الأعلى²¹⁷⁸، سنحت له الفرصة للتطرق لبعض ما يقدم للخطيبة على
أساس أنه من المهر، وذلك في قضية تتلخص وقائعها، في كون الخاطب قدم لخطيبته هدايا كقيمة
للصداق المتفق عليه، لكن الخطيبة عدلت عن الخطبة، فطالب الخاطب باسترجاع ما قدمه .
فحكّم له بما طلب . فطعن الخطيبة بالنقض، وكان من وسائل استئنافها أن الخاطب يعتبر ما
قدمه من قبيل المهر لا الهدايا، وأن الحكم الشرعي يختلف بسبب ذلك . فقال المجلس الأعلى :
«(إن الطاعنين الذين ثبتت حيازتهما للحوادث المطلوبة، وامتناعهما من تنفيذ ما اتفقا عليه مع
المدعي، يلتزمان قانونا برد ما حازاه من هذا الأخير . من غير اعتداد بما إن كان المحوز هدايا أو
صداقا، ودون أن تختلف نتيجة الحكم في ذلك)) . مما يفيد أن حق الاسترداد في حالة العدول
شامل لكل ما يقدمه الخاطب سواء عد من المهر أو كان من الهدايا .

كما سنحت الفرصة للمجلس الأعلى، لأن ينظر في قضية تتعلق باسترداد الهدايا بعد فسخ
الخطبة، وذلك بقراره عدد 881²¹⁷⁹ . وتتلخص وقائع القضية في أن خاطبا قدم لخطيبته عشرة
هكتارات من أرض محفظة سنة 1963 كهدية بمناسبة الخطبة، وسجلتها المخطوبة باسمها

²¹⁷⁷ - وينص الفصل 14 من ق.ل.ع. على أن مجرد الوعد لا يعتبر التزاما . ورغم أن الخطبة مجرد وعد بالزواج
فإنه وطبق قواعد القانون المغربي يمكن التعويض من الضرر المعنوي اللاحق بالخطيب أو الخطيبة من جراء فعل جرمي
أوقعه الغير بأحدهما كجرح العاطفة أو الشعور . (انظر الدكتور أحمد الخليلي في رده على موقف الدكتور حومد
الذي يمنع التعويض المذكور، مع بيان الموقف في قوانين أخرى (شرح قانون المسطرة الجنائية- ج 1، ط 2،
1982، ص 123-124).

²¹⁷⁸ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 173، بتاريخ 17 / 07 / 1972 . بمجلة القضاء
والقانون، عدد 121، ص 646 .

²¹⁷⁹ - المجلس الأعلى - قرار بتاريخ 13-12-1978 . ويراجع مضمونه بثنايا الحكم الاستئنافي عدد 316 الآتي
ذكره، والصادر عن محكمة الاستئناف بمكناس . بتاريخ 7-10-1980. قضية عدد 303-7-79، منشور
بمجلة رابطة القضاة، عدد 8 و 9، صفحة 155.

بسجلات المحافظة العقارية . وفي سنة 1975 تقدم الخاطب بطلب بطلان عقد الهبة المذكور والتشطيب عليه من سجلات المحافظة العقارية لكون الزواج لم يتم ، إذ تزوجت الخطيبة من رجل آخر. فحكم القاضي الابتدائي بقبول الطعن في الهبة وشطبها من السجل العقاري لأنها مقدمة كهدية خطبة، عدلت عنها الخطيبة بتزوجها من آخر غير الخاطب الواهب وذلك اعتمادا على الفصل 3 من المدونة. غير أن محكمة الاستئناف بفاس، ألغت الحكم المذكور بعلّة أن الخاطب هو الذي كان يتماطل إلى أن تخلّى عن خطيبته . فطعن الخاطب في القرار بالنقض . فنقض المجلس الأعلى القرار المذكور ، اعتمادا على الفصل الثالث من المدونة . ذكرا أنه كان على المخطوبة وبما أنها استفادت من تملكها الهدية المقدمة لها بمناسبة عقد الخطبة "أن تثبت أنها فعلت ما يخوله لها القانون من أجل مطالبة المدعي بإتمام عقد الزواج ، بما أنه كان هو الذي يماطل إلى أن تخلّى عنها نهائيا" وقد أحال المجلس الأعلى القضية بعد النقض على محكمة الاستئناف بمكناس ، التي قضت تقييدا منها بقرار المجلس الأعلى ، بتأييد الحكم الابتدائي ، بعلّة أن المدعي عليها لم تثبت طلبها للمدعي بإتمام العقد وأنه لا يمكن الاحتجاج بطول أمد الخطبة لإلصاق العدول بالخطاب ، لأن المشرع لم يحدد أمدا تنتهي إليه ، وأن زواج المدعي عليها بالغير يعد دليلا واضحا عن العدول في الخطبة²¹⁸⁰.

ويلاحظ الدكتور أحمد الخمليشي²¹⁸¹ على قرار المجلس الأعلى المذكور ، أن المادة 3 من المدونة تتحدث عن إثبات مجرد العدول ، ولم تستلزم إطلاقا ، القيام بمطالبة الخطيب بإبرام العقد، ولا إثبات "تماطله إلى أن تخلّى عنها نهائيا فالحكم ألزم المدعي عليها بما لم يفرضه عليها القانون".

ونستنتج من قرار المجلس الأعلى أعلاه وقرار محكمة الموضوع:

- 1- أن مجرد طول مدة سكوت الخاطب وعدم مبادرته لإبرام العقد لا يعد عدولا.
- 2- وأن مجرد زواج الخطيبة بآخر يعد عدولا.
- 3- وأنه يجب مطالبة الطرف الآخر بإتمام العقد حتى يمكن حرمانه من حق استرداد هداياه، إن أصر على موقفه بعدم إتمام العقد.

²¹⁸⁰ - محكمة الاستئناف بمكناس - قرار عدد 316 . بتاريخ 07-10-1980. قضية عدد 303-7-79، منشور بمجلة رابطة القضاة ، عدد 8 و 9 ، صفحة 155. وهو القرار الصادر عقب الإحالة من طرف المجلس الأعلى بتاريخ 13-12-1978 المشار إليه أعلاه .

²¹⁸¹ - أحمد الخمليشي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - مرجع سابق ، ج 1 ، ص 51.

4- إن تسجيل الهدية إن كانت عقارا محفظا في سجلات المحافظة العقارية ، لا يمنع من طلب التشطيب على القيد المتعلق بها عند الحكم بأحقية الخاطب في استرداد ما أهدها، تبعا لمبدأ التلازم بين صحة التسجيل وحجيته وبين صحة السند المرتكز عليه.

غير أنه يتعين التنبيه إلى الحالة التي تكون فيها الهدية عقارا غير محفظ، ويتم تحفيظه من قبل المهدي له العقار ويحفظه على اسمه ثم يعدل عن الخطبة، فإن الصبغة النهائية للتحفيظ تمنع المطالبة باسترجاع العقار المذكور بعينه (الفصل 2 و 62 من ظهير التحفيظ : 12-08-1913)²¹⁸² حيث يثور التساؤل هنا حول حق المتضرر من التحفيظ، وهو الخاطب المعدول عنه صاحب الهدية في إقامة دعوى شخصية من الخطيب العادل على أساس مبادئ الإثراء بلا سبب²¹⁸³.

المطلب الخامس

استبعاد الأخذ بحلول جديدة

في ميدان إثبات النسب رغم أن لها أصولا فقهية

يحكم مادة الإثبات في النسب قاعدة " الولد للفراش " ، بالإضافة لوسائل إثبات النسب الأخرى . فقد نص الفصل 89 من مدونة الأحوال الشخصية على أنه : ((يثبت النسب بالفراش، أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بينة السماع بأنه ابنه ولد على فراشه من زوجته)). كما نص الفصل 85 من المدونة : ((الولد للفراش إن مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأمكن الاتصال، وإلا فالولد المستند إلى هذا العقد غير لاحق)). ويعتد بوسائل إثبات النسب في

²¹⁸² - يرى الأستاذ محمد بن أحمد الجراوي -المستشار بمحكمة الاستئناف بمكناس- في تعليقه على القرار 316 المذكور أعلاه ، أنه في هذه الحالة يمكن الرجوع على أساس القيمة . (مجلة رابطة القضاة عدد 8-9 م.س. ص 164) .

²¹⁸³ - حول الدعاوى الشخصية الممكنة للمتضرر من التحفيظ: انظر الدكتور مامون الكزبري - التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية . ط 1978 ، ص 101 .

مواجهة الرجل المدعى عليه بالنسب . أما بالنسبة للمرأة فإن إقرارها بالولادة، أي بأبومتها يثبت نسب الولد لها، وهذا بخلاف الرجل فإنه إن نازع في النسب فإنه لا يثبت في مواجهته إلا بالطرق المقررة في الفصل 89 من المدونة . هذا بغض النظر عن إمكانية الاستلحاق المخولة لأب بخصوص مجهول النسب طبق الفصل 92 وما يليه من المدونة .

وتعتبر قرينة الفراش من أهم وسائل إثبات النسب، وعليها تدور أغلب القضايا الرائجة أمام المحاكم في مادة النسب. والدليل الشرعي لهذه القرينة هو الحديث النبوي الشريف ((الولد للفراش وللعاهر الحجر))²¹⁸⁴. ومقتضى هذه القرينة أنه كلما وجد الفراش وجد النسب . ويقصد بالفراش تعين المرأة للولادة لشخص واحد بمقتضى عقد زواج صحيح، أو فاسد أو ما يلحق به من شبهة . وأساسها هو أنه لا يصح التعليل بأمر خفي لا يدرك بحاسة ظاهرة ((لأنه لا يمكن التحقق من وجوده ولا عدمه، فلا يعلل ثبوت النسب بحصول نطفة الزوج في رحم زوجته، بل بمظنته الظاهرة وهي عقد الزواج الصحيح))²¹⁸⁵، ولذلك فقد اعتبر المجلس الأعلى²¹⁸⁶ أن قاعدة الولد للفراش، تعتبر أخذاً بقاعدة الظاهر²¹⁸⁷ وقرر ((إن الطاعنين صرحا أن الثابت من وقائع النازلة، هو أن كلا من المالك والمطلوبة في النقض عاقر، وبذلك فلا يمكن الأخذ بقاعدة الولد للفراش وتأويل الفصل 85 من المدونة . لكن - يقول المجلس الأعلى - ... قد تبين أن المحكمة أخذت بقاعدة الظاهر، وطبقت الفصل 85 من المدونة على النازلة، مما يكون ما عابه الطاعنان عديم الأساس)) .

فقاعدة الولد للفراش، ليست طريقاً من طرق إثبات النسب فحسب، بل هي سبب منسئ للنسب كذلك، وهي بذلك تختلف عن الإقرار والبينة، من حيث أن هذين الأخيرين، أمران

²¹⁸⁴ - أخرجه البخاري - صحيح البخاري - ج 8، بيروت، دون تاريخ الطبع، طبعة عالم الكتب، ص 295 . وانظر السند الشرعي لقاعدة الولد للفراش لدى محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 360 وما بعدها .

²¹⁸⁵ - عبد الوهاب خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه . دار القلم، ط 4، 1974، ص 50 .

²¹⁸⁶ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 810، بتاريخ 16 / 11 / 1993 . بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 225 .

²¹⁸⁷ - في قضية تتعلق بزراع حول الجنسية المغربية، التي يمكن إثباتها بالحالة الظاهرة، عرف المجلس الأعلى الحالة الظاهرة، بأنها ((مجموعة من الوقائع العلنية المشهورة المجردة من كل التباس)) (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 705، بتاريخ 13 / 04 / 1983، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 32، ص 27) .

كاشفان للنسب يظهران ثبوته من وقت الحمل بسبب الفراش الصحيح أو بشبهته²¹⁸⁸. وذلك إذا توافرت شروط أعمال هذه القرينة، التي قيدها الفقهاء بقيدين، هما: (1) إمكان الاتصال. (2) وإمكان الولد من هذا الاتصال ومجيئه خلال الأمد المقرر للحمل، وهو ما نصت عليه المدونة في الفصل 85 ويطبقه المجلس الأعلى²¹⁸⁹.

ويشير تطبيق قاعدة الولد للفراش أمام المحاكم، عدة قضايا يتعين البحث عن موقف المجلس الأعلى منها في الظروف الراهنة. وتتعلق: بحمل الخطيبة وما إن كان يمكن اعتبار الخطيبة فراشا؟ (الفقرة الأولى)، ثم تسجيل الولد بكناش الحالة المدنية وما إن كان يعد قرينة بدوره على ثبوت النسب؟ (المطلب الثاني)، وأخيرا أثر الخبرة الطبية - في مادة النسب - على قاعدة الولد للفراش (المطلب الثالث).

الفقرة الأولى - حمل الخطيبة:

أفتى المرحوم العلامة محمد الجواد الصقلي الحسيني، رئيس المجلس العلمي بفاس سابقا، بفتوى حول حمل الخطيبة²¹⁹⁰ ومفاد هاته الفتوى: أنه إذا تم الإيجاب والقبول من كل من الخاطب والمخطوبة، وثبتت الخلوة بينهما، وفشا ذلك عند الأقارب والجيران، ولم ينكر الخطيب النسب عنه باللعان، فإن النسب يلحق بالخطيب. وعلة هاته الفتوى، ترجع إلى أن رضائية العقد تحققت بالإيجاب والقبول، خاصة عند تعدد الخلوات بين الخطيبين كما هو الشائع في الوقت الحالي²¹⁹¹، ولأن الجانب الشكلي في العقد وهو الإشهاد يؤخر بعد الخطوبة

²¹⁸⁸ - ممدوح عزمي - الزواج العربي، مرجع سابق، ص 64. وانظر قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 04 / 02 / 1976، بنفس المرجع السابق، ص 67.

²¹⁸⁹ - فقد قرر المجلس الأعلى أن الفراش في الزوجية إنما يثبت بالعقد بشرط إمكان الدخول (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 23. بتاريخ 31-10-1967. منشور بمجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية (1962 - 1995)، منشورات المجلس الأعلى في ذكره الأربعين، مرجع سابق، ص 7.

²¹⁹⁰ - أورد هذه الفتوى الأستاذ الغازي الحسيني في بحثه - الولد للفراش - المنشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 130، ص 45. ويبدو أن أستاذنا الغازي الحسيني يساند هذه النظرية بناء على كون الشرع متشوف للحقوق النسب.

²¹⁹¹ - لقد قررت المحكمة الابتدائية بفاس في أحد أحكامها: ((إن الخلوة في العصر الحاضر، تتم حتى في حالة الخطوبة، فأحرى بعد العقد الشرعي)) (انظر مضمون الحكم المذكور وحكم محكمة الاستئناف بفاس التي أيدته في ثنايا قرار المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 314. بتاريخ 22-09-1980، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 27، ص 151).

أحيانا إلى حين إعداد بيت الزوجية . كما أن علة هذه الفتوى تنبني على كون عقد الزواج يتحقق بالشهرة ((ولأجل تحقيق العقد الرضائي بين الطرفين، كان الحمل الظاهر بالمرأة هو للفراش إن أمكن عادة وشرعا حفظا لنسب الحمل وصيانة لاعتبار أمه . وبمقتضى هذا الاجتهاد الفقهي تصان كرامة الأم ويحفظ نسب الولد في الواقع المتفشي اليوم، ويقضي على المختالين للتحلل من النسب... (ف) -تأخير الإشهاد بعقد الزواج لا يمنع من إلحاق الحمل بالزوج حسب العقد الرضائي القائم بينه وبين أم الولد))²¹⁹². وهكذا يبدو أن هذه الفتوى صدرت لمواجهة آثار أوضاع اجتماعية لم تكن موجودة في السابق، كما أنها تستمد أصولها من كون النسب يدور على الإمكان، فضلا عن مبدأ " تشوف الشرع للحقوق النسب "، وأنه يكتفى فيه بمجرد وجود الشبهة

ولقد تبني مشروع تعديل مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1981 هذه النظرية، فنصت المادة 191 من المشروع على أنه : ((إذا ثبت أن الخطيب يخلو بالخطيبة، خلوة كاملة، وقبل الإشهاد، وظهر بها حمل، فيلحق الحمل بالخطيب، ما لم يثبت ما ينافي ذلك)) . لكن لم يتم الأخذ بهذا المشروع بمناسبة تعديل مدونة الأحوال الشخصية في سنة 1993 . كما لم يتم الأخذ بمقترح صاحب الفتوى بإضافة فقرة للفصل 87 من المدونة تنص على أنه : ((إذا ظهر حمل بالخطيبة قبل الإشهاد بالعقد أو وضعت بعد الإشهاد بأقل من ستة أشهر، فالحكم : اللحوق بالخطيب بشروط أربعة وهي: - إذا أمكن اتصال الخطيب بالخطيبة - وتوفرت الخطبة على الإيجاب والقبول - وفشا بينهما - ولم ينف ذلك الحمل أو الولد بلعان، وإلا فلا لحوق))²¹⁹³.

ويميل إلى الأخذ بحلول هذه الفتوى أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي، الذي يقول : ((ولعل أقرب حل مقبول، هو أنه في حالة الحمل، وإبرام عقد الزواج فعلا أمام العدلين، يلحق الولد بالزوج، وإن تم وضعه في أقل من ستة أشهر من إشهاد العدلين، لأن توثيق العقد، واعتراف الأب يؤكدان وجود الإيجاب والقبول قبل الاتصال الناتج عنه الحمل . وهما كافيان لثبوت النسب، ولا ينبغي لضابط الحالة المدنية أو النيابة العامة، أو أقارب الأب مثلا، أن يثيروا ما إن كان الحمل قد نشأ بعد العقد أو قبله)) ويرى أستاذنا أن هذا الحل مبرر لكون الفقه يقبل إقرار الأب بالنسب دون تكليف بإثبات علاقة الزواج، ولأن إتمام عقد الزواج يؤكد حسن نية الطرفين ووجود الإيجاب والقبول من الخطيبين عند نشوء الحمل، وإن تأخر الإشهاد بالعقد²¹⁹⁴.

²¹⁹² - الغازي الحسيني - الولد للفراش - مرجع سابق، ص 45-46 .

²¹⁹³ - الغازي الحسيني - الولد للفراش - مرجع سابق، ص 45-46 .

²¹⁹⁴ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 36 .

وهو ما يراه أيضا الأستاذ أحمد باكو²¹⁹⁵، الذي يميل إلى التوسع في هذا الرأي، ليشمل حالة المرأة التي تحمل نتيجة لوعد كاذب بالزواج من قبل من غرر بها . ويقترح الأستاذ أحمد باكو شروطا لضبط هذه الحالات.

بينما يرى الدكتور محمد الكشبور، أن هذا الموقف الذي ينسجم في عمومته مع مبدأ تشوف المشرع للحقوق النسب، فإنه يبقى محل نظر من الوجهة الشرعية ((فبالإضافة إلى أنه، لا يدخل في الاعتبار باقي شروط الزواج الأخرى، من ولاية وصدّاق وإشهاد، فهو يخرق قاعدة الولد للفراش . ثم إنه يتزل الخطبة منزلة الزواج، والقاعدة شرعا وقانونا، أمّا وعد بالزواج وليست بزواج))²¹⁹⁶ .

وعلى صعيد الفقه المقارن المعاصر، يذهب البعض إلى أن ((هذا التوسع في مفهوم الفراش يستجيب لمقاصد الشريعة الإسلامية ، لعدم إضاعة الولد بإضاعة نسبه . وهو ما جعل ذوي الرؤية الواضحة من فقهاء الإسلام يقولون، بإلحاق النسب المتأتي من اتصال جنسي بشبهة الزواج، ويجعلون من هذا القبيل، الولادة من حمل وقع بعد ركون الخطيين لبعضهما . ولعل مرد هذا إلى اعتبار أن الخطبة، لئن لم تكن عقدا مرتبا لآثاره القانونية، فهي شبيهة بالعقد من ناحية ما يقوم في الذهن من الشرعية المؤدية إلى الاتصال))²¹⁹⁷.

ولقد حاولت بعض محاكم الموضوع المغربية، السير على منوال الفتوى المذكورة، استجابة لمعطيات المشاكل الناجمة عن الاتصال الجنسي في فترة الخطوبة²¹⁹⁸، التي تطول مدتها غالبا لعدة عوامل قبل إنجاز الرسم العدلي المتعلق بالزواج . لكن رد المجلس الأعلى كان حاسما، وهو : منع حقوق النسب في هذه الحالة . فقد قرر المجلس الأعلى²¹⁹⁹ نقض الحكم الاستثنائي الذي تبني النظرية الفقهية الحديثة المذكورة وقرر أنه : ((حقا ما نعته الوسيلة . ذلك أن المدعية صرحت في

²¹⁹⁵ - أحمد باكو - الإشهاد على الزواج، مرجع سابق، عدد 59، ص 57 .

²¹⁹⁶ - محمد الكشبور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص400، هامش 26.

²¹⁹⁷ - انظر : محمد صالح العياري - مذكرات وبحوث قانونية، ط 1 ، تونس 1987، 144 وما بعدها .

²¹⁹⁸ - ويدخل الاتصال الجنسي بين الخاطب والمخطوبة ضمن جرائم الفساد المعاقب عليه بمقتضى الفصل 490 من القانون الجنائي (محكمة الاستئناف بالرباط - قرار بتاريخ 15 / 02 / 1988، بمجلة الإشعاع، عدد 5، سنة 1991، ص 118) .

²¹⁹⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 622 . بتاريخ 10-05-1988، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 140-141، ص 155 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 25 .

مقالها، بأنها وضعت حملها بتاريخ 04 / 07 / 1980 حسب الشهادة الطبية الموجودة بالملف المثبتة على أنها كانت حاملا من 8 أشهر . وقد أقامت عقد نكاحها مع الطاعن في 02 / 03 / 1980، وسجل الحكم المطعون فيه، في حيثياته على أنها وضعت بأربعة أشهر بعد العقد، ولم تعارض في ذلك المطلوبة، بل إنها أكدت ذلك، وأدلت بلفيف مؤرخ في 26 / 09 / 1983 شهد شهودها، بأنها كانت تعاشر الطاعن معاشرة الأزواج قبل عقد النكاح . وأنها وقت العقد عليها كانت حاملا . وقد اعتمد القرار في حكمه على حقوق الولد بالطاعن، على نظرية للفقهاء الحديث، من جواز اعتبار الحمل الذي يظهر بالخطيبة قبل الإشهاد بالزوجة أو وضع الحمل دون ستة أشهر، يكون لاحقا شرعا بالخطيب إذا أمكن الاتصال . وحيث إن ما ذهب إليه القرار، هو مخالف لأصول الفقه المعمول به وللحديث الشريف " الولد للفراش"، أي للعقد الصحيح بعد إمكان الوطاء، وجاءت به المرأة لستة أشهر من العقد عند الجمهور، وهو ما نصت عليه المدونة في فصلها 84 و 85 . وحيث إن وضع الحمل من المطلوبة كان بعد العقد عليها بأربعة أشهر، وأكد ذلك شهود لقيفها المذكور، الذين صرحوا به، بأنها كانت حاملا حين العقد عليها، رغم أن شهادتهم مطعون فيها، إذ كيف عرفوا أنها كانت حاملا حين العقد، والحمل لا يطلع عليه إلا النساء أو الأطباء بحكم المهنة . وحيث إن الحكم بتجاوزه مقتضيات الفصلين 84 و 85 من مدونة الأحوال الشخصية، يكون قد خالف صريح نص الفصلين المذكورين (ولا) اجتهاد مع النص . الأمر الذي يجعل القرار المطعون فيه قد ارتكز على غير أساس صحيح عرض به وتعرض للنقض)).

وفي قرار آخر، يتعلق بالطعن بالنقض في حكم قضى بفسخ زواج لأنه تم والطاعنة حامل من سبعة أشهر - لم يعتد المجلس الأعلى بما دفعت به الطاعنة ، من كون المدعى عليه بالنسب كان خطيبها، وقد بعث إليها بعدة رسائل يعترف فيها بنسب الولد إليه، وأنها أدلت بلفيفية شهد شهودها بأنه كان قد خطبها خطبة عرفية واستمر يعاشرها، كما أنها أدلت بصورة لأمه وأخته وهما يحملان الولد ²²⁰⁰ .

²²⁰⁰ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث - قرار عدد 984، بتاريخ 29 / 09 / 1987، مجلة

لقد أكد المجلس الأعلى باتجاهه هذا، موقفه الثابت بخصوص قطع نسب المولود قبل الزواج، والذي يعتبره ولد زنا لا يصح الإقرار ببنته ولا استلحاقه، لأن الشرع قطع نسبه²²⁰¹.

²²⁰¹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 446 . بتاريخ 30-03-1983، بمحكمة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص 109 . وكذلك بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، (1965-1989)، الرباط 1990، ص 370 .

وقد اعتمد المجلس الأعلى في هذا القرار على قول الشيخ خليل وشراحه، فقال : ((لقول خليل : ((إنما يستلحق الأب مجهول النسب))، قال العلامة الزرقاني : ((لا مقطوعه، كولد الزنا لأن الشرع قطع نسبه)) وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 92 من م . ح . ش .)) . وأضاف المجلس الأعلى مستبعدا قواعد الإقرار المنصوص عليها في ق . ل . ع : ((وحيث إن اتفاق المدعية والمدعى عليه على ازدياد هاته البنت بعد عقد النكاح بينهما نحو شهر، على فرض صحته وموافقته للواقع، فإن هاته البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه كذلك حسبما نص عليه الفصل 85 من م . ح . ش . وهو القانون الواجب التطبيق على النازلة مع قاعدة الفقه الإسلامي لا ق . ل . ع . الأمر الذي كان معه هذا الحكم فيه خرق للقانون الداخلي واستوجب ذلك نقضه)) .

وبمناسبة الحديث عن الأولاد المزدادين خارج مؤسسة الزواج، وتطبيق قانون الالتزامات بخصوص وضعياتهم، تجدر الإشارة إلى أن المحاكم العصرية وهي تنظر في قضايا أجناب كانت تقبل دعاوى الاعتراف بالأبوة الطبيعية . وأحيانا كانت ترفض هذه الدعاوى ولكنها كانت ترتب آثارا خاصة فيما يتعلق بتغذية الابن غير الشرعي، وتحكم بالتعويض على الأب الطبيعي تأسيسا على الفصلين 77 و 78 من ق.ل.ع أي على أساس الخطأ، حيث كان يعتبر هجر الأم والطفل من قبل الأب الطبيعي (ذو الأصل الفرنسي) وتركهما في ضيق من العيش يشكل جرحا كبيرا . انظر :

- AHMED CHAFI, L'enfant né hors mariage au Maroc -in Revue Marocaine de Droit et d'économie du Développement, N°19, Année 1989; p.145.

ولقد أيد المجلس الأعلى هذا الحل ذاكرة أن محكمة الاستئناف لا تخرق مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية المغربية بتأسيس قرارها فقط على الفصلين 77 و 78 من ق.ل.ع بخصوص وقائع حدثت بالمغرب وينظمها الفصل 16 من ظهير وضعية الأجناب بالمغرب . (قرار المجلس الأعلى بتاريخ 13-11-1962 ذكره أحمد الشافي في مرجعه السابق . ص 145 .)

حول هذا القرار، انظر :

- Abderrazak MOULAY RCHED, La magistrature marocaine et l'évolution de la Moudaouana. jurisprudence de la Cour suprême, op. cit, p.43 .

وقد فسر أستاذنا مولاي رشيد اتجاه المجلس الأعلى بهذا الخصوص، بأن القضية كانت تعني طفلا ولد لمغربية من شخص فرنسي دون زواج . ولأن القانون المغربي (قانون الطفل) لا يعرف إثبات البنوة الطبيعية، عكس قانون الأب المفترض الذي يقرها، فإن الحل القضائي تم في إطار البحث عن حل في مصلحة الطفل في إطار قواعد المسؤولية التقصيرية، ما دام أبوه غير مسلم .

بينما لاحظ الأستاذ أحمد الشافي (مرجع سابق ص 146) أن المجلس الأعلى لم يتساءل عما إن كان هذا القضاء موافقا أم لا للنظام العام المغربي، على ضوء المدونة، التي لا تعترف بالبنوة غير الشرعية (ف 83)،

وهو ما أكدته، كذلك محكمة الاستئناف بالرباط، لما قررت بعد تأكيدها لمفهوم الخطبة ((إن العلاقات خارج إطار الزواج، لا يترتب عليها شيء، وهي محض زنا))²²⁰². ولقد قضت محكمة التعقيب بتونس بعدم لحوق النسب بالنسبة للموعدة بالزواج²²⁰³.

ميرزا أن مثل ذلك القضاء سواء قبل الحماية أو بعدها مناف لنصوص المدونة والفقهاء الإسلامي، ومن شأنه تأسيس واجبات أخلاقية للمعايشة خارج الزواج.

2202 - محكمة الاستئناف بالرباط، قرار صادر بتاريخ 15 / 02 / 1988، ملف عدد 6917 / 85 . بمجلة الإشعاع، عدد 5، ص 118 .

2203 - فقد واقع رجل امرأة، وأدين من أجل ذلك، ونتج عن هذا الاتصال الجنسي بنت. فتقدمت تلك السيدة بطلب إثبات نسب البت لأبيها. فقضت لمحكمة الابتدائية برفض الطلب على أساس أن البنت بنت زنى. لكن محكمة الاستئناف ألغت الحكم المذكور على أساس أن البحث الجنائي أثبت أن المدعى عليه بالنسب، سبق أن وعد المدعية (بنت عمه) بالزواج فمكنته من نفسها، وأن مجرد اتفاق الطرفين على الزواج يكفي لإثبات نسب البنت دون الحاجة إلى توفر زواج شرعي. لكن محكمة التعقيب التونسية قررت: ((حيث اقتضى الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية، أن النسب يثبت بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر. وحيث يؤخذ من صريح هذا النص أن النسب لا يثبت من علاقة خنائية وإنما يحصل من اتصال جنسي ناتج عن علاقة زواج شرعية، ولو كانت مختلة الأركان أو الشكليات القانونية. وهذه العلاقة الشرعية يمكن أن تكون زواجا صحيحا أو فاسدا طبقا للفصل 21 من مجلة الأحوال الشخصية، أو عرفيا على خلاف الصيغ القانونية على معنى الفصل 31 من قانون الحالة المدنية المورخ في غرة أوت 1957. إذ الولد للفراش وللعاهر الحجر، حسبما درج عليه الفقهاء الإسلامي وفقه قضاء محكمة التعقيب. وحيث أسست محكمة الدرجة الثانية قضاها على اعتبار أن الوعد بالزواج الحاصل بين الطرفين يعد اتفاقا على الارتباط يكفي لإثبات نسب البنت إليها والتي هي ثمرة اتصال جنسي واقع بينهما دون حاجة إلى توفر زواج شرعي. وحيث إنه من الثابت من الأوراق أن المعقب ضدها لم تدع أنها تزوجت بالطاعن أو أن الوقاع كان نتيجة عقد زواج كيفما كان وجه انبرامه، وإنما أكدت أثناء قيامها بالتشكي أمام الباحث الجزائري وفي قضية الحال من كون المعقب واقعها وافتض بكارفها بعد أن وعددها بالزواج ثم تنكر لوعده. وبذلك فإن البنت (بختة) كانت نتيجة اتصال جنسي غير شرعي، وعلى أساس علاقة خناء أكدتها المعقب ضدها ونفاها الطاعن ولم يكن على أرضية فراش شرعي جمع بين الأب والأم أي زواج شرعي كيفما كان وجه انبرامه، طبقا يقتضيه الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية، وبالتالي فإن البنت التي كانت ثمرة اتصال جنسي غير شرعي وقاع على وجه الزنا لا تعتبر بنتا شرعية للزاني ولا يثبت نسبها له. إذ لا يمكن إثبات نسب ابن غير شرعي لأب غير شرعي وهو واقع أغفلته محكمة الدرجة الثانية، فضلا عن أنها لم تبرز العناصر المحسمة للوعد بالزواج الواقع اعتباره من قبلها عنصرا تمهيدا مفضيا للزواج الذي أسست عليه نسب البنت وتجاوزت في تعليها أحكام الفصل 1 من مجلة الأحوال الشخصية القاضي* بأن كلا من الوعد بالزواج والمواعدة به، لا يعتبر زواجا ولا يقضى به* وهو بهذا الاعتبار لا ينتج أثرا ولا يثبت به نسب... (وبذلك) يكون حكمها مشوبا بضعف التعليل ومخلا بالقانون إخلالا فاحشا بصورة تعرضه للنقض)).

الفقرة الثانية – مشكل إثبات النسب بواسطة تقييدات الحالة المدنية :

بمناسبة المنازعات المتعلقة

بالنسب، يتم الاحتجاج أمام القضاء بمسألة تسجيل المولود بكناش الحالة المدنية ، كدليل على ثبوت النسب قَبْل من ينفية، باعتبار تسجيل المولود بدفتر الحالة المدنية قرينة على حوقه بنسب من سجله، وعلى أساس أن عملية تسجيل المولود بكناش الحالة المدنية، يعتبر إقراراً بالنسب نتيجة ذلك.

غير أن الأخذ بهذه الحجة أمام القضاء ليس بالأمر السهل، ويرجع المشكل بالأساس إلى أن كلا من قانون الحالة المدنية ومدونة الأحوال الشخصية، ينظم موضوع الولادة والزواج بانفصال عن قواعد القانون الآخر . وهذا الوضع تترتب عليه عدة إشكاليات، أساسها هذا الانفصال غير المتصور، بين أحكام مدونة الأحوال الشخصية، وقانون الحالة المدنية، فرغم ((أن النسب القانوني يرتبط أساساً بواقعي : الزواج والولادة، وفي التنظيم التشريعي القائم، نجد قانون الأحوال الشخصية ينظم عقد الزواج ويهمل الولادة، بينما يعنى قانون الحالة المدنية بالولادة دون الزواج))²²⁰⁴. قد تكون لهذا الانفصال أسبابه التاريخية، باعتبار نظام الحالة المدنية (ظهير 04 / 09 / 1915) كان لا يعنى المغاربة في البداية . لكنه وضع ظل قائماً رغم تمديد نظام الحالة

(محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 43354 مؤرخ في 18/10/1996، بنشرية محكمة التعقيب 1996، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس، ص 225 وما بعدها). وانظر في نفس الاتجاه: قرار محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 51346 مؤرخ في 26/11/1996، بنشرية محكمة التعقيب 1996، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس، ص 228 وما بعدها. وجاء في هذا القرار: إن الشهادة الواردة بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية، يقصد بها إثبات البنية الشرعية لا غير، وبالتالي فإن البنية الطبيعية غير واردة أصلاً ضمن النصوص الوضعية لمادة إثبات النسب وهو ما درج عليه فقه قضاء محكمة التعقيب ضمن عديد قراراتها.

- قرار محكمة التعقيب بتونس - قرار عدد 49089 مؤرخ في 07/05/1996، بنشرية محكمة التعقيب 1996، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس، ص 231 وما بعدها. حيث جاء فيه: إن وسائل إثبات النسب المنصوص عليها بالفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية (الفراش، أو بإقرار الأب، أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر) - يلتجأ إليها في الابن المنخلق من علاقة زواج شرعية ولو كانت مختلة الأركان أو الشكليات القانونية، ولا يلتجأ إليها بالنسبة للولد المنخلق من علاقة غير شرعية.

²²⁰⁴ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2 ، مرجع سابق، ص 91 . حيث خص أستاذنا مطلباً خاصاً حول التنسيق بين قانوني الأحوال الشخصية وقانون الحالة المدنية .

المدنية إلى المواطنين المغاربة (ظهير 08 / 03 / 1950) وهو وضع يربك الأحكام في موضوع لا يحتمل ذلك، أي موضوع الزواج والولادة وما يترتب عنهما من نسب .

فلقد ذهبت بعض محاكم الموضوع إلى اعتبار تسجيل الأب للولد بكناش الحالة المدنية بمثابة إقرار بالنسب، وفي هذا قررت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء : ((حيث إن الهالك أقر بابنته الآنسة ميشال حسب وثيقة الحالة المدنية الموجودة في ملف النازلة بتاريخ 26 يناير 1940، فور تسجيل ازديادها في سجلات الحالة المدنية بمدينة وجدة))²²⁰⁵، وهو ما قضت بذلك محكمة الاستئناف بمراكش²²⁰⁶. بينما تأخذ محاكم أخرى بغير ذلك، فقد قضت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء²²⁰⁷ بأن التسجيل بالحالة المدنية لا يثبت به النسب، وأن طرق إثباته هي : الفراش، والإقرار، والبينة ((وإن التسجيل في دفتر الحالة المدنية الذي يعتمد عليه السيد ب. م. لإثبات نسبه إلى الهالك بوجعة ب. لا يمكن أن يرقى حجة على الإرث أعلاه))²²⁰⁸. كما قضت محكمة

²²⁰⁵ - محكمة الاستئناف بالدار البيضاء - قرار عدد 2097، بتاريخ 16 / 10 / 1980، بالجملة المغربية للقانون، عدد 1، السنة 1986، ص 49 وما بعدها . وبمجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص - للأستاذ حسن والقيد، مرجع سابق، ص 73 وما بعدها . ويتعلق هذا القرار بتزاع في إرث لاجئ روسي كان يقيم في المغرب . وانظر تعليق الأستاذة فاطمة سرحان على القرار المذكور بالجملة المغربية للقانون المذكورة أعلاه، ص 20 وما بعدها، تحت عنوان : القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية للملائين وعديمي الجنسية في القانون الدولي الخاص المغربي .

²²⁰⁶ - فقد قررت أن تسجيل الابن بالحالة المدنية من قبل المصروح به، فيه إقرار بالنسب، من جانب الأب الذي مارس ذلك التسجيل، وذلك رغم الاستماع إلى سيدة ادعت أنها والدة الولد وقد سلمته لمن تدعي نسبه للهالك الذي سجله بدفتر الحالة المدنية، بمجرد ولادته، وكذلك رغم أن المولدة شهدت بأنها هي التي ولدت السيدة التي وضعت الولد، وليست المرأة التي تدعي نسبه (وذلك حسبما يبدو من ثنايا قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 810، بتاريخ 16 / 11 / 1993، بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 225 . الذي اعتبر التسجيل بدفتر الحالة المدنية حجة تكميلية لما شهدت به الإرث ولقاعدة الولد للفراش) .

²²⁰⁷ - المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء - حكم عدد 11317 . بتاريخ 17-07-1984 . ملف مدني عدد 81/4422، بمجلة المحاكم المغربية ، عدد 35، ص 121.

²²⁰⁸ - فقد تقدم طالب النسب بإرثه لإثبات نسبه وتقدم خصومه بإرثه مستفسرة لإثبات عدم كونه من الورثة، وبعد البحث الذي أجرته المحكمة والذي تبين لها من خلاله أن المدعي لم ينجب من الهالك الذي يدعي نسبه، قالت المحكمة : ((وحيث إن التسجيل في دفتر الحالة المدنية الذي يعتمد عليه السيد ب. م. لإثبات نسبه إلى الهالك بوجعة ب. لا يمكن أن يرقى حجة على الإرث أعلاه . لأن النسب لا يثبت إلا بالفراش والإقرار والبينة والشبهة وبشهادة عدلين (المادة 89 من مدونة الأحوال الشخصية))) .

الاستئناف بالدار البيضاء²²⁰⁹ بأن ((الإدخال في الحالة المدنية أو عدم الإدخال لا يوجب إرثا ولا يمنعه . والذي يوجبه هي الإرثاة)) .

أما المجلس الأعلى فقد حسم في هذا الأمر منذ زمن، معتبراً أن ضوابط الحالة المدنية ليس من شأنها الإخلال بقواعد الأحوال الشخصية، طبق ما ينص عليه الفصل 8 من ظهير الحالة المدنية المؤرخ في 08-03-1950²²¹⁰ . حيث نقض المجلس الأعلى²²¹¹، وبناء على الفصل المذكور، الحكم الاستئنافي الذي قضى بلحوق نسب البنت بالمدعى عليه، بناء على اعترافه بالبنت من خلال تسجيلها من قبله بدفاتر الحالة المدنية . وقد بنى الطاعن طعنه على كون التسجيل المذكور لا يصح الاستدلال به لأنه من باب الخبر ولتطرق الاحتمال إليه . لأن كتاب الحالة المدنية، لا يبألون أصدر التصريح من الأب أو من الأم، وما احتمل واحتمل سقط به الاستدلال . كما أن المجلس الأعلى نبه إلى أنه كان من الواجب إعدار المدعى عليه بخصوص رسم عقد الزيادة المتعلق بالبنت الذي احتجت به المدعية . ويلاحظ أن المجلس الأعلى في هذا القرار، أصدر قضاءه رغم أن الأب لم ينكر صراحة تسجيله للبنت بدفاتر الحالة المدنية، واكتفى بتعزيز طعنه على قيمة تصريحه لدى ضابط الحالة المدنية .

وهذا القضاء في الموضوع هو الذي به الإفتاء في المغرب²²¹²، حيث يعتبر تسجيل المولود في الحالة المدنية مجرد إجراء إداري لا يثبت به النسب . كما أن بعض الفقه يقر هذا الاتجاه، فالدكتور محمد الكشور يرى أنه ((لعل أهم دليل على أن ما ضمن بالحالة المدنية لا يقوم كحجة قاطعة لإثبات النسب أو نفيه، هو أن المشرع نفسه، قد نظم الإجراءات الخاصة بتصحيح دفتر الحالة المدنية، في إطار الفصول من 217 إلى 220 من قانون المسطرة المدنية))²²¹³ . فتبعاً لهذا

²²⁰⁹ - محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، - قرار عدد 1280، بتاريخ 07 / 07 / 1982 . مذكور في ثنايا قرار المجلس الأعلى عدد 1479، بتاريخ 17 / 12 / 1985، بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 39، ص 122 .

²²¹⁰ - ينص الفصل 8 المذكور على : " لا يمكن بأي حال من الأحوال، أن تمس مقتضيات ظهيرنا الشريف هذا، بما يجري به العمل من القواعد، لدى المحاكم الراجع لها النظر في الأحوال الشخصية أو الميراث " .

²²¹¹ - المجلس الأعلى - قرار عدد 201 . بتاريخ 18 يناير 1961، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 59-60 - ص 61، 536 .

²²¹² - المفتي الغازي الحسيني - في برنامج ركن المفتي بالتلفزة المغربية ليوم 21-07-1989 . وكذلك - فتواه حول تسجيل الطفل المتبنى باسم لمصرح بالحالة المدنية - نفس البرنامج، ليوم 21-09-1984 .

²²¹³ - محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، مرجع سابق، ص 357 .

الرأي الأخير، تعتبر الإمكانية المخولة قانوناً لتصحيح وثيقة الحالة المدنية، مانعا من اعتبار هذه الوثيقة حجة قانونية قاطعة، خاصة وأنه يمكن تغيير حتى تاريخ الولادة فيها . فكثيرة هي الطلبات التي تقدم أمام المحاكم من أجل تصحيح تواريخ الازدياد بالنسبة للولادات التي لم تسجل في الأجل القانوني . ومعلوم أن تاريخ الولادة له أثر مهم بالنسبة لثبوت النسب تبعاً لمبدأي أدنى وأقصى أمد الحمل، وكل تغيير في تاريخ الولادة قد يفضي بدوره إلى منازعات محتملة في النسب²²¹⁴، خاصة وأن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، قد قررت أن ((الأحكام الصادرة في مادة الحالة المدنية يؤخذ بها في مواجهة الكافة لتعلقها بالنظام العام))²²¹⁵.

وطبق الفصل 219 من قانون المسطرة المدنية ((تطبق نفس المقتضيات في تصحيح وثيقة الحالة المدنية، إذا لم يشر فيها إلى جميع البيانات المتطلبية قانوناً، أو إذا كانت هذه البيانات كلاً أو بعضاً غير مطابقة للواقع، أو تتضمن بيانات ممنوعة قانوناً)) .

²²¹⁴ - جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى : ((لكن حيث إن الفصلين 50 و 13 (من ظهير الحالة المدنية) المستدل بهما ، والفصلين 217 و 219 من قانون المسطرة المدنية، تسمح بتنقيح رسوم الحالة المدنية وتصحيح وثائقها إذا لم يشر فيها إلى جميع البيانات المتطلبية قانوناً، أو إذا كانت هذه البيانات كلاً أو بعضاً غير مطابقة للواقع. ويدخل في ضمن البيانات التي يتطلبها القانون، الولادة . ولذلك فإن المحكمة عندما استجابت للطلب الرامي إلى إصلاح الخطأ الواقع في تاريخ الازدياد - والحالة هذه - تكون قد احترمت القانون، ولم تخرق أي مقتضى من مقتضياته)) (المجلس الأعلى - الغرفة المدنية - قرار عدد 1033، بتاريخ 17 / 04 / 1989، بقضاء المجلس الأعلى عد 42 / 43، نونبر 1989، ص 99) .

²²¹⁵ - محكمة الاستئناف بالدار البيضاء - قرار عدد 1566، بتاريخ 29 / 06 / 1989، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 64 / 65، ص 147 . وتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد المستخدمين بإحدى المؤسسات قام باستصدار حكم بتصحيح تاريخ ازدياده يجعله من مواليد سنة 1918 بدل سنة 1927، فتقدم الصندوق المهني المغربي للتقاعد بطلب فسخ عقد انخراط المؤسسة في صندوق التقاعد واقتصار المستخدم على الاستفادة حسب السنوات التي قضاها في العمل . لكن المحكمة أعلاه ردت الطلب بعلّة عدم ثبوت ما يغير الحكم المعدل لتاريخ الازدياد، وأقرت القاعدة أعلاه . وانظر تعليق الأستاذ محمد أنيق على الحكم المذكور، بنفس المرجع صفحة 149 وما بعدها، وقد أبرز أن هذا الحكم يلقي بأعباء جديدة على مؤسسات التقاعد التي أصبحت مدعوة لمواجهة أحكام تغيير الحالة المدنية عن طريق تعرض الخارج عن الخصومة . وقد أشار المعلق، إلى إن هذا الحكم يخالف قرار المجلس الأعلى عدد 200 الصادر في الملف الإداري عدد 829 / 83 بتاريخ 19 / 08 / 1983 الذي استدل به المستأنف، دون أن تجيب عنه محكمة استئناف الدار البيضاء .

وقد أصدر المجلس الأعلى أخيراً قراراً في القضية (قرار عدد 3630 بتاريخ 04 / 07 / 1995، بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 48، ص 94) ألغى بمقتضاه قرار محكمة استئناف الدار البيضاء المذكور، بعلّة أن المحكمة عللت قرارها بعدم ثبوت الإضرار بصندوق التقاعد، رغم أنه من الثابت وجود قرينة تخفيض السن للاستفادة مبكراً

إن محكمة النقض المصرية تسير على نفس قضاء المجلس الأعلى بهذا الخصوص²²¹⁶، حيث يعتبر التسجيل في الحالة المدنية بمفرده مجرد قرينة بسيطة، وليست حجة في إثبات النسب بصفة قطعية، ما لم تتضافر هذه القرينة مع قرائن وحجج أخرى فيثبت بها النسب²²¹⁷.

وإن المجلس الأعلى في قرار حديث²²¹⁸ اعتبر أن التصريح لدى ضابط الحالة المدنية بازدياد المولود، مجرد حجة تكميلية لشهادة الليف الواردة في رسم الإرث، فقد قرر ((أن الطاعين عابا على القرار... أنه اعتبر تصريح الهالك بالولد إقرارا ضميا صادرا منه، ولم يعتبر شهادة المولدة (التي نفت ولادة الولد من المطعون ضدها) وقد نسي بذلك أن النسب من النظام العام، ولذلك لا يمكن الأخذ بتصريحات مخالفة للنظام العام . لكن - يقول المجلس الأعلى - حيث إن أخذ المحكمة بتصريح الهالك لدى ضابط الحالة المدنية، بازدياد الولد شوقي له، يعتبر حجة تكميلية زائدة، على ما شهد به شهود الإرث الزائدة على (الإرث) المشار إليها، وعلى أن الولد للفراش في ظل الزوجية الشرعية القائمة بين الزوجين . مما يجعله مؤكدا بأن الولد شوقي ازداد من الهالك المصرح به ومن زوجة هذا الأخير التي هي المطلوبة في النقص، ومما يوجب بالتالي عدم اعتبار ما جاء في هذه الوسيلة)) . وواضح من حيثيات هذا القرار أن المجلس الأعلى يرجح حجة

من التقاعد . غير أن المجلس الأعلى لم يتطرق لما قرره الحكم المنقوض، من كون أحكام الحالة المدنية يحتج بها تجاه الكافة.

²²¹⁶ - جاء قرار محكمة النقض المصرية : ((المقرر في قضاء هذه المحكمة ، أن شهادة الميلاد بمفردها ليست حجة في إثبات النسب، وإن كانت تعد قرينة عليه، إذ لم يقصد بها ثبوته، وإنما جاء ذكره فيها تبعاً لما قصد منها ووضعت له. ولأن القيد بالدفتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله بل يصح الإملاء بها من القابلة أو من الأم فلا يعد نسبة الطفل فيها إلى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بحجة البيانات المدونة بها)) (نقض مصري- طعن رقم 11، بتاريخ 04-02-1976. موسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب - ج 1، مرجع سابق، ص 143). كما قررت محكمة النقض المصرية إن : ((البيانات الواردة بشهادة الميلاد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - باعتبارها من إملاء صاحب القيد، لا تصلح بمجردها لثبوت النسب وإن كانت تعد قرينة لا يمتنع دحضها وإقامة الدليل على عكسها)) (نقض مصري- بجلسة 24-12-1975، بالمرجع السابق، ص 143).

²²¹⁷ - جاء في قرار محكمة النقض المصرية إن ((النعي بأن شهادة الميلاد ليست حجة في إثبات النسب مردود بأن الحكم المطعون فيه لم يتخذ من شهادة الميلاد حجة على ثبوت النسب وإنما اعتبرها قرينة، بالإضافة إلى الأدلة والقرائن الأخرى التي أوردتها الحكم)) (نقض مصري- بالطعن رقم 5، بجلسة 25-06-1975، بموسوعة الأحوال الشخصية - معوض عبد التواب - ج 1، مرجع سابق، ص 143).

²²¹⁸ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 810، بتاريخ 16 / 11 / 1993 . بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 225 .

اللفيف بعيوبها على الشهادة الإدارية، التي تعتبر وثيقة رسمية . أما في قرار آخر فإن المجلس الأعلى²²¹⁹ اعتبر أن التسجيل بالحالة المدنية يعد من قبيل الإقرار، لكنه استبعده بعله عدم مجيء الولد خلال أقل مدة الحمل، وقال ردا على دفع الطاعنة بأن أب الطفل يقر به وسجله بالحالة المدنية : ((لكن محكمة الاستئناف بنت حكمها بنفي نسب الولد على أن عقد الزواج لم تمض عليه المدة الشرعية الكافية للحقوق الولد . وأن إقرار الزوج ببنته بتسجيله في دفتر الحالة المدنية، يعتبر إقرارا غير صحيح لتصادمه مع ازدياد الولد قبل المدة المعتبرة شرعا)) .

إن خلاصة موقف القضاء المغربي من حجية تسجيل المولود في كناش الحالة المدنية، تبرز أن ذلك التسجيل لا يثبت بمفرده ثبوت النسب في مواجهة الأب، كما أن عدم تسجيل الولد بكناش الحالة المدنية، من طرف والده، لا ينفي عنه بنوته²²²⁰ . لأن انتفاء نسب الولد لا يكون إلا بحكم قضائي²²²¹ . وبالتالي يترجم هذا الوضع انفصال نظام الحالة المدنية عن قانون الأحوال الشخصية، فالتسجيل على هذا لا يعد إقرارا بالنسب، كما أن إهمال التسجيل لا يعد نفيا له ! وعلى هذا فإن تسجيل الأب لابنه بكناش الحالة المدنية لا يمنعه من المنازعة في النسب، وهذا يتنافى ومبدأ الإقرار بالنسب الذي لا يحتمل التراجع عنه، إذا ما تم اعتبار ذلك التسجيل من باب الإقرار بالنسب ولو ضميا .

وبالفعل فإنه تنور حالات لا يمكن فيها اعتماد مجرد التصريح بتسجيل الطفل بالحالة المدنية، للقول بثبوت نسبه من الأب المصرح . خاصة وأنه عند التسجيل بكناش الحالة المدنية، قد لا تراعى أحكام ثبوت نسب الولد المسجل، كحالة عدم الاعتراف بكون المولود المطلوب تسجيله، مزادا خارج المدة القانونية المحددة للحمل . فيتعذر اعتبار التسجيل المذكور بمثابة إقرار بالنسب

²²¹⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1045 . بتاريخ 10 / 09 / 1991 . ملف رقم 87 / 6355 . أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية " ، مرجع سابق، ص 62.

²²²⁰ - فعدم التسجيل بالحالة المدنية، يعوض في حالة النزاع حول الإرث، بالإرث التي تشهد بقرابة المدعي بالنسب في الموروث . انظر : قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1479، بتاريخ 17 / 12 / 1985، بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 39، ص 122 . حيث لم يتم الالتفات لدفع الزوجة بأن ولد زوجها من غيرها، لم يسجل في الحالة المدنية مع باقي إخوته، واكتفت محكمة الموضوع والمجلس الأعلى بتأسيس أحقية المدعي في الإرث، على إرثه تشهد بأنه ابن للزوج للهالك . وقد سبق بيان عدة أحكام سابقا ترجح الإرث (شهادة اللفيف غالبا) على وثيقة الحالة المدنية .

²²²¹ - قرار محكمة الاستئناف بمراكش، بتاريخ 08 / 06 / 1979 . بمجلة الحامي، عدد 2، ص 98 .

. لأن المدونة وإن كانت تأخذ بالإقرار (الفصل 89 والفصل 92 وما يليه من المدونة) كدليل على ثبوت النسب ²²²². فإنه يشترط ألا يكون الإقرار بالنسب بناء على زنا، مع التصريح بذلك، أي لا يصح الإقرار بالبنوة إن عُيِّن سببها وكان من زنا . وعلى ذلك، فإن المجلس الأعلى نقض حكم المحكمة التي أصدرت حكمها بلحوق النسب، على أساس أن المدعى عليه اطلع على عقد ازدياد البنت بدفتر الحالة المدنية ولم يطعن في ذلك، مما يعد إقراراً منه طبق الفصلين 405 و 410 من ق.ل.ع ولا يقبل منه رجوعه عن إقراره هذا طبق الفصل 414 من ق.ل.ع . وقد بنى المجلس الأعلى قراره ²²²³ على أساس ((أنه لما ثبت لقضاة الموضوع، أن نكاح المدعى عليه بالمدعية كان بعد وضع حملها المزاد منه البنت نادية، فإن هاته البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه، ولو أقر ببنتها وكانت من مائه . لأنها بنت زنى وابن الزنى لا يصح الإقرار ببنته ولا استلحاقه . لقول الشيخ خليل : " إنما يستلحق الأب مجهول النسب " . قال العلامة الزرقاني : " لا مقطوعه كولد الزنى لأن الشرع قطع نسبه " . وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 92 من المدونة . وحيث إن اتفاق المدعية والمدعى عليه على ازدياد هاته البنت بعد عقد النكاح بينهما نحو شهر، على فرض صحته وموافقته للواقع فإن هاته البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه كذلك، حسبما نص عليه الفصل 85 من المدونة . وهو القانون الواجب التطبيق على النازلة مع قاعدة الفقه الإسلامي، لا قانون الالتزامات والعقود . الأمر الذي كان معه هذا الحكم قد حرف القانون الداخلي واستوجب لذلك نقضه)) .

إن المجلس الأعلى يستبعد الإقرار الضمني بالنسب ²²²⁴، الذي يستفاد من تسجيل الأب للمولود بكناش الحالة المدنية، لكن المجلس الأعلى يعتد بالإقرار الضمني بالنسب في صور أخرى

²²²² - يعتبر الإقرار بالنسب مجرد دليل على النسب، لأن السبب الحقيقي للنسب، هو الولادة بالنسبة للمرأة، والاتصال الجنسي بمقتضى عقد زواج (صحيح أو فاسد) أو بمقتضى شبهة، بالنسبة للرجل . وإذا ثبت النسب بالإقرار فلا يحتل النفي بعد ذلك .

²²²³ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 446 . بتاريخ 30 مارس 1983، بمجلة المحاكم المغربية ، عدد 48، 77.

²²²⁴ - الإقرار بالنسب قد يكون صريحاً بأن يصرح الأب بأن المولود ابنه ولد على فراشه من زوجته . وقد يُستفاد من دلالة التعبير أو السكوت، وذلك استثناء من قاعدة " لا ينسب لساكت قول " . وعلى ذلك قرر القضاء المصري، أنه يعد إقراراً بالنسب، سكوت الوالد بعد تهنئة الناس له بالولد بعد ولادته (نقض مصري - طعن رقم 17، بجلسة 22-02-1978، بموسوعة الأحوال الشخصية - لمعوض عبد التواب ج 1 - مرجع سابق، ص 482) .

ورغم الإقرار الصريح بالنسب أحياناً، فإنه لا يعتد به إذا كان قصد به نزع الولد من يد الغير . فقد أيد المجلس الأعلى قرار محكمة الموضوع، التي رفضت طلب زوجين يتعلق بتسليم بنت، كانت توجد في حوزة امرأة

أقل قيمة من تسجيل المولود بكناش الحالة المدنية، التي تعد من الأوراق الرسمية . فقد أيد المجلس الأعلى²²²⁵ حكما اعتمد على شهادة السماع بالإقرار بنسب المدعي²²²⁶ . كما أيد المجلس الأعلى، ما اعتبرته محكمة الموضوع إقراراً ضمناً بالنسب، استنتجته من تقديم رجل لشكاية

تدعي أمها أمها، رغم إقرارهما بأنهما أبواها شرعا . وقال المجلس الأعلى: ((يكون تعليلا صحيحا وكافيا الحكم الذي يقضي، برفض الطلب، في دعوى يطلب فيها زوجان تسليم بنت بالاستناد إلى أنهما أبواها شرعا، بعلّة عدم إثبات المدعين، ازدياد البنت من صلبيهما وهما على فراش الزوجية)) (المجلس الأعلى - قرار عدد 399، بتاريخ 27 / 10 / 1979، ملف عدد 63500، بمجلة المحاماة، عدد 17، ص 122) . فرغم أن الإقرار أو الاستلحاق لا يشترط فيه إثبات الزواج وصحته . فإن المجلس الأعلى واعتبارا لكون الولد بحوزة الغير الذي يدعيه لنفسه أيضا، أوجب على المدعين إثبات ازدياد المدعي حوله من فراشهما .

²²²⁵ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 12 . بتاريخ 29-10-1969، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 10، ص 43 . ومجلة القضاء والقانون، عدد 104، ص 180 . بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، مرجع سابق، ص 108 .

وحسب هذا القرار، فقد طالب الطرف المدعي إخوته من الأب، بحقه في الإرث المنجر له من أبيه . فأدلى الطرف المدعي عليه بحجة لنفي نسب الطرف المدعي . وأدلى المدعي بحجة لإثبات النسب اعتمادا على السماع بالنسب من الأب والمدعي . وكذلك بناء على حكم جنحي اعترف فيه الهالك ببنوة المدعي . واعتبرت المحكمة أن ذلك استلحاق من الأب للمدعي، وحكمت المحكمة بتوريث الطرف المدعي اعتمادا على ما ذكر . وأيد المجلس الأعلى الحكم المذكور على أساس ((إن الحكم اعتمد في جوهره، على ما ثبت فقها مسلما، من أن إقرار الأب بالبنوة يعمل به، في حقوق النسب . وكانت هذه القاعدة مؤسسة على الأصول العامة في مذهب الإمام مالك ومعتمدة بالخصوص على الفصل 89 من مدونة الأحوال الشخصية، المعمول بها في مثل هذه الأحوال)) .

وحول ما اعتبرته محكمة الموضوع استلحاقا في نازلة هذا القرار . تجدر الإشارة إلى أن الاستلحاق : هو الادعاء . وهو عند المالكية ((ادعاء رجل أنه أب لهذا الإنسان)) ((سعدي أبو جيب - القاموس الفقهي : لغة واصطلاحا . ط 2، دار الفكر، دمشق، 1988، ص 329) . وقد قيدته مدونة الأحوال الشخصية بعدة شروط، فنصت في المادة 95 على أنه : ((يثبت الاستلحاق بإشهاد رسمي، أو بخط يد المستلحق الذي لا يشك فيه)) (انظر في تفسير ذلك : أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 63...).

²²²⁶ - فالمجلس الأعلى يأخذ بجواز إقامة البينة على صدور الإقرار من المقر بالنسب . فقد قرر المجلس الأعلى أنه ((ونظرا إلى أن للشاهد شرعا أن يشهد بالإقرار ولو من غير إشهاد مع شرطه . وحيث إن رسم الاعتراف الصريح بالولد عبد الإله الذي بنى عليه قاضي الدرجة الأولى حكمه بلحوق الولد عبد الإله المذكور لنسب والده رحال بن علال، قد شهد شهيداه على رحال المذكور باعترافه وإقراره أن الولد ابنه ومن صلبي الخ ما بالرسم وقد حصن الرسم وسجل . وكان للشاهدين شرعا أن يشهدا بالإقرار ولو من غير إشهاد، فأحرى إذا وجد كما في النازلة - الأمر الذي خالف به الحكم الفقه المقرر وارتكز على غير أساس)) (المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 22 . بتاريخ 15-01-1968، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 3، ص 64) .

بالسرقة ضد شخص ذكر فيها أنه ابنه، وصدور حكم جنحي على المشتكى به على إثر الشكاية المذكورة . وقال المجلس الأعلى²²²⁷: ((وفيما يتعلق بالسبب المتعلق بانعدام التعليل، حيث اعتمد الحكم لإثبات علاقة النسب، الحكم الجنحي، مع أنه غير وارد في محتويات الفصل 89 من المدونة، زيادة على أن الحكم لا يتضمن اعترافا بالبنة، وإنما هو مجرد شكاية بالسرقة . وحيث إن تقدير الحجج من اختصاص قاضي الموضوع، وليس في الطعن ما يחדش في صحة هذا التقدير، لا سيما وأن المحكمة اعتمدت على الاعتراف بالبنة التي يحتوي عليها الحكم، والتي تدخل ضمن الوسائل المنصوص عليها في الفصول 89 مما كانت معه الوسيلة غير مبنية على أساس)) .

إن ظروف إعداد الحالة المدنية للأشخاص، تفرز في الواقع العملي بعض الصور التي تنتفي معها أية حجية للتسجيل في ميدان النسب²²²⁸. إذ يفرز الواقع بعض حالات التبني عن طريق مجرد التسجيل بالحالة المدنية، ويثور النزاع بشأن ذلك غالبا بعد وفاة المصرح، بمناسبة دعاوى الإرث وتثار المطالب بالتشطيب على مادون بالحالة المدنية للهاك تبعا لشهادة اللفيف بعدم إنجابه وكونه عاقرا²²²⁹، هذا بالإضافة إلى الإمكانية القانونية التي تخول تعديل بيانات كناش الحالة المدنية، وهذا ما يفسر احتياط القضاء المغربي من الاحتجاج بتسجيلات دفاتر الحالة المدنية في ميدان دعاوى النسب . لكن القضاء يجد نفسه مقابل ذلك أمام حجج أخرى في هذا الميدان، لا تخلو من نقد الآن .

فاعتمادا على قواعد الفقه المالكي، ونصوص المدونة، تجوز إقامة البينة على ثبوت النسب . وتقبل، سواء كانت شهادة قطعية وعلمية بالنسب، من عدلين، أو كانت شهادة سماع²²³⁰ بواسطة

²²²⁷ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 12 . بتاريخ 29-10-1969، بمجلة قضاء المجلس

الأعلى، عدد 10، ص 43 . ومجلة القضاء والقانون، عدد 104، ص 180 .

²²²⁸ - لقد نقض المجلس الأعلى حكما اعتمد شهادة ولادة غير واضحة قائلا : ((فالمحكمة اعتمدت شهادة الولادة... حررت من طرف ضابط الحالة المدنية، بناء على تصريح وقع لديه . فمن جهة إن صاحب التصريح غير معروف . ومن جهة أخرى، فلو عرف، فإن تصريحه يمتثل الصدق والكذب، طالما أن الشهادة لم تحرر من طرف المولدة والطبيب المشرف عليها، وبالיום والساعة لتفيد اليقين)) (المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 1461 . بتاريخ 29-11-1988، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 44 . ص 105) .

²²²⁹ - انظر قرار المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والعقار - قرار عدد 810، بتاريخ 16 / 11 / 1993 . بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 225 .

²²³⁰ - انظر :

اللفيف، تشهد بأن الولد ((ابنه ولد على فراشه من زوجته²²³¹)) كما تقرر ذلك مدونة الأحوال الشخصية في الفصل 89²²³²، الذي تفيد صياغته أن شهادة العدلين وشهادة السماع، يثبت بهما النسب بقوة القانون²²³³، وإن كان المجلس الأعلى²²³⁴ يقرر أن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير الشهادة بخصوص النسب، وتبعاً لذلك يقرر المجلس الأعلى²²³⁵ ((إن ما شهد به العدول، مقدم

- ميارة على التحفة - ج 1، مرجع سابق، ص 86. - الزرقاني علي مختصر الشيخ خليل- ج 7، مرجع سابق، ص 180. - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 62. - محمد بن معجوز المرغرائي- وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي- مرجع سابق، ص 73 وما بعدها .

²²³¹- ويبدو أن المدونة، ربطت بين الشهادة وثبوت الفراش، ومعلوم أن ثبوت الفراش يغني عن البينة . ولذلك أعتقد أن ربط المدونة للبينة بثبوت الفراش هنا، قد ينصرف للحالات التي لا يتم فيها الإشهاد على الزواج بالطرق المقررة حسب نصوص المدونة، ويتم إثبات الزوجية بالبينة الشرعية، التي يحصرها القضاء المغربي في اللفيف . ومعلوم أن الإقرار أو الاستلحاق لم يربط بالفراش . ويرى الأستاذ محمد صالح العياري أنه لا علاقة لكل من الإقرار والبينة بموضوع الفراش (محمد صالح العياري - مذكرات وبحوث قانونية، مرجع سابق، 146 - 147 وما بعدها) . وانظر قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 27 / 05 / 1986، الذي نص على أن ((البينة في هذا المجال أقوى من مجرد الدعوى، أو الإقرار . ولا يشترط لقبولها، معاينة واقعة الولادة أو حضور مجلس العقد، وإنما يكفي أن تدل على توافر الزواج أو الفراش بمعناه الشرعي)) (ممدوح عزمي - الزواج العربي، مرجع سابق، ص 68) .²²³²- وقد تم تعديل مشروع المدونة الذي كانت وضعت وزارة العدل - الفصل 8 من كتاب الولادة - حيث أضيفت شهادة السماع كوسيلة في إثبات النسب، وذلك بمسعى من مقرر اللجنة المرحوم علال الفاسي . فأصبح الفصل 8 من المشروع يحمل رقم 89 في النص النهائي للمدونة . (انظر عبود رشيد عبود - الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 59) .

ويلاحظ أن بعض الفقه، لا يرى الأخذ بشهادة السماع في ميدان ثبوت النسب (انظر : المعيار - للونشريسي، ج 5، ص 159، و ج 10، ص 157) .

²²³³ - أحمد الخليلي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 60 و 62. وقد تساءل أساذنا، عن هذا التناقض في موقف المدونة، حيث تعتبر الشهادة مثبتة للنسب بقوة القانون، و لا تعتبر كذلك في إثبات الزوجية، إذ تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة، في إطار أعمال قاعدة الاستثناء المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة الخامسة من المدونة .

²²³⁴- المجلس الأعلى - قرار عدد 399، بتاريخ 27 / 10 / 1979، ملف عدد 63500، بمجلة المحاماة، عدد 17، ص 122. حيث أعطى المجلس للمحكمة، سلطة تقدير الشهادة التي احتج بها زوجان يدعيان أن البنت تعود لهما.

²²³⁵- المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 215 . ملف عدد 88871، (غير منشور)، ذكره محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، ط 3، الدار البيضاء 1996، ص 394 .

على ما شهد به اللفيف)) . ولقد سبق الحديث عن مشاكل شهادة اللفيف، وما يعتورها من عيوب، خاصة أمام وجود نصوص قوانين مسطرية تقرر قواعد خاصة في اعتماد شهادة الشهود .
 وإن هذه الأوضاع الناجمة عن عدم التنسيق بين أحكام نظام الحالة المدنية، ونظام الأحوال الشخصية كما تنظمها المدونة في مادة الزواج والطلاق والنسب والأهلية، تفرض ضرورة التنسيق بين أحكام النظامين، ليتكاملا مع بعضهما البعض، لا أن ينفي أحدهما الآخر .

الفقرة الثالثة - استبعاد الخبرة الطبية من ميدان نفي النسب:

لقد بينت مدونة الأحوال الشخصية وسائل إثبات النسب في الفصل 89 الذي نص على أنه : ((يثبت النسب بالفراش، أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو بينة السماع بأنه ابنه ولد على فراشه من زوجته)) . لكنها لم تفصل وسائل نفي النسب، إذ اكتفت بالنص في الفصل 90 على أنه : ((لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم القاضي))، كما نصت في الفصل 91 على أنه : ((يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب))²²³⁶ . فلم تبين المدونة هذه الوسائل المقررة شرعا لنفي النسب . لكن العمل القضائي يبرز أن المقصود بهذه الوسائل الشرعية أمران :

- دعوى اللعان بصفة خاصة، والذي تناولته المدونة (الفصل 25) كمانع من الموانع المؤبدة في الزواج فقط .

- وما تقتضيه قاعدة الولد للفراش من حيث أقصى وأقل مدة للحمل .
 وبالمقابل، فإن القضاء لا يقبل اعتماد الخبرة الطبية كوسيلة لنفي النسب .

إن الإثبات بالشهود (اللفيف) قلما يكون مجديا في ميدان الدفع بالعقم وعدم القدرة على الإنجاب، وكمثال على ذلك فإن المجلس الأعلى²²³⁷ قرر أن : ((شهود الرسم بعدم الإنجاب والعقم، إنما شهدوا بما علموا، وقد يشهد غيرهم بأنه أنجب، مما يبقى معه الاحتمال قائما ولا قضاء مع الاحتمال)) . لكن هذا لا يعني أن المجلس الأعلى يقبل الإثبات بالخبرة الطبية بهذا

²²³⁶ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 128 . بتاريخ 5 يوليوز 1971، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 23، ص 34 .

وقد قرر المجلس الأعلى في هذا القرار: ((بناء على الفصلين 90 و 91 من مدونة الأحوال الشخصية . وحيث إن للقاضي أن يعتمد في نفي الولد عن الرجل على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب)) .

²²³⁷ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 810، بتاريخ 16 / 11 / 1993، بمجلة المحامي، عدد 25 / 26، ص 225 .

الخصوص . فقد قرر المجلس الأعلى²²³⁸ أن التحليل الطبي يكون لفحص العلة لا لنفي النسب ، وقال المجلس الأعلى في رده على الطاعن، الذي طعن في الحكم الذي رفض نتيجة الخبرة الطبية التي أثبتت عقمه، دون بيان النص الشرعي المبرر لاستبعاد الخبرة : ((لكن، إن ما قضى به الحكم المطعون فيه يجد أساسه في الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب وليس من بين هاته الوسائل وسيلة التحليل الطبي . وأن ما نص عليه الفصل 76 من مدونة الأحوال الشخصية، خاص بما إذا بقيت الريبة في الحمل بعد انقضاء سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، لمعرفة ما في البطن هل هو علة أم حمل . ولذلك تكون الوسيلة غير مبنية على أساس)) . وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى²²³⁹ ((الالتجاء إلى المحكمة لتستعين بالخبراء، إنما يكون إذا انتهت السنة وبقيت الريبة، كما هو نص الفصل 76 من المدونة)) . ولقد كرس المجلس الأعلى استبعاده للخبرة الطبية في ميدان نفي النسب في قرار آخر²²⁴⁰، جاء فيه ردا على احتجاج الطاعن بعدم قدرته على الإخصاب نتيجة التحليلات الطبية المقدمة بالملف : ((لكن حيث إن قرينة (الولد للفراش) لا يجوز دحضها إلا بالوسائل المقررة شرعا لنفي النسب، وأنه إذا كان الشرع والقانون يعتدان برأي أهل الخبرة من الأطباء في عدة مسائل، فإنهما لم يعتدا برأيهم فيما يرجع لنفي النسب، استنادا إلى عدم قابلية الزوج للإخصاب، ما دام في وسع ذلك الزوج نفي النسب عن طريق اللعان)) . وفي قرار آخر أيد المجلس الأعلى²²⁴¹ الحكم القاضي باستبعاد الشهادة الطبية المثبتة لعدم قدرة الطاعن على

²²³⁸ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 527 . بتاريخ 15-9-1981، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، ص 95.

²²³⁹ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 157 . بتاريخ 26 / 06 / 1972، بمجلة القضاء والقانون ، عدد 124، ص 178) .

²²⁴⁰ - المجلس الأعلى - الفرقة الاجتماعية - قرار رقم 96 ، بتاريخ 09-02-1982، بمجلة رابطة القضاة، عدد 14-15، ص 71.

²²⁴¹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 966 . بتاريخ 08 / 09 / 1992 . ملف رقم 87 / 5457 . أورد حيثياته : إدريس بلمحجوب " الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية "، مرجع سابق، ص 62 . كما أوردته : عبد العزيز توفيق - التعليق على مدونة الأحوال الشخصية . مرجع سابق، ص 93) . وفي نفس الاتجاه :

- المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 96 بتاريخ 09-02-1982 . بمجلة المحاكم المغربية، عدد 37، ص 90 .

- المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - عدد 527 بتاريخ 15-09-1981 . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، ص 95.

الإنباج لأنها غير عاملة . ولو أدلى الزوج بشواهد طبية وتحليلات علمية تفيد أنه خال من الحيوانات المنوية²²⁴² .

وبالإضافة لمثل هذه الحالات، فإن المجلس الأعلى، يستبعد الخبرة الطبية ((فيما يشبهه))، كإدعاء انقضاء عدة ذات القروء، فقد قرر المجلس الأعلى²²⁴³ ((وَرَدَ بِالْحَكْمِ الْمُطْعَمُونَ فِيهِ، أَنَّ الْمَرْأَةَ تَصَدِّقُ فِي إِدْعَاءِ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا، عِنْدَ مَرُورِ شَهْرٍ وَنِصْفٍ مِنْ تَارِيخِ الطَّلَاقِ، وَإِنْ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ تَعْلِيلًا لِرَفْضِ الْخُبْرَةِ الطِّبِّيَّةِ الْمَطْلُوبَةِ، وَإِنْ تَصَدِّقَ الْمَرْأَةُ فِيْمَا يَشْبَهُهُ، دُونَ حَاجَةٍ إِلَى إِجْرَاءِ بَحْثٍ، يَدْخُلُ فِي بَابِ السِّيَاسَةِ الشَّرْعِيَّةِ، الَّتِي تَحْمِلُ الْمَطْلُوقَ عَلَى الْإِسْرَاعِ فِي اسْتِعْمَالِ حَقِّ الرَّجْعَةِ، قَبْلَ أَنْ تَجِدَ الْمَرْأَةَ، وَسِيلَةً لِلخِلَاصِ مِنَ الْإِرْتِبَاطِ بِهِ مِنْ جَدِيدٍ، فِيمَا إِذَا كَانَتْ غَيْرَ رَاقِبَةٍ فِي ذَلِكَ)) .

إن هذه النظرة لدور الطب في مجال نفي النسب قديمة في القضاء المغربي . فقد قضى مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى²²⁴⁴، بخصوص احتجاج المدعى عليه في دعوى النسب، بشهادة طبية لإثبات عقمه - بأن الشهادة الطبية غير مفيدة، وأن نظر الطبيب إنما هو اجتهادي لاختلاف الأطباء أنفسهم في المرض الواحد. كما أن بعض أحكام القضاء العربي تبرز مثل هذه النظرة للخبرة الطبية²²⁴⁵. هذا رغم أن الفقه الإسلامي يعرف القيافة²²⁴⁶، ورغم أن الإمام مالكا ورد عنه

²²⁴² - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار عدد 16، بتاريخ 25 / 01 / 1994، ملف رقم 87 / 5556، غير منشور، أورد حيثياته، الأستاذ خالد بنيس - قاموس الأحوال الشخصية، والميراث، دار بابل، الرباط 1998، ص 56 .

²²⁴³ - المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - قرار عدد 150 . بتاريخ 16-03-1981. مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28، ص 144

²²⁴⁴ - مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى - حكم بتاريخ فاتح شهر الربيع النبوي لعام 1370 هجرية في القضية عدد 8201 - بمجلة الملحق القضائي، عدد 4، صفحة 152 .

²²⁴⁵ - فالقضاء المصري، وإن كان لا يمنع مبدأ الاحتجاج بالخبرة الطبية في النسب، فإنه لا يرجحها بالنسبة لباقي وسائل الإثبات الشرعية :

- فقد اعتمد زوج على نتيجة الخبرة الطبية، لإثبات عجزه الجنسي وعجزه عن الإنجاب، بناء على كون الطبيب الشرعي أثبت أن عملية استئصال البروستاتة، لها تأثير على الإخصاب وأن التحليل الذي أجراه أفاد بأنه لا يوجد بالزوج أي حيوانات منوية، وذلك لعدم تواجد إفرازات لهذه الغدة بعد استئصالها، وفي حالة فقد هذه الغدة فإن ذلك يؤثر بشكل واضح على كمية السائل المنوي، وأن نقص هذه الكمية لها تأثير على حيوية الحيوانات المنوية، وانتهى الطبيب الشرعي إلى أنه ليس من المتوقع حصول إنجاب في هذه الحالة، ولكنه ليس من المستحيل في حالة فرض وجود حيوانات منوية، كما أنه لا يستطيع الجزم بما إن كان للزوج القدرة على فرز السائل المنوي خلال الفترة من تاريخ زواجه في 27 / 06 / 1981 وحتى إجراء التحليل الذي تم في 02 / 10 / 1982 . وقد ردت محكمة النقض المصرية على ما جاء به الزوج، ومؤيدة قرار المحكمة الذي لم يأخذ بحجة الزوج المذكورة ((

في مدونة سحنون : ((قلت : هل يلزم الخصي أو المخبوب الولد إذا جاءت به امرأته ؟ (قال):
سئل مالك عن الخصي هل يلزمه الولد ؟ (قال) مالك : أرى أن يسأل أهل المعرفة بذلك، فإن

الأصل في النسب الاحتياط في ثبوته ما أمكن، فهو يثبت مع الشك، ويبين على الاحتمالات النادرة، والتي يمكن
تصورها بأي وجه من الوجوه، حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد)) واستبعدت بذلك دفاع الزوج الذي
((سنده أمور ظنية لم تبلغ حد اليقين ولا تؤدي إلى نتيجة قطعية، إذ لا يصح نفي النسب بناء عليها ما دام الإمكان
قائماً... ولا تثريب على المحكمة إن هي لم تر إجابة الطاعن إلى طلب الكشف عليه بمعرفة كبير الأطباء الشرعيين،
متى وجدت في أدلة الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها)) (نقض بتاريخ 12 / 03 / 1985، أورده ممدوح
عزمي - الزواج العرفي، مرجع سابق، ص 75 - 76).

- كما قررت محكمة النقض المصرية أنه لا تثريب على المحكمة، إن رفضت طلب تحليل فصائل الدم وأسست
قضاءها على ثبوت البنوة بناء على البينة (نقض بتاريخ 01 / 03 / 1978، أورده ممدوح عزمي - الزواج
العرفي، مرجع سابق، ص 102).

- وقررت محكمة التمييز السورية (قضية رقم 687 / 1986، برقم 294 بتاريخ 14 / 04 / 1980) بأن ((
الخبرة على الزمر الدموية لطرفي الدعوى والولد، لا تصلح دليلاً لإثبات النسب ولا لنفيه، مهما كانت النتيجة التي
انتهت إليها ولو جاءت بصيغة الجزم)) (قرار منشور بالجملة العربية للفقهاء والقضاء (مجلس وزراء العدل العرب)،
عدد 8، أكتوبر 1988، ص 135).

2246- إن الفقه الإسلامي يعرف إثبات النسب بالقيافة، وهي قرينة قضائية لإثبات النسب بقريضة الشبه بين
المتشابهين بشرط ألا يتعارض ذلك مع قرينة أخرى أقوى من الشبه. كما إذا تعارضت مع قرينة الولد للفراس مثلاً ()
الحبيب التجكاني- النظرية العامة للقضاء - مرجع سابق ص 288). وحول الإثبات بالقيافة ، انظر: أحمد عبد
المنعم البهي- تاريخ القضاء في الإسلام - ط 1965، ص 48 و 65).

وبالنسبة للفقه المالكي فإنه يقر الأخذ بالقيافة . قال الشيخ خليل : ((وإنما تعتمد القافة على أب لم
يدفن)) (الزرقاني على مختصر الشيخ خليل- ج 6، مرجع سابق، ص 111). لكن المشهور أنه، لا يحكم بقول
القائف إلا في أولاد الإمام، لمظنة اختلاط الأمة مع جماعة الناس على خلاف الحرة عادة (ابن فرحون - تبصرة
الحكام، ج 2، مرجع سابق، ص 92). أو لعدم تساوي فراس الحرة مع فراس الأمة، إذ أن ولد الحرة ينتفي
باللعان وولد الأمة من غير لعان، فينفي بالقافة وهي اجتهاد (أحمد بن يحيى الونشريسي - عدة البروق في جمع ما في
المذهب من الجموع والفروق - دراسة وتحقيق : حمزة أبو فارس . ط 1، دار الغرب للإسلامي، بيروت 1990،
ص 383).

وفي حصر القيافة في الإماء، قال صاحب العمل المطلق :

وإنما القافة في الإماء دون الحرائر من النساء

ويذهب بعض الباحثين المعاصرين، إلى أنه ورغم سبق القضاء بالقيافة، فإن الإسلام لا يعير وزناً لمظاهر
الوراثة وآراء الخبراء في شئون النسب لاحتمال نزعة العرق . انظر د. علي عبد الواحد وافي- حماية الإسلام للنفس
والأعراض- دار الشعب - مصر، 1970، ص 69 .

كان يولد لمثله لزمه الولد، وإلا لم يلزمه))²²⁴⁷. فاستنادا إلى قول مالك هذا، علق أستاذنا الدكتور أحمد الخمليشي على القرار رقم 527 المذكور أعلاه، بأنه نسب للشرع ما ليس منه، وتساءل الدكتور أحمد الخمليشي : فمن يكون أهل المعرفة في وقتنا الحاضر غير الأطباء ؟²²⁴⁸ . إن هذا التساؤل له ما يبرره الآن، خاصة وأن المدونة تعتمد على شهادة الأطباء بالنسبة لخلو الخطيين من الأمراض المعدية (الفصل 41)²²⁴⁹، وتستعين بالخبرة الطبية في معرفة العيب (الفصل 54)، وتعتمد على شهادة الأطباء في حالة الريبة في الحمل بعد مرور السنة المحددة كأقصى أمد للحمل (الفصل 76) . مما ينبغي معه القول، وأمام التقدم العلمي في ميدان طب الجينات والوراثة، بفتح المجال للخبرة الطبية على الأقل للتأكد من شرط الفراش وهو إمكانية الاتصال ، على يد خبراء مختصين أساسا في هذا الميدان، وفي الحالات التي تقتضي فعلا مثل هذا الإجراء، خاصة في حال الاستحالة المادية الظاهرة للاتصال الجنسي²²⁵⁰ ، وكل ذلك مع الرقابة الصارمة والكاملة للقاضي على أعمال الخبراء في هذا المجال ، مع تنظيم عمل هؤلاء الخبراء

²²⁴⁷ - المدونة الكبرى - ج 2 - مرجع سابق . ص 445 .

²²⁴⁸ - أحمد الخمليشي - كيف نقرأ قانون الالتزامات والعقود - مرجع سابق، ص 24 ، هامش 23 .

كما لاحظ أستاذنا الدكتور أحمد الخمليشي، أن المجلس الأعلى لم يجب على وسيلة الطعن المثارة، وهي عدم بيان الحكم للنص الشرعي الذي يقرر عدم قبول التحليل الطبي في موضوع نفي النسب (أحمد الخمليشي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 40) . وانظر الصفحة 69 - 73 من نفس المرجع الأخير، بخصوص حالات إثبات النسب، ونفيه، بواسطة الخبرة الطبية .

²²⁴⁹ - حول الشواهد الطبية ومدونة الأحوال الشخصية، انظر : عبد المجيد حداد - الشهادة الطبية السابقة لعقد الزواج وصحة الأسرة . . ضمن كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993) الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويس بالرباط، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فردريك إبيرت FRIEDRICH EBERT حول ((تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظواهر 10 شتنبر 1993 - حصيلة أولية))، منشورات جامعة محمد الخامس - السويس - الرباط، 1997، ص 107 وما يليها .

²²⁵⁰ - حول إمكانية الاتصال، وما يقتضيه الأمر من خبرات طبية بهذا الخصوص، يميز أستاذنا الدكتور أحمد الخمليشي، بين نوعين من نتائج التحليلات الطبية المتعلقة به. النوع الأول : يكون لنفي إمكانية الاتصال بصفة قطعية، ففي هذه الحالة ينتفي النسب لعدم توفر أحد شروط ((الفراش)) وهو إمكانية الاتصال، وليس لقبول حجة مضادة لقرينة الفراش . أما النوع الثاني : والذي يثبت أن الولد ليس من الزوج، فلا يقبل في نفي النسب، لأن قرينة الفراش لا تسمح بإثبات ما يعاكسها ولو تعلق الأمر بوسيلة إثبات يقينية (أحمد الخمليشي - التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، مرجع سابق، ص 48، هامش 42) .

بمقتضيات قانونية دقيقة²²⁵¹، خاصة وأن التقدم العلمي في ميدان التلقيح الاصطناعي، والهندسة الوراثية، وتغيير الجنس، حمل مشاكل قانونية لازالت تنتظر الحل، وقد عرض البعض منها على قضائنا²²⁵².

²²⁵¹ - في فرنسا اتخذت اللجنة الاستشارية الوطنية لقواعد السلوك في المجال الطبي، قرارا حاسما في استعمال الاختبارات الجينية لإثبات الأبوة . وأكدت أن هذا الاستعمال ينبغي أن يكون محدودا، وإلا فإن الهوية المدنية للمواطنين ستصبح مادة للسوق. وأن أمن رابطة الأبوة لمصلحة الطفل الأولية وتوازن سلامة الأسر، يبرر أن البرهان البيولوجي لا يمكن أن يقدم إلا تحت مراقبة القاضي وفي إطار دعوى قضائية تتعلق بالنسب وتكون مقبولة من الناحية القانونية . وهذا الرأي صدر للحد من انتشار محتمل لتقنية "البصمات الجينية" وهو اختبار يحظى بإقبال واسع في الولايات المتحدة الأمريكية حيث طلبها أكثر من 100.000 أمريكي تملكهم شيطان الشك في صحة انتماء أبنائهم إليهم . وهو اختبار لا يخلو من الخطأ.(انظر جريدة الاتحاد الاشتراكي (المغرب) عدد يوم 31-12-1989) .

²²⁵² - فقد عرضت على القضاء المغربي أخيرا قضية تتعلق بتغيير الجنس من ذكر إلى أنثى، وأصبح الشخص يسمى ثريا بعد أن كان يسمى محمدا، وقد قبلت محكمة الاستئناف بتطوان تسجيله باسمه الجديد في سجلات الحالة المدنية (انظر عرض السيد النقيب محمد مصطفى الريسوني (رئيس جمعية المحامين بالمغرب) - الطلاق والتطويق - مجلة الندوة، عدد 10، سنة 1993، ص 8) . وحول موقف القضاء الفرنسي من قضية تغيير الجنس وآثاره القانونية . انظر :

Claude COLOMBET, La famille. 5e éd. P. U. F, 1997, p.40-41.

خلاصة الفصل الثاني

دعوى الأحوال الشخصية، من المسائل التي لا يُعرض لها بالعناية التي تُولى عادة لقواعد الأحوال الشخصية الموضوعية . وذلك، رغم أن الكيفية التي يمارس بها حق التقاضي بخصوص مادة الأحوال الشخصية، من الأمور التي تؤثر على القواعد الموضوعية المذكورة . هذا، فضلا عن كون العمل القضائي بخصوص دعوى الأحوال الشخصية - خاصة عمل المجلس الأعلى - يشكل مدخلا هاما لفهم الدور الذي تلعبه المؤسسة القضائية في ميدان التقاضي في مادة الأحوال الشخصية، لأن الكثير من خصائص دعوى الأحوال الشخصية مستمد من قرارات قضائية ، صدرت : إما لسد فراغ قانوني، أو أخذا بتأويل معين لنص فقهي أو قانوني في الموضوع . فلقد مر معنا في عدة مواضع كيف أن المجلس الأعلى أقر مبادئ غير منصوص عليها في مادة التقاضي في مادة الأحوال الشخصية، سواء في قواعد رفع دعوى التطبيق للضرر، أو مقاضاة القاصر لوليّه بشأن النفقة . وذلك اعتمادا في الغالب على قواعد فقهية .

ولقد اهتم هذا الفصل بالأبعاد الفقهية لدعوى الأحوال الشخصية التي تؤثر حتما في موضوعها . وذلك بفعل تأثير بعض قواعد المسطرة الشرعية التي كانت مطبقة قديما، وتجد لها مكانا إلى جانب قواعد القانون المسطري العام، أي قانون المسطرة المدنية . فالجانب الديني في دعوى الأحوال الشخصية لا يخفى، سواء بالنسبة لأطراف القضية، أو بالنسبة للمحامي أو القاضي . كما أن ارتباطها في بعض المسائل بأمور تعد من حقوق الله تعالى وبالنظام العام، جعل القضاء يقبل بعض المساطر التي تبررها قواعد دعوى الحسبة الشرعية.

ولذلك وفي سبيل تنظيم الإجراءات المسطرية لدعوى الأحوال الشخصية، ورفع بعض أوجه النقص في التشريع، أو رفع التضارب بين قواعد المسطرة المدنية وبعض الإجراءات المستمدة من الفقه - ينبغي تدخل المشرع لمعالجة بعض الجوانب المسطرية المتعلقة بهذه الدعوى . وتفعيل دور النيابة العامة في هذا المجال، التي يقع عليها نفس العبء الذي يقع على قاضي الأحوال

الشخصية، من حيث إيلاء الاهتمام اللائق بهذه الدعوى، والتدخل كلما اقتضى الأمر ذلك، ليست بصفتها طرفاً منضمًا، بل كطرف رئيسي في دعوى تهم مؤسسة هي قوام المجتمع . مع توسيع القضاء لمفهوم دعاوى الأحوال الشخصية التي يتعين إحالتها على النيابة العامة، وفق ما تقتضيه عمومية نص المشرع .

ولقد بينا كذلك في هذا الفصل، أن دعوى الأحوال الشخصية في أبعادها الفقهية المذكورة، هي مجال تطبيق نصوص الفقه المالكي، تبعاً لقاعدة الإحالة، وتبين من دراسة عمل المجلس الأعلى بهذا الصدد، أن الخطوط الرئيسية لهذا العمل تتجلى فيما يلي :

- إما التطبيق النصي لهذه القواعد الفقهية بخصوص مسائل لم تنص عليها المدونة . حيث اتخذ عمل المجلس الأعلى بشأنها صفة مبادئ قانونية، تسد النقص الوارد في مدونة الأحوال الشخصية .

- أو الخروج عن مشهور الفقه المالكي في بعض الأحيان، لاعتبارات معينة .

- أو استبعاد القواعد الفقهية، والاكتفاء بنصوص المدونة مع تأويلها .

- أو إعمال القواعد الفقهية، في سبيل تقييد نصوص المدونة .

- أو استبعاد الأخذ بحلول جديدة، رغم أن لها أصولاً فقهية .

وإذا كان خروج المجلس الأعلى عن بعض المشهور في قواعد المذهب المالكي،

يستجيب لبعض حاجيات نظام الأسرة، فإن توسيع هذا الاتجاه، سيكون في صالح مؤسسة

الأسرة المعاصرة، خاصة إذا تعلق الأمر بمجرد آراء فقهية اجتهادية .

خاتمة عامة

إن دراسة الملفات القضائية المتعلقة بالأحوال الشخصية الرائجة لدى المحاكم، تبين مدى التطورات التي عرفتتها مشاكل الأسرة المغربية²²⁵³، وأشكال التباعد التي حصلت باستمرار بين النموذج الأسري القانوني الساكن، وبين النموذج الأسري الواقعي المتحول. فلقد تغيرت الأدوار داخل البنية الأسرية بما أثر على طبيعة العلاقات السائدة فيها. ويضاف إلى ذلك مجمل التحديات التربوية والأخلاقية التي فرضتها الثورة الإعلامية وحركات حقوق الإنسان في العالم، بحيث رصد الباحثون أن هناك تحولا²²⁵⁴ في بنية الأسرة المغربية²²⁵⁵، ما فتى يبتعد أكثر فأكثر عن النموذج

²²⁵³ - وإن لهذه المشاكل علاقة كبيرة باختيار العديد من الأسر، بما يترتب على ذلك من أوضاع اجتماعية سيئة يكون الأطفال من أول ضحاياها. وقد بينت دراسة قامت بها وزارة العدل المغربية بتعاون مع وصندوق الأمم المتحدة للسكان FNUAP حول وضعية المرأة، ارتفاع نسب الطلاق كما يلي:

السنة	الزواج	الطلاق
1997	155348	25968
1998	116003	29215
1999	135834	35294

(المراجع: وثائق اليوم الدراسي ليوم 16 دجنبر 2000 المنعقد بالمعهد الوطني للدراسات القضائية حول المعالجة المعلوماتية للمعطيات المتعلقة بالزواج والطلاق).

²²⁵⁴ - إن مفاهيم: التغيير الاجتماعي Changement Social، والتحويلات الاجتماعية Transformations Sociales، والتحويل الاجتماعي Mutation Sociale، والتطور الاجتماعي Evolution، أو التقدم الاجتماعي Progression، وكذلك التنمية Développement. مفاهيم تستعمل في مقابل: الركود، والاستقرار، والثبات، والتوازن.. لكنها مع ذلك، مفاهيم لا تزال في حاجة للتحديد ويتم الخلط فيما بينها: ((ذلك أن الكثير من إهماماتنا الفكرية نتيجة لإهمامات مصطلحية)) - انظر: الخمار العلمي: " المعرفة والسلطة (دراسات في التربية والطفولة والجنس) " - الطبعة الأولى، الدار البيضاء 1995، ص 8 وما بعدها. ومع ذلك يوضح الباحث المذكور، أن التغيير الاجتماعي لا يعني التطور، حيث يهتم فيه بالجانب الكمي غالبا، بينما التطور يكون دائما في اتجاه صاعد. كما أن التغيير الاجتماعي لا يعني التقدم، فهو شبيه بالتغيير، ويهتم فيه بالجانب الكمي والكيفي. وانظر كذلك حول تحديد تلك المفاهيم ومفاهيم الحدائة والتقليد والثقافة والمثاقفة والتنشئة الاجتماعية: عز الدين الخطابي - سوسيولوجيا التقليد والحدائة بالمجتمع المغربي (دراسة تحليلية لدينامية العلاقة الاجتماعية) منشورات عالم التربية، ط 1، الدار البيضاء 2001، ص 11 وما بعدها. وانظر رسدا للتحويلات التي تعرفها الأسرة المغربية، من خلال عدة أبحاث اجتماعية، حللها الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد، في:

القانوني المرسوم للأسرة المغربية²²⁵⁶. وإذا أضيفت إلى هذه التحديات الخارجية، مسألة أخرى تتعلق بالممارسات الاجتماعية، الناجمة عن ضعف الوازع الديني، وتدهور القيم الأخلاقية، فإن قانون الأحوال الشخصية يصادف تقاليد اجتماعية تولد " إنتاجا " قانونيا مضادا حتى بالنسبة لنصوصه المتقدمة . حيث تؤدي بعض الممارسات الاجتماعية، إلى إضعاف مقتضيات القاعدة القانونية²²⁵⁷.

ففي وضع كهذا تكاد القاعدة القانونية أن تبقى مسألة نظرية، إذ في الواقع، كثيرا ما تكون الممارسات الفردية والعائلية (القانون الحي) أكثر تأثيرا من قواعد القانون الرسمي الذي ينظم مسائل الأحوال الشخصية²²⁵⁸، وهذا مؤشر من بين عدة مؤشرات، يدل على نسبية قدرة

- Abderrazak MOULAY R'CHID « Le droit de la famille entre la politique de l'état et le changement social », in « Droit et environnement social au MAGHREB », op. cit. p. 248-252

²²⁵⁵ - حول التحولات في الأسر المسلمة ، انظر مثال تونس لدى: أمال منتصر: التحولات في العلاقات الداخلية للعائلة نموذج العائلة التونسية. بالجملة التونسية للعلوم الاجتماعية. السنة 36، عدد 118، سنة 1999، ص 77-107. حيث اهتمت الباحثة بدور ومكانة الفرد في العائلة التونسية التقليدية، ونوعية العلاقة بين أفراد العائلة. ثم بينت عوامل التغيير (دور الاستعمار، التطور الاقتصادي...) وأثر ذلك على العلاقات في الأسرة التونسية الحديثة. وتوصلت الباحثة في الختام إلى أن العائلة العربية عموما ما زالت في مرحلة "العائلة الفرعية" أي في مرحلة انتقالية تلعب دور الوسيط بين العائلة (المستقرة) أي العائلة التقليدية، والعائلة (غير المستقرة) أي الأسرة النواتية المنعزلة.

²²⁵⁶ - وانظر رسدا لهذه التحولات، من خلال عدة أبحاث اجتماعية، حللها الدكتور عبد الرزاق مولاي رشيد، في: - Abderrazak MOULAY R'CHID « Le droit de la famille entre la politique de l'état et le changement social », in « Droit et environnement social au MAGHREB », op. cit. p. 248-252.

²²⁵⁷ - فسعي المشرع لحماية رضى المرأة في الزواج يلقي بمجابهة في الواقع الاجتماعي نتيجة غياب شروط اقتصادية واجتماعية وثقافية تصون هذا الرضى. ورغبة المشرع في تنظيم الزواج عن طريق الإشهاد عليه، يواجه بممارسات تعرقل هذا التنظيم. وحق الزوجة في التصرف في صداقها، وماها يبقى مجرد اعتراف قانوني / نظري مستحيل التطبيق في الواقع (انظر: فريدة بناني - حق تصرف الزوجة في مالها (حق شرعي وقيود تشريعية) . مرجع سابق، ص 32). وبالمقابل فإن مؤسسات مقننة لا تلقى المجال للتطبيق بالسهولة التي كانت من قبل، كتعدد الزوجات، واختصاص الزوج بالنفقة على الأسرة . إذ نتيجة الظروف الاقتصادية تقلص اللجوء إلى التعدد، ونتيجة الظروف ذاتها، تضطر الزوجة للمساهمة في أعباء الأسرة. وبفعل موجة العصرية تحمل الزوجة لاسم زوجها العائلي في بعض الأوساط الراقية، رغم أن المدونة تنص على احتفاظ الزوجة باسمها العائلي (انظر : محمد الشافعي : اسم المرأة المتزوجة في القانون المقارن . بالجملة المغربية للقانون، العدد 13، السنة 1987، ص 143 وما بعدها، خاصة الصفحة 153).

²²⁵⁸ - ولذلك فإن تطور قانون الأحوال الشخصية تتحكم فيه عدة عوامل، وقد حدد الدكتور أحمد الخليلي، هذه العوامل المؤثرة في:

- 1 - الأعراف والتقاليد الاجتماعية الموروثة .
- 2 - التفسير الفقهي للنصوص .
- 3 - العصرية وأثرها على وضعية وأدوار أفراد الأسرة .

القانون، عندما ينحشر في تنظيم العلاقات الحميمية . فالعلاقات العائلية هي المجال الأمثل لـ " لا قانون " رغم أنها مضبوطة بقواعد تتصل أحيانا بالنظام العام²²⁵⁹ . خاصة في المجتمعات التي تعتبر فيها ظاهرة القانون ثانوية ومهمشة في إطار الظواهر الاجتماعية، حيث يكون ثقل البنيات الاجتماعية والضغوط السوسولوجية والسياسية، أكثر تأثيرا من القانون المكتوب ، الذي ، إما أنه يخرق أو يبعد أو يحتال عليه، أو أنه بكل بساطة مجهول، خصوصا لما تكون حرفة القانون امتيازاً²²⁶⁰ .

في ظل هذه المعطيات الاجتماعية التي تمس ميدان الأحوال الشخصية، تنتصب منظومة قانونية وفقهية تطبع مجال الأحوال الشخصية بشئنا تنظيمية. إذ إن مادة الأحوال الشخصية محكومة بمقتضيات قانونية وفقهية، تتجسد معها ثنائية في القواعد التي تحكمها. وهي ثنائية قائمة ليس على صعيد القانون والفقهاء المالكي المحال عليه فقط، بل هي قائمة أيضا على صعيد نصوص مدونة الأحوال الشخصية وقوانين أخرى تمس ميدان الأحوال الشخصية، وعلى نطاق نصوص مستمدة من المذهب المالكي في عمومها، ونصوص أخرى استمدتها المدونة من خارج هذا المذهب .

ففي وضع كهذا يتم التساؤل عن موقف قضاء الأحوال الشخصية، باعتبار دوره في تفعيل النصوص القانونية والفقهاء التي يطبقها بهذا الخصوص . ولقد كانت مختلف فصول هذا البحث، عناصر لتكوين صورة عن هذا الموقف من خلال عمل المجلس الأعلى، وما يمكن أن يجمله من اجتهاد قضائي في الموضوع، يلبي متطلبات الأسرة المغربية المعاصرة .

ودون تكرارا لما استجمعناه في خلاصات الفصول السابقة حول عمل المجلس الأعلى بهذا الخصوص ، فقد تبين بالفعل أن المجلس الأعلى يبت في عدد كبير من قضايا الأحوال الشخصية، ويبدل مجهودات كبرى في سبيل الفصل فيها²²⁶¹ ، إلا أن الرغبة قائمة في أن تكون حلوله أكثر

وقد أعطى الدكتور الخليلي أمثلة عملية ، عن تأثير كل عامل من العوامل المذكورة ، على مادة وقانون الأحوال الشخصية . انظر :

أحمد الخليلي - الثلاثي المتحكم في تطور قانون الأحوال الشخصية . بمجلة الميادين ، عدد 3 ، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي ، ص 79 - 94 .

²²⁵⁹ - Jean DEPREZ , Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique, in Actes du Colloque (DROIT ET PRATIQUE AU MAROC), Casablanca, 1994, P. 52 et 53 .

²²⁶⁰ - انظر: أمل حجي -الصيد القاري بالمغرب- جريدة أنوال ، عدد 30-07-1967.

²²⁶¹ - جاء في كلمة الرئيس الأول الأسبق للمجلس الأعلى، المرحوم محمد العربي المجبود، بمناسبة الذكرى الثلاثين لتأسيس المجلس الأعلى، حول دور الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى، التي تهتم أساسا بقضايا الأحوال الشخصية :

قربا من الواقع الأسري الذي يعرفه مجتمعنا. إذ نادرة هي الحالات التي خرج فيها المجلس الأعلى، بقرارات من شأنها مواجهة بعض الأوضاع الطارئة على نظام الأسرة، وكثيرة هي الأمور الحادثة التي تنتظر حلولاً مستقرة من المجلس الأعلى، ولا شك أن هذا هو ما جعلنا لا نجد صدقاً لبعض قراراته في التعديل الذي طال المدونة مؤخراً، كمشكل عدم الإشهاد على الزواج، ومشكل سكني المحضون، وإثبات النسب في حالات معينة، وبعض قضايا النفقة مثلاً. ومعلوم أن قرارات واجتهاد المحاكم العليا، هي مرشد المشرع في كل ما يقدم عليه من تطوير للتشريع، لمواجهة مستجدات الواقع.

ولاشك أن المجلس الأعلى واع بالدور الجديد المطلوب منه على صعيد مختلف الميادين، ويكفي للتدليل على ذلك أنه احتفل بذكره الأربعين تحت شعار: ((عمل المجلس الأعلى

((إنه لدور صعب، لا لجسامة القضايا وخطورتها، ولكن لتعقيدها أيضاً، وما تتطلب من بحوث وتعمق، استهدافاً لتوضيح القاعدة الشرعية، التي تنطبق على كل نازلة على حدة، وتوحيد العمل القضائي الوطني. بيد أن بعض رجال القانون، الذين يعيرون اهتماماً خاصاً لهذا الميدان، يذهبون إلى القول بأن القضاء الشرعي، يتقيد بحرفية النصوص، وبالراجح والمشهور وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك. دون الخروج عن هذا الإطار، للإدخال في الحساب الواقع الاجتماعي والحقائق الجردة. وإن القضاء المغربي برمته أصبح في مادة الشريعة، أسيراً داخل حقل أحكام مدونة الأحوال الشخصية وقواعد مذهب مالك، مع الالتزام المطلق باحترام ما ذهب إليه آراء أقطاب الفقه المالكي ووصل إليه اجتهادهم. وأن السير على هذا النهج يجد تأييداً من المعارضين لكل تفتح على العالم المعاصر وانعكاس الحضارة الغربية على مجتمعنا، والذين يعللون نظريتهم بأن أبواب الاجتهاد هنا قد أغلقت وطويت مرحلته الأخيرة. وأن كل تغيير قد يؤدي إلى تنافر مع المبادئ الأساسية التي وضعها علماء الفقه المالكي استناداً إلى القرآن والسنة.

بعيدا عن هذا الجدل، إن غرفة الأحوال الشخصية، تسلك مسلك التروي والحكمة في هذا المجال الذي يختلف عن الميادين القانونية الأخرى، لما له من آثار مباشرة وحاسمة على شعب مسلم متشبث بمبادئ وأخلاق الدين الحنيف. لكنها لم تتبن أبداً اتجاه التزمت، بل انطلقت دائماً من مبدأ أساسي، مبني على التمسك بالصرف بالأحكام القارة للشريعة، التي لا تتأثر بالعوامل الخارجية والغير القابلة للتغيير حسب الظروف المحيطة بها والتي تعد من النظام العام، والأحكام الأخرى منها التي يبقى باب الاجتهاد فيها مفتوحاً لجعلها ملائمة للحقائق الاجتماعية المعاشة. إن الدور الرئيسي لهذه الغرفة، يبقى منحصر في مراقبة القرارات القضائية المطعون فيها بالنقض وإبطائها كلما أخلت بالقانون والقواعد والمبادئ الرئيسية للفقه المالكي من جهة. كما أن دورها في قمة الهرم القضائي يحتم عليها أن تبين القاعدة التي يجب تطبيقها على النوازل سعياً إلى إصلاح أخطاء قضاة الموضوع، وتنظيم القضاء الشرعي وتوحيده في المملكة.

ولقد أدت دورها على الوجه الأكمل، وأصابها الهدف بتوحيد العمل القضائي في سائر التراب الوطني وإسناده على أسس سليمة ((محمد العربي المجبود - الذكرى الثلاثون لتأسيس المجلس الأعلى - بمجلة القضاء والقانون، عدد 138، فبراير 1988، ص 11 - 12).

والتحولات الاقتصادية والاجتماعية)²²⁶²، بما يجمله هذا الشعار من دلالات تمم الأسرة أيضا، لأن ميدان الأحوال الشخصية يتطلب المزيد من الاهتمام والاجتهاد، خاصة بالنسبة للقضاء المرتبط بالأسرة وقضاياها، فقديمًا كان الفقهاء يشترطون في قاضي الأحوال الشخصية أن يكون مجتهدا²²⁶³. وإن المطلوب الآن هو منهجية جديدة للاجتهاد²²⁶⁴ ومنهجية جديدة لقراءة الفقه²²⁶⁵، وبالأخص بالنسبة لما بني منه على مجرد آراء اجتهادية محض، حتى يمكن إنشاء الحلول الشرعية²²⁶⁶ لمواجهة المستجدات.

²²⁶² - انظر : النشرة الداخلية للمجلس الأعلى، عدد 2، السنة 1997، ص 39 .

²²⁶³ - ولذلك خص الفقهاء المسلمون قديما، قاضي الأحوال الشخصية بشرط خاص . فقد قرر الإمام السيوطي ((أما " عاقد الأنكحة "، فيشترط فيه أن يكون من أهل الاجتهاد، في باب النكاح خاصة)) (الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض)) للإمام جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي (849 هـ - 911 هـ) . حققه الشيخ خليل الميس، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت 1983، ص 96 .

²²⁶⁴ - انظر مداخلة أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي ((منهجية الاجتهاد في الإسلام)) أمام ندوة جمعية جسور حول ((المسألة النسائية ودور الاجتهاد في الإسلام)) المنظمة بالرباط يوم 19 و 20 فبراير 1999. حيث نادى بفكرة الانتقال من الاجتهاد الفردي إلى اجتهاد الأمة، لأنها هي التي تقرر مفهوم العدالة الاجتماعية ورفع الحرج والمساواة، معتبرا أن مشكلتنا مع الأسرة في الأساس ليست قانونية ولا دينية ولكن ثقافية. انظر أشغال المناظرة بكتاب ((المسألة النسائية ودور الاجتهاد في الإسلام)) 2000، ص 97 وما بعدها. وبه عدة مداخلات تمم موضوع الاجتهاد في مادة الأحوال الشخصية بالأخص. و انظر تغطية جريدة الاتحاد الاشتراكي لأشغال الندوة، عدد 27 فبراير 1999.

²²⁶⁵ - لقد تساءل السيد وزير الأوقاف الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري: ((إذا كان لا بد من قراءة جديدة للفقه فهل هناك مانع ؟ ما هي الأحكام الشرعية التي تحتاج إلى مراجعة أو تغيير ؟ وما هو الهدف الذي سنحرص على تحقيقه من وراء التغيير ؟ وهل هذا الهدف فيه مصلحة محققة للمرأة والمجتمع ؟)) (عبد الكبير العلوي المدغري - المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير . مطبعة فضالة، المحمدية 1999، ص 46) . وأجاب : ((ويبقى الجواب عن السؤال هو أنه ليس هناك ما نع من قراءة جديدة للفقه، بل ليس هناك مانع من التغيير الذي لا يمس نصوص الكتاب والسنة القطعية الدلالة، إذا تم على يد المجتهدين من علماء الشريعة، وطبق شروط الاجتهاد وقواعده)) (عبد الكبير العلوي المدغري - المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير . مطبعة فضالة، المحمدية 1999، ص 47). ويقول أيضا : ((فرأينا هو أن التعديلات التي ينبغي إدخالها على مدونة الأحوال الشخصية، يجب أن تنطلق من الأصول المعتمدة شرعا، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان والاستصلاح والاستصحاب وعمل أهل المدينة وغيرها من أصول الفقه)) (المرجع السابق ص 120) .

²²⁶⁶ - جاء في كتاب "الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام" للإمام القراني (مرجع سابق، ص 24/23): ((كيف يمكن أن يقال إن الله جعل لأحد أن ينشئ حكما على العباد؟ وهل ينشئ الأحكام إلا الله تعالى؟ فهل لذلك نظير وقع في الشريعة؟ أو ما يؤنس هذا المكان ويوضحه؟ الجواب: لا غرو في ذلك ولا نكير، بل الله تعالى قدر

إلا أن آليات أخرى ينبغي اتخاذها لتفعيل دور المجلس الأعلى في هذا المجال، ولاسيما فيما يتعلق بتوحيد عمله القضائي²²⁶⁷ الذي ما فتئت الدعوة إليه تتكاثر²²⁶⁸ حتى يقوم بدوره على

الواجبات والمندوبات والمحرمات والمكروهات على نبيه صلى الله عليه وسلم، وأنزل عليه الله سبحانه وتعالى قوله " اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً " - المائدة /3- ومع ذلك قرر في أصل شريعته أن للمكلف أن ينشئ الوجوب فيما ليس بواجب في أصل الشرع، فينقل أي مندوب شاء فيجعله واجبا عليه، وخصص ذلك بالمندوبات، فالنذر إنشاء للوجوب في المندوب... (إلى أن يقول) وإذا تقرر أن الله جعل لكل مكلف وإن كان عاميا جاهلا الإنشاء في الشريعة لغير ضرورة، فالأولى أن يجعل الإنشاء للحكام مع علمهم وجلالتهم، لضرورة درء الفناء ودفع الفساد وإخماد النائرة وإبطال الخصومة. فهذان بابان مقرران بطريق الأولى كما ظهر لك. وأما الدليل على ذلك فهو الإجماع من الأئمة قاطبة أن حكم الله تعالى: ما حكم به الحاكم في مسائل الاجتهاد كما تقدم، وأن ذلك الحكم يجب اتباعه على جميع الأئمة، ويحرم على كل أحد نقضه، وهذا شيء نشأ بعد الحكم لا قبله، لأن الواقعة كانت قبل هذا قابلة لجميع الأقوال ولأنواع البعض والمخالفات، ولا نعني بالإنشاء إلا هذا القدر، فقد وضح ذلك وبان)). وقد بين الإمام القرافي في باقي مبحثه أنه ليس للحاكم أن ينشئ حكما خاضعا للهوى والشهوات.

²²⁶⁷ - جاء في كلمة الرئيس الأول الأسبق للمجلس الأعلى، المرحوم محمد العربي المجدوب، بمناسبة الذكرى الثلاثين لتأسيس المجلس الأعلى : ((إن الدور الرئيسي للمجلس الأعلى، هو قبل كل شيء : السهر على تطبيق القانون تطبيقا محكما في دائرة صيانة حقوق المتقاضين، وإنه ليؤدي هذا الدور على ضوء المبادئ العامة للعدل، مقتنعا، كلما أهدى قضية كيفما كان نوعها، أنه سلك الاتجاه السليم، اعتقادا منه أن المهمة المنوطة به هي مهمة أدبية وروحية في نفس الوقت... إنه بوصفه ساهرا على وحدة الاجتهاد القضائي يسعى إلى تحقيق المساواة بين المواطنين أمام القانون . إن توحيد العمل القضائي على المستوى الوطني، يشكل الدور الرئيسي للمجلس الأعلى، وإن هذا الأخير، لن يكون في مقدوره إنجاز هذا الدور سليما من كل إحلال، إلا إذا وحد عمله القضائي هو نفسه)) .

(انظر : محمد العربي المجدوب - الذكرى الثلاثون لتأسيس المجلس الأعلى - بمجلة القضاء والقانون، عدد 138، فبراير 1988، ص 21 - 22) .

²²⁶⁸ - وما فتئت الدعوة تتكاثر لتوحيد اجتهاد عمل المجلس الأعلى . فخلال لقاء جمعية هيآت المحامين بالمغرب سنة 1998، مع السيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى . قدمت الجمعية مذكرة إلى الرئيس الأول السيد إدريس الضحاك. وقد أشارت المذكرة إلى ضرورة توحيد اجتهاد غرف المجلس الأعلى بخصوص الموضوع الواحد . واقترحت في هذا الصدد عقد مناظرات وندوات تجمع مختلف رجال القانون لمناقشة مختلف الموضوعات التي تختلف حولها الرؤى، مع تناول قرارات المجلس الأعلى بالدراسة والتعليق (انظر نص المذكرة بمجلة الإشعاع، عدد 17، السنة 1998، ص 337 وما بعدها . وانظر بنفس العدد، (ص 333 وما بعدها) نص المذكرة من قبل جمعية هيآت المحامين بالمغرب إلى السيد الوزير الأول عبد الرحمان اليوسفي) .

الوجه الأكمل²²⁶⁹. كما أن فهما أوضح لقرارات المجلس الأعلى، يستوجب تبسيط اللغة القانونية التي تحرر بها الأحكام²²⁷⁰، وبصفة خاصة ما يرتبط منها بتطبيق القواعد الفقهية. وفيما يتعلق بعملية نشر القرارات ينبغي أن تتم بكيفية منتظمة، ووفق قواعد فنية، ولاسيما بالنسبة لوضع القواعد المستخلصة من القرارات، وتسهيل البحث عنها بواسطة استعمال المعلومات. كما يمكن اتخاذ حلول تشريعية تركز مبدأ (طلب الرأي) حيث يوجه إلى المجلس الأعلى طلب من قبل محاكم الموضوع، لإعطاء رأيه كمحكمة للنقض بخصوص قضايا قانونية جديدة، تطرح عدة منازعات عند التطبيق²²⁷¹، مع تفعيل مسطرة البت بمجموع الغرف بالنسبة للقضايا موضوع الخلاف القانوني. وفضلا عن كل هذا، لابد من الاعتناء بتكوين قاضي الأحوال الشخصية تكويننا

²²⁶⁹ - جاء في النشرة الخاصة التي أعدها المجلس الأعلى بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2001 والتي ترأسها صاحب الجلالة الملك محمد السادس: ((لتحقق هذه المؤسسة الدور المنوط بها فإن الأمر يتطلب القيام بمهمتين:

- الأولى تتمحور في السهر على التأويل والتفسير الموحد للقانون، ليطبق بنفس الوثيرة في جميع التراب الوطني وبذلك يحصل الاطمئنان.

- الثانية تتلخص في تفعيل الاجتهاد القضائي وتطويره، تبعا للواقع المدني والاقتصادي والاجتماعي والثقافي. وليمكن المجلس الأعلى من القيام بمهامه هذه، فقد وضع برنامجا لتحديث وسائل عمله وتطوير شؤونه وتوفير الظروف العلمية والمادية لمواكبة هذه التطورات)) (المجلس الأعلى - نشرة خاصة بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2001، ص 15). وللتعرف على مجهودات تحديث الإدارة القضائية بالمجلس الأعلى، انظر: المجلس الأعلى - تحديث الإدارة القضائية بالمجلس الأعلى (1997-2000)، دون بيان تاريخ ومكان الطبع.

²²⁷⁰ - إن مختلف غرف المجلس الأعلى لا تتبنى طريقة موحدة في صياغة قراراتها. ولهذا السبب فقد تم تناول هذه القضية في اجتماع مجلس الرؤساء الرابع بالمجلس. وعهد إلى لجنيتين بالبحث في الأمر، الأولى مكلفة بالمادة المدنية، والثانية بالمادة الجنائية الأعلى (انظر محضر الاجتماع الرابع لمجلس الرؤساء بتاريخ 20 / 12 / 1995، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 49 / 50، ص 344 - 345).

²²⁷¹ - هذه التقنية أخذ بها القانون الفرنسي (بواسطة القانون رقم 91 - 491 بتاريخ 15 / 05 / 1991، ومرسوم 92 - 228 بتاريخ 12 / 03 / 1992). حيث حول للمحاكم الأدنى درجة طلب رأي: Demande d'avis محكمة النقض الفرنسية بخصوص قضايا قانونية جديدة، تطرح عدة منازعات عند التطبيق. فتعطي المحكمة رأيها في الموضوع إذا كان الطلب مقبولا، ويصدر في شكل يشبه قرار محكمة النقض من حيث صياغته. إن هذا الرأي غير ملزم للجهة القضائية التي طلبته، ولا لمحكمة النقض التي أصدرته. ومع ذلك فإن هذا المقتضى القانوني الجديد، يقوي سلطة محكمة النقض الفرنسية، كمفسرة للقانون. انظر:

Roger MENDEGREIS et George VERMELLE, Le commentaire d'arrêt en droit privé, 6e éd. DALLOZ, 1996. p. 51.

وبالمرجع المذكور نماذج من طلبات الرأي المذكورة ص 25 و 27. وتنشر آراء محكمة النقض المذكورة وتحظى بدورها بالتعليق من قبل المهتمين. لما قد يكون لها من آثار على صعيد الحلول القانونية المرتقبة.

قانونيا وفقهيا، وإطّاعه على مختلف العلوم المرتبطة بميدان الأسرة والمجتمع، لا ليكون متخصصا في الميدان فقط، بل ليؤدي دوره الاجتماعي على الوجه الأكمل أيضا.

لائحة الرموز المستعملة

- التحفة : تحفة ابن عاصم.
- المختصر : مختصر الشيخ خليل.
- المدونة : مدونة الأحوال الشخصية.
- المدونة الكبرى : المدونة المروية عن الإمام مالك.
- ج : جزء.
- ص : صفحة.
- ط : طبعة.
- ق. ق : مجلة القضاء والقانون.
- ق.ل.ع : قانون الالتزامات والعقود.
- ق.م.ع : مجلة قضاء المجلس الأعلى.
- ق.م.م : قانون المسطرة المدنية.
- م. س : مرجع سابق.
- د. ت. ط : دون بيان تاريخ الطبع.
- ت : توفي.

قائمة

بأهم المراجع المعتمدة

أولا - أهم مراجع القرارات القضائية :

- مجلة القضاء والقانون (تصدر عن وزارة العدل المغربية).
- مجلة قضاء المجلس الأعلى (تصدر عن وزارة العدل المغربية).
- مجلة رابطة القضاة (تصدر عن وزارة العدل المغربية).
- مجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب (صدرت عن وزارة العدل المغربية).
- مجلة الملحق القضائي (تصدر عن وزارة العدل المغربية).
- مجلة المحاماة (تصدر عن جمعية هيآت المحامين بالمغرب).
- مجلة المحاكم المغربية (تصدر عن نقابة المحامين بالدار البيضاء).
- رسالة المحاماة (تصدر عن نقابة المحامين بالرباط).
- الندوة (تصدر عن نقابة المحامين بطنججة)
- المحامي (تصدر عن نقابة المحامين بمراكش).
- الإشعاع (تصدر عن نقابة المحامين بالقنيطرة).
- المرافعة (تصدر عن نقابة المحامين بأكادير) .
- المعيار (تصدر عن نقابة المحامين بفاس).
- المحامون (تصدر عن نقابة المحامين بآسفي).
- القسطاس (تصدر عن نقابة المحامين بمكناس).
- المجلة العربية للفقه والقضاء (تصدر عن مجلس وزراء العدل العرب).
- المجلة المغربية للقانون .
- مجموعة أهم قرارات المجلس الأعلى الصادرة في المادة المدنية (1958 - 1996)، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 1997 .
- مجموعة الأحكام الشرعية، مراجعة وتقديم وتعليق : الأستاذ عبد العلي بن محمد العبودي، ط 1، المركز الثقافي العربي - بيروت / الدار البيضاء 1991 .

- مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، ج 1، الرباط 1985.
- مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، ج 2، الرباط 1992.
- مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 1، (1965-1989)، الرباط 1990.
- مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج 2، الرباط 1993.
- المرجع في اجتهادات المجلس الأعلى : إبراهيم زعيم، الرباط 1984.

ثانيا - أهم مراجع الفقه المالكي وباقي المذاهب الفقهية:

أ - المصنفات والمؤلفات:

- أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع (ت 733 هـ / 1332 م) - معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق الدكتور محمد بن قاسم بن عياد، ج 1 (قسم الأحوال الشخصية)، دار الغرب الإسلامي 1989 .
- أبو إسحاق الشاطبي (إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي - ت 790 هـ): الموافقات في أصول الشريعة. شرح عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، دون بيان تاريخ الطبع.
- أبو إسحاق الغرناطي (ت 579 هـ) : الوثائق المختصرة. منشورات مركز إحياء التراث المغربي بالرباط، أعدها مصطفى ناجي. الطبعة 1، الدار البيضاء 1988.
- أبو عبد الله محمد المصمودي (من فقهاء القرن 11 الهجري) : وثائق تم طبعها باسم: الوثائق السجلماسية. من طرف مركز إحياء التراث المغربي بالرباط، أعدها مصطفى ناجي. الطبعة الأولى 1988.
- عبد السلام حادوش-البيان والتحريري في التوليج والخطابة والتصيير. الطبعة الأولى، الرباط 1999.
- محمد حجي: انبعاث الفقه وتطبيق الشريعة. منشورات كتاب دعوة الحق، العدد الثالث 1999.
- زين الدين محمد بن محمد بن محمد بن عبد الرحمان البكري الصديقي(ت 1028 هـ)- الاجتهاد المطلق. تحقيق سليم فهد شعبانة. دار المعرفة، دون بيان تاريخ ومكان الطبع.
- أبو الشتاء الغازي الحسيني : التدريب على تحرير الوثائق العدلية . ط 1، الرباط 1964.
- أبو الشتاء الغازي الحسيني : مواهب الخلاق شرح لامية الزقاق، ط 2، الرباط 1955 .
- أبو العباس أحمد بن الحسن بن عرضون الزجلي: كتاب اللاتق لمعلم الوثائق- المطبعة الحجرية - دون تاريخ الطبع.
- أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب : تحرير الكلام في مسائل الالتزام . تحقيق محمد عبد السلام الشريف . ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1984.
- أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، دار الفكر، د. ت. م. ط.

- أبو محمد مولاي التهامي كنون الإدريسي الحسني :قرة العيون بشرح نظم ابن يامون في النكاح الشرعي وآدابه، مصر 1933 .
- أحمد الدردير - شرح مختصر الشيخ خليل ، ط دار الفكر، د. ت. م. ط.
- أحمد بن يحيى الونشريسي : عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق - دراسة وتحقيق : حمزة أبو فارس . ط 1، دار الغرب للإسلامي، بيروت 1990.
- ابن القيم الجوزية (أبو عبد الله محمد بن أبي بكر (ت 751 هـ) : أعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت د. ت. م. ط.
- ابن جزري: القوانين الفقهية . ط 3، مطبعة الأمنية، الرباط 1962.
- ابن حزم (أبو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ت 456 هـ / 1063 م) - المحلى بالآثار . تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري . دار الفكر، بيروت . د. ت. م. ط.
- ابن رشد (أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد) ت سنة 595 هـ) : بداية المجتهد ونهاية المقتصد . ط دار الفكر، د. ت. م. ط.
- ابن عرفة: كتاب شرح حدود الإمام ابن عبد الله بن عرفة - لأبي عبد الله محمد الأنصاري- مطبعة فضالة (المحمدية)
- برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم بن فرحون : تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام . ط 1، المطبعة العامرة الشرفية، مصر 1301 هـ (نسخة مصورة صدرت عن دار الكتب العلمية بيروت .)
- التسولي - البهجة في شرح التحفة . ط 1، دار المعرفة، الدار البيضاء، 1998 .
- الحاج محمد بن الشريف المقرئ مولاي الطيب العصري: كتاب طلب العلاج لمقاررة الأزواج، الرباط، دون بيان تاريخ الطبع .
- الحجوي : محمد بن الحسن الحجوي الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي - ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت 1995 .
- الخرشني علي متن الشيخ خليل .
- خليل (ابن إسحاق بن موسى) : مختصر خليل في فقه الإمام مالك - مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر 1341 هـ / 1922 م .
- الدسوقي (محمد عرفة الدسوقي) : حاشية على شرح الدردير على مختصر الشيخ خليل، ط دار الفكر، د. ت. م. ط.
- الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل ، دار الفكر، د. ت. م. ط.
- سعدي أبو جيب : القاموس الفقهي : لغة واصطلاحا . ط 2، دار الفكر، دمشق، 1988 .

- السيوطي - جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي (849 هـ - 911 هـ) : الرد على من أخلد إلى الأرض وجعل أن الاجتهاد في كل عصر فرض . حققه الشيخ خليل الميس، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت 1983 .
- شهاب الدين القرافي : الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ط 1، القاهرة 1989 .
- صحيح البخاري: ط 4، عالم الكتب .بيروت، 1985.
- عباس الجيراري : وحدة المغرب المذهبية خلال التاريخ. دار الثقافة، الدار البيضاء ، ط 1، 1976.
- عبد الحي بن محمد بن الصديق: نقد مقال في مسائل من علم الحديث والفقه وأصوله وتفضيل بعض المذاهب . الطبعة 1، د. م. ط. 1988 .
- عبد السلام العسري : نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب (في إطار المذهب المالكي). مطبعة فضالة 1996، نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- عبد اله كنون : محاذي الزقاقية . ط 2، الرباط / طنجة، 1955 .
- عبد الوهاب خلاف : علم أصول الفقه . ط 10، دار القلم، الكويت 1972 .
- عبد الوهاب خلاف : مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه . دار القلم، ط 4، 1974.
- عزت عبيد الدعاس : القواعد الفقهية مع الشرح الموجز . منشورات مكتبة الغزالي بحماسة، د. ت. ط .
- علاال الفاسي : مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها . ط 4، الدار البيضاء، 1991 .
- العلمي :نوازل الشيخ عيسى بن علي الحسين العلمي - تحقيق المجلس العلمي بفاس، ج 1،، نشر وزارة الأوقاف، الحمديّة 1983،
- عمر الجيدي : العرف والعمل في الفقه المالكي. ط 1984 .
- عمر الجيدي : محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي. منشورات عكاظ، البيضاء 1987 .
- العمل السوسسي في الميدان القضائي، لأبي زيد الجشتيمي بشرح عبد الرحمان الجشتيمي، ط 1، 1984
- عياض : نوازل القاضي عياض وولده محمد - مذاهب الحكام في نوازل الأحكام - ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1990 .
- القاضي عبد الوهاب البغدادي (ت 422 هـ) - التلقين - نشر وزارة الأوقاف المغربية، مطبعة فضالة (الحمديّة)، 1993 .

- القيرواني : رسالة عبد الله بن أبي زيد القيرواني . طبعة عربية وفرنسية، دار الكتب الإسلامية (القاهرة / بيروت) د. ت. ط .
- الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . ط 1، دار الفكر، بيروت 1996.
- المجموع الكبير من المتون (التحفة، العمل الفاسي، العمل المطلق ...) . دار الفكر، ط 3، 1988.
- محمد أبو زهرة : تاريخ المذاهب الإسلامية، ط 1965 .
- محمد بن مخلوف شجرة النور الزكية في طبقات المالكية . دار الفكر د. ت. م. ط .
- محمد رياض : أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، ط 1، الدار البيضاء 1996
- محمد زكي عبد البر: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية. الكويت، ط 1، 1982.
- محمد عبد الجواد : مباحث في الشريعة الإسلامية، مصر 1977 .
- محمد علي الصابوني : روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن . ط 1، بيروت 1986 .
- محمد مصطفى شلي : المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت ، 1985 .
- محيي الدين عزوز: التطور المذهبي بالمغرب، تونس 1976 .
- المدونة الكبرى – للإمام مالك رواية الإمام سحنون عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم . طبعة دار صادر، بالأوفست عن طبعة مطبعة السعادة – 1323 هـ .
- المعيار المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب – لأحمد بن يحيى الونشريسي (ت 914 هـ / 1508 م)، نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- المنهل العذب السلسبيل (العمل السوسي) بشرح الأزاريفي. في ثلاثة أجزاء، ط الدار البيضاء 1979.
- المواق (أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري (ت 898 هـ) : التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، د. ت. م. ط. بمامش شرح الخطاب .
- ميارة : الإقتان والأحكام في شرح تحفة الحكام. طبعة دار الفكر، دون بيان تاريخ الطبع .
- ميارة : مختصر الدر الثمين على المرشد المعين. نشر وزارة الأوقاف (المغرب) فضالة، دون تاريخ الطبع .
- ميكوش موراني : دراسات في مصادر الفقه المالكي . ترجمه عن الألمانية : سعيد بحيري، عمر صابر عبد الجليل، محمود رشاد حنفي . بمراجعة محمود فهمي حجازي، وعبد الفتاح محمد الحلو – ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1988 .
- الناصري : الاستقصا في أخبار المغرب الأقصى – ج 1، دار الثقافة، الدار البيضاء 1954 .
- الوزاني : أبو عبد الله محمد المهدي الوزاني – النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية . نشر وزارة الأوقاف، مطبعة فضالة (المغرب) 1992 .

- وهبة الزحيلي : جهود تقنين الفقه الإسلامي، ط 1، بيروت 1987 .

ب - الدراسات والمقالات الفقهية المتخصصة:

- إبراهيم اشبيهاث : التوثيق العدلي - مجلة الإشعاع، عدد 9 .
- أحمد الخليلي : تأملات حول موضوع " فلسفة التشريع الإسلامي "، بكتابه وجهة نظر . مطبعة النجاح الجديدة، ط 1، الدار البيضاء 1988 .
- أحمد سحنون : ابن أبي زيد القيرواني ورسائله . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ط 1، ج 3، مطبعة فضالة، 1981، نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- إدريس العلوي العبدلاوي : الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي لمشروع القانون المدني العربي الموحد . بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد . عدد 3، دجنبر 1977 .
- الجيلاني لعبد السالمي : خدمة المذهب المالكي في الصحراء المغربية، عن طريق كتاب الشيخ خليل - ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ط 1، ج 3، مطبعة فضالة، 1981، نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- الحسن العبادي : خصائص فقه النوازل في سوس ونماذج مختارة منها . بمجلة " دار الحديث الحسنية "، عدد 12، س 1995 .
- حمزة أبو فارس : بعض المصطلحات في كتب الفقه المالكي . منشور بندوق الدراسة المصطلحية والعلوم الإسلامية، نشر جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس - كية الآداب العلوم الإنسانية / فاس سايس -، ج 2، الرباط، د.ت.ط، مطبعة المعارف الجديدة .
- رضا الله إبراهيم الألفي : فتاوى النوازل في القضاء المالكي المغربي . بندوق الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ط 1، ج 3، مطبعة فضالة، 1981، نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- سعيد أعراب : موقف الموحدين من كتب الفروع وحمل الناس على المذهب الحزمي . بمجلة دعوة الحق، عدد 249 .
- الشيخ محمد المكي الناصري : المذهب المالكي : مذهب المغاربة المفضل . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 1، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- عباس الجيراري : أسباب انتشار المذهب المالكي واستمراره في المغرب . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 1، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- عبد السلام العسري : اختيارات مدونة الأحوال الشخصية من أقوال وروايات المذهب المالكي غير المشهورة، واختياراتها من خارج المذهب المالكي . بمجلة دار الحديث الحسنية، العدد 8، لسنة 1990 .

- عبد السلام أحمد فيغو : ضرورة الرجوع إلى الفقه الإسلامي . بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 16، خاص بموضوع " الفقه الإسلامي والقانون الوضعي " .
- عبد السلام العسري : دراسة تطبيقية لمراعاة حالة الضرورة في شهادة غير العدول (شهادة اللفيف) - بمجلة القضاء والقانون، عدد 135 / 136 .
- عبد السلام العسري : كيفية توثيق شهادة اللفيف - بمجلة المحاكم المغربية، عدد 66 .
- عبد السلام العسري: : تعدد الأقوال والروايات في المذهب المالكي وطرق الترجيح بينها. بمجلة دار الحديث الحسنية عدد 5 .
- عبد العزيز بن عبد الله : الفقه المالكي والوحدة المذهبية بين المغرب وصحرائه . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 1، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- عبد الغفور الناصر : أصول مالك في الموطأ . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 2، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- عبد الكريم التواتي : المنهجية في مدرسة مالك بن أنس وفي أصول مذهبه . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 2، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- عبد الله الداودي: أصول المذهب المالكي . بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، عدد 1.
- عبد الله العمراني: البيئة وأثرها في صياغة مذهبنا المالكي . بمجلة دعوة الحق عدد 245 .
- عبد الله كنون : العمل هذه القاعدة المحكمة . جريدة الرسالة (المغرب) عدد 100 بتاريخ 06-06-1985 .
- عبد الهادي التازي : المذهب المالكي كشعار من شعارات الدولة المغربية . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 1، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- علال الفاسي : نضالية الإمام مالك، بجريدة الرسالة عدد 100 بتاريخ 06 / 06 / 1985 .
- عمر الجيدي : الاستدلال بعمل أهل المدينة عند الإمام مالك، وموقف الفقهاء منه . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 2، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- عمر الجيدي : ظهور علم التوثيق في المذهب المالكي - مجلة دار الحديث الحسنية، عدد 5 .
- محمد إبراهيم أحمد علي : اصطلاح المذهب عند المالكية - بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة (المملكة العربية السعودية)، عدد 15، السنة الرابعة، أكتوبر / دجنبر 1992 .
- محمد إبراهيم أحمد علي : اصطلاح المذهب عند المالكية - بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة (المملكة العربية السعودية)، عدد 41، أبريل 1999 .

- محمد الحبيب بن الخوجة : مستقبل الاجتهاد الفقهي . بمجلة دعوة الحق، عدد 271، أكتوبر 1988 .
- محمد المختار ولد باه - لحة عن أصول فقه مالك . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 2، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- محمد الورياغلي : أثر الشخصية المغربية في فقه مالك . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 1، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- محمد بن معجوز المزغرائي : بعض المآخذ على مدونة الأحوال الشخصية . بمجلة الميادين، عدد 3، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي .
- محمد حجي : المذهب المالكي في الغرب الإسلامي وموسوعته الكبرى معيار الونشريسي . بندوق الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ط 1، ج 3، مطبعة فضالة، 1981، نشر وزارة الأوقاف المغربية .
- محمد يسف : عبد الملك بن حبيب السلمي رائد المدرسة المالكية بالأندلس . بندوق الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 3، مطبعة فضالة، 1981 . نشر وزارة الأوقاف المغربية، ص 11 - 28 .
- يوسف الكتاني : المصالح المرسله في المذهب المالكي وبقية المذاهب الأخرى . ندوة الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ج 2، مطبعة فضالة، د. ت. ط. نشر وزارة الأوقاف المغربية .

ثالثا - أهم مراجع الأحوال الشخصية والقانون والقضاء :

أ - المؤلفات:

- أبو الأعلى المودودي - حقوق الزوجين (دراسة نقدية للأحوال الشخصية) - ترجمة : أحمد إدريس - ط 1979 .
- أبو حامد محمد العربي بن الشيخ أبي المحاسن يوسف الفهري: شهادة اللقيف . طبع مركز إحياء التراث العربي، الرباط . د.ت.ط.
- أحمد ادريوش : نطاق ظهير الالتزامات والعقود (تأملات حول موقف القضاء المغربي من مشكلة علاقة ظ. ل. ع. بالفقه الإسلامي)، سلسلة المعرفة القانونية / 3، الرباط 1996 .
- أحمد ادريوش : الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الالتزامات والعقود . ط 1، سلسلة كتب المعرفة القانونية، الكتاب (4)، مطبعة الأمنية، الرباط 1996 .
- أحمد الخليلي : التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1، ط 1، الرباط 1984 .

- أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، (آثار الولادة، والأهلية، والنيابة القانونية)، ط 1، الرباط 1994،
- أحمد الداعور - أحكام البنات - ط 6، سنة 1981، دون بيان مكان الطبع .
- أحمد العلمي : كراسة تدريسية وتدريبية حول تقنية تحرير الأحكام والتعليق عليها . نشر مجلس وزراء العدل العرب (المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية)، الرباط، 1987 .
- أحمد زوكاغي : الطلاق حسب الصيغة الحالية لمدونة الأحوال الشخصية، مطبعة الأمنية - الرباط 1994.
- أحمد نصر الجندي : إقامة الدعوى في مواد الأحوال الشخصية . دار الكتب القانونية القاهرة . 1995 .
- إدريس الفاخوري: أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة بين دول المغرب العربي) . ط 1 الدار البيضاء 1993 .
- إدريس بلمحجوب : الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، ط 1، الرباط 1995 .
- أدولف ربولط : الإجراءات المدنية أمام المجلس الأعلى. ترجمة: إدريس ملين وعبد الله الداودي. الرباط 1984 .
- أشغال ندوة : مدونة الأحوال الشخصية : أي تغيير ؟. منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط .
- الأمrani زنطار الحسن : في فقه الوثائق، ج 2، الصيغ القانونية للعقود العدلية في مجال الأحوال الشخصية (الزواج الطلاق الرجعة) . ط 1، الأحمدي للنشر، الدار البيضاء، 1999/1998 .
- أنور العمروسي : أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية . ط 3 ، مصر، دون بيان تاريخ الطبع .
- أنور طلبة : الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية. منشأة المعارف - الإسكندرية 1995.
- بدران أبو العينين بدران : الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والجعفري والقانون -، ج 1، بيروت 1967 .
- بلمير السعدية : الروابط العائلية - الرباط 1981.
- التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربي - الدار العربية للموسوعات "حسن الفكهاني" - الطبعة الأولى، القاهرة -الدار البيضاء 1983.
- تقي الدين الهلالي: أحكام الخلع في الإسلام- مبحث بعث الحكمين- نشر المكتب الإسلامي، بيروت 1983

- الحبيب بلكوش و نادية السبتي- الصكوك الدولية الأساسية المتعلقة بحقوق الإنسان التي صادقت عليها المملكة المغربية . نشر مركز التوثيق والإعلام والتكوين في مجال حقوق الإنسان (وزارة حقوق الإنسان). الرباط 2000.
- الحسن بن عبد الوهاب: تاريخ القضاء في شمال المغرب، في جزأين، ضمن منشورات جمعية تطاوين أسمر، تطوان، 2000.
- حسن والقييد : مجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص، ط 3، منشورات الجسور، 1998.
- الحسين الميليكي: من الحقوق المالية للمرأة - نظام الكد والسعاية (نماذج من العمل القضائي المغربي الحديث)، ج 1، ط 1، الرباط 1999.
- حسين مؤمن : الإثبات بالحررات في الشريعة الإسلامية ومواد الأحوال الشخصية والقضايا الجزائية . بيروت 1975،
- الحلالي الكتاني : مدى مساهمة السلطة القضائية في خلق القاعدة القانونية - رسالة دبلوم الدراسات العليا في الحقوق. الرباط 1984-1985 .
- حماد العراقي : الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية . الدار البيضاء، 1960 .
- حماد العراقي : شرح قانون الزواج المغربي. الدار البيضاء ، دون بيان تاريخ الطبع .
- حماد العراقي : كفاح من أجل العدل - ط 1 . الدار البيضاء 1975
- خالد برجواوي: إشكالية مدونة الأحوال الشخصية بالمغرب بين الحركة النسائية والحركة الإسلامية، مكتبة الشباب، 1999.
- خالد بنيس : قاموس الأحوال الشخصية، والميراث، دار بابل، الرباط 1998.
- دليل العون الدبلوماسي والقنصلي في شؤون العدل . نشر جمعية الأعمال الاجتماعية لقضاة وموظفي العدل، وزارة العدل المغربية ، د . ت .
- دليل مختصر في الأحوال الشخصية -نشر وزارة العدل المغربية، ط 1966، ص 11 .
- زينب معادي : الأسرة المغربية بين الخطاب الشرعي والخطاب الشعبي - نشر المركز الوطني لتنسيق وتخطيط لبحث العلمي، 1988.
- السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- ، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت دون بيان تاريخ الطبع.
- صبحي محمصاني: الأوضاع التشريعية في الدول العربية - ط 3، 1965.
- صلاح الدين زكي : أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي. ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1985 .

- الطيب برادة - إصدار الحكم المدني وصياغته الفنية (في ضوء الفقه والقضاء) . الرباط . 1996 .
- عبد الحميد أحمد سليمان: الحكومة والقضاء في الإسلام . مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة 1984 .
- عبد الصمد الديالمي: المعرفة والجنس (من الحداثة إلى التراث) . الدار البيضاء 1987 .
- عبد العزيز الفيلاي: الزواج في التشريع المغربي- ط 2، 1969 .
- عبد العزيز توفيق: التعليق على مدونة الأحوال الشخصية . المكتبة القانونية، ط 1 ، الدار البيضاء 1998 .
- عبد العزيز فتحاوي: طرق الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية والميراث، مطبعة فضالة (المحمدية) 1997 .
- عبد الكبير العلوي المدغري: المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير . مطبعة فضالة 1999 .
- عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية - ج 1، تطوان، دون بيان تاريخ الطبع . ج 2، تطوان، دون بيان تاريخ الطبع .
- عبد اللطيف أكنوش: تاريخ المؤسسات والوقائع الاجتماعية بالمغرب . الدار البيضاء 1987 .
- عبد النبي ميكو: الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية . ج 1 . ط 1 .
- عبود رشيد: الأحوال الشخصية قواعد ونصوص وشروح . الدار البيضاء، ط 1، 1965 .
- علاال الفاسي: الأحوال الشخصية . مطبوع على استانسيل، دون بيان تاريخ الطبع .
- علاال الفاسي: التقريب: شرح مدونة الأحوال الشخصية، الرباط 1986 .
- علاال الفاسي: النقد الذاتي، ط 2، تطوان، دون بيان تاريخ الطبع .
- علي حسب الله: الفرقة بين الزوجين. دار الفكر العربي. دون بيان تاريخ ومكان الطبع .
- علي عبد الواحد وافي: حماية الإسلام للنفس والأعراض. دار الشعب - مصر، 1970 .
- علي محمد جعفر: تاريخ القوانين والشرائع . بيروت، ط 1، سنة 1982 .
- العنف ضد النساء . أية حماية؟ - مجموعة من الباحثين . منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط .
- العنف ضد النساء: مجموعة من الباحثات - مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1993 .
- فاطمة المرينسي: الجنس كهندسة اجتماعية . ترجمة فاطمة الزهراء زريول، الدار البيضاء 1987 .
- فتحي حسن مصطفى: مرافعات الأحوال الشخصية . منشأة المعارف بالإسكندرية 1989 .

- فريدة بناي : تقسيم العمل بين الزوجين (في ضوء القانون المغربي والفقہ الإسلامي - الجنس معيارا)، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مراكش، 1993 .
- فريدة بناي : حق تصرف الزوجة في مالها (حق شرعي وقيود تشريعية) . ط 1، مراكش 1995.
- كترة العلوي لمراي : الأسرة المغربية ثوابت ومتغيرات، الرباط 1986 .
- المجلس الأعلى - نشرة خاصة. أصدرها المجلس الأعلى بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2001. الرباط 2001.
- المجلس الأعلى - تحديث الإدارة القضائية بالمجلس الأعلى (1997-2000)، دون بيان تاريخ ومكان الطبع.
- مجموعة مناشير وزارة العدل - لسنة 1964 .
- محمد الحبيب التجكاني : النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية . ط البيضاء 1965.
- محمد الحبيب الشريف: الإذن القضائي بالزواج، طبعة أولى، دار الميزان للنشر، حمام سوسة 2000.
- محمد السماحي: نظام التنفيذ المعجل للأحكام المدنية في القانون المغربي . الدار البيضاء 1985.
- محمد الشافعي : أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية . ط 3، دار وليلي للنشر، مراكش 1998 .
- محمد العلوي العابدي : الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي. ط 1، إفريقيا الشرق، 1996 .
- محمد الكشور : بيع العقار بين الرضائية والشكلية (دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وفي مواقف القضاء)، ط 1، الدار البيضاء 1997 .
- محمد الكشور : قانون الأحوال الشخصية (مع تعديلات 1993)، ط 3، الدار البيضاء 1996 .
- محمد المنوبي : مظاهر يقظة المغرب الحديث. ط 1.
- محمد بن عبود : مركز الأجانب بالمغرب، ط 3، الرباط .
- محمد بن معجوز : وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي. البيضاء 1984 .
- محمد زيد الأبياني : شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية . مكتبة النهضة، بيروت - بغداد، د. ت. ط.
- محمد صالح العياري : مذكرات وبحوث قانونية، ط 1 ، تونس 1987.
- محمد عابد الجابري : المغرب المعاصر. سلا، ط 1، 1988 .
- محمد محي الدين عبد الحميد : الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 2، مصر 1958 .

- المدخل لدراسة نقد الحقوق - مجموعة من المؤلفين: ف. دارسي، م. بورجول، ف. دو جاردان، ج. بيليزال، أ. جهوم، مياي - ترجمة سليم حداد، ج 1، بيروت، ط 1. 1981 .
- معوض عبد التواب : المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية (1974 - 1994) .
منشأة المعارف بالإسكندرية، 1994 .
- معوض عبد التواب : موسوعة الأحوال الشخصية . ط 4، مصر 1988 .
- معوض عبد التواب: الصيغ الشرعية لدعاوى الأحوال الشخصية. ط 2، دار الوفاء - المنصورة . 1982 .
- مليكة بن الراضي وعبد الله الولادي: الدليل القانوني للمرأة المغربية (الزواج والطلاق). منشورات المنظمة المغربية لحقوق الإنسان ومؤسسة فريدريك إيبرت، 1998.
- ممدوح عزمي : الزواج العرفي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية د. ت. ط.
- مولاي عبد الرحمان بن زيدان : إتحاف أعلام الناس بجمال أخبار حاضرة مكناس . ج 3، ط 1، المطبعة الوطنية بالرباط (1349 هـ - 1939 م).
- الميليكي الحسين: نظام الكد والسعاية: نماذج من العمل القضائي. ج 1، الطبعة 1، الرباط 1999.
- نشرة محكمة التعقيب 1996، الجزء الثاني، منشورات مركز الدراسات القانونية والقضائية بتونس.
- هـ. ليفي برول : سيولوجيا الحقوق. ترجمة نسيم عصفور، ط 3، منشورات عويدات باريس/بيروت 1982 .

ب - الدراسات والمقالات المتخصصة :

- إبراهيم حركات : الأوضاع القضائية بالمغرب قبل الحماية - بمجلة رابطة القضاة، ع 6-7 .
- إبراهيم طرابشي - قضاء الأحوال الشخصية / الواقع والتطوير . بمجلة أبعاد، المركز اللبناني للدراسات، عدد 5 / 1996 .
- أحمد اجوييد : التلقيح الاصطناعي وإثبات النسب، مجلة الميادين، عدد 3.
- أحمد ادريوش - الشروط في عقد الزواج: تأملات حول مقترح التدبير التعاقدى لأحوال الأسرة (1999)، بحث غير منشور.
- أحمد ادريوش - تأويل المجلس الأعلى للفصل الثالث من قانون التوحيد وأثره على قانون الالتزامات والعقود . بمجلة كتابة الضبط، السنة الأولى، العدد 2، غشت 1998.
- أحمد التهامي و الحسن رحو وحسن الهبطي - الشرعية الجنائية المسطرية بين إطارها المرجعي واجتهاد المجلس الأعلى . بمجلة القانون والاقتصاد (عدد خاص بأشغال ندوة القضاء في المغرب : واقع وآفاق)، عدد 6.

- أحمد الخمليشي - مسئولية الورثة عن ديون المورث. بالجملة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 2.
- أحمد الخمليشي : الأسرة الغربية والأسرة الإسلامية (التطور والمصير) . بكتابه وجهة نظر مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1988.
- أحمد الخمليشي : الثلاثي المتحكم في تطور قانون الأحوال الشخصية . بمجلة الميادين، عدد 3، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي .
- أحمد الخمليشي : في قيمة اللفيث الإثباتية - تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 529 / 77 . بمجلة المحاماة، عدد 13 .
- أحمد الخمليشي - بين مدونة الأحوال الشخصية ومشروع المدونة لسنة 1981 . — "البرلمان والممارسة التشريعية بالمغرب" - احمديّة 1985 .
- أحمد الخمليشي - كيف نقرأ قانون الالتزامات والعقود - بالجملة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 7.
- أحمد الخمليشي وعبد الرزاق مولاي رشيد- مدونة الأحوال الشخصية بعد 25 سنة من صدورها - بالجملة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 10 . ويكتاب الدكتور أحمد الخمليشي : وجهة نظر .
- أحمد باكو -الإشهاد على الزواج على مقتضى الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية - بمجلة المحاكم المغربية ، عدد 59 .
- إدريس الفاخوري : نفقة الزوجة العاملة بين الفقه الإسلامي ونصوص المدونة . بمجلة الميادين، عدد 3، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي .
- إدريس بلمحجوب :صفة النيابة العامة للطعن في أحكام مدنية - مجلة رسالة المحاماة، عدد 4 .
- أسامة عبد الرحمان : الاشتراط في عقد الزواج بين المدونة والتطور الاجتماعي . بمجلة الميادين، عدد 3، خاص بمدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي .
- أمال منتصر: التحولات في العلاقات الداخلية للعائلة نموذج العائلة التونسية. بالجملة التونسية للعلوم الاجتماعية. السنة 36، عدد 118، سنة 1999.
- الأمراي زنطار الحسن : الاجتهاد القضائي في المادة المدنية، بين الثبات وعدم الاستقرار- بمجلة المحامي، عدد 16، سنة 1990 .
- بلقاسم الشابي: وضع المرأة بتونس - مجلة القضاء والتشريع، عدد خاص بالمرأة . س 17، عدد 7، يوليو 1973 .
- حسن بومزوغ : الاجتهاد القضائي وتعديل المدونة (عرض لبعض الأوجه العملية لتطبيق مدونة الأحوال الشخصية)، ضمن كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993)

- الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويسي بالرباط، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فرديريك إبيرت FRIEDEDRICH EBERT حول ((تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظواهر 10 شتنبر 1993 - حصيلة أولية))، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، 1997.
- خالد عيد عبد الله : تأملات في حدود قانون الالتزامات والعقود. بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 10 ص 88 .
 - خديجة الروكاني : العنف داخل مؤسسة الأسرة (نموذج الزوجية)، بأشغال ندوة : العنف ضد النساء . أية حماية ؟. منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط.
 - خديجة صبار : المرأة بين المدونة والفضاء الإسلامي - بأشغال ندوة : مدونة الأحوال الشخصية : أي تغيير ؟. منشورات الجمعية المغربية لحقوق النساء . مطبعة فضالة (المغرب)، د. ت. ط .
 - رشيد العراقي : تطور القضاء العالي ببلادنا . بالمجلة المغربية لقانون اقتصاد التنمية، ع 17 .
 - زينب معادي : المرأة والمؤسسة القانونية . بمجلة " أمل "، عدد 3، السنة الأولى، 1993.
 - السعيد بوركبة : نظرة حول تعديل الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية . ضمن كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993) الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويسي بالرباط، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فرديريك إبيرت FRIEDRICH EBERT حول ((تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظواهر 10 شتنبر 1993 - حصيلة أولية، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، 1997.
 - صالح سموح : إيجابيات وسلبيات تعديل الفصل 119 من مدونة الأحوال الشخصية . بمجلة المحاكم المغربية، عدد 68-69.
 - عبد الرحمان بن حسن النفيسة : حكم عقد الزواج الذي لم يوثق . بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة (المملكة العربية السعودية)، عدد 31، السنة الثامنة، أكتوبر - دجنبر 1996 .
 - عبد العزيز بن عبد الله : القضاء المغربي وخواصه (الفتاوى والنوازل والوثائق) . بندوق الإمام مالك (إمام دار الهجرة)، ط 1، ج 3، مطبعة فضالة، 1981، نشر وزارة الأوقاف المغربية .
 - عبد العزيز فتحاوي : العقم وأسباب الخيار . بمجلة المحاكم المغربية، عدد 74 .
 - عبد العزيز فتحاوي : قراءة في مفهوم الامتناع المنصوص عليه في الفصل 130 من مدونة الأحوال الشخصية، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 67.
 - عبد العزيز فتحاوي : نظرات في إثبات الرجعة، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 66 .

- عبد الله الداودي : الحضانة - فقهيتهما في صياغة جديدة - بمجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب . عدد 6-7 . ماي 1987.
- عبد المجيد حداد : الشهادة الطبية السابقة لعقد الزواج وصحة الأسرة . ضمن كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993) الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويسي بالرباط، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فردريك إبيرت FRIEDRICH EBERT حول ((تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظواهر 10 شتنبر 1993 - حصيد أولية))، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، 1997.
- عبد المجيد غميحة : مميزات دعوى الأحوال الشخصية . ضمن كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993) الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويسي بالرباط، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فردريك إبيرت FRIEDRICH EBERT حول ((تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظواهر 10 شتنبر 1993 - حصيد أولية))، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، 1997
- عبد المجيد غميحة : بعض مواقف القضاء المغربي من القاصر. بمجلة الملحق القضائي، عدد 21.
- عبد الناصر عصامي : الإشهاد على الرجعة، بين قانون الأحوال الشخصية والعمل القضائي. بمجلة المحاكم المغربية، عدد 49 .
- عبد الواحد العلوي (أحد أعضاء لجنة وضع المدونة) : تدخل أمام الحلقة الدراسية الخاصة بمركز المرأة العربية في قوانين الأحوال الشخصية (القاهرة، 2 - 5 أكتوبر 1972) . بمجلة القضاء والقانون عدد 123 .
- عثمان عبد المالك الصالح : حقوق المرأة الخليجية في القانون العام والخاص. منشور بكتاب: دراسات عن أوضاع المرأة في الكويت والخليج (لمجموعة من الباحثين)، الكويت 1975 .
- العياشي المسعودي : محاولة تقييم قانون المسطرة المدنية الحالي من زاوية القانون الدولي الخاص . بمجلة القانون والاقتصاد (عدد خاص بأشغال ندوة القضاء في المغرب : واقع وآفاق)، عدد 6.
- الغازي الحسيني : الولد للفراش - بمجلة القضاء والقانون، عدد 130.
- فائزة بلعسري : حول الفصل 479 من القانون الجنائي . بمجلة الملحق القضائي، عدد 3 .
- فريدة بناني : قانون الأحوال الشخصية مرآة للمجتمع المغربي . ضمن كتاب أشغال اليوم الدراسي (08 مارس 1993) الذي نظمته شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق - السويسي بالرباط، بتعاون مع المؤسسة الألمانية فردريك إبيرت FRIEDRICH EBERT حول ((تعديلات مدونة الأحوال الشخصية بظواهر 10 شتنبر 1993 - حصيد أولية))، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، 1997.

- فريدة بناني: مدى شرعية العنف داخل البيت الزوجي (قراءة نقدية للمبررات الفقهية لحق الزوج في الإصلاح والتأديب) . بكتاب العنف ضد النساء : لمجموعة من الباحثات - مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1993 .
- م. الزيراري: القضاء على الميز ضد المرأة في التشريع الجنائي (مسودة دراسة قانونية، لفائدة الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب)
- محمد الأجرابي : الرجعة ... الإشهاد بما ... رد على تعليق، بمجلة المحاكم المغربية، عدد 59.
- محمد الحبيب التجكاني : إحسان القربة في الإسلام وبعض التقنيات العربية، بمجلة دار الحديث الحسنية، عدد 5، لسنة 1985 .
- محمد الربيعي - ملاحظات حول ولاية الأب على مال ولده القاصر . بمجلة الإشعاع، عدد 18، السنة 11، يناير 1999.
- محمد العربي الجبود (الرئيس السابق للمجلس الأعلى) : كيف نُحَرِّم الأحكام . بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31 .
- محمد الكشور : التعليق على قرار المجلس الأعلى - بمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 18.
- محمد الكشور : ازدواجية لغة النص التشريعي وأثره على القضاء . بمجلة القانون والاقتصاد (عدد خاص بأشغال ندوة القضاء في المغرب : واقع وآفاق)، عدد 6، سنة 199 .
- محمد الكشور : الطلاق وتبعاته المالية (دراسة في نطاق الظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتنبر 1993)، بمجلة المحامي، عدد 25 - 26 .
- محمد الكشور : قانون الالتزامات والعقود وقانون الأحوال الشخصية : التداخل والتضارب . بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد 16، خاص بموضوع " الفقه الإسلامي والقانون الوضعي " .
- محمد الكشور : مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود في مجال العقار غير المحفظ . بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 7.
- محمد الكشور : نظام التصدي ووظيفة المجلس الأعلى . بمجلة القضاء والقانون، عدد 139 .
- محمد الكشور : وضعية المجلس الأعلى بين محاكم النقض في التشريعات المقارنة . بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية . عدد خاص بـ " المجلس الأعلى بعد ثلاثين سنة " العدد 17 .
- محمد الوكيل : الرقابة القضائية على تطبيق القانون الأجنبي، من خلال حكمين صادرين عن المجلس الأعلى . بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 5 .

- محمد شيلح : محاولة قراءة منهجية في كيفية استخلاص المبادئ القانونية من قرارات المجلس الأعلى . بمجلة القانون والاقتصاد، الصادرة عن كلية الحقوق بفاس، لسنة 1986 .
- محمد فاروق النبهان : علة الإنفاق على الزوجة في الفقه الإسلامي . بالمجلة العربية للفقه والقضاء ، عدد 8 . وبمجلة القضاء والقانون، عدد 140-141 .
- محمد هاني إسماعيل محمود : حول استقلال المطلقة والصغير بالسكن . بمجلة الوعي الإسلامي-(الكويت)- عدد 222 جمادى الآخرة 1403 هجرية.
- محمود شام : الحضانة : وتطورها في التطبيق بالبلاد التونسية - بمجلة القضاء والتشريع (تونس) عدد 7، س 24، سنة 1982
- مشيش العلمي الإدريسي : القانون الوضعي واسترجاع الصحراء . بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد ، عدد 3.
- ملك حسين زعلوك : حق المرأة المتقاضية بين النص القانوني والممارسة . مجلة اليقظة العربية (مصر)، عدد 6 -السنة الأولى، 1986 .
- موسى عبود : الاجتهاد القضائي ودوره في النظام القضائي المغربي. بمجلة المحاماة، عدد 3 .
- موسى عبود : النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي - من خلال قراراتين للمجلس الأعلى . بمجلة المحاماة، عدد 14، يناير فبراير مارس 1979 .
- موسى عبود : مبدأ فصل السلطات بالمغرب . بمجلة القضاء والقانون . عدد 12 .
- الهادي كرو : الولد للفراش . بمجلة القضاء والتشريع (تونس)، العدد 2، فبراير 1972 .
- الهادي مرييح : تجربة محكمة بوردو الفرنسية في إحداث دائرة مختصة لقضايا الأحوال الشخصية . بمجلة القضاء والقانون، عدد 96.
- والقيد الحسين والعبدوني أحمد : الزواج المختلط في دول المغرب العربي . مجلة الميادين، عدد 5.

رابعا - المراجع باللغة الفرنسية :

- ABOUD Moussa, La condition juridique du mineur au Maroc. Collection de la faculté de droit de rabat, n°21, 1968.

- **Alya Chérif CHAMMARI : Le mariage, éd. ALIF, Tunisie 1995.**
 - **AZZIMAN Omar, La tradition du droit : Tradition juridique islamique et droit privé marocain. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 11, Roma 1993.**
- **BERJAOUI Khalid: Mariage mixte et disparité de culte en droit international privé Maghrébin. in AL-ICHAA, n 18, 1999.**
- **BLANC François-Paul et Rabha ZEIDGUY : Moudawana-Code de Statut Personnel et des Successions, EDITION SYNOPTIQUE FRANCO-ARABE. Sochepress-Université, 1994.**
- **BLANC François-Paul, LA JUSTICE AU MAROC sous le règne de MOULAY YOUSSEF in HISTOIRE DES GRANDS SERVICES PUBLICS AU MAROC (DE 1900 A 1970) , TOULOUSE 1984.**
- **Bohra BelHaj Hmida Sahli : Le Divorce, éd. ALIF, Tunisie 1999..**
- **CHAFI Mohamed, Code de statut personnel annoté, Marrakech (1996).**
- **CHAFI Mohamed, L'enfant né hors mariage au Maroc -in Revue Marocaine de Droit et d'économie du Développement, N°19, Année 1989.**
- **COLOMBET Claude, La famille. 5e éd. P. U. F, 1997.**
- **COLOMER ANDRE: Droit Musulman, Rabat - Paris, 1968.**
- **DEKEUWER-DEFOSSEZ Frnçoise, Les droits de l'enfant. 3e éd. « que sais-je? » , P. U. F. n°852,1991 .**
 - **DEPREZ Jean , Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique, in Actes du Colloque (DROIT ET PRATIQUE AU MAROC), Casablanca, 1994.**
- **EL-MHAMDI Mohamed, Divorce de marocains en France : Retour à l'article 310 du Code civil Français. L'actualité Juridique, N° 11, Décembre 1998.**
- **JOBARD Marie-Noël et autres – La Technique de Cassation, 4 e. éd. DALLOZ, 1998.**
- **MENDEGREIS Roger et George VERMELLE, Le commentaire d'arrêt en droit privé. 6e éd. DALLOZ, 1996.**
 - **Mohamed El habib Fasi Fihri: l'itinéraire de la Justice Marocaine, Rabat 1997**
- **MOULAY R'CHID Abderrazak - La filiation , polycope, Faculté de Droit; Rabat (sans date)**

- **MOULAY R'CHID Abderrazak - La réforme du code de statut personnel marocain (Une avancée dans la consolidation des droits de l'homme) .**
 بحث منشور بأشغال اليوم الدراسي حول تعديلات مدونة الأحوال الشخصية، منشورات جامعة محمد الخامس - السويسي - الرباط، 1997.
- **MOULAY R'CHID Abderrazak Le dissolution du mariage, (sur stencil) .**
- **MOULAY R'CHID Abderrazak, La Femme et La Loi Au Maroc, Edition le fennec, 1991.**
- **MOULAY R'CHID Abderrazak, La magistrature marocaine et l'évolution de la Moudaouana. jurisprudence de la Cour suprême. n°49 - 50, 19 ème année, juillet 1997.**
- **MOULAY R'CHID Abderrazak, Le droit de la famille entre la politique de l'état et le changement social, in DROIT ET ENVIRONNEMENT SOCIAL AU MAGHREB, Casablanca 1989.**
- **MOULAY R'CHID Abderrazak, Le Droit international prive marocain en matière de statut personnel, in revue « Al-Ichaa: n° 5.**
- **MOULAY R'CHID Abderrazak, Modernité et Politiques Législatives en Matière de Statut Personnel dans les pays Arabo-Africains A Majorité Musulmane, Faculté de Droit, Rabat.**
- **MOULAY R'CHID Abderrazak: La Condition de la Femme Au Maroc, Thèse, Rabat, 1981.**
- **REVIERE P. Louis, Traité de Droit Marocain, éd. OZANNE, CAEN, sans date.**
- **RUOLT ADOLPHE : LA PROCEDURE CIVILE DEVANT LA COUR SUPREME , RABAT 1984 .**
- **SABTI FADELA, VIVRE MUSULMANE AU MAROC, C.G.D.J. PARIS. 1985.**
- **SARHANE FATNA, Le caractère religieux du divorce et de la Séparation du corps devant la cour suprême in R. M. D. D n° 19/1989.**
- **SERIAUX Alain, Le commentaire de textes juridiques (Arrêts et jugements). Paris 1997.**
- **ZENATI Frédéric - La jurisprudence, éd. DALLOZ, 1991.**

الفهرس

الصفحة

□مدخل عام.

●الفقرة الأولى - تحديد مجال

..... البحث

●أولا - مكانة المذهب المالكي في المغرب

.....

●ثانيا - سياق وضع مدونة الأحوال الشخصية.

.....

●الفقرة الثانية - المؤسسة القضائية المعنية قرارها بالبحث

.....

●أولا - إحداث المجلس الأعلى وتجربة المجالس الشرعية العليا السابقة

.....

●ثانيا - الاجتهاد القضائي

.....

●الفقرة الثالثة - المنهجية المتبعة في البحث وخطة الدراسة

.....

●أولا - من حيث الموضوع

.....

●ثانيا - من حيث نوعية القرارات موضوع البحث

.....

● ثالثاً - من حيث التعامل مع القرارات

القضائية.....

● رابعاً - خطة الدراسة

.....
...

□ القسم الأول - موقف المجلس الأعلى من نصوص مدونة الأحوال الشخصية.

.....

● الفصل الأول - موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة المخالفة للفقهاء

المالكي.....

● المبحث الأول - وجوب الإشهاد على عقد الزواج ومقتضيات الفقرة الرابعة من الفصل الخامس من

المدونة

.....
.....

● المطلب الأول - الإشهاد على الزواج في الفقه

المالكي.....

● المطلب الثاني - الإشهاد على الزواج في مدونة الأحوال

الشخصية.....

● المطلب الثالث - موقف المجلس الأعلى من حالة الاستثناء المتعلق بشرط الإشهاد على عقد

الزواج.....

● الفقرة الأولى - عدم حصر الزمان المقرر لإعمال

الاستثناء.....

● الفقرة الثانية - عدم تقييد الاستثناء من الإشهاد على الزواج بحالة

معينة.....

● الفقرة الثالثة - تفسير المجلس الأعلى للبيئة الشرعية المنصوص عليها في الفصل الخامس من

المدونة.....

● الفقرة الرابعة - الخلط بين الكتابة

الإشهاد.....

● الفقرة الخامسة - تكييف الاستثناء المنصوص عليه في الفصل الخامس (فقرة 4) من المدونة.....

● الفقرة السادسة - مصير النسب في دعاوى الزوجية

المرفوضة.....

● الفقرة السابعة - هل يمكن إعمال الاستثناء بخصوص الإشهاد على الطلاق

.....؟

- المبحث الثاني – عدم سقوط نفقة الزوجة الناشز غير
الحامل.....
- المطلب الأول موقف الفقه المالكي من نشوز
الزوجة.....
- المطلب الثاني علاقة المادة 123 من المدونة بقواعد الفقه
المالكي.....
- المطلب الثالث – موقف المجلس الأعلى من تطبيق المادة 123 من
المدونة.....
- الفقرة الأولى – تععيد مسطرة طلب إيقاف النفقة
للسوز.....
- الفقرة الثانية – تقرير السلطة التقديرية للمحكمة في تقدير حالة النشوز ، دون الاكتفاء بمجرد
الامتناع عن تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع لبيت
الزوجة.....
- الفقرة الثالثة – رفض التعويض المدني عن
النشوز.....
- المبحث الثالث – جواز بعض الشروط الاتفاقية في عقد
الزواج.....
- المطلب الأول – الشروط الاتفاقية في الزواج كما تنظمها قواعد الفقه
المالكي.....
- المطلب الثاني – مدى علاقة نصوص مدونة الأحوال الشخصية المنظمة للشروط الاتفاقية في الزواج
بقواعد الفقه
المالكي
.....
- المطلب الثالث – موقف المجلس الأعلى من الشروط الاتفاقية في
الزواج.....
- الفقرة الأولى – الشرط المتعلق بتأخير الدخول
بالزوجة.....
- الفقرة الثانية – الشرط المتعلق ببيكاراة
الزوجة.....
- الفقرة الثالثة – الشرط المتعلق بجعل أمر الزوجة
بيدها.....

- المبحث الرابع - تحديد سن لأهلية
..... الزواج
- المطلب الأول - أهلية الزواج في الفقه
..... المالك
- المطلب الثاني - تحديد سن الزواج في مدونة الأحوال
..... الشخصية
- المطلب الثالث - موقف المجلس الأعلى من ضابط السن في
..... الزواج
- خلاصة الفصل
الأول
.....
.....
- الفصل الثاني- موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة الموافقة للفقه
..... المالك
- المبحث الأول - موقف المجلس الأعلى من النصوص المتعلقة بالتطليق
..... للضرر
- المطلب الأول- الأساس الفقهي والقانوني لدعوى
..... الضرر
- المطلب الثاني- موقف المجلس الأعلى من الإجراءات المسطرية المتعلقة بدعوى التطليق للضرر...
- الفقرة الأولى - قواعد رفع دعوى التطليق للضرر كما قررها المجلس
..... الأعلى
- الفقرة الثانية - محاولة
..... الصلح
- أولا - تكييف إجراء محاولة الصلح من قبل المجلس
..... الأعلى
- ثانيا - المرحلة القضائية الواجب إجراء محاولة الصلح
..... فيها
- الفقرة الثالثة - التدابير
..... المؤقتة
- المطلب الثالث - موقف المجلس الأعلى من الجوانب الموضوعية لدعوى التطليق للضرر.....
- الفقرة الأولى - موقف المجلس الأعلى من مختلف أنواع الضرر المدعى
..... به

- أولاً - الضرب والعنف ضد
الزوجة.....
- ثانياً - ضرر
التعدد
.....
- ثالثاً - ضرر السمعة أو التضرر من سجن
الزوج.....
- رابعاً - توجيه الكلمات الجارحة
للزوجة.....
- الفقرة الثانية - صعوبة إثبات أمام القضاء الضرر وآثار
ذلك.....
- الفقرة الثالثة - بعث الحكمين في دعوى التطلق للضرر غير المعضدة
بالحجة.....
- أولاً - أثر إحداث مجلس العائلة على مسطرة بعث
الحكمين.....
- ثانياً - هل بعث الحكمين مقصور على حالة تعذر إثبات الضرر فقط
.....؟
- المبحث الثاني - موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة المتعلقة بممارسة حق
الحضانة..... 243
- المطلب الأول - موقف المجلس الأعلى من طبيعة حق
الحضانة.....
- المطلب الثاني - تحقيق مصلحة
الحضون.....
- المطلب الثالث - إسقاط الحضانة في حالات
معينة.....
- الفقرة الأولى - سقوط الحضانة بتزوج الحاضنة (الفصل 105 من المدونة
.....)
- الفقرة الثانية - سقوط الحق في الحضانة بسكوت من له الحق فيها ، مدة سنة بعد العلم
بالدخول 264
- الفقرة الثالثة - خروج المرأة إلى العمل أو التجارة وأثره على حق
الحضانة.....

● المطلب الرابع - القضايا المتعلقة بسكن

..... الخضون

● المبحث الثالث - موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة المتعلقة بقضايا

..... النفقة

● المطلب الأول - تقدير النفقة

..... ومراجعته

● الفقرة الأولى - أسس تقدير

..... النفقة

● الثانية - مراجعة

..... النفقة

● المطلب الثالث - الحالة الاستعجالية لقضايا

..... النفقة

● الفقرة الأولى - النفقة

..... المؤقتة

● الفقرة الثانية - شمول الحكم القاضي بالنفقة بالنفاذ المعجل بقوة

..... القانون

● المطلب الرابع - النفقة الواجبة للزوجة

..... وللأبناء

● الفقرة الأولى - تاريخ بداية النفقة على

..... الزوجة

● الفقرة الثانية - مقاضاة الأب من طرف ابنه القاصر

..... بالنفقة

● الفقرة الثالثة - تفسير ((تاريخ الامتناع)) الذي يقضى ابتداء منه بنفقة

..... الأولاد

● الفقرة الثالثة - سقوط نفقة

..... الأولاد

● خلاصة الفصل

..... الثاني

.....

.....

□ القسم الثاني:

موقف المجلس الأعلى من تطبيق قواعد الفقه المالكي في مسائل الأحوال

الشخصية.....الفصل الأول - قاعدة الإحالة على الفقه

المالكي.....

● المبحث الأول - مميزات قاعدة الإحالة على المذهب

المالكي.....

● المبحث الثاني - نطاق الإحالة على المذهب

المالكي.....

● المطلب الأول - الراجع

والمشهور.....

● الفقرة الأولى -

الراجع

.....
● الفقرة الثانية - المشهور.

.....
● المطلب الثاني - ما جرى به

العمل.....

● الفقرة الأولى - أصل ما جرى به العمل وفق المذهب

المالكي.....

● الفقرة الثانية - اعتبار عمل المجلس الأعلى مما جرى به العمل.

.....

● الفقرة الثالثة - صور مما جرى به العمل في ميدان الأحوال

الشخصية.....

● الفقرة الرابعة - الأخذ بالعرف إلى جانب

العمل.....

● المبحث الثالث - كيفية تعامل القضاء المغربي مع مفهوم الإحالة على المذهب المالكي.....

● المطلب الأول - مدى شمول الإحالة لكافة كتب

المدونة.....

● المطلب الثاني - حدود عملية الترجيح بين الأقوال من قبل المجلس

الأعلى.....

● المطلب الثالث - مدى شمول الإحالة للقواعد الفقهية الشكلية والموضوعية.

.....

● المطلب الرابع - عدم إشارة القضاء في الأحكام إلى أنه يطبق قاعدة الإحالة.

.....
● خلاصة الفصل الأول من القسم

.....
الثاني.....

● الفصل الثاني - تطبيق المجلس الأعلى لقواعد الفقه المالكي في قضايا الأحوال الشخصية.....

● المبحث الأول - الأبعاد الفقهية لدعوى الأحوال

الشخصية.....

● المطلب الأول - تأثير دعوى الأحوال الشخصية بمفاهيم المسطرة الشرعية.....

● المطلب الثاني - عقيدة القاضي والمحامي ودعوى الأحوال

الشخصية.....

● المطلب الثالث - دعوى الحسبة الشرعية في ميدان الأحوال

الشخصية.....

● المبحث الثاني - تقييم تطبيق المجلس الأعلى لبعض القواعد الفقهية من خلال القرارات موضوع

البحث.....

.....
● المطلب الأول - أهم القواعد الفقهية المعتمدة فيم لم تنص عليه

المدونة.....

● الفقرة الأولى - الخلوة بين الزوجين توجب كامل

الصداق.....

● الفقرة الثانية - تقاضي الزوجة بخصوص

النفقة.....

● الفقرة الثالثة - تمديد مقتضيات الفصل 47 من المدونة إلى طلاق

النفساء.....

● الفقرة الرابعة - تحديد شروط اللعان كوسيلة شرعية لنفي

النسب.....

● الفقرة الخامسة - أمد الحمل

والولادة.....

● المطلب الثاني - مخالفة مشهور المذهب المالكي توسيعا لمقتضيات

المدونة.....437

● الفقرة الأولى - وجوب الإشهاد على

الرجعة.....

- اعتماد شهادة الوضع الطبية في إثبات
الولادة.....
- المطلب الثالث – استبعاد تطبيق القاعدة الفقهية التي يمكن أن تكمل نص المدونة.....
- الفقرة الأولى – موقف الفقه المالكي من انتقال ولي
الحضون.....
- الفقرة الثانية – موقف مدونة الأحوال
الشخصية.....
- الفقرة الثالثة – موقف المجلس الأعلى من انتقال ولي
الحضون.....
- المطلب الرابع – تقييد مقتضيات نصوص المدونة بقواعد
الفقه.....
- الفقرة الأولى – توضيح مفهوم الضرر (إحالة
).....
- الفقرة الثانية – رفع دعوى التطليق للضرر يوجب إيقاف النظر في دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية..
- الفقرة الثالثة – اشتراط وجود أنثى تحضن
للأب.....
- الفقرة الرابعة – عدم جواز سكنى الجدة مع من سقطت
حضانتها.....
- الفقرة الخامسة – اعتماد قواعد إثبات مرتبطة باللفيف في إسقاط الحضانة.....
- الفقرة السادسة – المنازعة في شوار الزوجة
وجهازها.....
- المطلب الخامس – استبعاد الأخذ بحلول جديدة في ميدان إثبات النسب رغم أن لها أصولاً فقهية
- الفقرة الأولى – حمل
الخطيبة.....
- الفقرة الثانية – مشكل إثبات النسب بواسطة تقييدات الحالة
المدنية.....
- الفقرة الثالثة – استبعاد الخبرة الطبية في ميدان نفي
النسب.....
- خلاصة الفصل الثاني من القسم
الثاني.....

□ خاتمة

عامة

.....

.....

□ ترجمة مختصرة لبعض فقهاء المذهب

..... المالكي

□ قائمة

المراجع

.....

.....

□ فهرس

.....

.....

تقديم

أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق

موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقہ في مسائل الأحوال الشخصية

رسالة مقدمة من طرف عبد المجيد غميحة

تحت إشراف الدكتور أحمد الخليلي

لجنة المناقشة:

الدكتور أحمد الخليلي..... رئيسا

الدكتور سعيد الدغيمر عضوا

الدكتور عبد السلام فيغو عضوا

الدكتور أحمد ادريوش عضوا

الدكتور محمد ناصر لمتيوي مشكور..... عضوا

نوقشت هذه الرسالة بكلية الحقوق - أكادال - الرباط، يوم الجمعة 28 يوليوز 2000
وقد قررت اللجنة منح هذا العمل ميزة مشرف جدا مع التوصية بالنشر

(كلية الحقوق - أكادال - الرباط في يوم الجمعة 2000/07/28)

بسم الله الرحمن الرحيم

السيد الرئيس المحترم،

السادة الأساتذة الأجلاء أعضاء اللجنة الموقرة،

السادة الأساتذة والقضاة والمحامين،

إخواني الطلبة،

يشرفني أن أتقدم اليوم أمامكم وفي رحاب هذه الكلية العريقة والرائدة، من أجل مناقشة الرسالة التي هي بين أيديكم.

وأود في البداية أن أتوجه بالشكر الجزيل لأستاذي الجليل الدكتور أحمد الخليلي، الذي ساعدني في إنجاز هذا العمل، فلقد مدني باستمرار بتوجيهاته وملاحظاته، ولم يبخل علي بوقته الثمين.

كما أود أن أتوجه بموفور الشكر إلى أصحاب الفضيلة السادة أعضاء اللجنة الموقرة، الذين قبلوا مناقشة هذا البحث، رغم كثرة مشاغلهم العلمية والمهنية.

كما أتوجه بالشكر إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث من مستشارين بالمجلس الأعلى، ومن أساتذة جامعيين متخصصين، ومن محامين، ومهتمين بموضوع هذه الدراسة.

كما أتوجه بالشكر إلى السادة والسيدات الذين شرفوا هذا اللقاء العلمي.

السيد الرئيس، السادة أعضاء اللجنة الموقرة،

إن الرسالة التي بين أيديكم هي بعنوان:

((موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقہ في مسائل الأحوال الشخصية))

وعلى ذلك فهي بحث في موضوع الأحوال الشخصية، وبصفة خاصة بحث في قضاء الأحوال الشخصية، ممثلاً في المجلس الأعلى، باعتباره أعلى هيئة قضائية في بلادنا. وهي دراسة لها هدف يتمثل في البحث عن موقف قضائي، من القواعد الناطمة للأحوال الشخصية. ومن هنا تأخذ هذه الدراسة بعدها العملي والتطبيقي، باعتبار اهتمامها أساساً بالعمل القضائي للمجلس الأعلى في الموضوع، أي أنها دراسة تهتم بالقانون المطبق من قبل القضاء.

وفي اعتقادي أن دراسة القانون المطبق من قبل المحاكم، تعتبر من المسائل التي ينبغي أن يولى لها أكبر اهتمام، ليس فقط لكون أن القانون الحي هو القانون الذي تصنعه المحاكم، وليس فقط لأن الاجتهاد القضائي يؤرخ لقوة وضعف التطبيق القضائي للنصوص القانونية، بل كذلك، لأن دراسة الاجتهاد القضائي تعتبر عملية بالغة الأهمية في ميدان البحث القانوني، سواء بالنسبة للدارس أو الممارس، وكذلك بالنسبة للمؤرخ أو عالم الاجتماع.

وتزداد أهمية دراسة العمل القضائي درجة عندما تتعلق بقضاء النقض. ولذلك أعتقد أنه من الأهمية بمكان دراسة عمل المجلس الأعلى بصفة عامة، وبصفة خاصة ما تعلق منه بموضوع حيوي وهام، وهو عمله المتعلق بموضوع الأحوال الشخصية. لأن بحثنا من هذا القبيل يعني تقييم تعامل المجلس الأعلى مع المقتضيات القانونية والفقهية، التي تنظم معطى اجتماعيا هو الأسرة، تلك المقتضيات التي تنظم العلاقات الأسرية وتؤطر قضاءها، في ظل تحولات اقتصادية واجتماعية وتربوية متلاحقة. وهو ما يطرح التساؤل عن دور قضاء الأحوال الشخصية في هذا الميدان.

وإن أهمية البحث في قضاء الأحوال الشخصية، ترجع إلى الدور المنوط بقاضي الأحوال الشخصية، الذي يطرح عليه في الكثير من القضايا خلق لحظة انسجام بين العامل القانوني الذي يقيد، والمشكل الاجتماعي المطروح أمامه أمرٌ معالجته، وهي مهمة لا تخلو من صعوبة، خاصة إذا كانت بنية المنظومة المؤطرة لمسائل الأحوال الشخصية، بنية متداخلة العناصر ومتعددة الأبعاد. ذلك أن النص القانوني الفاعل في مجال الأحوال الشخصية، والمتمثل في مدونة الأحوال الشخصية، تضارعه في التأثير قواعد فقهية، اقتضت تقنية التشريع والخلفية التاريخية لمادة الأحوال الشخصية، أن تربط النص القانوني المقنن بالمصدر الفقهي الذي استمد منه عموما ذلك النص. وهو ما جعل مجال الأحوال الشخصية محكوماً بثنائية من حيث القواعد والأحكام التي تنظم مسائله، حيث يتقاسم تنظيم مادة الأحوال الشخصية مجال فقهي متشعب، ومجال قانوني يطبعه التعدد وعدم التنسيق.

و هذه الثنائية التي تخضع لها مسائل الأحوال الشخصية، والمتجلية في حدي القانون والفقه المالكي بصفة خاصة، تلقي بظلالها كذلك على قضاء الأحوال الشخصية وتطبعه بطابع خاص، سواء من حيث التأثير في طرق إجراءاته المسطرية، أو من حيث كيفية تطبيقه للنصوص الموضوعية التي تحكم الأحوال الشخصية. حيث تسود في التشريع المتعلق بالأحوال الشخصية، تقنية تشريعية متميزة تتمثل في ((آلية)) الإحالة على نصوص الفقه المالكي، وهي ما يعتبره قضاء الأحوال الشخصية في أحيان كثيرة، مبررا للرجوع إلى الفقه المالكي مباشرة ولو مع وجود النص القانوني. وينجم عن ذلك أن قضاء الأحوال الشخصية يؤثر بدوره في سيرورة تلك المنظومة القانونية

للأحوال الشخصية، ومن ثم يكون هناك تبادل في التأثير بين النصوص الناظمة للأحوال الشخصية، والقضاء المعهود إليه بتطبيق تلك النصوص.

إذن، فمن هذا الوضع كله، انبثق الاهتمام بالبحث في موقف المجلس الأعلى من هذه الوضعية، وذلك من خلال التطبيقات القضائية المرتبطة بهذا الموضوع، وذلك بغرض بيان كيفية تعامل المجلس الأعلى مع النصوص القانونية التي جاءت بها مدونة الأحوال الشخصية، وكيفية تطبيقه لقواعد الفقه المالكي التي تحيل عليها تلك النصوص. ومن هنا تستمد هذه الدراسة طابعها العملي، لكن هذا البحث بقدر ما تطبعه الصبغة التقنية أو العملية، من حيث اهتمامه بعمل قضائي مجسد في قرارات قضائية، بقدر ما تتجاذبه مواقف الفقه والقانون، باعتبارهما محمداً الثنائية المسيطرة على مجال الأحوال الشخصية. هذا المجال المطبوع كذلك بتأثير عوامل اجتماعية لا يمكن إغفالها، كما تبرز ذلك القرارات القضائية المستدل بها في هذه الدراسة، والتي هي في الواقع، ليست مجرد وسيلة عمل تقنية فحسب، بل تعتبر أيضاً مرآة لقضايا اجتماعية، فضلاً عن أنها دليل يحمل بعناصر الجواب على السؤال الذي يطرحه عنوان البحث، أي الوقوف في النهاية على موقف محدد للمجلس الأعلى، بل والبحث عن اجتهاد قضائي ما، في الموضوع.

ولا شك أن الباحث في ميدان العمل القضائي والاجتهاد القضائي، يصادف صعوبة منهجية، تحول دون بناء تصور عام وواضح عن الاتجاه الذي يأخذه القضاء بخصوص موضوع معين. وهذه الصعوبة تحتد بصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بقضايا الأحوال الشخصية، لأنها قضايا متنوعة الأصناف، ومتعددة الصور، ومتشعبة الأطراف، ومتفردة الجزئيات، وهي تعالج مع هذا كله في ظل تنوع الأحكام التي يطبقها القضاء في الموضوع. ولذلك فإن الباحث في هذا الميدان يتعامل مع حالات جزئية متعددة الصور، متفردة الوقائع والتفاصيل. فلا غنى للباحث إذن، عن إعادة تركيب الحلول الجزئية المتخذة للخروج بتصوير عام في الموضوع، لأن البحث في هذا المضمار يعني التنظير الكلي للعمل القضائي، الذي هو بطبيعته عمل متفرد، نظراً لارتباطه بجزئيات الحالات المشخصة، وتفصيل النوازل الفريدة. وكل هذا يقتضي منهجاً صارماً في التعامل مع هذه القرارات، ورؤية واضحة ومحددة عما يبتغيه الباحث من ورائها، ولذلك فإن الاختيار المنهجي الذي اتبعته في هذه الدراسة، من أجل الوصول إلى خلاصات عامة، فرض الاتجاه بالبحث في الاتجاهات التالية التي استقطبت القرارات موضوع الدراسة:

أولاً - رسم الإطار العام للبحث:

لأن جميع عناصر الدراسة تتقاطع في أمور عامة

ومشتركة، بحيث إن رسم هذا المجال العام للبحث، يساعد في تفسير مرجع الشائبة في

الأحكام التي تخضع لها قضايا الأحوال الشخصية، ويوضح الخلفية التاريخية لقضاء الأحوال الشخصية في بلادنا، خاصة على صعيد هيآت القضاء العالي. ويتعلق هذا الإطار العام للبحث، بمركز المذهب المالكي في المنظومة القانونية المغربية، وسياق وضع نص مدونة الأحوال الشخصية، والخلفية التاريخية لقضاء الأحوال الشخصية المرتبط في جوهره بالقضاء الشرعي، خاصة على صعيد المؤسسات القضائية العليا التي كانت قائمة قبل إحداث المجلس الأعلى، حيث تميز قضاء الأحوال الشخصية قبل إحداث هذا المجلس بوجود قضاء عال يهتم هذه المادة، على خلاف باقي قضايا فروع القانون الأخرى، التي كانت تعرف تضييقا في اللجوء إلى قضاء النقض، وحتى إن تم فكان يتم أمام محاكم عليا خارج المغرب، وهي محاكم النقض التابعة لدولة الحماية سواء الفرنسية أو الإسبانية. كما أن من متعلقات هذا المجال العام للبحث، موضوع الاجتهاد القضائي، ودور محاكم النقض في هذه العملية.

ثانيا - إبراز جوانب الثنائية في مجال الأحوال الشخصية:

حيث كان على البحث أن يقف على تجليات الثنائية المهيمنة بصفة خاصة على مجال الأحوال الشخصية، وهي الثنائية التي لا تتمثل فقط في وجود قواعد مدونة قانونا، وقواعد فقهية من المذهب المالكي غير مقننة، يتم الرجوع إليها عند سكوت النصوص المقننة، بل تتمثل كذلك في أن النصوص المقننة - وإن كانت مستمدة عموما من المذهب المالكي - فيها نصوص من غير المذهب المالكي، أو لا أساس لها من الفقه أصلا، أو أنها مستمدة حتى من نصوص قوانين أخرى عربية معاصرة. وهذا كله يشكل في نظري ثنائية أخرى على صعيد مصدر نصوص المدونة. ويضاف إلى ذلك أن مجال المدونة نفسه، تحكمه أحيانا نصوص قانونية أخرى، كقانون الالتزامات والعقود، ومدونة التجارة، وقوانين الشغل مثلا. وهو ما يشكل بالإضافة إلى الثنائية، مجالا للتنزع بين أحكام الموضوع الواحد.

ثالثا - البحث عن كيفية تطبيق النصوص المدونة:

إذ تم الاهتمام بإبراز كيفية تطبيق المجلس الأعلى لنصوص المدونة، سواء التي خالفت بعض قواعد الفقه المالكي، أو التي جاءت وفق قواعد هذا المذهب. وذلك بغرض بيان ما إن كان المجلس الأعلى في تعامله مع نصوص المدونة

المخالفة أو الموافقة للفقهاء، يرجع بهذه النصوص إلى المصدر الفقهي للمدونة، أم أنه يتعامل معها باستقلال عن هذا المصدر.

رابعاً - بيان كيفية التعامل مع قاعدة الإحالة على المذهب المالكي:

باعتبار أن الإحالة على

الفقه المالكي، هي مدخل تطبيق القواعد الفقهية غير المقننة، فقد كان من المتعين إبراز كيفية التعامل مع هذه التقنية التشريعية في حد ذاتها، أي ما أطلقت عليه في هذه الدراسة قاعدة الإحالة على المذهب المالكي. وسبب هذا الاهتمام راجع إلى كون المدونة تحيل على الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، لكنها لا تبين ضوابط أعمال هذه الإحالة صراحة. فكان من الضروري التطرق إلى مفهوم هذه الإحالة، وبيان مميزاتها، وتوضيح نطاقها (الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل)، وبيان كيفية تطبيق تلك القاعدة أمام القضاء.

خامساً - بيان كيفية تطبيق المجلس الأعلى لقواعد الفقه المالكي:

باعتبار أن دعوى الأحوال

الشخصية، هي مجال تطبيق القواعد الفقهية بامتياز، كان لابد من رسم ملامح هذا المجال نفسه الذي قلما يحظى بالدراسة، رغم أن طبيعة هذا المجال من أهم المؤثرات في عمل قضاء الأحوال الشخصية. ويرجع ذلك إلى مميزات التقاضي في دعوى الأحوال الشخصية، إذ أن من ميزة هذا التقاضي أنه مشبع بالأبعاد الفقهية وبروح المسطرة الفقهية التي كانت تطبق أمام ما كان يسمى بمحاكم القضاة. حيث يتم اللجوء إلى قواعد تلك المسطرة أحياناً، رغم وجود قانون المسطرة المدنية الذي سن فضلاً عن مبادئه العامة في التقاضي، مسطرة خاصة لدعوى الأحوال الشخصية. وبعد رسم ملامح هذا المجال، يتم البحث عن كيفية تطبيق المجلس الأعلى للقواعد الفقهية في دعاوى الأحوال الشخصية بالتساؤل: عما إن كان يتم تطبيق هذه القواعد فقط لسد نقص في مقتضيات المدونة عند عدم النص؟ أو أن هناك توسيعاً لتلك المقتضيات القانونية في بعض المواضيع عن طريق الفقه؟ أو أن هناك تقييداً لنصوص المدونة عن طريق الفقه؟ أو أن هناك استبعاداً لبعض القواعد الفقهية التي يمكنها أن تكمل نص المدونة؟ أو أنه يتم استبعاد الأخذ بحلول جديدة رغم أن لها أصولاً فقهية؟

تلك هي الأهداف الكبرى التي انصب البحث على إقامتها حتى تتمحور القرارات موضوع الدرس حول كل منها، إذ بهذه الطريقة يمكن الوقوف على العناصر لمجمل موقف المجلس الأعلى من موضوع الدراسة.

وإذا كانت هذه هي اهتمامات البحث الكبرى، فقد اقتضت منهجية معالجته تقسيمه إلى مدخل عام تناول المجال العام للبحث، وقسمين رئيسيين تعلق الأول منهما بموقف المجلس الأعلى من تطبيق نصوص المدونة الموافقة للفقهاء المالكي، ونصوص الفقه المخالفة للفقهاء المالكي. أما القسم الثاني فتناول موقف المجلس الأعلى من تطبيق القواعد الفقهية وذلك من خلال موقفه من قاعدة الإحالة على المذهب المالكي، ومن خلال تقييم تطبيقه للقواعد الفقهية. وقد ختمت هذا البحث بخاتمة عامة.

واسمحوا لي، السيد الرئيس السادة أعضاء اللجنة الموقرة، بأن أعرض عليكم وبكل اختصار الخلاصات العامة لكل هذه الأمور، وذلك بعد أن أشير أولاً - وباقتضاب - إلى بعض المسائل المرتبطة بالمنهجية الخاصة بكيفية التعامل مع قرارات المجلس الأعلى، باعتبارها من أهم مرتكزات هذا البحث، بل ووسيلة من وسائل العمل فيه إلى جانب نصوص المدونة وقواعد الفقه:

أولاً - منهجية التعامل مع القرارات موضوع الدراسة:

موضوع القرارات: لقد تم الاهتمام في هذا البحث بالقرارات المتعلقة بالأحوال الشخصية في مفهومها الضيق، الخاص بمسائل الزواج والطلاق والنسب والحضانة والنفقة، لا لأنها المسائل الأكثر رواجاً أمام قضاء الأحوال الشخصية فحسب، بل لأنها المسائل الأكثر حساسية من الناحية الاجتماعية، ومن ناحية المعالجة القضائية. وهذه المسائل هي التي تبرز فيها ثنائية القواعد المطبقة، كما يبرز فيها اتجاه القضاء، حيث يخصها بالنصيب الأكبر من قراراته، مما يفترض معه أن تتضمن جوانب من الاجتهاد القضائي في الموضوع.

استقراء القرارات القضائية: إن أدوات البحث التي تم اعتمادها في الدراسة، تركز على استقراء القرارات القضائية المنشورة، ودراسة وتصنيف الحلول التي جاءت بها من جهة، ثم الوقوف على النصوص المعتمدة فيها، ومقارنة النصوص الفقهية والنصوص القانونية، من جهة ثانية. ثم تحليل تفاعل هذه العناصر كلها، وتركيب خلاصاتها ونتائجها من جهة ثالثة. فهذه هي المنهجية التي تم الحرص على اتباعها في معالجة العمل القضائي الخاص بمسائل الأحوال الشخصية. بحيث تم الابتعاد ما أمكن، عن اعتبار هذا البحث مجرد تعليقات على القرارات موضوع الدراسة،

أو مجرد توثيق لنص المدونة بقواعد الفقه وأحكام القانون والقضاء ومتطلبات المناشير. فذلك أسلوب بقدر ما هو سهل ومغري في بحث مثل هذا، بقدر ما أنه لا يضيف جديدا عما في كتب شروح المدونة والتعليق عليها.

واعتقد أن هذا النهج يستجيب لخصوصية اجتهاد القاضي في مادة الأحوال الشخصية، المتميز عن باقي المجالات الأخرى، وذلك نظرا لخصوصية القواعد المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية، وارتباطها بمؤسسة الأسرة ومشاكلها المتجددة، وهذه المشاكل تتخذ في الواقع طابع معطى اجتماعي تترجمه وقائع القرار القضائي، بينما يتخذ النص القانوني أو النص الفقهي المعتمد، طابع معطى قيمي أو معياري، يؤثر في حل المشكل الاجتماعي. بما يطرحه ذلك من ضرورة البحث - كذلك - في القرارات القضائية، عن مواطن الاجتهاد في خلق القواعد أو المبادئ القانونية الملائمة، والتعرض لمواطن الحلول التي قد تبدو غير ملائمة. خاصة وأن اللحظات التاريخية للاجتهاد القضائي، تؤرخ في الواقع للحظات اجتماعية، كما أن الاجتهاد القضائي يحمل المشرع على تبني مواقف معينة، وهو ما يطرح هنا التساؤل عما إن كانت حلول المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، صدى في عملية تعديل المدونة التي تمت سنة 1993.

المفهوم المعطى للاجتهاد القضائي: لقد كان ضروريا، اعتماد معيار في اختيار القرارات محل الدراسة، وطبيعة هذا المعيار تتحدد من خلال المفهوم الذي يجب إعطاؤه للاجتهاد القضائي، هل هو:

- الاجتهاد القضائي، بمعناه المعياري، المتمثل في خلق القواعد القانونية عن طريق القضاء؟
- أم هل هو الاجتهاد القضائي، بمعناه الكمي، المتمثل في المنشور من القرارات القضائية، التي يمكن مراجعتها بخصوص موضوع ما؟

* أو هل هو الاجتهاد القضائي، بمعناه المستقل عن خلق القاعدة القانونية، والمهتم فقط بطريقة الحكم في موضوع ما (تقدير نفقة، أو تقييم ضرر الزوجة، أو تقدير موجب سقوط الحضانة) تبعا للاتجاه الذي يفضله السوسيولوجيون، الذين يهتمون بالاجتهاد القضائي في حالته الخام قبل إقراره لقاعدة قانونية؟

* أم هل هو الاجتهاد القضائي، بمعناه المطلق، والمتمثل في اعتباره كمنهجية للبحث عن الحل الصائب المؤسس على مقارنة ديباليكتيكية، وليس مجرد شبكة قواعد أو علما للحلول القانونية المتخذة، حيث يفرض هذا المعنى، البحث عن جوهر الاجتهاد القضائي في فعل الحكم نفسه وليس فيما ينتج عنه من قواعد؟

ولقد اعتبرت، أن تقييم موقف المجلس الأعلى وفق المنهج المطلوب في مثل هذه الدراسة، يستلزم الأخذ بعين الاعتبار الكثير من معاني الاجتهاد القضائي المذكورة : سواء من الناحية الكمية (المنشور من القرارات) أو من ناحية الطريقة التقنية لعمل المجلس الأعلى (في تعامله مع مبدأ الإحالة ، وثنائية الفقه والنص ، وتضارب القرارات) مع التركيز على الجانب المعياري للاجتهاد القضائي : أي البحث عن قواعد قانونية تم خلقها من طرف المجلس الأعلى، بخصوص المادة موضوع البحث ، ومن ثم تقييم موقف المجلس الأعلى على ضوء كل ما ذكر .

ولهذا فإن استقراء القرارات المنشورة ، شمل المدة الممتدة من تاريخ بداية عمل المجلس الأعلى إلى الآن ، دون إغفال بعض القرارات القضائية الصادرة في الموضوع ، قبل إنشاء المجلس الأعلى، حيث أتخذت هذه القرارات الأخيرة كوسيلة للمقارنة بخصوص الفقه الذي كانت تطبقه المحاكم الشرعية سابقا . وهذه الفترة من العمل القضائي تغطي نفس الحقبة الزمنية من عمر المدونة ، بما عرفته هذه المدة من تغييرات طالت التنظيم القضائي والمسطرة المدنية ، وحتى مدونة الأحوال الشخصية ذاتها . ورغم أن العمل القضائي الذي ارتكز عليه البحث ، هو عمل المجلس الأعلى أساسا، فإنه لم يتم إغفال لأحكام وقرارات محاكم الموضوع، لما في ذلك من بيان لتأثير قرارات المجلس الأعلى على قرارات محاكم الموضوع.

الاهتمام بالقرارات المنشورة: لقد اهتم البحث أساسا بالقرارات والاجتهادات القضائية المنشورة . لما في ذلك من سهولة الرجوع إليها، هذا فضلا عما تحمله عملية النشر من دليل - في الغالب - على أهمية القرار المنشور. بالإضافة لما في هذه العملية من إغناء للبحث القانوني عن طريق التعريف بالأحكام القضائية والتعليق عليها وتوثيقها، و إطلاع العموم على مجريات العمل القضائي وتطوره. هذا مع ملاحظة عدم إهمال القرارات غير المنشورة بالمرّة.

و لم يهتم البحث فقط بـ ((القرارات الكبرى)) الصادرة في الموضوع . بل تم الاهتمام أيضا بكل القرارات المنشورة سواء كانت قرارات عادية ، أم قرارات مكرسة لمبادئ جديدة في مادة الأحوال الشخصية ، أو كانت قرارات تراجع عن اجتهاد سابق. وسواء كانت قرارات نقض ، أو قرارات رفض . وقد تم اتباع طريقة للتعامل مع وقائع القرار وتعليقاته ، من أجل حسن استغلالها . سواء بذكرها كاملة ، أو بما يفني بالحاجة لفهم القرار ، وإيرادها في المتن أو ذكرها في الهامش، حسب ما تقتضيه الضرورة.

خصوصية القرارات القضائية المعتمدة: وتجب الإشارة بخصوص هذه القرارات القضائية محل البحث ، إلى أنها عمل قضائي أو اجتهاد قضائي مغربي صرف . لأن هذا العمل أو الاجتهاد لا يعرف مشكلة ما إن كان الاجتهاد القضائي بخصوص الأحوال الشخصية مغربيا أم لا . على خلاف الوضع بالنسبة للقانون الدولي الخاص أو قانون الالتزامات والعقود أو القانون التجاري أو حتى القانون العقاري ، إبان فترة الحماية. بحيث بقي الاجتهاد القضائي المغربي في مادة الأحوال الشخصية، اجتهادا مغربيا صرف ، لا من حيث القواعد الموضوعية المطبقة : الفقه المالكى أو مدونة الأحوال الشخصية . ولا من حيث أشخاصه : حيث كان قضاة مغاربة يبتون في قضايا تم المجتمع المغربي . ولا من حيث الجهة القضائية العليا (المجالس الشرعية العليا) التي كان ينتهي إليها أمر البت النهائي في قضايا الأحوال الشخصية . وهذا ما لم يكن متوفرا بالنسبة لقضاء مختلف المحاكم العصرية بالمغرب إبان عهد الحماية، حيث كان المتقاضون وقضاة تلك المحاكم الأجنبية أجنبيا عموما. هذا مع مراعاة خصوصية قضاء الأحوال الشخصية العبري المغربي .

صعوبات في التعامل مع القرارات القضائية: وإن من أهم الصعوبات التي تواجه الباحث في العمل القضائي للمجلس الأعلى، عدم استقرار غرف المجلس الأعلى على مبدأ واحد بخصوص بعض المشاكل القانونية . مما يوجد صعوبة في تععيد المبادئ التي يقرها المجلس الأعلى ، نظرا لعدم توحيد العمل القضائي. ثم طريقة صياغة قرارات المجلس الأعلى ، حيث يخضع تحرير قرار المجلس الأعلى لتقنية خاصة ، تتميز غالبا بالإيجاز والتركيز . وأحيانا يلاحظ في بعض القرارات إغفال لعلامات الفصل ، ونقط السكت مما ينعكس على فهم القرار . حيث إن السمة الغالبة في بعض القرارات المهمة ، هو اعتماد الأسلوب التقليدي في التحرير ، الذي يجعلها قريبة من صياغة الأحكام القضائية المغربية القديمة . مما فرض حتى على المجلس الأعلى نفسه ، التفكير في توحيد صياغة قرارات غرفه.

أهم الخطوط الكبرى للبحث: بعد هذه الملاحظات المتعلقة ببعض أوجه المنهجية التي اتبعتها - بصفة خاصة فيما يتعلق بمعالجة القرارات القضائية - سأعرض عليكم فيما يلي الخلاصات العامة لمختلف جوانب هذه الدراسة كما أشرت إلى خطوطها العريضة سابقا:

ثانيا - المجال العام للبحث:

إن البحث في في الموضوع، يتعلق بعدة أسس مرجعية، تتقاطع عندا عناصر البحث في الكثير من المواضيع، بحيث تشكل تلك الأسس الخلفية التي يتم البحث في ظلها. وتتعلق بمركز المذهب المالكي في المنظومة القانونية المغربية، وبسياق وضع المدونة، وبالمؤسسة القضائية المعنية بالدراسة، والاجتهاد القضائي.

1 - مكانة المذهب المالكي في المغرب :

أشرت إلى الخلاف الواقع بين المؤرخين المغاربة حول تاريخ دخول المذهب المالكي إلى المغرب، ودون الدخول في هذه التفاصيل، تكفي الإشارة إلى أنه ومنذ الفتح الإسلامي، عرف المغرب عدة مذاهب فقهية، فعرف كلا من المذهب الحنفي، والمذهب الشافعي، ومذهب الأوزاعي، والمذهب الشيعي، وبعض الاتجاهات الخارجية والرافضية. وذلك إلى نهاية القرن الرابع الهجري، حيث كانت الغلبة في الأخير للمذهب المالكي، خاصة مع توطد حكم المرابطين (430 / 571 هـ - 1038 / 1156 م). فمنذ عهد طويلة أصبح المذهب المالكي هو المذهب الرسمي في المغرب، ومن متعلقات النظام العام، وهو المتبع سواء بالنسبة للمعاملات أو العبادات وبذلك فإن الوحدة المذهبية متكاملة. وعلى ذلك فإن سيادة المذهب المالكي في المغرب، ترتبط باعتبارات معنوية وتاريخية وسياسية.

إلا أنه ورغم سيادة المذهب المالكي بالمغرب، فقد عرفت البلاد تنوعا تشريعيًا، حيث كانت بعض الجهات تخضع للفقهاء المالكي في كل الأحوال والمعاملات. في حين كانت بعض الجهات الأخرى تخضع للفقهاء والعرف في نفس الوقت. وكان التنازع بينهما، يحل على يد القاضي الشرعي، اعتمادا على فتاوى الفقهاء والعلماء. وفي حالة استمرار النزاع أو ظهور التعسف، كان الأمر يرفع إلى جلسة المظالم (قضاء المظالم)، أمام السلطان نفسه، أو من يوكل ذلك إليه مثل قاضي الجماعة. وكان القاضي الشرعي - قبل فرض الحماية على المغرب - هو صاحب الولاية العامة في القضاء، وكان يعين بظهير ويلزم بمقتضاه بالحكم وفق المذهب المالكي وبالراجح منه أو المشهور أو ما جرى به العمل. وهو الشرط الذي يضعه فقهاء المالكية بالنسبة للقاضي المقلد. وكان القضاة يرجعون في ذلك إلى أمهات الكتب الفقهية في المذهب وكتب الفتاوى والنوازل.

فلم يكن هناك مرجع واحد وموحد يعتمد عليه القضاة في عملهم. ولذلك وفي سبيل توحيد الآراء الناجم اختلافها عن تعدد المصادر الفقهية، بدأت محاولات تدوين الفقه بالمغرب مع بعض خلفاء الدولة الموحدية (يوسف ابن عبد المؤمن الموحدية)، كما دعا أبو سالم العياشي ومثله

أبو علي الحسين بن مسعود اليوسي (ت عام 1111 هـ) بالأطلس الكبير - إلى تدوين المشهور في المذاهب الأربعة. لكن لم يتم تدوين أحكام الأحوال الشخصية في نص قانوني واحد إلا مع بداية الاستقلال، رغم أن الحماية الفرنسية عملت على تقنين عدة نصوص في الميدان المدني والتجاري والعقاري وغير ذلك من القوانين. ويرجع البعض سر هذا إلى كون الحماية الفرنسية في المغرب كانت تنادي باحترام التقاليد المغربية، مادامت لا تتعارض مباشرة مع المصالح الفرنسية بالمغرب ((ولذلك فإن النظام المتبع في ملكية الأرض، والمستمد من قواعد الفقه الإسلامي، قد تم تفكيكه بشكل كامل، لأنه كان مناقضا لهذه المصالح. في حين غدت البنية العائلية المغربية، موضع احترام وتبجيل مطبوع بسممة الغرابة)).

2 - سياق وضع مدونة الأحوال الشخصية :

نادت أولى الحركات الدستورية بالمغرب بتدوين الفقه الإسلامي. وفي غمرة توجهات عهد الاستقلال بالمغرب، تم إحداث لجنة لوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي، وذلك بمقتضى الظهير الشريف المؤرخ في 18 غشت 1957، ثم صدر مرسوم 21 غشت 1957 بتعيين أعضاء اللجنة المذكورة وهم من كبار علماء الشريعة الإسلامية بالمغرب، وعددهم عشرة أعضاء. وهكذا تسنى لأول مرة جمع شتات الكثير من القواعد الفقهية المتعلقة بمادة الأحوال الشخصية، والمبعثرة في كتب الفقه في نص تشريعي واحد وموحد، وإن لم يتناول جميع الأحكام التي تهم الموضوع. وقد جاء مضمون هذا النص متمسكا بالفقه المالكي عموما، وملزما العمل بذلك الفقه فيما لم ينص عليه ذلك النص، وذلك طبق قاعدة الإحالة المنصوص عليها في الفصول: 82 و 172 و 216 و 297 من المدونة، حيث تضمنت تلك الفصول قاعدة وردت بصيغة واحدة هي: " كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك".

وهكذا جاءت نصوص المدونة أكثر ارتباطا بالفقه المالكي. فقد جاء في تقرير المقرر العام للجنة، المرحوم علال الفاسي: ((إذا أردنا أن ندون الفقه في المغرب لتقريبه للمحاكم المغربية وجب أن نراعي المذهب المالكي بقدر الإمكان، مع اعتبار الأصول العامة وخصوصا المصلحة المرسله)) وطبيعي أن يكون الأمر بذلك الشكل، مادام المذهب المالكي هو المذهب الرسمي للدولة المغربية منذ عهود طويلة، ويشكل وجها من أوجه النظام العام في المغرب، بل وشعارا من شعارات الدولة المغربية، وبذلك اقتضت عليه المدونة بصفة عامة. وكما جاء في قرار

صادر عن المجلس الأعلى في بداياته : ((ليس ظهير 22 نونبر 1957 ، إلا تقنيا متعلقا بالأحوال الشخصية والميراث ، المأخوذ من مقتضيات الشريعة الإسلامية)). .

وبناء على ذلك فالمصدر التكميلي لنصوص المدونة -المستقاة أساسا من الفقه المالكي - هو الفقه المالكي نفسه مادامت تحيل عليه ، وهو بذلك ، من مكونات الإطار العام للقواعد النازمة للأحوال الشخصية، إلى جانب باقي نصوص القوانين الوضعية التي تتقاطع مع المدونة، بخصوص تنظيم مادة الأحوال الشخصية .

وعلى ذلك فإنه إلى جانب المرجعية الفقهية لمدونة الأحوال الشخصية، فإن مجال المدونة تتدخل فيه نصوص وضعية أخرى. إلا أن تلك المرجعية الفقهية هي مرجعية متعددة، إذ فضلا عن تأثير نصوص المدونة بقواعد الفقه المالكي، فإنها ورغم ذلك تضمنت قواعد مستقاة من مذاهب فقهية أخرى . فقد نصت المذكورة الإيضاحية لمشروع المدونة المقدم من طرف وزارة العدل على أنه ((ليس هناك مانع شرعي من الأخذ بأقوال الفقهاء سواء كانوا من أصحاب المذاهب الأربعة أو غيرهم ، خصوصا إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدي إلى جلب صالح عام أو رفع ضرر عام ، بناء على ما هو الحق من آراء علماء أصول الفقه)). فلا غرو إذن أن تضمنت المدونة حلولاً من غير المشهور من مذهب الإمام مالك ، أو خالفت ما جرى به العمل من مذهبه ، أو أخذت بحلول مستقاة من مذاهب فقهية سنية أخرى. بل إن المدونة نصت على مسائل لا سند لها في الفقه أصلا. بل وأكثر من ذلك - وبالإضافة للأساس الفقهي للمدونة - فقد تضمنت أحكاما تنظيمية مستقاة من القانون المقارن. غير أنها وفي مقابل ذلك لم تنص على عدة مسائل.

3 - إحداه المجلس الأعلى وتجربة المجالس الشرعية العليا السابقة :

تم إحداه المجلس الأعلى بمقتضى الظهير الشريف رقم 233. 57. 1 بتاريخ 27 شتمبر 1957 فحل بذلك محل بعض الهيآت القضائية العليا المشابهة ، والتي كان من أهم اختصاصاتها ، النظر في استئناف أحكام قضايا الأحوال الشخصية والعقار غير الحفظ ، التي يصدرها القضاء الشرعي . حيث كان يعرف هذا القضاء بعض الهيآت العليا سواء قبل الحماية ، كقاضي القضاة أو قاضي الجماعة ، أو قاضي الرد. أو بعد الحماية كالمجلس الأعلى للعلماء المؤسس بالرباط بمقتضى ظهير 7 يوليوز 1914 المتعلق بالنظام الأساسي للمحاكم الشرعية ، أو مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى الذي أسس بالرباط بمقتضى ظهير 22-08-1921 . وبإلغاء التنظيمات السابقة وإنشاء المجلس الأعلى ، تجسد

مفهوم جديد لقضاء النقض بالمغرب ، يعتبر معه المجلس الأعلى محكمة قانون ، وهو بذلك لا يشكل درجة ثالثة للتقاضي ، والقرارات التي يصدرها لا تلغي الأحكام المطعون فيها بالنقض بالنسبة للجوهر ، ولكنها تنجّه ، للبت ، لا في القضية نفسها ، ولكن في الصحة ذاتها : صحة الحكم المعروض على المجلس الأعلى. ومن ثم فالمجلس الأعلى يحكم على الحكم في علاقته بالقانون ، ولا يحكم على الدعوى . ويكفي التذكير بأهمية هذه المؤسسة القضائية أنها اعتبرت عند إحداثها، من مظاهر استكمال السيادة الوطنية عقب الاستقلال مباشرة.

فهذه الهيئة " المجلس الأعلى " هي التي سنهتم بعملها ، بخصوص موقفها من ثنائية القانون والفقهاء التي تطبع مسائل الأحوال الشخصية ، وذلك من خلال قراراتها المنشورة بالأساس. مستقرين هذه القرارات لا لبيان كيفية تعامل المجلس الأعلى مع هذا الموضوع الحساس فحسب ، بل وكذلك للبحث عن اجتهاد قضائي في الموضوع ، باعتبار ذلك من مهام محاكم النقض .

4 - الاجتهاد القضائي :

من مجموع الحلول القانونية التي تستنبطها المحاكم بمناسبة فصلها في المنازعات المعروضة ، والتي تسلك فيها فضلا عن تطبيق النص القانوني ، مسلك تفسيره متى كان غامضا، أو تكميله متى كان ناقصا - من مجموع ذلك وخاصة قرارات محكمة النقض ، تتكون مجموعة القواعد المقررة أصلا من طرف القضاء ، والتي تعتبر أساس الاجتهاد القضائي ، وهو فضلا عن معناه الفني هذا ، يعتبر من الناحية الفلسفية عملية عقلانية ، تنبني على المعرفة. وللاجتهاد القضائي جوانب تاريخية مرتبطة بتطور مختلف الأنظمة القانونية ، الأنكلوسكسونية أو اللاتينية ، أو الفقه والقضاء الإسلاميين اللذين سادتهما فكرة إغلاق باب الاجتهاد منذ القرن الرابع الهجري. ودون الخوض في هذه الجوانب ، تتعين الإشارة إلى أن السمة الغالبة الآن في معظم الأنظمة القانونية الحديثة ، هو سيادة التشريع المقنن . بحيث يبدو أنه ، لم يعد للقاضي نفس دوره القديم في خلق القاعدة الحقوقية. فنمط التشريع يفرض على القاضي ، تطبيق النص القانوني، ولذلك أصبح يتعذر بشكل أكبر أن يكون الاجتهاد القضائي مصدرا للحق في النظم القانونية المعاصرة. لكن رغم ذلك تبقى الحاجة - الاجتماعية - قائمة للاجتهاد . لأن الحق الذي هو بطبيعته متحرك ، يصبح بالتقنين المعبر عنه ثابتا ، بالنظر للاحترام الذي تكتسبه القاعدة المدونة على مر السنين ، مما يصعب معه تعديل القواعد القانونية المدونة ، والتي تصبح صياغتها غير ملائمة لواقع التنظيم الاجتماعي . وهذا يطرح على المكلف بتطبيقها وهو القاضي، مشكلة

وجدانية يمكن أن تأخذ في بعض الأحيان وضعاً مأساوياً ، لأنه خاضع مهنياً لواجبين ، كلاهما إلزامي كالآخر : إذ عليه أن يقضي بإيجاد حل عادل للقضية المعروضة عليه ، وفي نفس الوقت مقيد بنص القاعدة القانونية التي يجب اتخاذها أساساً لقراره . والحال أن القاعدة المذكورة أصبحت غير ملائمة . إن القاضي في مثل هذه الحالات ، لا يسعه إلا اللجوء للتأويل والتفسير ، لتحويل معنى القاعدة القانونية القائمة نحو حل عادل ، فالقاضي هو أعظم مفسر للقانون ، والتفسير هو وسيلة القضاء في خلق القاعدة القانونية وإبراز الاجتهادات القضائية . ذلك أن التشريع لا يحتوي كل الحقوق ، وكثير من الأحكام القانونية تشكل قوانين قابلة للموت ، ومرد ذلك إلى فقدان ميزة التوقع عند التشريع ، إذ وكما يقول الإمام الشاطبي النص متنه والحوادث لا متناهية . ومن هنا كان مشكل الثغرات القانونية ومشكل الحاجة إلى ملاءمة التشريع وتطويره ، من أهم المشاكل التي تلازم التشريع ، والتي يلعب الاجتهاد القضائي دوراً في حلها .

ويعتمد القاضي في الاجتهاد باعتباره عملية عقلانية ، على معطيات الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه ، فيخرج القاضي بذلك من وضع المنفذ الآلي للقانون ، إلى دور منشئ القاعدة القانونية التي يريد تطبيقها ، ولو كان ذلك في حدود ضيقة ، الأمر الذي يصل به إلى تكوين مجموعة من القواعد المستلهمة من الواقع المعاش وليس من النظريات والأفكار المجردة . وكم هي معبرة هنا مقولة الشيخ محمد عبده : ((القاضي المتحرر من قيود النص ، وأعباء المراجع ، التي تحد من إدراكه وتقديره للوقائع ، غير مُبْتَق على كتاب ، يصرفه عن تكوين رأي أو تأسيس نظر ، هو قاضينا ومجتهدنا ، إذن فاعطني قاضياً ولا تعطيني قانوناً)) .

ومبدئياً ينحصر الاجتهاد القضائي كمصدر للقاعدة القانونية ، في الحلول القانونية الصادرة عن المحكمة العليا في كل دولة ، أما المحكمة الأدنى درجة فليس لحلولها سوى قيمة توجيهية . فطبيعة تكوين المحكمة العليا ، وتقنية عملها المتميز على الصعيد القضائي ، كمحكمة مؤهلة لاتخاذ الريادة ، فيما يتعلق بترسيخ الاجتهاد القضائي وتوحيد الحلول القانونية ، يفترض تسليمها لهذا الدور ، ودون صعوبات على الأقل ، على صعيد الجهاز القضائي نفسه . غير أن الوضع ليس كذلك عملياً ، فهناك صعوبات تعترض المبدأ المذكور :

- سواء من حيث مشكل تضارب الحلول القانونية بين مختلف الغرف والأقسام على مستوى المحاكم العليا ذاتها من جهة .
- أو من حيث مشكل مدى إلزامية اجتهاد المحاكم العليا لباقي المحاكم الدنيا ، من جهة ثانية .

- هذا فضلا عن مشكل حدود سلطة القاضي في خلق القاعدة القانونية ، تبعا لعدة مبادئ واعتبارات مرتبطة بالأخص بمبدأ فصل السلطات، من جهة ثالثة .

وإذا كان المشكل الأول يبدو قابلا للحل ، يأتباع بعض التقنيات في العمل أمام المحاكم العليا ، خاصة مسطرة البت بجمع الغرف لدى تلك المحاكم ، بالنسبة للقضايا موضوع الخلاف .

فإن المشكل الثاني يبدو عسير الحل أمام الادعاء بتفرد القضايا ووقائعها ، بل وحتى التقليل من أهمية القاعدة التي يسنها القضاء لافتقادها لمجمل عناصر القاعدة القانونية ، مما يفتح الباب للقول بعدم إلزامية الاجتهادات القضائية . وإن التزام المحاكم الدنيا بالحلول المقررة من طرف المحاكم العليا (خارج نطاق الإحالة بعد النقض) ، لا يستند على مبدأ قانوني بل يستند فقط على مبدأ عملي ، يتعلق أساسا بمبدأ استقرار المعاملات لأن ((محاكم النقض - وهي من أكثر الهيآت محافظة - تقدر دورها المرشد وتشبث بمبدأ استقرار المعاملات، ما لم تدع أسباب وجيهة إلى العدول عما استقرت عليه)) . وقد يتدخل المشرع ليتبنى الحل القضائي أو لسن قانون خلافه .

غير أن ما يصعد من حساسية الموقف بهذا الصدد ، هو أن المحاكم الدنيا ، ليست وحدها التي تخرج عن الاجتهاد القضائي الذي تقره المحاكم العليا ، بل إن المحاكم العليا نفسها يكون بإمكانها تغيير اجتهادها - هذا إن لم تتضارب قرارات مختلف غرفها بخصوص المسألة الواحدة - مما يترع أية صفة رسمية عن القاعدة القانونية المقررة من طرف القضاء ، ويدخل القضاء من جراء ذلك في عداد المصادر الأدبية للقانون.

أما المشكل الثالث ، فيطرح إشكالية عويصة تتعلق بحدود سلطة القاضي في خلق القاعدة القانونية ، أو بعبارة أخرى حدود السلطة القضائية في خلق وصنع القوانين - هذا إن اعترف لها بهذا الحق . وأساس المشكل يكمن في البحث عن الأساس الذي يخول للقاضي تفسير القانون حسبما تمليه عليه قواعد العدالة والإنصاف أكثر مما تمليه عليه النصوص المفروض عليه أمر تطبيقها . حيث يثور التخوف مما يسمى في القانون المقارن ب (تحكم القضاة) أو (نظام حكومة القضاة) وتجاوزهم في سلطتهم لخلق القاعدة القانونية ، فيبدو (التشريع القضائي) كأمر يخالف المبدأ الاجتماعي ، الذي تكون بمقتضاه القاعدة القانونية تعبيرا عن الإرادة الاجتماعية ، التي تعبر عنها هيئة منتخبة ، وليس هيئة مهنية مهما بلغت من العلم والتجرد . إذ الحق يصدر عن الهيئة الاجتماعية ، والسلطة التقديرية التي تكونت للقضاة كادت أن تجعل منهم مشرعين ، وحسب (جيني) وهو من المنكرين لحلول القضاة محل السلطة التشريعية الأصلية ، فإنه قد تم استبعاد ذلك بفضل النصوص القانونية التي منعت القضاة من اتخاذ تدخل في صلاحية هذه الوظيفة التشريعية. وعلى ذلك يتحقق في الواقع ، أن القاضي يستمد سلطته في خلق قواعد

قانونية من الناحية العملية لا من الناحية الدستورية . إن هذا التخوف في الواقع ، يجد مبرره في إمكانية إرهاب المتقاضين بالتزامات لم يحتمها عليهم القانون ، لأن إطلاق العنان لسلطة القاضي في خلق القانون ، يؤدي به إلى الانسياق وراء قناعاته السياسية والفلسفية والدينية . مما يؤدي بدوره إلى زعزعة الثقة في القضاء والمبدأ الديمقراطي . فضلا عن كون كل قرار قضائي خارج عن التماثل المنطقي بتأسيسه على مبادئ ، كالغاية الاجتماعية ، أو الأخلاقية ، أو العدل ، أو الملاءمة - يكون مؤسسا على « شرعية خارجية EXTRA-LEGAL » . وفي النهاية يمكن أن يتحول القانون إلى نوع من التخمين بما ستقرره المحاكم .

والخلاصة ، أنه وإن كان الميل هو لصالح تحويل سلطة للقضاء في خلق قواعد قانونية - كما يثبت ذلك استقراء العمل القضائي في الواقع - فإن ما يطرح في الواقع هو : في أي أفق ستمارس السلطة المذكورة ؟ ووفق أي معايير ستمارس؟ وإلى أي حد يسمح بذلك ؟ فلقد تحتم تحويل السلطة المذكورة للقضاء ، من جراء خسارة أو فقدان ميزة توقع مشاكل مستقبلية في ذهن المشرع ، الذي يستعيز في مقابل ذلك بتقنية التفويض : أي تفويض سلطة وضع القانون للقاضي . إذ يكتفي المشرع بوضع ما يسمى : " الأفكار - الأطر : **Notion - Cadres** " وهي أفكار عامة وغامضة ، يُترك للقاضي أمر تحديدها ، وذلك بإكمالها عن طريق : " التحديد الذاتي: **Auto - Limitation** " . وإن كان وضعها كهذا ، يترك جانب التساؤل عن المذهب الذاتي في القضاء قائما ، ويلقي بظلاله أيضا على المسائل المتعلقة بتأهيل القاضي وثقافته . ولعل كل هذا يعتبر مما يزيد في تعميق الخلاف حول الموضوع .

ولاشك أن العديد من الأفكار السابقة ، قابلة لأن تكون صالحة للمناقشة بشأن دور أي محكمة نقض عليا في ميدان الاجتهاد القضائي وخلق القواعد القانونية . وعلى ضوء ذلك تثار مسألة دور المجلس الأعلى في ميدان الاجتهاد القضائي وتوحيد الحلول القانونية ، وما إن كانت هناك آليات تمكنه من دوره كاملا في هذا المجال . وإذا كان المقام لا يسمح بالتوسع في هذا الموضوع الشائك ، فإن من جملة أهداف هذا البحث ، هو الإجابة عن بعض جوانب هذا التساؤل ، على الأقل في ميدان العمل القضائي للمجلس الأعلى في ميدان الأحوال الشخصية ، وفق ما بيناه من خلال باقي محاور هذا البحث .

ثالثا - موقف المجلس الأعلى من نصوص مدونة الأحوال الشخصية:

لقد أشرت فيما قبل إلى أن

المرجعية الفقهية لمدونة الأحوال الشخصية، مرجعية متنوعة. إذ كان توجه واضعي نصوص

المدونة، هو عدم الاقتصار على الأخذ بمشهور الفقه المالكي في مسائل الأحوال الشخصية، ولذلك تضمنت المدونة حلولاً من غير المشهور من مذهب الإمام مالك، أو أنها خالفت في هذه الحلول ما جرى به العمل في مذهبه، أو أنها أخذت بحلول مستقاة من مذاهب فقهية سنية أخرى، فضلاً عن أنها قررت أحكاماً لا سند لها في الفقه أصلاً، وذلك بخصوص عدة مسائل. لكن رغم ذلك بقي المذهب المالكي هو الإطار العام لأحكام المدونة، التي تعد في عمومها تدويناً لأحكام الفقه المالكي بخصوص بعض مسائل الأحوال الشخصية.

وإذا كان يثور التساؤل عن القيمة القانونية للنصوص التي خالفت فيها المدونة قواعد المذهب المالكي، وأثر ذلك على تنظيم الأسرة المغربية، لأنه ما وقعت المخالفة أو الخروج عن مشهور مذهب الإمام مالك من طرف المدونة، إلا لهدف معين ارتأى واضعو النص أنه في صالح الأسرة المغربية - فإن التساؤل يثور أيضاً حول القيمة القضائية التي أعطيت عند التطبيق لهذا النوع من النصوص، بحيث يتم البحث عما إن كانت هناك قيمة قضائية مضافة، التي يمكن استخلاصها من تطبيق تلك النصوص المخالفة للفقه المالكي، وما إن كان المجلس الأعلى في تطبيقه لها يرجع إلى قواعد الفقه التي استمدت منها تلك النصوص، أم أنه يرجع بها إلى قواعد الفقه المالكي، مما يحد من أثر تلك المخالفة؟

أما بالنسبة لنصوص المدونة التي جاءت في عمومها موافقة للفقه المالكي، فيطرح التساؤل عما إن كان المجلس الأعلى يميل في عمله بشأنها، إلى تأويلها تأويلاً يخرج عن إطار الفقه، أم أنه لا يخرج في ذلك عن الإطار الفقهي الذي استمدت منه تلك النصوص. ولذلك انصب الاهتمام على بيان موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة المخالفة لمشهور مذهب الإمام مالك، وموقفه من النصوص التي جاءت على وفاق هذا المذهب.

ثالثاً / 1 - موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة المخالفة للفقه المالكي:

لم يكن الهدف

هو دراسة جميع المواضيع التي خالفت فيها المدونة مشهور الفقه المالكي، فهذا يخرج بالبحث عن موضوعه. بل تم الاقتصار على ما له ارتباط بالعمل القضائي للمجلس الأعلى، وهذا هو مبرر معالجتنا فقط لأربعة مواضيع، في هذا الباب، وذلك بعدما وجدت لها عدة تطبيقات أمام المجلس

الأعلى²²⁷²، هذا فضلا عن أهمية هذه المواضيع العملية، التي تستدعي إبراز القيمة القانونية والقضائية التي اتسمت بها تطبيقات تلك المواضيع .

لقد تم البحث في مخالفة نصوص المدونة لقواعد الفقه المالكي في المواضيع محل البحث، وما إن كانت هذه المخالفة كلية أم جزئية، أي البحث عن علاقة نصوص مدونة الأحوال الشخصية - كنص قانوني - بالقواعد الفقهية التي تنظم المواضيع المذكورة . ثم تم البحث في كيفية تعامل المجلس الأعلى مع تلك النصوص، من خلال التطبيقات العملية المرتبطة بها. وذلك من أجل بيان ما إن كان المجلس الأعلى يميل في عمله بشأنها، إلى الاقتراب من الحلول الفقهية التي خالفها تلك النصوص، أم إن عمله بقي محصورا في حدود النصوص المخالفة، دون أن يرجع بشأنها إلى الفقه المالكي، أي البحث عن الأهمية القانونية والقضائية التي اتسم بها التطبيق القضائي بخصوص المواضيع محل الدراسة . وعلى ذلك تم التعرض للمواضيع التالية، التي خالفت فيها مدونة الأحوال الشخصية المذهب المالكي، واتخذ المجلس الأعلى بشأنها مواقف معينة :

- وجوب الإشهاد على عقد الزواج .

²²⁷² - من المسائل الهامة التي خالفت فيها المدونة مذهب الإمام مالك، ولم أقف على تطبيق لها أمام القضاء المغربي، مسألة وجوب إنفاق الأم الغنية على ولدها في حالة عجز الأب عن الإنفاق عليه، طبق ما يقضي به الفصل 129 من مدونة الأحوال الشخصية، المستمد من المذهب الظاهري . حيث يكتفي القضاء بفرض نفقة ولو رمزية على الأب الفقير لصالح ابنه، دون بحث عما إن كانت أمه غنية فتجب عليها إذاك النفقة، وهذا يترجم موقف الحرص على نموذج الأب المثالي كما تصوره المدونة، كما يبدو أن الأزواج ربما لا يستسيغون صدور حكم على الأم الغنية بالنفقة، لما يشعرون به من انتقاص في دورهم، رغم أنها تقوم بذلك في الواقع مع قيام الزوجية أو بعد انحلالها ولو مع قدرة الأب على الإنفاق . فعدم تفعيل هذا النص القانوني يرجع لاعتبارات اجتماعية، أكثر مما هي قانونية، إذ لا تحتمل القواعد الاجتماعية الضاغطة، فكرة مطالبة الزوج زوجته بالإنفاق عند عجزه . وهذه حالة، من حالات تأثير الممارسة الاجتماعية على القواعد القانونية المؤسسة للمساواة بين الجنسين . ويثور بصدد الفصل المذكور كذلك، عدة مشاكل : مدى مساهمة الزوجة في الإنفاق، ومدة هذه النفقة، لأن طولها يشجع الأب على الاتكال على الزوجة ما لم يكن عجزه لعذر مقبول، وهل تعد الزوجة مهملة لأسرتها إن رفضت الإنفاق إسوة بالأب، تبعا لعمومية الفصل 480 من القانون الجنائي.

وانظر حول الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الذي يقرر مساهمة الزوجة في الإنفاق على العائلة : محمد المحجوب الطريطر - مساهمة الزوجة في الإنفاق على العائلة . بمجلة القضاء والتشريع (تونس)، العدد 7، يوليو 1974، ص 7../.

- محمود العنابي - خواطر حول مساهمة الزوجة في الإنفاق على العائلة، بمجلة القضاء والتشريع (تونس)، العدد 7، يوليو 1974، ص 13.../.

- عدم سقوط نفقة الزوجة الناشز غير الحامل .
- جواز الشروط الاتفاقية في عقد الزواج .
- تحديد سن معينة لاكتساب أهلية الزواج .

وقد تبين من خلال دراسة هذه المواضيع، أن مدونة الأحوال الشخصية خالفت قواعد مشهور الفقه المالكي فيها، بهدف إيجاد حلول مستجدة لها . لكن رغم ذلك، بقيت أغلب هذه الحلول، مرتبطة ببعض تطبيقات قواعد الفقه المالكي . خاصة وأن القضاء، وأمام عدم تفصيل الكثير من أحكام المواضيع المذكورة، فإنه يرجع بشأها إلى الفقه المذكور، ويظهر ذلك في المواضيع التالية

ثالثا / 1 / أ - وجوب الإشهاد على عقد الزواج:

إن هناك خلافا فقهيًا بين مختلف المذاهب الفقهية من موضوع الإشهاد على الزواج، وبالنسبة للمذهب المالكي، فإن الإشهاد لا يعتبر شرط صحة في عقد الزواج ابتداء، وإنما يجب الإشهاد عند الدخول، بينما ذهبت المدونة إلى اعتباره شرط صحة في العقد، لكنها عادت وأجازت للقاضي - وبصفة استثنائية - سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها. لكن المدونة لم تحدد الشروط اللازمة لإعمال حالة الاستثناء هذه، رغم أن الأمر كان يقتضي ذلك. وهو ما أثر على عمل المجلس الأعلى في هذه النقطة، بحيث أصبح العمل القضائي بخصوص الفقرة الرابعة من الفصل الخامس من المدونة، يعتبر

أحسن مثال على تردد وعدم استقرار الاجتهاد القضائي، بشكل يصعب معه وضع تصور عام عن موقف المجلس الأعلى في المسألة. فكان لا بد من استقراء موقفه في هذا الموضوع، الذي تتداخل فيه أمور الصحة والفساد، ومسائل الإثبات، وقواعد الفقه ومقتضيات القانون. وتتمثل هذه الخلاصات التي تم استنباطها من عمل المجلس بخصوص هذه النقطة فيما يلي:

- عدم حصر المجلس الأعلى للزمان المقرر لإعمال الاستثناء، مما أدى إلى قبول موجبات إثبات الزوجية المؤسسة على الليف بالنسبة لحالات الزواج الذي يتم من غير إظهار، وذلك رغم انتظام سلك العدول في مجموع المغرب، حيث يقبل الليف هنا ولو تعلق الأمر بالمدن الكبرى.
- عدم تقييد الاستثناء من الإظهار على الزواج بحالة معينة، وما نجم عنه من اضطراب في العمل القضائي، فمرة يتم إعمال حالة الاستثناء في حالات معينة، بينما يتم رفض إعماله في حالات مماثلة في قضايا أخرى.

- تفسير المجلس الأعلى للبيئة الشرعية، بكونها هي الليف، وهو شهادة محط انتقادات كثيرة. وقد تم بيان كيف أن المجلس الأعلى، ومن خلال هذا التفسير، توصل إلى إعمال مقتضيات الفقه

المالكي، التي تقبل إثبات الزواج بشهادة السماع، وهو ما كان له أثر في الحد من أثر مخالفة المدونة للمذهب المالكي فيما يتعلق بالإشهاد على الزواج.

- الخلط بين الكتابة والإشهاد، حيث اعتبر المجلس الأعلى في بعض الحالات، أن الزواج الذي لم يجرر بشأنه عقد، لا يعتبر زواجا قائما رغم الإشهاد عليه من طرف العدلين.

- تكييف الاستثناء باعتباره متعلقا بالإثبات، رغم أن الأمر يقتضي حمله على الاستثناء من حالات عدم الصحة أو الفساد، الناجمة عن عدم توفر شرط الإشهاد.

- وقد تم التساؤل في الختام عن مصير النسب في دعاوى الزوجية المرفوضة، حيث يعتبر المجلس الأعلى الأمر في هذه الحالة، شبهة يثبت معها النسب، تبعا لاستقلال دعوى الزوجية عن دعوى النسب. كما تم التساؤل عما إن كان يمكن إعمال الاستثناء بخصوص الإشهاد على الطلاق؟

وهكذا يظهر أن مدونة الأحوال الشخصية، قد سعت مبدئيا، إلى الحد من النزاعات المتعلقة بإنكار الزوجية وعدم صحتها، فأخذت بوجود الإشهاد على عقد الزواج، خلافا لما هو مقرر في الفقه المالكي الذي لا يشترط الإشهاد إلا عند الدخول. غير أن المدونة، فتحت المجال للخروج على القاعدة المذكورة، بسنها حالة الاستثناء من الإشهاد، مما مكن المجلس الأعلى من الرجوع بأحكام الإشهاد إلى التطبيقات التي يعرفها الفقه المالكي، في ميدان النزاع في الزوجية. إلا أن قرارات المجلس الأعلى بهذا الصدد لم تؤسس عملا موحدًا بخصوص هذا الموضوع.

وأعتقد أن حل مشكل الاستثناء المتعلق بالإشهاد على الزواج، ومشاكل الليف التي تثار بصدد الزيجات التي تتم بدون إشهاد - يكمن في حصر العمل بالاستثناء حسب ما اتجهت إليه نية واضعي المدونة، وذلك بجعله قاصرا على العقود المنجزة قبل صدور المدونة، أو على الأقل، فإنه وتبعا للاعتقاد بأن هناك رسوخا لعادة اللجوء إلى الليف، عوض الإشهاد الرسمي، وهو ما لا دليل قوي عليه في جميع أنحاء المغرب الآن بعد انتظام سلك العدول. فإني اقترح، تحديد أجل معين من أجل القيام بإعداد موجبات إثبات الزوجية بالنسبة للزيجات المعقودة من غير إشهاد، وبعد التاريخ المعين لن يعتد بالموجبات الليفية لإثبات الزوجية التي تقام خارج الأجل المذكور. وهو ما يستوجب التوعية بهذا الخصوص، كما تم بخصوص نظام الحالة المدنية.

ثالثا / 1 / ب - عدم سقوط نفقة الزوجة الناشز غير الحامل:

المشهور في المذهب المالكي أنه لا

نفقة للناشز، إلا أن المدونة قررت أن ((نشوز غير الحامل لا يسقط نفقتها))، وأعطت في نفس

الوقت إمكانية للقاضي لإيقاف نفقتها إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية أو الفراش وامتنعت. وعلى ذلك تم البحث في مدى العلاقة بين نصوص المدونة وقواعد الفقه المالكي بهذا الخصوص، وتم البحث عن عمل المجلس الأعلى بشأن المسطرة التي يمكن أن تؤدي إلى إيقاف نفقة الزوجة غير الحامل، وما مدى السلطة التقديرية التي يتركها المجلس الأعلى لقاضي الموضوع في تقدير حالة النشوز، كما تم التطرق لموقف المجلس الأعلى الراض لتطبيق مقتضيات القانون المدني فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية للزوجة عن الأضرار اللاحقة بالزوج من جراء نشوزها وخروجها من بيت الزوجية، وأراء الفقه المغربي في الموضوع، وقد تم التساؤل على ضوء كل ما سلف عما إن كانت القواعد المقررة قضاء بشأن النشوز تساهم في رفع الشقاق بين الزوجين أم لا.

ويتبين من خلال الدراسة، أن المجلس حاول إعطاء دور للقاضي، في تقدير شروط وقف النفقة، واعتبر أن إيقاف النفقة للنشوز مجرد تدبير مؤقت يمكن الرجوع عنه. فكرس بذلك ابتعاد نص المدونة عن مقتضيات الفقه في هذا المجال. غير أن هذه الحلول بدورها، لا تعتبر كافية في القضاء على أسباب الشقاق بين الزوجين. وفي الوضع الحالي للنصوص سيكون مستبعدا، لجوء القضاء إلى تطبيق مسطرة رفع الشقاق بين الزوجين، خارج دعوى التطلق العادية. لكن هذا لا يمنع المحكمة من البحث في أسباب الشقاق بين الطرفين عسى أن تجد حلا له، وعلى الأقل يتعين استغلال مؤسسة مجلس العائلة في هذا النوع من القضايا.

ثالثا / 1 / ج - جواز بعض الشروط الاتفاقية في عقد الزواج:

تم التطرق في هذا المبحث لموقف المذهب المالكي من الشروط الاتفاقية في الزواج، والخلاف الدائر بين الفقهاء في الموضوع، وكيف أن المدونة اعتمدت قواعد المذهب الحنبلي في اشتراط الشروط التي لا تناقض العقد، فأجازت الأخذ ببعض الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، لكنها لم تتعرض لمدى لزومها ونفاذها تجاه الزوج بصفة خاصة. وقد تم البحث في العلاقة بين نصوص المدونة وقواعد الفقه المالكي بخصوص الشروط الاتفاقية في الزواج، وكيفية تعامل المجلس الأعلى مع هذا النوع من الشروط، سواء بالنسبة لشرط تأخير الدخول بالزوجة، أو شرط الزوج المتعلق ببيكاراة الزوجة، أو شرط تمليك الزوجة أمر نفسها.

ورغم ما يبدو من كون مدونة الأحوال الشخصية أجازت بعض الشروط الاتفاقية في عقد الزواج، فإن القضاء يرجع بشأن التطبيقات التي تم استعراضها، إلى الفقه. وهذا ناجم عن عدم تفصيل أحكام تلك الشروط بشكل كاف، خاصة ما يتعلق بالتمليك. ولذلك، ونظرا لما ينادي به البعض، من إعطاء إرادة الزوجين دورا في تحديد نظام الزواج - ودون تغيير المدونة - فإنه ينبغي تنظيم مسألة الشروط الاتفاقية في الزواج، بما يرفع

الخلاف عن هذا الموضوع، ويحقق وسائل تضمن تنفيذها من قبل الزوج، خاصة أن الشروط يكون لها اعتبار عند التعاقد.

ثالثا / 1 / هـ - تحديد سن أهلية الزواج:

تم في هذا المبحث تناول أهلية الزواج كما ينظمها الفقه المالكي، وكيف أنه وفي محاولة للقضاء على آفة الزواج المبكر، المعزز بسلطة الجبر التي كانت مقررة للأولياء على البنات بصفة خاصة - اتجه واضعو مدونة الأحوال الشخصية إلى تحديد سن أدنى معين، تكتسب فيه أهلية الزواج بالنسبة لكل من الفتى والفتاة، مع إلغاء ولاية الجبر المقررة فقها للأولياء.

وهكذا خالفت المدونة موقف الفقه المالكي، بل والجمهور عموما، فيما يخص السن التي تكتسب فيها أهلية الزواج، لما نصت على تحديد سن أدنى معين لأهلية الزواج، غير أن المدونة لم تحدد طبيعة أمر السن الذي نصت عليه: هل هو ركن في الزواج؟ أم شرط صحة؟ أم شرط نفاذ؟ كما أنها لم تحدد الجزء المدني الخاص، المترتب عند الإحلال بمسألة السن. وقد تمت مناقشة هذا المسألة على ضوء الفقه المغربي. وقد تم التطرق لبعض القضايا المرتبطة بفسخ عقد الزواج لعدم توفر سن الزواج بالنسبة للزوجة، وتبين أن المجلس الأعلى لم يبين فيها طبيعة ضابط السن.

ولذلك، ينبغي حتى يكون لهذا الشرط مفعول، أن يتم النص على حكمه، وأن لا يقبل بشأن التحقق منه، سوى دفاقر الحالة المدنية، ووضع جزاءات تتعلق بحماية هذا الشرط من قبل المخالفين.

ثالثا / 2 - موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة الموافقة للفقه المالكي:

بعد بيان موقف

المجلس الأعلى السالف الذكر أعلاه، تم بيان موقفه من نصوص مدونة الأحوال الشخصية، التي جاءت في عمومها موافقة للفقه المالكي في عدة مواضيع، وقد تم الاقتصار على ما له ارتباط بالعمل القضائي للمجلس الأعلى، بالشكل الذي يخدم أغراض البحث. وتم البحث في هذا الخصوص عما إن كان المجلس الأعلى يميل في عمله بشأن هذه النصوص، إلى تأويلها تأويلا يخرج عن إطار الفقه، أم أنه يرجع بنص المدونة إلى مصدره الفقهي بحيث يكون التطبيق على خلفية الفروع الفقهية للموضوع، وهل خلق المجلس الأعلى قواعد قانونية جديدة تنسجم والتطورات التي تعرفها المواضيع التي تمت معالجتها، وما إن كان لعمله المتقدم أثر بالنسبة للتعديلات التي عرفتها مدونة الأحوال الشخصية مؤخرا؟ وبصفة خاصة ما يتعلق بقضايا ذات أبعاد اجتماعية لا

تخفي، تعتبر من صميم الأحوال الشخصية بمعناها الضيق، أي قضايا التطلاق للضرر، والحضانة، والنفقة، وهي أهم قضايا الأحوال الشخصية التي تروج أمام المحاكم، وقد اعتتت الدراسة بالمواضيع التالية بهذا الصدد: التطلاق للضرر، الحضانة، النفقة.

ثالثاً / 2 / أ - موقف المجلس الأعلى من النصوص المتعلقة بالتطلاق للضرر:

لقد تم إبراز أهمية قضايا

التطلاق للضرر الراجعة أمام المحاكم، كما تم التطرق إلى الأساس الفقهي لدعوى التطلاق للضرر، حيث يتميز الفقه المالكي بأخذه بنظرية التطلاق للضرر، وبتوسعه في مفهوم الضرر الذي يلحقه الزوج بالزوجة، وما يخوله لها ذلك من حق في طلب التطلاق. وإن المدونة صاغت نظرية الفقه المالكي هذه صياغة قانونية، مركزة على المفهوم العام للضرر، وهو ما اقتضى البحث عما إن كان القضاء يكرس هذا المفهوم أم لا؟ وللوقوف على ذلك تم بيان موقف المجلس الأعلى، من الإجراءات المسطرية المتعلقة بدعوى التطلاق للضرر حيث يعتتد المجلس الأعلى ببعض المقتضيات المؤسسة على قواعد المسطرة الشرعية (سماع الدعوى قبل الدخول وبعده، جواز تقاضي القاصر في مادة التطلاق للضرر، إيقاف النظر في دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية إذا ما تم رفع دعوى التطلاق للضرر) التي لم تنص عليها لا المدونة ولا قانون المسطرة المدنية. وبعد ذلك تم التطرق لموقف المجلس الأعلى من الجوانب الموضوعية لدعوى التطلاق للضرر، سواء من حيث أنواع الضرر المدعى به، كالضرب والعنف ضد الزوجة، وضرر التعدد، وضرر السمعة، أو التضرر من سجن الزوج، وتوجيه الكلمات النابية إلى الزوجة. وقد تبين أن المجلس الأعلى إن كان قد توسع في مفهوم الضرر بإقراره حق زوجة السجين في طلب التطلاق للضرر. فإنه وبالمقابل قيد دعوى التطلاق للضرر بضرورة أن تشهد حجة الزوجة على أن الضرب تم من غير ذنب جنته، وقد بينا مشكل الإثبات باللفيف بهذا الصدد، وكيف أن تعذر الإثبات يلجئ الزوجة إلى حلول أسهل كطلب التطلاق للغيبة، أو اللجوء إلى طلاق الخلع الذي ارتفعت نسبته في المدة الأخيرة، بشكل قد يؤدي إلى حدوث امتياز فقط للزوجات اللاتي لهن إمكانية مادية لممارسة الخلع. وكل هذه الأمور التي تلتف على مسطرة التطلاق للضرر، تؤدي إلى تفويت هدف مسطرة التطلاق للضرر خاصة إمكانية الصلح إن بوشرت بشكل جدي، وكذلك مسألة بعث الحكيمين التي تم التعرض لموقف المجلس الأعلى بشأنها، مع الإشارة إلى أثر إحداث مجلس العائلة على مسطرة بعث الحكيمين التي لا تطبق غالباً في الواقع.

ثالثاً / 2 / ب - الموقف من نصوص المدونة المتعلقة بممارسة حق الحضانة:

مادة الحضانة من

أخصب المواد الراجعة أمام القضاء، ونشرت بشأنها عدة قرارات خاصة على صعيد المجلس الأعلى، وأحكامها الفقهية تعتبر اجتهادية في الغالب، ولذلك يثور التساؤل حول ما إن كان لعمل المجلس الأعلى بهذا الخصوص، صدى في التعديلات التي تناولت بعض مسائل الحضانة في مدونة الأحوال الشخصية، وما إن كانت الحلول القضائية المتخذة أكثر استجابة للمفاهيم الحديثة

في ميدان الحضانة، خاصة بعد انضمام المغرب إلى الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، وهي الاتفاقية التي تكرس المصالح الفضلى للطفل المحضون. وهكذا وبعد التعرض لاختلاف فقهاء المذهب المالكي حول طبيعة حق الحضانة، تم بيان أن مشهور المذهب هو اعتبار الحضانة حقا للحاضن، وهو ما يستنتج من اختيارات المدونة في الموضوع. وقد تبين أن المجلس الأعلى يكرس بوضوح هذا المفهوم. وقد بينا الاتجاه الجديد في تكييف حق الحضانة الذي أخذت به بعض التشريعات العربية، ونادى به حتى بعض الفقهاء المغاربة المعاصرين، وهو اعتبار الحضانة حقا خاصا بالمحضون، مع الاهتمام بمصلحة المحضون. وقد تطرقنا بعد ذلك لموقف المجلس الأعلى من الحالات العملية لإسقاط الحضانة في حالة تزوج الحاضنة، وسكوت من له الحق عن المطالبة بالحضانة، وخروج المرأة للعمل والتجارة وأثره على حق الحضانة. وفي الختام تم التطرق لمشكل سكني المحضون بعد الطلاق وتضارب قرارات المجلس الأعلى في الموضوع، مما جعله يدرج هذه النقطة في اجتماع مجلس رؤساء الغرف قصد توحيد العمل بشأنها.

ثالثا / 2 / ج - موقف المجلس الأعلى من نصوص المدونة المتعلقة بقضايا النفقة:

رغم تمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في فرض النفقة، لفائدة الزوجة والأولاد أو الأصول، فإن هذه السلطة التقديرية محط انتقاد شديد، نظرا لضالة المبالغ المحكوم بها في سبيل النفقة، حيث يعتبر البعض أن هذا الوضع يفسر عجزا اقتصاديا من قبل الملمزمين بأداء نفقة مهمة لفائدة المستحقين، أو أن هذا على الأقل يعبر عن ((اعتراف الجهاز القضائي بهذا العجز)). ويضاف إلى تلك الانتقادات، مشاكل تنفيذ الأحكام القاضية بالنفقة وطول إجراءاتها.

وقد تمت معالجة بعض المشاكل القانونية المتعلقة بالنفقة التي كان على المجلس الأعلى مواجهتها، سواء فيما يتعلق بتقدير النفقة أو مراجعتها، أو النفاذ المعجل المقرر لأحكام النفقة، وأخيرا التقاضي بشأن نفقة الزوجة والأولاد حيث أقر المجلس الأعلى حق القاصر شخصيا في مقاضاة وليه بالنفقة، وهذا من باب إعمال مقتضيات الفقه الإجرائية، رغم وجود قانون المسطرة المدنية، الذي لا يجيز التقاضي إلا مع توفر شرط الأهلية المدنية. ولذلك. ورغم بعض الانتقادات التي توجه لاتجاه المجلس الأعلى بهذا الخصوص، فأعتقد أنه حل قضائي في صالح القاصر. ولقد سنحت الفرصة للمجلس الأعلى في إعطاء تفسير واضح لنص المدونة المتعلق بتاريخ الامتناع الذي تستحق ابتداء منه النفقة سواء بالنسبة للزوجة أو الأولاد أو الآباء. وتجدر الإشارة إلى أن

تقاضي الزوجة بالنفقة على وجه الخصوص، يطبق فيه المجلس الأعلى مقتضيات الفقه المالكي بصفة أساسية، نظرا لعدم تطرق المدونة لمعالجة طرق إثبات الإنفاق في صور مختلفة.

رابعا - موقف المجلس الأعلى من تطبيق قواعد الفقه المالكي في مسائل الأحوال الشخصية:

لقد

سبق القول أن نص المدونة جاء متمسكا بالفقه المالكي عموما، ومحيلا على أحكام المذهب المالكي فيما لم تنص عليه المدونة، وذلك تطبيقا لقاعدة الإحالة المنصوص عليها في الفصول: 82 و 172 و 216 و 297 من المدونة، حيث تضمنت تلك الفصول قاعدة وردت بصيغة واحدة كما يلي: ((كل ما لم يشمل هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك)) . وهي قاعدة عامة، بمقتضاها يعتبر الفقه المالكي مصدرا تكميليا للمدونة، وسندا يعتمد عليه القضاء في أعمال قواعد هذا الفقه. ولذلك كان من المتعين الوقوف على مضمون قاعدة الإحالة على الفقه المالكي، وكيفية تعامل المجلس الأعلى مع مفهوم هذه القاعدة، وذلك قبل أن نقوم بعملية تقييم تطبيق المجلس الأعلى للقواعد الفقهية في قضايا الأحوال الشخصية.

رابعا / 1 - قاعدة الإحالة على الفقه المالكي :

تتميز تشريعات الأحوال الشخصية في دول كثيرة من العالم الإسلامي، باعتمادها على مقتضيات فقهية إلى جانب النصوص القانونية الوضعية. ولذلك، وفي غياب تقنين كلي ورسمي لقواعد الفقه الإسلامي في مادة الأحوال الشخصية، تعتمد هذه التشريعات على ((تقنية)) الإحالة على القواعد الفقهية المستمدة من المذاهب الفقهية، إذ من الشائع في هذه التشريعات أن تتم الإحالة على مقتضيات مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي في موضوع معين أو بخصوص ما لم يتم النص عليه صراحة في القانون. وقد نهجت المدونة هذا الطريق. ويبدو أن الإحالة من طرف التشريع على المذاهب الفقهية، تعتبر مسألة مرتبطة بعملية التقنين في البلاد العربية والإسلامية، وبصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بأحكام الأسرة، سواء بالنسبة لمجلسة الأحكام العدلية التي كانت تحيل على الفقه الحنفي، أو غيرها من القوانين كالقانون الأردني الذي يحيل على الراجح من الفقه الحنفي (المادة 183) والقانون السوري (المادة 305) والقانون اللبناني (المادة 171) والقانون المصري (المادة 183 من لائحة ترتيب المحاكم

الشرعية طبق مرسوم 78 لسنة 1931) ، والقانون المدني الإماراتي (المادة 1) الذي أحال على كل من الفقه المالكي والحنبلي ثم المذهب الشافعي والحنفي.

وتبعاً لهذه الإحالة على الفقه بنص تشريعي، تتخذ القواعد الفقهية المحال عليها، صفة قواعد قانونية غير مقننة، يتعين الرجوع إليها في مظانها، وهي عملية ليست بالسهولة المتصورة. فالمدونة مثلاً لم تعين ضوابط أعمال هذه الإحالة، مما أثر على كيفية التعامل معها قضائياً. ولذلك يتعين الوقوف على مفهوم هذه الإحالة، ثم بيان نطاقها، ثم كيفية تعامل القضاء المغربي مع مفهومها.

رابعا / 1 / أ - مميزات قاعدة الإحالة على المذهب المالكي:

إن إقرار المدونة لقاعدة الإحالة

على المذهب المالكي، يعتبر وفاء لمبدأ إلزام القاضي في المغرب قديماً بمقتضى ظهير توليته، بإتباع المشهور والراجح وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك أو مذهب ابن القاسم في المدونة المروية عن الإمام مالك، حيث كان هذا الإلزام مؤيداً بجزء الرد والنقض عند التنكب عن الحكم بالراجح أو المشهور أو بما جرى به العمل. وقد أشرت إلى أن المدونة لم تحسم في بيان الضابط الذي يمكن بواسطته معرفة ما هو الراجح أو المشهور أو الجاري به العمل، إذ يثور عملياً مشكل تعدد الأقوال والروايات وكذا اختلاف طرق الترجيح. وهذه مسألة مضمّنة للقاضي الذي يتعين عليه الاستناد إلى نص فقهي يعتمد في حكمه، فضلاً عما يطرحه مشكل غياب الضابط المذكور من صعوبات في التكييف عند القضاء. فما يراه قاضي راجحاً يراه غيره مرجوحاً، وما تراه محكمة مشهوراً تراه أخرى غير ذلك، وما يعد عملاً جارياً لدى محكمة يعد غير ذلك لدى غيرها، وهكذا... مما يؤدي إلى الاضطراب في العمل القضائي. هذا فضلاً عن كون المدونة لا تعين أصحاب الأقوال المعتمدة، ولا الكتب والمراجع الرسمية المعتمد بها عند أخذ القاعدة الفقهية المحال عليها. مكع العلم أن الفتوى كانت لا تجوز في المذهب، إلا بما يرويه العدل عن العدل عن المجتهد الذي يقلده المفتي، كما هو الأمر عند أصحاب الحديث، لأن ذلك يعتبر نقلاً لدين الله.

وعلى ذلك يفترض أن الضوابط المعتمدة، هي ضوابط الترجيح المقررة لدى فقهاء المذهب. غير أنه إذا كان المجلس الأعلى يعتمد مقتضيات هذه الضوابط الفقهية، فإنه لا يقوم بنفسه بعملية الترجيح، بل يعتمد ما تم ترجيحه أو تم القول بأنه مما جرى به العمل، وفقاً لأقوال الفقهاء في المذهب. وعلى ذلك فمسألة الترجيح تجري على خلفية مناقشة الفقهاء لما يرجحونه هم، ووفق ما يتم سوقه من نصوصهم الفقهية بشأن ذلك.

رابعاً / 1 / ب - نطاق قاعدة الإحالة:

حددت المدونة نطاق الإحالة على الفقه في الراجح، والمشهور، وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك. بينما يعرف المذهب المالكي، ونطاق هذا التحديد ضيق بالنسبة لمختلف الأقوال والروايات المعتمدة في القضاء والفتوى في المذهب المالكي (المتفق عليه، المساوي لمقابله، الشاذ، الضعيف، الأشهر). وبذلك فسلطة القاضي في الرجوع إلى القواعد الفقهية محددة منذ البداية، وبالإضافة إلى ذلك فإن المدونة لم تتعرض لضابط الترجيح بين مختلف الأقوال والروايات التي أحالت عليها أي الراجح والمشهور. إذ لم تتعرض لما يقدم منهما عند التعارض، كما لم تتعرض لضوابط الأخذ بما جرى به العمل الذي يبنى في الواقع على القول الضعيف أو الشاذ لظروف اقتضت ذلك. ولذلك فقد تم التطرق إلى مفهوم عناصر نطاق الإحالة المذكورة، وضوابط الترجيح بينها وفق ما يقرره فقهاء المذهب. وذلك في محاولة لرصد ما إن كان المجلس الأعلى يستعمل هذه الضوابط عند اعتماده القواعد الفقهية في القضايا التي يعمل فيها بالإحالة على الفقه.

ولقد وقفت عند مسألة أعتقد أنها مهمة وترتبط بالاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى، وهي التساؤل عما إن كان اجتهاد المجلس الأعلى يعتبر من قبيل ما جرى به العمل؟ وهذا التساؤل طرحه بعض الفقهاء المغاربة المعاصرين، ونظروا له أيضاً وفق الضوابط الفقهية لما جرى به العمل. وقد وجدت أن المجلس الأعلى له رأي في الموضوع. إذ اتخذ المجلس الأعلى خطوة بهذا الشأن، فاعتبر المجلس الأعلى فعلاً أن عمله بخصوص قضايا معينة يطبق فيها القواعد الفقهية، مما جرى به العمل، خاصة ما صدر عن غرفتين مجتمعيتين. ويمكن أن يدخل هذا الموقف في باب الاعتداد بالاجتهاد القضائي الصادر عن المجلس الأعلى، لإعطائه قوة أكثر أمام محاكم الموضوع، ترقى به إلى مصاف القاعدة القانونية، وذلك من أجل توحيد الحلول القانونية. كما يمكن أن يعتبر هذا الموقف من جهة أخرى، من باب اعتماد مسائل جديدة فيما جرى به العمل في المغرب. والنتيجة المنطقية لهذا الموقف، هو أن المتقاضين يمكنهم أن يبنوا وسائل دفاعهم، على الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى المعترف مما استقر عليه عمل المجلس وفق الضوابط التي حددها المجلس. إلا أن ما يطرح السؤال عن القيمة الحقيقية لهذا العمل المستمد من اجتهاد المجلس الأعلى، هو التراجع من طرف المجلس الأعلى عن الاجتهاد الذي سبق له أن أقره، وهذا من أهم حجج خصوم القاعدة القانونية المستمدة من عمل القضاء.

وارتباطاً مع موضوع ما جرى به العمل، تطرقت إلى بعض الأعراف التي يأخذ بها القضاء المغربي حالياً. إذ من المعلوم أن المدونة تعتد ببعض الأعراف (الزيارة بالمعروف بين الأزواج،

الكفاءة،)، وكذلك قانون الالتزامات والعقود، ومنذ زمن اعتد المجلس الأعلى بالعرف بشرط ألا يخالف قاعدة شرعية. ولذلك فإن المجلس الأعلى، يعتد في ميدان الأسرة، بما يتعلق بحق سعاية أو كد المرأة، الذي كثر الحديث عنه مؤخرا، وأدى بالبعض إلى الحديث عن التدبير التعاقدى لشؤون الأسرة والتنظير له. وإن كان التساؤل يثور حول عدم الاعتداد بهذا العرف محليا أو بحسب الجهة فحسب، وذلك لأن الزوجة أصبحت تعمل على الصعيد الوطني كله.

رابعا / 1 / ج - كيفية تعامل القضاء المغربي مع مفهوم الإحالة على المذهب المالكي:

إذا كان ما

سبق بيانه أعلاه، يتعلق بنطاق قاعدة الإحالة على المذهب المالكي، فكيف تعامل المجلس الأعلى مع قاعدة الإحالة في حد ذاتها، أي من الناحية الشكلية؟ بهذا الخصوص كان على المجلس الأعلى أن يواجه مشكل نطاق إعمال قاعدة الإحالة على مستويين :

- مسألة ما إن كانت هذه الإحالة شاملة لقواعد الشكل والموضوع، أم أنها قاصرة على

القواعد الفقهية الموضوعية فقط .

- ومسألة حصر قاعدة الإحالة على المذهب المالكي، في كتب المدونة التي ذيلت بالقاعدة المذكورة . وهو ما اعتمده المجلس الأعلى في قرارات قليلة جدا وفريدة، وهذه المسألة الآن لا تثير إشكالا كبيرا وانتهى الحسم فيها باعتماد المجلس الأعلى على الفقه المالكي وباضطراد، بالنسبة لكتب المدونة التي لم ينص فيها على قاعدة الإحالة (الكتاب الأول، والكتاب الثالث).

أما بالنسبة للمسألة الأخرى والمتعلقة بما إن كانت الإحالة شاملة لقواعد الفقه الموضوعية والإجرائية المسطرية، أم أنها قاصرة على القواعد الموضوعية فقط، فإني أعتقد أن مثار الإشكال ناجم عن كون الفقه الإسلامي بصفة عامة لا يعرف الفصل التام بين القواعد الموضوعية والقواعد المسطرية الإجرائية، والمدونة تأثرت بهذا، وقضاء الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ كذلك. فرغم أن المدونة قانون موضوع أصلا، فإنها تضمنت جوانب مسطرية كما هو الأمر في حالة التطبيق للضرر مثلا، كما أن المجلس الأعلى ورغم وجود قانون المسطرة المدنية، لازال يطبق قواعد مستمدة من قواعد المسطرة الفقهية القديمة في بعض المواضيع.

ومما يرتبط بالجانب الشكلي في التعامل مع قاعدة الإحالة من طرف قضاء الأحوال الشخصية، مسألة هامة جدا وتتعلق بعدم الإشارة في الأحكام القضائية، إلى أن تطبيق القواعد

الفقهية هو من باب إعمال قاعدة الإحالة، إذ أن قاضي الأحوال الشخصية عموماً، لا ينص غالباً على أنه إنما يطبق قاعدة الإحالة بسبب عدم نص المدونة على حكم موضوع ما . وقليلة هي القرارات التي نص فيها المجلس الأعلى صراحة، على أنه يطبق القواعد الفقهية تبعاً لقاعدة الإحالة. إذ يتم الرجوع إلى الفقه مباشرة، دون توسط الفصول التي تقرر الإحالة عليه . وقد بينا أن ذلك راجع إلى الاعتقاد بأن المدونة ما هي إلا تدوين لنصوص الفقه المالكي، ولذلك فإن القضاء غالباً ما يرجع إلى الفقه مباشرة حتى مع وجود النص في المدونة.

رابعا / 2 - تطبيق المجلس الأعلى لقواعد الفقه المالكي في قضايا الأحوال الشخصية:

إن ماسبق

بيانه أعلاه، كان بغرض رسم الإطار العام الذي يتم على أساسه الرجوع إلى قواعد المذهب المالكي المحال عليها، أي كيفية التعامل مع قاعدة الإحالة في حد ذاتها. وإن إعمال قاعدة الإحالة بالمعنى الذي سبق بيانه، يعني تطبيق قواعد فقهية مستمدة من المذهب المالكي، باعتباره مصدراً تكميلياً لنصوص مدونة الأحوال الشخصية . والقاعدة الفقهية التي ستعينا هنا، هي القاعدة الفقهية بمدلولها العام، أي باعتبارها الحكم العملي الذي استنبطه فقهاء المذهب المالكي، من المصادر الأصلية للشريعة الإسلامية ، سواء كان مما قاله الإمام مالك أو قال به فقهاء المذهب وجاء على طريقة الإمام مالك وقواعده التي بنى عليها المذهب، فهذا هو الحكم الذي يبحث عنه القاضي أثناء إعماله لقاعدة الإحالة تبعاً لنصوص مدونة الأحوال الشخصية.

وهذه العملية : عملية البحث عن النص الفقهي في أمهات كتب الفقه المالكي، هي عملية معقدة، لأنها من ناحية قد تغري القاضي بحشر كلام أي فقيه في المذهب ضمن نطاق القاعدة القانونية المبحوث عنها، وهي من ناحية أخرى تستوجب إنزال الحكم الفقهي على واقعة متجددة قد تكون مخالفة لمبررات صدور الرأي الفقهي . ولذلك فإن أحد رؤساء الغرفة الشرعية السابقين بالمجلس الأعلى يقول : ((إن البحث عن النص الفقهي، أو القاعدة القانونية، واستخراجه من بين دفات الأوراق الصفر، وعرض الجزئيات الواقعية المتجددة عليه، وجعلها من مشمولاته، أصبح عسيراً، أو لا يعقله إلا العالمون)) .

ولذلك وفي سبيل الوقوف على موقف المجلس الأعلى من تطبيقه للقواعد الفقهية في ميدان الأحوال الشخصية، كان لابد في البداية من التعرض للمجال الذي تطبق بصدده هذه القواعد، وهذا المجال هو دعوى الأحوال الشخصية بما لها من أبعاد قانونية وفقهية واجتماعية.

ثم بعد ذلك يتم تقييم بعض قرارات المجلس الأعلى المنشورة، التي يعتمد فيها على القواعد الفقهية في دعاوى الأحوال الشخصية.

رابعا / 2 / أ - الأبعاد الفقهية لدعوى الأحوال الشخصية:

إن دعوى الأحوال الشخصية تتميز بميزات خاصة، ورغم ذلك فإنها من المسائل التي لا يُعرض لها بالعناية التي تُولى عادة لقواعد الأحوال الشخصية الموضوعية . وذلك، رغم أن الكيفية التي يمارس بها حق التقاضي بخصوص مادة الأحوال الشخصية، من الأمور التي تؤثر على القواعد الموضوعية المذكورة . هذا، فضلا عن كون العمل القضائي بخصوص دعوى الأحوال الشخصية - خاصة عمل المجلس الأعلى - يشكل مدخلا هاما لفهم الدور الذي تلعبه المؤسسة القضائية في ميدان التقاضي في مادة الأحوال الشخصية، لأن الكثير من خصائص دعوى الأحوال الشخصية مستمد من قرارات قضائية، صدرت : إما لسد فراغ قانوني، أو أخذا بتأويل معين لنص فقهي أو قانوني في الموضوع . حيث تبين الدراسة أن المجلس الأعلى أقر مبادئ غير منصوص عليها في مادة التقاضي في مادة الأحوال الشخصية، سواء في قواعد رفع دعوى التطليق للضرر، أو مقاضاة القاصر لوليّه بشأن النفقة . وذلك اعتمادا في الغالب على قواعد فقهية .

كما أبرزنا البعد الديني لدعوى الأحوال الشخصية، فالجانب الديني في دعوى الأحوال الشخصية لا يخفى، سواء بالنسبة لأطراف القضية، أو بالنسبة للمحامي أو القاضي . كما أن ارتباطها في بعض المسائل بأمور تعد من حقوق الله تعالى وبالنظام العام، جعل القضاء يقبل بعض المساطر التي تبررها قواعد دعوى الحسبة الشرعية. وهكذا تطرقنا إلى ضرورة اعتبار العقيدة الدينية للقاضي والمحامي في تلك الدعوى، حيث بينا موقف المجلس الأعلى بهذا الصدد من ترفع المحامين غير المسلمين في دعاوى الأحوال الشخصية. كما تطرقنا إلى اعتماد القضاء عموما لوسائل إجرائية فقهية قد تبدو مخالفة لنظام التقاضي الحالي، عن طريق اعتماد دعوى الحسبة الشرعية في ميدان الأحوال الشخصية، وقد أبرزنا بهذا الصدد دور النيابة العامة في قضايا لأحوال الشخصية، والمفهوم الضيق الذي حصر فيه المجلس الأعلى قضايا الأحوال الشخصية الواجب تبليغها إلى النيابة العامة، مما يحول دون قيامها بدورها الكامل بهذا الصدد.

وأعتقد أنه وفي سبيل تنظيم الإجراءات المسطرية لدعوى الأحوال الشخصية، ورفع بعض أوجه النقص في التشريع، أو رفع التضارب بين قواعد المسطرة المدنية وبعض الإجراءات المستمدة من الفقه - ينبغي تدخل المشرع لمعالجة بعض الجوانب المسطرية المتعلقة بهذه الدعوى . وتفعيل

دور النيابة العامة في هذا المجال، التي يقع عليها نفس العبء الذي يقع على قاضي الأحوال الشخصية، من حيث إيلاء الاهتمام اللائق بهذه الدعوى، والتدخل كلما اقتضى الأمر ذلك، ليست بصفتها طرفاً منضمًا، بل كطرف رئيسي في دعوى تهم مؤسسة هي قوام المجتمع . مع توسيع القضاء لمفهوم دعاوى الأحوال الشخصية التي يتعين إحالتها على النيابة العامة، وفق ما تقتضيه عمومية نص المشرع .

رابعا / 2 / ب - تقييم تطبيق المجلس الأعلى لبعض القواعد الفقهية :

إن المعطيات المرتبطة بدعوى

الأحوال الشخصية، ومميزات قاعدة الإحالة على الفقه المالكي، كما سبق عرضها، تضي على العمل القضائي في هذه المادة ميزة تجعل الاجتهاد فيها متسما بميزات خاصة، لا يعرفها اجتهاد قضاة باقي مواد القانون، ومن هنا يتميز الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية بتفرده، من حيث القواعد التي ينبنى عليها. إذ فضلا عن حصر مجال الاجتهاد في قواعد الفقه، من خلال تحديد مجال الإحالة، فإن المجلس الأعلى يمارس رقابته بشأن القواعد التي يتم اعتمادها، عند أعمال قاعدة الإحالة في حالة عدم النص.

فهل يشكل مجرد الرجوع إلى قواعد الفقه اجتهادا قضائيا ؟ بمعنى هل يشكل الرجوع إلى المصدر التكميلي لنصوص المدونة، اجتهادا قضائيا بمعناه الكامل، أي خلق القاعدة القانونية من طرف القضاء ؟ والحال أن نفس الفقه يعتبر من باب القواعد القانونية إلا أنها غير مدونة، كما أن المجلس الأعلى نفسه، يعتبر أن خرق القاعدة الفقهية يعتبر خرقا للقانون. لقد تبين من تصنيف طرق تعامل المجلس الأعلى مع قواعد الفقه المالكي، وذلك من خلال القرارات موضوع البحث الخلاصات التالية:

- إما التطبيق النصي لهذه القواعد الفقهية بخصوص مسائل لم تنص عليها المدونة . حيث اتخذ عمل المجلس الأعلى بشأنها صفة مبادئ قانونية، تسد النقص الوارد في مدونة الأحوال الشخصية .
- أو الخروج عن مشهور الفقه المالكي في بعض الأحيان، لاعتبارات معينة .
- أو استبعاد القواعد الفقهية، والاكتفاء بنصوص المدونة مع تأويلها.
- أو أعمال القواعد الفقهية، في سبيل تقييد نصوص المدونة .
- أو استبعاد الأخذ بحلول جديدة، رغم أن لها أصولا فقهية.

وإذا كان خروج المجلس الأعلى عن بعض المشهور في قواعد المذهب المالكي، يستجيب لبعض حاجيات نظام الأسرة، فإن توسيع هذا الاتجاه، سيكون في صالح مؤسسة الأسرة المعاصرة، خاصة إذا تعلق الأمر بمجرد آراء فقهية اجتهادية .

أ - اعتماد إن المجلس الأعلى على القواعد الفقهية سدا لنقص في المدونة: حيث يعتبر في الغالب هذه القواعد مصدرا تكميليا للمدونة، وهو ما يبدو من خلال الكثير من القرارات التي اعتمدها في هذا البحث، حيث يطبق المجلس الأعلى قواعد الفقه المالكي في كل ما لم تنص عليه المدونة، سواء فيما يتعلق بعقد الزواج والطلاق و النسب والحضانة والنفقة، أو فيما يتعلق بإعمال قواعد الإثبات المستمدة من الفقه. وذلك بالشكل الذي يجعلنا أحيانا أمام مبادئ قانونية درج عليها المجلس الأعلى، خاصة فيما يتعلق بالقضايا المرتبطة بالخلوة بين الزوجين كسبب موجب لكامل الصداق، وطرق تقاضي الزوجة بشأن النفقة، وتديد مقتضيات الفصل 47 من المدونة إلى حالة النفساء لكن خارج إطار القياس، وعن طريق اعتماد الفقه، وتحديد الشروط اللازمة لممارسة مسطرة اللعان، وهي شروط لا تمكّن من ممارسة هذه المسطرة، كما يبدو من قرارات المجلس الأعلى المنشورة لحد الساعة، وتطبيقات المدة القصوى والمدة الدنيا لأمد الحمل، التي يدمج فيها المجلس الأعلى بين أحكام الفقه وأحكام المدونة، وإن كان قد وسع من مقتضيات المدونة المتعلقة بأقصى مدة الحمل أخذا برأي بعض الفقه.

ب - مخالفة مشهور المذهب المالكي توسيعا لمقتضيات المدونة: حيث خرج المجلس الأعلى عن المشهور المقرر في الفقه المالكي في بعض قراراته، وذلك لاعتبارات اجتماعية لا تخفى، وهي حلول تساير متطلبات ضبط مسائل مهمة تتعلق بالأحوال الشخصية، كعدم الاعتماد بالريقة كسبب من أسباب النفقة نظرا لإلغاء الرق في المغرب، وفرض المجلس الأعلى لضرورة الإشهاد على الرجعة، وخروجه عن القواعد الفقهية في إثبات الوضع والولادة، وذلك باعتماد شهادات الوضع الطبية، وهي خطوات على محدوديتها فإنه مع ذلك كان يتعين إبرازها.

ج - استبعاد تطبيق قواعد الفقه أحيانا فيما لم تنص عليه المدونة: حيث يكفي المجلس الأعلى بتأويل نصوصها، وخير مثال على ذلك موقفه من انتقال ولي المحضون كسبب مسقط للحضانة، الذي لم تنص عليه المدونة. فبعد أن كان المجلس الأعلى يساير موقف الفقه المالكي الذي يعتبر انتقال الولي من مسقطات الحضانة، عاد المجلس الأعلى واعتبر أن الفصل 107 من المدونة، قاصر على انتقال الحاضنة إلى بلد آخر، فاستبعد بذلك تطبيق قواعد الفقه المالكي على حالة انتقال الولي، وأعطى تفسيرا جديدا لمسألة عسر المراقبة.

د - تقييد نصوص المدونة تبعا لقواعد الفقه: مما قد يجد من إطلاق النص الوارد في المدونة . كما يتجلى ذلك في الحد من مرونة مفهوم الضرر الموجب للتطليق، وجعل دعوى التطليق للضرر توقف دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية، واشتراط وجود أنثى للحاضن الذكر حتى يمكنه ممارسة حق الحضانة، وعدم جواز سكنى الجدة الحضنة مع من سقطت حضانتها، ثم اعتماد قواعد إثبات مرتبطة باللفيف حتى فيما يتعلق بإسقاط الحضانة المرتبط بوقائع مادية أساسا، أو اعتماد قواعد تقلل من ضمانات حق الزوجة في شوارها.

هـ - استبعاد الأخذ بحلول فقهية جديدة في ميدان إثبات النسب رغم أن لها أصولا فقهية: فإذا كان إثبات النسب يهيم عليه قاعدة الولد للفراش، فإنه يتعين البحث عن موقف المجلس الأعلى من تطبيق هذه القاعدة في الظروف الراهنة . ويتعلق الأمر بحمل الخطيبة وما إن كان يمكن اعتبار الخطيبة فراشا؟ فقد نادى نظرية فقهية حديثة في المغرب (رئيس المجلس العلمي السابق بفاس) بإمكان نسبة الحمل للخطيب بتوافر شروط معينة، وقد اعتمد مشروع مدونة الأحوال الشخصية (1981) جوانب من هذه النظرية، كما أن بعض الأحكام القضائية اعتمدت العمل بهذه النظرية، لكن المجلس الأعلى ردها. وبالإضافة إلى ذلك فإن المجلس الأعلى لا يقبل إثبات النسب بواسطة تقييدات الحالة المدنية، إذ لا يعتبرها إقرارا بثبوت النسب، كما أنه يستبعد الخبرة في ميدان نفي النسب، رغم أن الفقه يعتد بالقافة.

خامسا: الخلاصة العامة

إن دراسة الملفات القضائية المتعلقة بالأحوال الشخصية الراجعة لدى المحاكم، تبين مدى التطورات التي عرفتها مشاكل الأسرة المغربية، وأشكال التباعد التي حصلت باستمرار بين النموذج الأسري القانوني الساكن، وبين النموذج الأسري الواقعي المتحول. فلقد تغيرت الأدوار داخل البنية الأسرية بما أثر على طبيعة العلاقات السائدة فيها. ويضاف إلى ذلك مجمل التحديات التربوية والأخلاقية التي فرضتها الثورة الإعلامية وحركات حقوق الإنسان في العالم، بحيث رصد الباحثون أن هناك تحولا في بنية الأسرة المغربية، ما فتئ يبتعد أكثر فأكثر عن النموذج القانوني المرسوم للأسرة المغربية. وإذا أضيفت إلى هذه التحديات الخارجية، مسألة أخرى تتعلق بالممارسات الاجتماعية، الناجمة عن ضعف الوازع الديني، وتدهور القيم الأخلاقية، فإن قانون

الأحوال الشخصية يصادف تقاليد اجتماعية تولد " إنتاجا " قانونيا مضادا حتى بالنسبة لنصوصه المتقدمة . حيث تؤدي بعض الممارسات الاجتماعية، إلى إضعاف مقتضيات القاعدة القانونية²²⁷³ .

ففي وضع كهذا تكاد القاعدة القانونية أن تبقى مسألة نظرية، إذ في الواقع، كثيرا ما تكون الممارسات الفردية والعائلية (القانون الحي) أكثر تأثيرا من قواعد القانون الرسمي الذي ينظم مسائل الأحوال الشخصية، وهذا مؤشر من بين عدة مؤشرات، يدل على نسبية قدرة القانون، عندما ينحسر في تنظيم العلاقات الحميمة . فالعلاقات العائلية هي المجال الأمثل لـ " لا قانون " رغم أنها مضبوطة بقواعد تتصل أحيانا بالنظام العام²²⁷⁴ .

في ظل هذه المعطيات الاجتماعية التي تمس ميدان الأحوال الشخصية، تنتصب منظومة قانونية وفقهية تطبع مجال الأحوال الشخصية بثنائية تنظيمية. إذ إن مادة الأحوال الشخصية محكومة بمقتضيات قانونية وفقهية، تتجسد معها ثنائية في القواعد التي تحكمها. وهي ثنائية قائمة ليس على صعيد القانون والفقهاء المالكي المحال عليه فقط، بل هي قائمة أيضا على صعيد نصوص مدونة الأحوال الشخصية وقوانين أخرى تمس ميدان الأحوال الشخصية، وعلى نطاق نصوص مستمدة من المذهب المالكي في عمومها، ونصوص أخرى استمدتها المدونة من خارج هذا المذهب .

ففي وضع كهذا يتم التساؤل عن موقف قضاء الأحوال الشخصية، باعتبار دوره في تفعيل النصوص القانونية والفقهاء التي يطبقها بهذا الخصوص . ولقد كانت مختلف فصول هذا البحث،

²²⁷³ - فسعي المشرع لحماية رضى المرأة في الزواج يلقي مجاهمة في الواقع الاجتماعي نتيجة غياب شروط اقتصادية واجتماعية وثقافية تصون هذا الرضى. ورغبة المشرع في تنظيم الزواج عن طريق الإشهاد عليه، يواجه بممارسات تعرقل هذا التنظيم. وحق الزوجة في التصرف في صداقها، وما لها يبقى مجرد اعتراف قانوني / نظري مستحيل التطبيق في الواقع (انظر: فريدة بناني - حق تصرف الزوجة في مالها (حق شرعي وقيود تشريعية) . مرجع سابق، ص 32). وبالمقابل فإن مؤسسات مقننة لا تلقى المجال للتطبيق بالسهولة التي كانت من قبل، كتعدد الزوجات، واختصاص الزوج بالنفقة على الأسرة . إذ نتيجة الظروف الاقتصادية تقلص اللجوء إلى التعدد، ونتيجة الظروف ذاتها، تضطر الزوجة للمساهمة في أعباء الأسرة. وبفعل موجة العصرية تحمل الزوجة لاسم زوجها العائلي في بعض الأوساط الراقية، رغم أن المدونة تنص على احتفاظ الزوجة باسمها العائلي (انظر: محمد الشافعي: اسم المرأة المتزوجة في القانون المقارن . بالجلد المغربية للقانون، العدد 13، السنة 1987، ص 143 وما بعدها، خاصة الصفحة 153).

²²⁷⁴ - Jean DEPREZ , Pratique juridique et pratique sociale dans la genèse et le fonctionnement de la norme juridique, in Actes du Colloque (DROIT ET PRATIQUE AU MAROC), Casablanca, 1994, P. 52 et 53 .

عناصر لتكوين صورة عن هذا الموقف من خلال عمل المجلس الأعلى، وما يمكن أن يجمله من اجتهاد قضائي في الموضوع، يلي متطلبات الأسرة المغربية المعاصرة .

ودون تكرارا لما استجمعناه في خلاصات الفصول السابقة حول عمل المجلس الأعلى بهذا الخصوص ، فقد تبين بالفعل أن المجلس الأعلى يبت في عدد كبير من قضايا الأحوال الشخصية، ويبدل مجهودات كبرى في سبيل الفصل فيها²²⁷⁵، إلا أن الرغبة قائمة في أن تكون حلوله أكثر قربا من الواقع الأسري الذي يعرفه مجتمعنا. إذ نادرة هي الحالات التي خرج فيها المجلس الأعلى،

2275 - جاء في كلمة الرئيس الأول الأسبق للمجلس الأعلى، المرحوم محمد العربي المجدود، بمناسبة الذكرى الثلاثين لتأسيس المجلس الأعلى، حول دور الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى، التي تهتم أساسا بقضايا الأحوال الشخصية : ((إنه لدور صعب، لا لجسامة القضايا وخطورتها، ولكن لتعقيدها أيضا، وما تتطلب من بحوث وتعمق، استهدافا لتوضيح القاعدة الشرعية، التي تنطبق على كل نازلة على حدة، وتوحيد العمل القضائي الوطني.

يبد أن بعض رجال القانون، الذين يعيرون اهتماما خاصا لهذا الميدان، يذهبون إلى القول بأن القضاء الشرعي، يتقيد بحرفية النصوص، وبالراجح والمشهور وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك . دون الخروج عن هذا الإطار، للإدخال في الحساب الواقع الاجتماعي والحقائق الجردة . وإن القضاء المغربي برمته أصبح في مادة الشريعة، أسيرا داخل حقل أحكام مدونة الأحوال الشخصية وقواعد مذهب مالك، مع الالتزام المطلق باحترام ما ذهبت إليه آراء أقطاب الفقه المالكي ووصل إليه اجتهادهم . وأن السير على هذا النهج يجد تأييدا من المعارضين لكل تفتح على العالم المعاصر وانعكاس الحضارة الغربية على مجتمعنا، والذين يعللون نظريتهم بأن أبواب الاجتهاد هنا قد أغلقت وطويت مرحلته الأخيرة . وأن كل تغيير قد يؤدي إلى تنافر مع المبادئ الأساسية التي وضعها علماء الفقه المالكي استنادا إلى القرآن والسنة .

بعيدا عن هذا الجدال، إن غرفة الأحوال الشخصية، تسلك مسلك التروي والحكمة في هذا المجال الذي يختلف عن الميادين القانونية الأخرى، لما له من آثار مباشرة وحاسمة على شعب مسلم متشبث بمبادئ وأخلاق الدين الحنيف . لكنها لم تتبن أبدا اتجاه التزمت، بل انطلقت دائما من مبدأ أساسي، مبني على التمسك بالصرف بالأحكام القارة للشريعة، التي لا تتأثر بالعوامل الخارجية والغير القابلة للتغيير حسب الظروف المحيطة بها والتي تعد من النظام العام، والأحكام الأخرى منها التي يبقى باب الاجتهاد فيها مفتوحا لجعلها ملائمة للحقائق الاجتماعية المعاشة .

إن الدور الرئيسي لهذه الغرفة، يبقى منحصرا في مراقبة القرارات القضائية المطعون فيها بالنقض وإبطالها كلما أحلت بالقانون والقواعد والمبادئ الرئيسية للفقه المالكي من جهة . كما أن دورها في قمة الهرم القضائي يحتم عليها أن تبين القاعدة التي يجب تطبيقها على النوازل سعيا إلى إصلاح أخطاء قضاة الموضوع، وتنظيم القضاء الشرعي وتوحيده في المملكة .

ولقد أدت دورها على الوجه الأكمل، وأصاب الهدف بتوحيد العمل القضائي في سائر التراب الوطني وإسناده على أسس سليمة ((محمد العربي المجدود - الذكرى الثلاثون لتأسيس المجلس الأعلى - بمجلة القضاء والقانون، عدد 138، فبراير 1988، ص 11 - 12).

بقرارات من شأنها مواجهة بعض الأوضاع الطارئة على نظام الأسرة، وكثيرة هي الأمور الحادثة التي تنتظر حلولاً مستقرة من المجلس الأعلى، ولا شك أن هذا هو ما جعلنا لا نجد صدى لبعض قراراته في التعديل الذي طال المدونة مؤخرًا، كمشكل عدم الإشهاد على الزواج، ومشكل سكني المحضون، وإثبات النسب في حالات معينة، وبعض قضايا النفقة مثلاً. ومعلوم أن قرارات واجتهاد المحاكم العليا، هي مرشد المشرع في كل ما يقدم عليه من تطوير للتشريع، لمواجهة مستجدات الواقع.

ولاشك أن المجلس الأعلى واع بالدور الجديد المطلوب منه على صعيد مختلف الميادين، ويكفي للتدليل على ذلك أنه احتفل بذكره الأربعين تحت شعار: ((عمل المجلس الأعلى والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية))²²⁷⁶، بما يحمله هذا الشعار من دلالات تهم الأسرة أيضاً، لأن ميدان الأحوال الشخصية يتطلب المزيد من الاهتمام والاجتهاد، خاصة بالنسبة للقضاء المرتبط بالأسرة وقضاياها، فقديمًا كان الفقهاء يشترطون في قاضي الأحوال الشخصية أن يكون مجتهداً²²⁷⁷، وإن المطلوب الآن هو منهجية جديدة للاجتهاد²²⁷⁸، ومنهجية جديدة لقراءة الفقه²²⁷⁹، خاصة بالنسبة لما بني منه على مجرد آراء اجتهادية محض.

²²⁷⁶ - انظر: النشرة الداخلية للمجلس الأعلى، عدد 2، السنة 1997، ص 39.

²²⁷⁷ - ولذلك خص الفقهاء المسلمون قديماً، قاضي الأحوال الشخصية بشرط خاص. فقد قرر الإمام السيوطي ((أما "عاقدة الأنكحة"، فيشترط فيه أن يكون من أهل الاجتهاد، في باب النكاح خاصة)) (الرد على من أخلد إلى الأرض وجهل أن الاجتهاد في كل عصر فرض)) للإمام جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي (849 هـ - 911 هـ). حققه الشيخ خليل الميس، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت 1983، ص 96.

²²⁷⁸ - انظر مداخلة أستاذنا الدكتور أحمد الخليلي ((منهجية الاجتهاد)) أمام ندوة جمعية جسور ((المسألة النسائية ودور الاجتهاد في الإسلام)) المنظمة بالرباط يوم 19 و 20 فبراير 1999. حيث نادى بفكرة الانتقال من الاجتهاد الفردي إلى اجتهاد الأمة، لأنها هي التي تقرر مفهوم العدالة الاجتماعية ورفع الحرج والمساواة، معتبرا أن مشكلتنا مع الأسرة في الأساس ليست قانونية ولا دينية ولكن ثقافية. انظر تغطية جريدة الاتحاد الاشتراكي لأشغال الندوة، عدد 27 فبراير 1999.

²²⁷⁹ - لقد تساءل السيد وزير الأوقاف الدكتور عبد الكبير العلوي المدغري: ((إذا كان لا بد من قراءة جديدة للفقهاء فهل هناك مانع؟ ما هي الأحكام الشرعية التي تحتاج إلى مراجعة أو تغيير؟ وما هو الهدف الذي سنحرص على تحقيقه من وراء التغيير؟ وهل هذا الهدف فيه مصلحة محققة للمرأة والمجتمع؟)) (عبد الكبير العلوي المدغري - المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير. مطبعة فضالة، المحمدية 1999، ص 46). وأجاب: ((ويقتضى الجواب عن السؤال هو أنه ليس هناك مانع من قراءة جديدة للفقهاء، بل ليس هناك مانع من التغيير الذي لا يمس نصوص الكتاب والسنة القطعية الدلالة، إذا تم على يد المجتهدين من علماء الشريعة، وطبق شروط الاجتهاد

إلا أن آليات أخرى ينبغي اتخاذها لتفعيل دور المجلس الأعلى في هذا المجال، ولاسيما فيما يتعلق بتوحيد عمله القضائي²²⁸⁰ الذي ما فتئت الدعوة إليه تتكاثر²²⁸¹. كما أن فهما أوضح لقرارات المجلس الأعلى، يستوجب تبسيط اللغة القانونية التي تحرر بها الأحكام²²⁸²، وبصفة خاصة ما يرتبط منها بتطبيق القواعد الفقهية. وفيما يتعلق بعملية نشر القرارات ينبغي أن تتم بكيفية منتظمة، ووفق قواعد فنية، ولاسيما بالنسبة لوضع القواعد المستخلصة من القرارات، وتسهيل البحث عنها بواسطة استعمال المعلومات. كما يمكن اتخاذ حلول تشريعية تركز مبدأ (طلب الرأي) حيث يوجه إلى المجلس الأعلى طلب من قبل محاكم الموضوع، لإعطاء رأيه

(وقواعده) (عبد الكبير العلوي المدغري - المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير. مطبعة فضالة، الحمديّة 1999، ص 47). ويقول أيضا: ((فرأينا هو أن التعديلات التي ينبغي إدخالها على مدونة الأحوال الشخصية، يجب أن تنطلق من الأصول المعتمدة شرعا، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان والاستصلاح والاستصحاب وعمل أهل المدينة وغيرها من أصول الفقه)) (المرجع السابق ص 120).
²²⁸⁰ - جاء في كلمة الرئيس الأول الأسبق للمجلس الأعلى، المرحوم محمد العربي المجبود، بمناسبة الذكرى الثلاثين لتأسيس المجلس الأعلى: ((إن الدور الرئيسي للمجلس الأعلى، هو قبل كل شيء: السهر على تطبيق القانون تطبيقا محكما في دائرة صيانة حقوق المتقاضين، وإنه ليؤدي هذا الدور على ضوء المبادئ العامة للعدل، مقتنعا، كلما أمهت قضية كيفما كان نوعها، أنه سلك الاتجاه السليم، اعتقادا منه أن المهمة المنوطة به هي مهمة أديبة وروحية في نفس الوقت... إنه بوصفه ساهرا على وحدة الاجتهاد القضائي يسعى إلى تحقيق المساواة بين المواطنين أمام القانون. إن توحيد العمل القضائي على المستوى الوطني، يشكل الدور الرئيسي للمجلس الأعلى، وإن هذا الأخير، لن يكون في مقدوره إنجاز هذا الدور سليما من كل إخلال، إلا إذا وحد عمله القضائي هو نفسه)) .
 (انظر: محمد العربي المجبود - الذكرى الثلاثون لتأسيس المجلس الأعلى - بمجلة القضاء والقانون، عدد 138، فبراير 1988، ص 21 - 22).

²²⁸¹ - وما فتئت الدعوة تتكاثر لتوحيد اجتهاد عمل المجلس الأعلى. فخلال لقاء جمعية هيآت المحامين بالمغرب سنة 1998، مع السيد الرئيس الأول للمجلس الأعلى. قدمت الجمعية مذكرة إلى الرئيس الأول السيد إدريس الضحاك. وقد أشارت المذكرة إلى ضرورة توحيد اجتهاد غرف المجلس الأعلى بخصوص الموضوع الواحد. واقترحت في هذا الصدد عقد مناظرات وندوات تجمع مختلف رجال القانون لمناقشة مختلف الموضوعات التي تختلف حولها الرؤى، مع تناول قرارات المجلس الأعلى بالدراسة والتعليق (انظر نص المذكرة بمجلة الإشعاع، عدد 17، السنة 1998، ص 337 وما بعدها. وانظر بنفس العدد، (ص 333 وما بعدها) نص المذكرة من قبل جمعية هيآت المحامين بالمغرب إلى السيد الوزير الأول عبد الرحمان اليوسفي).

²²⁸² - إن مختلف غرف المجلس الأعلى لا تتبنى طريقة موحدة في صياغة قراراتها. ولهذا السبب فقد تم تناول هذه القضية في اجتماع مجلس الرؤساء الرابع بالمجلس. وعهد إلى لجنتين بالبحث في الأمر، الأولى مكلفة بالمادة المدنية، والثانية بالمادة الجنائية الأعلى (انظر محضر الاجتماع الرابع لمجلس الرؤساء بتاريخ 20 / 12 / 1995، بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 49 / 50، ص 344 - 345).

كمحكمة للنقض بخصوص قضايا قانونية جديدة، تطرح عدة منازعات عند التطبيق²²⁸³، مع تفعيل مسطرة البت بمجموع الغرف بالنسبة للقضايا موضوع الخلاف القانوني. وفضلا عن كل هذا، لا بد من الاعتناء بتكوين قاضي الأحوال الشخصية تكوينا قانونيا وفقهيا، وإطاعه على مختلف العلوم المرتبطة بميدان الأسرة والمجتمع، لا ليكون متخصصا في الميدان فقط، بل ليؤدي دوره الاجتماعي على الوجه الأكمل أيضا.

تم بحمد الله

الرباط في 2000/07/27

□

²²⁸³ - هذه التقنية أخذ بها القانون الفرنسي (بواسطة القانون رقم 91 - 491 بتاريخ 15 / 05 / 1991، ومرسوم 92 - 228 بتاريخ 12 / 03 / 1992). حيث خول للمحاكم الأدنى درجة طلب رأي : *Demande d'avis* محكمة النقض الفرنسية بخصوص قضايا قانونية جديدة، تطرح عدة منازعات عند التطبيق . فتعطي المحكمة رأيها في الموضوع إذا كان الطلب مقبولا، ويصدر في شكل يشبه قرار محكمة النقض من حيث صياغته . إن هذا الرأي غير ملزم للجهة القضائية التي طلبته، ولا لمحكمة النقض التي أصدرته . ومع ذلك فإن هذا المقتضى القانوني الجديد، يقوي سلطة محكمة النقض الفرنسية، كمفسرة للقانون . انظر : Roger MENDEGREIS et George VERMELLE, *Le commentaire d'arrêt en droit privé*. 6e éd. DALLOZ, 1996. p. 51. وبالمرجع المذكور نماذج من طلبات الرأي المذكورة ص 25 و 27 . وتنشر آراء محكمة النقض المذكورة وتحظى بدورها بالتعليق من قبل المهتمين . لما قد يكون لها من آثار على صعيد الحلول القانونية المرتقبة .