

المنازعة

للدراستات القانونية والإدارية

المدير المسؤول
د. رضوان العنبي

مجلة علمية فصلية محكمة
تعنى بالدراسات القانونية والإدارية

الدراسات والأبحاث

فاطمة ملول	مسار صياغة وتعديل مدونة الأسرة المغربية
عبد السلام ادريسات	مكانة الإقرار في إثبات النسب
الحسن المحندي	المرجعية الدولية لمدونة الأسرة المغربية: دراسة وتحليل
رشيد جمالي	زواج الأشخاص ذوي الإعاقة الذهنية في القانون المغربي
جمال المدني	الحماية القضائية لبيع أموال القاصر
عبد الصادق ذكير	حق التعويض عند انحلال عقد الزواج
جلال الزيداني	أساس المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال المكفول
عبد الصمد الكنا	الشكل والموضوع في دعاوى الطلاق والتطبيق بين التطبيق العادل والتطبيق السليم للقانون
هشام علائي	الاثبات في المادة الاسرية
عبد المجيد المعروي	الزواج المختلط في العلاقات الدولية الخاصة
فيروز بجداي	الإطار التعاقدى لتدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي"

مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية

سلسلة يديرها

الدكتور رضوان العنبي

باحث في القانون العام

المراجعة اللغوية

عبد الواحد تولان

الإيداع القانوني

2011 PE 0113

ملف الصحافة

43/2011

التقييم الدولي

ردمد X 876 - 2028

المطبعة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط

شارع طونكان عمارة 23 رقم 2 ديور الجامع

الهاتف / الفاكس : 05 37 72 58 23

البريد الإلكتروني : Contact@darassalam.ma

الموقع الإلكتروني : www.darassalam.ma

المراسلة

العنوان: زنقة 13 الرقم 24 حي قصر البحر 2 ق ج البيضاء 20350

الهاتف: 0662557163 / 0665929835

البريد الإلكتروني: elanbiredouane@gmail.com

جميع حقوق النشر محفوظة

لا يسمح بإعادة النشر ولو كانت جزئية

اللجنة العلمية

د- عبد الرحيم فاضل	: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الدار البيضاء (القانون العام)
د- أحمد حضرائي	: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق مكناس (القانون العام)
د- عبد النبي ضريف	: أستاذ جامعي بكلية الحقوق الدار البيضاء (القانون العام)
د- گولفرنري محمد	: أستاذ جامعي بكلية الشريعة أكادير (القانون العام)
د- إدريس الحيايبي	: أستاذ جامعي بكلية الحقوق أكادير (القانون الخاص)
د- جميلة العماري	: أستاذة جامعية بكلية الحقوق طنجة (القانون الخاص)
سبيك نعيم	: أستاذ مؤهل بكلية متعددة التخصصات ببني ملال (القانون الخاص بالفرنسية)
مدني أحمديش	: أستاذ باحث بكلية الحقوق ظهر المهرز- فاس (القانون الخاص)

قواعد النشر

المنارة للدراسات القانونية والإدارية، مجلة علمية أكاديمية محكمة، تهتم بالأبحاث في مجال العلوم القانونية والإدارية، والمعالجة بأسلوب علمي موثق.

ترسل المقالات وجوبا في شكل ملف مرفق عبر البريد الإلكتروني للمجلة المدون أدناه، ويشترط أن يكون المقال مكتوبا ببرنامج Word Microsoft بنسق RTF (نوع الخط بالعربية : Arabic Traditional، مقاسه : 14، أما اللغة الأجنبية فنوع الخط : TimesNewRoman، مقاسه : 12)، ويجب أن ترقم الصفحات ترقيماً متسلسلاً؛

ترفق المادة المقدمة للنشر بنبذة عن السيرة الذاتية للباحث متضمنة اسمه بالعربية وبالحروف اللاتينية؛ وفي حالة وجود أكثر من باحث يتم مراسلة الاسم الذي يجب أن يرد أولاً في ترتيب الأسماء.

مادة النشر تكون موثقة كما يلي :

بالنسبة للكتب : اسم المؤلف، "عنوان الكتاب"، دار النشر (الناشر)، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.

بالنسبة للمجلة : اسم المؤلف، "عنوان المقال"، عنوان المجلة، العدد، مكان النشر وسنة النشر، رقم الصفحة.

بالنسبة لمراجع الانترنت: اسم المؤلف، "عنوان المقال"، تاريخ التصفح، العنوان الإلكتروني كاملاً (يشمل الملف).

يحق للمجلة (إذا رأت ضرورة لذلك) إجراء بعض التعديلات الشكلية على المادة المقدمة للنشر دون المساس بمضمونها؛ المجلة غير ملزمة برد المقالات غير المقبولة للنشر.

تُعتبر مضامين المواد المنشورة في المجلة عن آراء أصحابها، ولا تمثل بالضرورة رأي المجلة.

وننبه على أن كل مقال يخالف شروط النشر، لن يؤخذ به، والمجلة غير معنية بإعلام صاحب المقال بذلك.

ترسل المقالات وتوجه المراسلات عن طريق البريد الإلكتروني.

كلمة العدد

بسم الله الرحمن الرحيم،
عليه نتوكل وبه نستعين، نحمده سبحانه كما ينبغي أن يحمد،
ونصلي ونسلم على رسوله محمد وعلى الله وصحبه والتابعين

وبعد...

يسعدنا أن نضع بين أياديكم أعزاءنا القراء الكرام عددا خاصا من مجلة المنارة للدراسات القانونية والادارية في موضوع الاسرة، سائلين الله تعالى أن ينفع بما فيه من بحوث علمية جادة ورسينة.

وتأتي خصوصية هذا العدد بامتياز لانه يضم بين دفتيه أبحاثا تنهل من معين قانون الاسرة تتسم بالجدية والتحليل العميق وتحترم شروط البحث العلمي. وبالقاء نظرة على فهرس العدد، يلتقي القارئ الكريم مع ابحاث متنوعة ومختلفة كما هو واضح من بعض العناوين من قبيل: " المرجعية الدولية لمدونة الأسرة المغربية:دراسة و تحليل" و" أساس المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال المكفول" و"حق التعويض عند انحلال عقد الزواج" الى غير ذلك من البحوث الرصينة.

تأمل إدارة المجلة أن يكون هذا العدد قد استجاب لتطلعات الباحثين والأوفياء من المتابعين والقراء وأن يكون بما احتواه من بحوث ودراسات رصينة ان تضيي كلها نوراً واشعاعا يضيء درب الباحثين وينير سبيلهم .

وفي الختام فإن إدارة المجلة تتقدم بشكرها وامتنانها لكل أصحاب الأيادي من الباحثين والمقومين والمشرفين والمحبين، والله نسأل أن يجعل جهودهم وما قدموا ويقدمون في موازين حسناتهم، إنه هو البُرُّ الرحيم.
والسَّلَام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

الدكتور رضوان العنبي

مدير مجلة المنارة لدراسات القانونية والادارية

فهرس

مسار صياغة وتعديل مدونة الأسرة المغربية	
فاطمة ملول	9
مكانة الإقرار في إثبات النسب	
عبد السلام ادريسات	23
المرجعية الدولية لمدونة الأسرة المغربية: دراسة وتحليل	
الحسن المحندي	35
زواج الأشخاص ذوي الإعاقة الذهنية في القانون المغربي	
رشيد جمالي	63
الحماية القضائية لبيع أموال القاصر	
جمال المدني	69
حق التعويض عند انحلال عقد الزواج	
عبد الصادق دكير	95
أساس المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال المكفول	
جلال الزيداني	121
الشكل والموضوع في دعاوى الطلاق والتطليق بين التطبيق العادل والتطبيق السليم للقانون	
عبد الصمد الكنا	151

الاثبات في المادة الاسرية

165 هشام علالي

الزواج المختلط في العلاقات الدولية الخاصة

223 عبد المجيد المعروفي

الإطار التعاقدي لتدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين في ضوء مدونة
الأسرة والعمل القضائي"

251 فيروز بجدادي

مسار صياغة وتعديل مدونة الأسرة المغربية

فاطمة ملول

أستاذة فقه الأسرة بكلية الشريعة فاس

مقدمة

تعتبر الأسرة أهم مؤسسة في المجتمع التقليدي والمعاصر، إذ هي الحجر الأساسي والنواة الأولى للجماعة، ومن خلالها تستمر العلاقة بين الماضي والحاضر والمستقبل من خلال الزوجين والأطفال والوالدين عن طريق رعايتهم وتنشئتهم لبناء المجتمع وتنميته.

وقد اهتمت المجتمعات منذ القدم بثباتها ودوامها وتنميتها، والمغرب كباقي المجتمعات خص هذه المؤسسة بكامل الاهتمام، حيث حرص على إحاطتها بكافة الضمانات الكفيلة بحمايتها اقتصاديا واجتماعيا وقانونيا ولعل خير مثال على هذا الحرص ما نص عليه دستور المغرب لسنة 2011 م في مادته 32 التي نصت على ما يلي: " الأسرة القائمة على علاقة الزواج الخلية الأساس للمجتمع، تعمل الدولة على ضمان الحماية الحقوقية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة، بمقتضى القانون بما يضمن وحدتها واستقرارها والمحافظة عليها، تسعى الدولة لتوفير الحماية القانونية، والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال، بكيفية متساوية، بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية، التعليم الأساسي حق الطفل وواجب الأسرة والدولة".

وإذا كانت دسترة الأسرة جاءت كنتاج لمدونة الأسرة المغربية، فإن هذه الأخيرة قد مرت بمراحل مهمة ابتدأت منذ 19 غشت 1957 م إلى حدود يومنا هذا، فما هو مسار صياغة وتعديل مدونة الأسرة المغربية؟ وما هي المستجدات التي جاءت بها هذه الأخيرة؟ هذا ما سأجيب عنه من خلال الحديث عن مختلف المراحل التي عرفها قانون الأسرة المغربي انطلاقا من مدونة الأحوال الشخصية إلى غاية مدونة الأسرة في (مبحث أول)، وكذا المستجدات التي جاءت بها هذه الأخيرة في (مبحث ثاني).

المبحث الأول: مسار صياغة مدونة الأسرة وتعديلها

لم يعرف المغرب إطارا تشريعيا خاصا ينظم مجال الأحوال الشخصية والأسرة، حيث كانت تنظم علاقاتها وفق أحكام الشريعة فكان القاضي قبل صدور مدونة الأحوال الشخصية سنة 1957 م ملزما فيما يعرض عليه من نزاعات وقضايا بالرجوع إلى أمهات الفقه المالكي لاستخراج الحكم الشرعي وتطبيقه في النازلة، وهذا يفرض عليه أن يكون فقيها متضلعا في المصادر الضخمة في المذهب المالكي، ومطلعا على كيفية التعامل معها، وعالما بمصطلحاتها العامة والخاصة، والعارف المختص هو الذي يعلم مدى الصعوبات التي تحول دون ذلك، والتي يجب على القاضي أن يتجشمها في طريقه للوصول إلى الحكم في النازلة، وعندئذ تشتد هذه الصعوبات حين تنتهي بالاختلاف، فيصطدم في النازلة بخلاف فقهي متشعب يفرض عليه المقارنة والمناقشة والترجيح، وذلك لا يتأتى إلا لفقيه متمكن محيط بالأصول وقواعده، ملما بالفقه ومسائله، ولما أصبح القضاء ليس لهم تخصص عميق في أحكام الشريعة بصفة عامة والفقه الإسلامي بصفة خاصة، أصبح القضاء في حاجة ماسة لنصوص قانونية محددة يحكم من خلالها النزاعات

المعروضة عليه، بحيث يرتفع بها الخلاف، وتختصر له الطريق للوصول إلى تطبيق العدل بين الناس.¹

فنتج عن هذا المخاض مصطلح الأحوال الشخصية وهذا ما سأنتظر له في المطلب الأول من هذا المبحث الذي عنونته ب:

المطلب الأول: صياغة مدونة الأحوال الشخصية "1957" م

مصطلح الأحوال الشخصية² مستورد قد ارتبط ظهوره لأول مرة بظهور قضية تنازع القوانين بإيطاليا بين القانون الروماني الساري على أقاليم إيطاليا كلها بوصفه القانون العام، وبين القانون المحلي الذي لا يتعدى حدود مدينة من مدنها، وحتى يفرق الإيطاليون بين القانونين لجأوا إلى إطلاق تسمية: "القانون" على القانون الروماني وتسمية: "الحال" على القانون المحلي، ثم قسم هذا الأخير إلى أحوال عينية وهي التي تتعلق بالأموال، وإلى أحوال شخصية وهي التي تتعلق بالزواج والطلاق، ومن إيطاليا انتقل إلى الاتحاد الأوروبي، ومنها إلى باقي الدول.

أما البلدان الإسلامية فلم تكن تعرف هذا المصطلح، وإنما كانت تحكم بما جاء في كتب الفقه، لكن ظروف الاستعمار نقلت ضمن ما نقل مصطلح الأحوال الشخصية وكان أول من استعمله محمد قدري باشا إبان الحكم العثماني.³

ومن أجل الظروف السابقة كان إصدار مدونة الأحوال الشخصية سنة 1957 م بالمغرب أمرا يفرضه العصر والواقع، ويستجيب لمتطلباتهما، ولم يمر على رجوع الملك محمد الخامس رحمه الله تعالى من المنفى إلى عرشه أكثر من 21 شهرا

¹ - مدونة الأسرة عبد الله ابن الطاهر السوسي ج:2 ص:10

² - يقصد بالأحوال الشخصية في القانون: "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات أفراد الأسرة بوصفهم أعضاء فيها تجمعهم علاقات النسب و المصاهرة"، التعليق على قانون الأحوال الشخصية للخمليشي. ج 1 ص 12.

³ - موسوعة الأحوال الشخصية لمعوض عبد الثواب، ص: 10 و 11.

وعلى إعلان الاستقلال أكثر من 18 شهرا حتى أصدر ظهيراً بتاريخ 19/08/1957 م، أحدث بموجبه لجنة لوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي تشمل ما يتعلق بالأحوال الشخصية، وبتاريخ 21/08/1957 م أصدر مرسوما عين بمقتضاه هذه اللجنة تشمل كبار فقهاء المغرب آنذاك يشهد لهم بالفقه والعلم والإخلاص للدين والأمة والوطن.¹

وترأس هذه اللجنة المرحوم علال الفاسي لدراسة مشروع مدونة الأحوال الشخصية إضافة إلى مذكرة إيضاحية قدمتها وزارة العدل التي كان على رأسها آنذاك الأستاذ عبد الكريم بن جلون، واعتمدت في اقتراحاتها على العلوم الحديثة مثل علم الاجتماع وعلم النفس وعدد من الإحصائيات الميدانية لتعزيز خلاصاتها بضرورة توخي العدل والإنصاف ورفع الضرر عن المرأة المغربية وضمان استقرار الأسرة.

عقدت لجنة الصياغة ثلاث اجتماعات فقط أيام 6 و13 و14 نونبر 1957م للموافقة على نصوص كتابي الزواج والطلاق لخطورتهما وتعلقهما باستقرار الأسرة ومستقبلها ومستقبل البلد، حيث تم الاتفاق المبدئي على الأخذ بأقوال الفقهاء من أصحاب المذاهب الأربعة وغيرهم جلبا للمصلحة ودفعا للضرر مع الاحتكام للعقل. وبعد مرور أربع سنوات من صدور مدونة الأحوال الشخصية أي من سنة 1961م قدمت اللجنة من رؤساء المحاكم مشروعا للتعديل، وبعده في 26 يناير 1965م، وعقب صدور قانون توحيد القضاء قدمت مشروعا آخر لكن المشروعين لم يكتب لهما التحقيق باعتبارهما جريئين.

¹ - مدونة الأسرة عبد الله الطاهر السوسي ج:2 ص: 10 و10، وأسماء أعضاء هذه اللجنة: 1- محمد بن العربي العلوي 2- محمد المختار السوسي 3- محمد علال الفاسي 4- محمد داود 5- أحمد اليدرأوي 6- عبد الرحمن الشفشاوني 7- مولاي المهدي العلوي 8- الحسين بن البشير 9- حماد العراقي.

وتوالت عقب ذلك مبادرات رسمية تهدف إلى صياغة مدونة الأحوال الشخصية فتشكلت لجنة وزارية منبثقة من وزارة العدل سنة 1974 م، ولم تنجح في التعديل وهو نفس المصير الذي ختم أعمال اللجنة الملكية التي عينت في 5 ماي 1981 م المكلفة بإحداث مدونة جديدة.

ولعل سبب هذه الإخفاقات المتلاحقة يعود إلى غياب إجماع وطني بين مختلف مكونات الحقل السياسي وفعاليات الشأن الفقهي بالمغرب، وتهميش دور فعاليات المجتمع المدني في إصلاحات الحركة النسائية بالمغرب، مما أدى إلى توحيد صفوفها والدخول في عمل تنسيقي جدي يمكنها من التحول إلى قوة ضاغطة لها وزنها في البلد، وهو ما أفرز تعديل مدونة الأحوال الشخصية في 10 شتنبر 1993 م.

المطلب الثاني: تعديل مدونة أحوال الشخصية 1993 م

لم يمتد على الشروع في العمل بمدونة 1957 م أكثر من عشر سنوات حتى بدأت الأصوات تتعالى بتعديل فصولها، وكثير من هذه الأصوات تتبناها المنظمات النسائية.¹

وأغلب مشاريع تعديل مدونة الأحوال الشخصية لم يكتب لها أن تتحقق آنذاك مثل رفع سن أهلية الزواج، وإخضاع تعدد الزوجات لرقابة القاضي، وتوقف نفاذ طلاق الزوج على التصريح به أمام القاضي.²

أ: أهم تعديل أنجز.

بعد تشكل اتحاد العمل النسائي سنة 1992 م، وإعلانه حملة لجمع مليون توقيع لتأييد المطالبة بتغيير مدونة الأحوال الشخصية، وتم نشر هذه العريضة في جريدة "8 مارس" بعد توقيعها من الأفراد المشاركين، وقد أثارَت العريضة الرأي

¹ - مدونة الأسرة عبد الله ابن الطاهر السوسي ج: 2، ص: 12.

² - من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة أحمد الخمليشي ح: 1، ص: 25/24.

المقابل، ونشر العلماء فتاوى ومذكرات وكتيبات تتهم المؤيدين للعريضة بالخروج عن الدين.

وتفاديا لنتائج الاستمرار في المواجهة والانتهاكات المتبادلة أعلن الملك الحسن الثاني رحمه الله في خطاب 20 غشت 1992 م عن ضرورة مراجعة بعض مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية وبالأخص المستمدة من الاجتهاد الفقهي، وطلب من الجمعيات النسائية ومن كل المهتمين بالموضوع رفع مقترحاتهم إلى الديوان الملكي،¹ بعد تلقي مذكرات من مختلف الأطراف والتيارات عينت لجنة تتكون من سبعة عشر عضواً² إضافة إلى السادة وزير العدل، ووزير الأوقاف والشؤون الإسلامية وأحمد بن سوادة من الديوان الملكي وأسندت رئاستها إلى المرحوم عبد الهادي بوطالب.

وفي منتصف نونبر 1992م توصل الأعضاء من رئيس اللجنة بملخص للمذكرات المرفوعة إلى الديوان الملكي، وبقائمة الموضوعات المطالب بتغييرها وهي:

- 1- دور الولي .
- 2- حق المرأة في الولاية على أبنائها.
- 3- تنظيم تعدد الزوجات.
- 4- غيبة الزوج غيبة انقطاع.
- 5- مرض الزوجين ومسطرة الطلاق.
- 6- التحكيم والمصالحة.
- 7- الطلاق والتطبيق.

¹ - من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة أحمد الخليلي ج:1 ص:27/26.

² - وهم السادة: محمد الأزرق، ومحمد حكم، والطاهر البعاج، وعبد العلي العبودي، وعبد الكريم الداودي، ومحمد ميكو، وشيها حمداتي، وعز الدين السقاط، ومحمد البوسوغي، ومحمد المزغراني، وحسن السايح، وأحمد الخليلي، وعبد الوهاب التازي، وادريس العلوي العبدلاوي، ومحمد العثماني، وأحمد افراز، ومحمد البراوي. نفسه ص 27.

8- الحضانة والنفقة.

9- إقرار مبدأ التساوي في الإرث.

ب: التعديلات المقترحة.

وبتاريخ 1993/09/10 م صدر ظهير عدلت بموجبه الفصول 5 و12 و41 و48 و148 و156، كما أضيف الفصل 52 مكرراً، وألغي الفصل 60، وكان هذا التعديل ينصب على الطلاق والحضانة والولاية¹ كما أشرنا سابقاً.

واستقر الوضع على هذه الوثيرة حتى ظهر إبان حكومة التناوب برئاسة عبد الرحمان اليوسفي ما يسمى بخطة إدماج المرأة في التنمية.²

المطلب الثالث: خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية تهديد لولادة الأسرة الجديدة

شكلت خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية منعطفا حاسما في الإعداد المادي والنفسي لظهور المدونة.

ففي فبراير 1998 م تكونت ورشة عمل نظمتها كتابة الدولة المكلفة بالتعاون الوطني، بدعم من البنك الدولي وبمشاركة القطاعات الوزارية، والجمعيات النسائية والحقوقية والتنموية، من أجل تحديد المجالات ذات الأولوية فيما يتعلق بوضع المرأة المغربية، ووضع خطة عمل إجرائية، وفي حكومة التناوب، أشرفت كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة بمساهمة من البنك الدولي، وبمشاركة بعض المنظمات النسائية والحقوقية على صياغة خطة العمل هذه.

¹ - صدر إثر هذه التعديلات ظهير 1993/09/10 ونشر في الجريدة الرسمية عدد 4222 بتاريخ 29 سبتمبر 1993.

² - مدونة الأسرة ابن الطاهر السوسي ج:2 ص:12-13.

وفي سنة 1999 م صدر " مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية " يتضمن المشروع أكثر من 200 صفحة، وينقسم إلى ثلاثة أجزاء:

الجزء الأول: يتحدث عن دواعي تهييء الخطة وأهدافها ومنهجيتها، ونقد للسياسات السابقة في مجال إدماج النساء.

الجزء الثاني: يحدد المجالات الأربع ذات الأولوية التي ينبغي تدارك النقص فيها وهي:

- 1- محور الأمية والت مدرس.
 - 2- الصحة الإنجابية.
 - 3- إدماج المرأة في التنمية الاقتصادية.
 - 4- التمكّن الذاتي للنساء في المجالات القانونية والسياسية والمؤسسات.
- الجزء الثالث: يطرح خطة العمل الإجرائية على شكل تفصيلي (بعض تلك الإجراءات مستعجلة التطبيق 2000/1999¹، والبعض الآخر يطبق على المدى المتوسط 2003/1999)².
- أ- معارضة الخطة:

أثيرت عدة حملات انقسم أطرافها بين مؤيد ومعارض للخطة، فكانت مسيرة الرباط مؤيدة لها، وكانت مسيرة الدار البيضاء المليونية رافضة لها، الأمر الذي استدعى التدخل الملكي لتشكيل لجنة مكلفة بتعديل نصوص مدونة الأسرة برئاسة إدريس الضحاك الذي تم استبداله بالأستاذ محمد بوستة في 27 أبريل 2001م.

¹ - مرحلة المدى القصير: (2000/1999) وتمم معالجة الأولويات عبر مراجعة المقترضات التي تمس بتوازن الأسرة. أحمد الخليلي ج: 1 ص: 30

² - مرحلة المدى المتوسط (2003/1999) تشكيل لجنة متخصصة لتدارس هذه المراجعة وإجراء التعديلات اللازمة لمدونة الأحوال الشخصية نفسه ج: 1 ص: 31

وقد استمعت هذه اللجنة على مدى ثمانية أشهر (يونيو 2001م إلى يناير 2002م) إلى أكثر من سبعين (70) هيئة وجمعية من مختلف المجالات والتوجهات، وتلقت منها ستة وستين (66) مذكرة تتضمن مقترحاتها إزاء التعديل المنتظر¹ فدخل هذا الملف منعطفا جديدا بعد ذلك توج بحسم الخلاف مباشرة بعد الإعلان الملكي بقبة البرلمان في 10 أكتوبر 2003 م عن التعديلات الجوهرية في مدونة الأسرة التي سأطرق إليها في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: صدور مدونة الأسرة وأهم مستجداتها

وقد ضمنته مطلبين:

المطلب الأول: التدابير المتخذة لتفعيل مقتضيات مدونة الأسرة.

أ- التدابير المتخذة قبل دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق.

أعدت وزارة العدل عدة تدابير قبل دخول المدونة حيز التنفيذ وبعده

وتنجلي هذه التدابير فيما يلي:

✓ إعداد أقسام قضاء الأسرة وتزويدها بالآليات والتجهيزات الضرورية

حتى تضمن استقبال المتقاضين وكافة المتعاملين مع القسم بشكل لائق.

✓ إحداث شعبة متخصصة بالقضاء الأسري بالمعهد العالي للقضاء.

✓ تكوين المحققين القضائيين الذين أسندت إليهم مهام القضاء الأسري.

✓ تعيين قضاة أسرة مكلفين بالزواج.

✓ إصدار عدة قرارات ذات الصلة بموضوع المدونة، سواء بالنسبة

للقرارات الصادرة عن وزير العدل وحده، أو القرارات المشتركة له مع غيره.²

¹ - لم تسلم اللجنة أيضا من الاختلاف بين أعضائها في كثير من الأحكام و المصطلحات مثال: اعتبار مصطلح التحليل الجيني أو البصمة الوراثية مصطلح أجنبي غير وارد في كتب الفقه، رفض مصطلح عقد النكاح وتعيينه بعقد الزواج. أحمد الخمليشي، ج:1، ص: 35-36.

² - التطور التاريخي لمدونة الأسرة لرشيد الزناوي ص:4 (منشور 14 يناير 2016) ريل إستات لاوير.

ب- التدابير المتخذة بعد دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق.

اتخذت وزارة العدل مجموعة من التدابير لضمان انطلاقة جيدة وتطبيق

سليم لمقتضيات مدونة الأسرة وهي كالتالي:

❖ إسناد مهام رئاسة أقسام القضاء الأسري إلى قضاة مؤهلين مع تعيين هيئات قارة مخصصة للبحث في القضايا التي تدخل في اختصاص هذه الأقسام.

❖ إعداد مطويات مبسطة تساعد المتقاضين وغيرهم على معرفة أهم الإجراءات المتطلبية لدى أقسام القضاء الأسري.

❖ القيام بزيارات تفقدية لبعض أقسام القضاء الأسري من أجل التوجيه والإرشاد وتوحيد طريقة العمل.

❖ حث كافة العاملين في حقل القضاء الأسري على إشاعة ثقافة التصالح التي يجب أن يتشبع بها الكل.

❖ إصدار عدة مناشير ذات الصلة بمدونة الأسرة.

❖ الاهتمام بالجالية المغربية المقيمة بالخارج وتعيين قضاة في ست دول أوروبية مكلفين بالتوثيق وقضاة للأسرة مكلفين بالزواج وذلك بكل من فرنسا وهولندا وبلجيكا وإيطاليا وألمانيا وإسبانيا.

❖ بينما تتولى المحكمة الابتدائية بالرباط تغطية باقي دول العالم.

❖ تنظيم أيام دراسية للقضاة الملحقين بالسفارات والقنصليات المغربية بالخارج.

❖ إعداد وتوجيه منشور توضيحي للحلول الملائمة لكيفية تطبيق نصوص مدونة الأسرة تطبيقا مناسباً لأوضاعهم بالخارج.

❖ إحداث خلية خاصة بقضاء الأسرة يتعلق الأمر بخلية مكلفة بشؤون الأسرة بمديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل، تتكون من قضاة متخصصين ومن أطر عليا من كتابة الضبط عهد إليها ما يلي:

❖ إعداد ملف لكل قسم من أقسام قضاء الأسرة، يشتمل على كافة المعلومات المتعلقة به، من بيان وضعيته والتجهيزات والموارد البشرية.

❖ مواكبة وتتبع وضعية أقسام قضاء الأسرة، لرصد ما قد يقع لها من خصائص يتعلق سواء بالبنية أو بالتجهيزات أو الموارد البشرية.

❖ رصد ودراسة الإحصائيات المتعلقة بقضايا الأسرة من رسوم عدلية وأحكام تتعلق بالزواج والطلاق إلى جانب القضايا التي يبتث فيها بأقسام قضاء الأسرة.

❖ معالجة الشكايات الواردة على وزارة العدل حول قضايا الأسرة.

❖ إبداء النظر في الاستشارات القانونية التي ترد على الوزارة من مختلف الجهات.

❖ مواكبة عمل أقسام قضاء الأسرة من خلال القيام بجولات تفقدية.

❖ الإعداد لتنظيم أيام دراسية لمعالجة ما قد يستجد من إشكالات.

❖ تأطير وتدريب بعض الأطر التابعين لقطاعات أخرى لتفعيل ما يتعلق بقضايا الأسرة والمشاركة في الندوات التي تنظمها قطاعات أخرى في مجال الأسرة.¹

المطلب الثاني: أهم مستجدات مدونة الأسرة

من أهم مستجدات مدونة الأسرة ما يلي:

• تغيير الاسم من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة وذلك لتجسيد

الاهتمام بجميع أفراد الأسرة.

¹ - التطور التاريخي لمدونة الأسرة لرشيد الزيراوي ص: 5-6.

- التعريف بالفئات التي تخضع لمدونة الأسرة حيث لم يكن لهذا التعريف وجود في النصوص السابقة.
- جعل النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا المشمولة بأحكام هذا القانون.
- تغيير تعريف الزواج من ميثاق غايته الإحصان وتكثير سواد الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج إلى ميثاق غايته الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة تحت رعاية الزوجين.
- تفصيل أحكام الخطبة للتعويض عن الضرر الناتج عن فسخ الخطبة (وهو من المستجدات).
- توحيد سن الزواج في 18 سنة سواء الذكور أو الإناث مع إمكانية النزول عن هذا السن بناء على إذن خاص.
- فتح ملف لزواج بالمحكمة.
- تنظيم الأموال المكتسبة بين الزوجين.
- جعل الولاية في الزواج حقاً للمرأة الراشدة تمارسه حسب اختيارها ومصالحها.
- تعديل تعريف الصداق بالتأكيد على قيمته المعنوية وليس المادية مع التنصيص على عدم لحوق التقادم بالمطالبة به.
- منع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها.
- منح مكانة متميزة لإرادة الطرفين بتخصيص ثلاثة مواد للشروط الإرادية بعد أن كانت تقتصر في فصل فريد من المدونة السابقة.
- تدخل النيابة من أجل إرجاع أحد الزوجين إلى بيت الزوجية.

- التنصيص على الحقوق الأساسية للأطفال على أبويهم خلال العلاقة الزوجية أو بعد الطلاق أو الوفاة مع الرعاية الخاصة للأطفال المعاقين وتكليف النيابة بمراقبة تنفيذ هذه الأحكام.
- إثبات النسب بمختلف وسائل الإثبات ولا ينتفي إلا بحكم قضائي (حماية للطفل من الضياع).
- إثبات النسب لحمل المخطوبة إذا حالت ظروف قاهرة دون توثيق الزواج لوجود شبهة مع توفر الشروط المنصوص في المادة 156 .
- جعل الأب في الرتبة الثانية بعد الأم مباشرة في الحضانة ثم اختيار المحكمة من تراه صالحا من أقارب المحضون أو إحدى المؤسسات الخيرية.
- التنصيص صراحة في المدونة على أن الحضانة تستمر إلى حين بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء.
- التسوية بين الأولاد في سن اختيار من يحضنه من أمه أو أبيه.
- أجره الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجره الرضاة والنفقة، ومستقلة عن تكاليف السكن.
- عدم إفراغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون مع التزام الأب بتقديم الضمانات الكفيلة لعدم ضياع المحضون في السكن (كفالة مالية أو شخصية أو إجراء حجز على بعض أمواله أو الاقتطاع من المنبع لراتبه).
- إعادة النظر من لدن المحكمة في الحضانة متى ثبت أن ذلك في مصلحة المحضون.

- عدم إسقاط حضانة الأم بزواجها إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سبع سنوات أو يلحقه ضرر من فراقها، أو به إعاقة أو مرض أو كان زوجها أو هي نائبا شرعيا للمحضون تحت رقابة القضاء.
- زواج الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة بخلاف النفقة فتبقى واجبة على الأب.
- إلزامية تقديم طلب الطلاق للمحكمة من أجل البث فيه بغرفة المشورة ومحاولة الإصلاح بين الزوجين.
- التطليق للضرر أو لعدم الإنفاق أو للغيب أو للإيلاء بعد محاولة الصلح خلال ستة أشهر ما لم توجد ظروف خاصة¹.

خاتمة:

من خلال الاطلاع على أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة المغربية يتبين أن هذه الأخيرة تختلف عن مدونة الأحوال الشخصية المعدلة في بعض الجوانب الجوهرية، ونلمس طبيعتها الاجتهادية المبنية على المصلحة مع الأخذ بمقاصد الشريعة الغراء، وتحقيق العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف بين الزوجين، والحفاظ على كرامة الإنسان مع التركيز على وحدة المذهب المالكي والانفتاح على المذاهب الأخرى والاتفاقيات الدولية.

وأن هذه المدونة هي قانون لجميع أفراد الأسرة أما وأبا وأطفالا، وهذا تطبيق لشرع الله وللمبدأ الدستوري الذي يجعل الرجل والمرأة سواسية في الأحكام.

¹ - التطور التاريخي لمدونة الأسرة المغربية ص: 6-8. منشور وزارة العدل 5-6-7.

مكانة الإقرار في إثبات النسب

عبد السلام ادريسات

طالب باحث بسلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس بالرباط

يعد الإقرار من وسائل إثبات النسب، فإذا كان الفراش منشئاً له، فإن الإقرار كاشف له، وقد تعرض له المشرع في المادة 152 من مدونة الأسرة التي جاء فيها¹، أسباب لحوق النسب: "1) الفراش (2) الإقرار (3) الشبهة"، وكذلك ما نصت عليه المادة 158 من المدونة نفسها التي حددت وسائل إثبات النسب.

يعتبر الإقرار سيد الأدلة، فالإنسان غير متهم فيما يقرب به على نفسه لانتفاء التهمة، فهو يعد من أسرع طرق الإثبات من ناحية الفصل في الخصومات، فقيه يقرب المقر بثبوت الحق للغير على نفسه، وحيث إنه لا يجبر إنسان على تقديم دليل ضد نفسه فلا يصح الإقرار مع الإكراه سواء كان مادياً أو معنوياً لقوله صلى الله عليه وسلم: (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)، وحتى يعتبر الإقرار مشروعاً لا بد أن يكون عن طواعية واختيار، وبذلك يكون حجة لإثبات الحق وحسم النزاع جنائياً كان أم مدنياً، ودليله قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم)، وقوله صلى الله عليه وسلم: (وأغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فأرجمها).

¹ ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة.

وللإحاطة بالموضوع سنتطرق لمفهوم الإقرار وأركانه وأنواعه (مطلب أول)، ثم لشروطه وإثباته وآثاره في (مطلب ثان).

المطلب الأول : مفهوم الإقرار، أركانه وأنواعه

الفقرة الأولى : مفهوم الإقرار

الإقرار لغة هو الإذعان للحق والاعتراف به¹ قال تعالى: "قال أقرتم وأخذتم على ذلك إصري، قالوا أقرنا"²، أما في الاصطلاح هو: الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر³، ويسمى الشهادة على النفس وعرفه ابن عرفة بأنه ((خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظة أو لفظ نائبه))، وحقيقة الإقرار الإخبار عن أمر يتعلق به حق الغير وحكمه للزوم وهو أبلغ من الشهادة⁴ والإقرار عند الفقهاء يطلق على لفظ الاستلحاق وعرفه ابن معجوز بأن يدعي الرجل أنه أبا لغيره بأن يقول هذا ابني أو فلان ابني حيا كان هذا المستلحق⁵ أو ميتا، ذكرا كان أو أنثى كبيرا كان أو صغيرا وسواء كان المستلحق صحيحا أو مريضا مرض الموت عند الاستلحاق).

وقد نظمت مدونة الأسرة الإقرار في المواد من 160 إلى 162، حيث نجدتها في المادة 160 استعملت لفظي الإقرار والاستلحاق بمعنى واحد⁶.

¹ جمال الدين ابن منظور لسان العرب.

² الآية 81 من سورة آل عمران.

³ أبو عبد الله الخطاب : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مطبعة السعادة الطبعة 1، 1329هـ، ج الخامس، ص 216.

⁴ المعطي الجبوجي: القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، الطبعة الأولى 2002، مكتبة الرشد سطات، ص 33.

⁵ محمد ابن معجوز : أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال / ش ج 2.. الولادة ونتائجها. الأهلية والنيابة الشرعية، طبعة 1998، ص 47.

⁶ جاء في قول النابغة الذبياني : إنا أناس لآحقون بأهلنا فألحق بأصلك خارج بن سنان . كما جاء في حكم محكمة الاستئناف العليا دائرة التمييز بالكويت تحت عدد103:"الإقرار بالنسب مشروط في المذهب المالكي بأن يكون المقر له مجهول النسب أي لا يعلم له أب، وأن يكون سن المقر له بحيث يمكن أن يولد لمثله، وان لا يصرح المقر بأنه من الزنا " منشور بالمجلة العربية للفقهاء والقضاء، عدد17 أكتوبر 1996، ص 125.

إن الإقرار قانوناً هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق أم لم يقصد ذلك.

الفقرة الثانية : أركان الإقرار

أركان الإقرار أربعة، وهي : المقر- المقر له - المقر به والصيغة.

أولا المقر : وهو الشخص الذي يعترف بنسب الابن إليه، وهنا هو الأب¹ ويشترط فيه شروط منها:

• أن يكون مكلفاً أي عاقلاً وبالغاً لأنه لا يتصور إقرار الصبي والمجنون لقول خليل: "ويؤخذ مكلف بلا حجر بإقراره"؛

• أن يكون ذكراً وبمقتضى هذا الشرط فيجب أن يصدر الإقرار عن الزوج حسب فقهاء المالكية والشافعية لكون الاستلحاق من خصائص الذكورة ويثبت نسب الولد المقر له بإقرار الزوج وحده؛

• أن يكون قادراً على الوطاء لأنه يستحيل الإنجاب من غير بالغ؛

• أن يكون طائعاً غير مكره فإن أكره المقر على الاعتراف بالولد استلحقه لم يعتد بإقراره.

ثانياً المقر له: وهو الولد المجهول النسب الذي لا يعرف له أب ينتسب إليه.

¹ يرى ذ. أحمد الخليلي أنه في وقتنا الحاضر لا يبدو كافياً الاعتراف بالنسب عند إدعائه من طرف الأب وإنما ينبغي أن يلزم بهذا النسب كلما أمكن التعرف عليه، فالعلاقات غير الشرعية تكاد تكون عامة والعزوف عن الزواج ظاهرة متنامية بشكل خطير وعشرات آلاف من الأطفال يلقي بهم في الشوارع ومستشفيات الولادة، لذلك فإن إلزام الأب بانتساب ولده من الزنا إليه يحقق هدفاً مزدوجاً من ناحية الحماية لنسبة مهمة جداً من هؤلاء الأطفال الذين لا ذنب لهم وإنما حملوا جريمة ارتكبتها أبائهم العابثون بالدين والأخلاق وقيم المجتمع ومن جهة ثانية الحد من تزايد أطفال الشوارع فعندما يعلم آباء هؤلاء الأطفال أن النسب يلاحقهم ولو كانت العلاقة غير شرعية سيحتاط أغلبهم ويفضلون العيش داخل الشرعية والاحتماء بنظام الأسرة .

ثالثا المقر به : وهي البنوة أي صلة القرابة بين المقر والمقر له بين الفرع والأصل مدعي الانتساب إليه ويتعلق الأمر بالإقرار المباشر بالنسب أما في الإقرار غير المباشر فالمقر به يشمل على تفرع عن أصل النسب كالأخوة والعمومة.

رابعا الصيغة : وهي اللفظ أو ما يقوم مقامه من كل ما يدل على الاعتراف بالنسب من المقر للمقر له.

وقد أجمع الفقهاء على أن الإقرار يصح سواء بلفظ الكتابة أو بالإشارة من العاجز عن الكلام وقد يستفاد من السكون¹ عندما تحيط به ظروف وملابسات تخلع عليه دلالة القبول .

الفقرة الثالثة : أنواع الإقرار²

ينقسم الإقرار إلى قسمين : إقرار مباشر وغير مباشر.

أولا الإقرار المباشر: وهو إدعاء المقر أنه أب لغيره متى توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 160 من المدونة ومثاله أن يقول المقر هذا ابني أو أبي أو هذه ابنتي ويتعلق الأمر هنا بالإقرار بأصل النسب؛ وهذا النوع من الإقرار هو الذي يثبت به النسب ولا يمكن الرجوع فيه ؛ من طرف من صدر عنه وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره "الإقرار بالبنوة يلزم المقر ولا يقبل منه طلب نفي النسب بدعوى أنه اكتشف فيما بعد أنه عقيم، لأن الولد للفرش ولا ينتفي إلا

¹ .المشروع المغربي استبعد الرأي الذي يأخذ بإقرار الساكت، حينما نص في المادة 162 من مدونة الأسرة (الفصل 95 من أش الملغاة) "يثبت الإقرار بإشهاد رسمي أو بخط يد المقر الذي لا شك فيه"، وبخصوص الإقرار غير المباشر، أنظر الفقرة الثالثة: أنواع الإقرار.

² .للتعمق أكثر في موضوع أنواع الإقرار أنظر د. محمد المهدي : أسباب لحوق النسب في ضوء مستجدات الأسرة، محاولة في التأصيل، مجلة الملف العدد 12 مارس 2008، ص 56 وما يلها .

بالشروط المحددة شرعا"¹، ما دام فيه إقرار بالنسب على نفس المقر ويقتصر على علاقة النسب بين المقر والمقر له؛

ثانيا: الإقرار غير المباشر: ويقصد به إقرار غير الأب بما فيه تحميل النسب عليه ويسمى بالإقرار بفرع النسب² كأن يقر شخص لآخر بأنه أخوه أو ابن ابنه أو بنت ابنه وهذا النوع من الإقرار فيه تحميل النسب على غير المقر، ولا يؤخذ به في إثبات النسب بصريح المادة 161 من مدونة الأسرة التي جاء فيها "لا يثبت النسب بإقرار غير الأب"³، والمقر له يشارك المقر في نصيبه في الإرث على اعتبار أن الإقرار حجة قاصرة لا تتعدى المقر إلى غيره، أي لا يلزم الورثة الآخرين به ما لم يوجد تصديق منهم على هذا الإقرار.

الفرق بين الإقرار والتبني والتنزيل

يختلف الإقرار عن التبني والتنزيل في الأحكام والآثار، فإذا كان الإقرار كوسيلة من وسائل إثبات النسب متى توفرت شروطه وتترتب عليه آثار أهمها النسب والتوارث وحرمة المصاهرة إلخ، فإن التبني محرم شرعا بقوله تعالى: "وما جعل ادعياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل"⁴ وقانوننا بمقتضى المادة 149 من المدونة "يعتبر التبني باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية" أما التنزيل فينصرف إلى المال لا النسب (التنزيل أو الوصية)

¹. قرار 492 بتاريخ 26/10/2005 في الملف الشرعي عدد 293/1/205، أورده محمد الكشيبور في مؤلفه البنوة والنسب، ص 237.

². عبد الكريم شهبون، ص 388.

³- وبالمقابل فإنه لا يمكن نفي النسب من غير الأب، فإذا توفي الأب فإن دعوى نفي النسب لا تسمع من الورثة إذا جاءت دعواهم مجردة عن حق آخر، جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 495 بتاريخ 06/09/2006 الملف الشرعي، عدد 106/01/2005 "دعوى نفي النسب لا تسمع من الورثة إذا أقيمت مجردة عن حق أو مال طالما أن نفي النسب المجرد حق للأب المعني به، لا يجوز التعامل فيه من طرف الغير" منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 67، ص 100.

⁴. الآية 4 من سورة الأحزاب.

المطلب الثاني: شروط الإقرار وإثباته وآثاره

الفقرة الأولى: شروط الإقرار

يشترط لصحة الإقرار حتى يفضي إلى لحوق النسب بالمقر جملة من الشروط نصت عليها مدونة الأسرة في المادة 160 فيما يلي:

- 1- أن يكون الأب المقر عاقلا؛
 - 2- أن لا يكون الولد المقر به معلوم النسب؛
 - 3- أن لا يكذب المستلحق بكسر الحاء - عقل أو عادة؛
 - 4- أن يوافق المستلحق - بفتح الحاء - إذا كان راشدا حين الإستلحاق.
- وإذا إستلحق قبل أن يبلغ الرشد، فله الحق أن يرفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد. أما إذا عين المستلحق الأم أمكنها الاعتراض بنفي الولد عنها أو الإدلاء بما يثبت عدم صحة الإستلحاق.
- وحسب نفس المادة أعلاه فإنه: لكل من له مصلحة أن يطعن في صحة توفر شروط الإستلحاق المذكورة مادام المستلحق حيا .

وانطلاقا من نص هذه المادة، فشروط الإقرار الواجب توفرها لكي يكون

صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية هي كالتالي:

أولا أن يكون الأب عاقلا: فالمشرع اشترط العقل والذكورة، فإذا صدر الإقرار حال جنون المقر أو فقدانه لعقله لأي سبب من الأسباب لم يصح إقراره¹، والمادة 160 أعلاه تحدثت عن الأب بمعنى الزوج فإذا صدر عن الزوجة إقرار بكون الولد الفلاني هو ابنها من زوجها فلان، فإن هذا الإقرار لا يعتد به، ويعتبر لاغيا ما لم يصدقها الزوج في ذلك، فإن صدقها واعترف ببنوته صح حينئذ إقرارها وعلى

¹. محمد المهدي، ص70. مرجع سابق.

المستوى العملي، فإن الإقرار يصدر عن الزوج وتؤكد زوجته¹ ويترتب عليه لحق النسب؛

ثانياً أن لا يكون الولد المقر به معلوم النسب: ومعنى ذلك أن الولد المعلوم نسبه لا يحتاج إلى إقرار ولا يمكن أن يجتمع للشخص نسبان في آن واحد لأن النسب لا يقبل الشركة فيه. كما يقصد بهذا الشرط أن يكون الولد المقر به مجهول النسب وهذا الشرط ينصرف إلى معنى كون الولد لا يكون له نسب معروف وثابت لشخص آخر غير المقر، ولذلك فلا يستحق الولد المعلوم النسب وعلّة ذلك أن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره لأن القول بخلاف ذلك من شأنه قطع النسب الحقيقي للولد وهذا غير جائز شرعاً²، لقوله تعالى: "أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله"، كما أنه لا يمكن الإقرار بابن الزنا لأنه مقطوع النسب شرعاً

¹ جاء في حكم المحكمة. إ. بسلا. قسم قضاء الأسرة. تحت عدد 1657 بتاريخ 207.11.20 ملف شرعي رقم 808/07/1" وحيث إنه وطبقاً لمقتضيات المادة 152 من المدونة فإن النسب يثبت بإقرار الأب ببنوة المقر به ولو في مرض الموت شريطة أن يكون الأب المقر عاقلاً وأن لا يكون الولد المقر به معلوم النسب وأن لا يكذب المستلحق عقلاً أو عادة، وحيث أقر المدعي عليه أمام المحكمة وذلك طبقاً لمقتضيات المادة 160 من المدونة، وحيث أنه تبعاً لذلك يكون نسب المدعي ثابتاً لأبيه ثبوتاً شرعياً "حكم غير منشور . (16) - قرار عدد 446 بتاريخ 1983/30/03 في الملف عدد 54758 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 48. ص 77.

{17}- حكم رقم 301 بتاريخ 2006.6.29 ملف شرعي عدد 386/05/6 غير منشور فبالرجوع إلى حيثيات هذا الحكم، نجد المحكمة قد ناقشت أسباب لحق النسب كلها من فراش وإقرار وشبهة وهي المنصوص عليها في نص المادة 152 من المدونة وكان عليها أن تقتصر على الإقرار وحده، ما دام موضوع الدعوى يتعلق بالإقرار بالنسب هذا من جهة ومن جهة أخرى فازدياد الابن قبل توثيق عقد الزواج مظنة على أن الفراش كان قائماً بين الطرفين وأن تشدد محكمة العرائش هذا فيه تعدي على حق الطفل في النسب، في حين نجد محاكم أخرى في حالات مماثلة تتأكد من شروط الإقرار وترتب عليه الآثار القانونية ومنها لحق النسب، أنظر بخصوص الاتجاه المخالف حكم المحكمة. إ. بفاس عدد 3080 المنشور بمجلة قضاء الأسرة عدد 3 دجنبر 2006 ص 179 وما يليها .

² محمد اكديد الاستلحاق في الفقه والقانون مقال منشور بمجلة الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، عدد 5 شتنبر 2004، ص 42.

ويدخل في هذا الإطار الابن المزداد قبل تاريخ إبرام العقد بين الزوجين، حيث دأب القضاء، وعلى رأسه المجلس الأعلى برفض الإقرار الصادر عن الأب باستلحاق الابن المزداد قبل قيام العلاقة الزوجية جاء في قرار له بهذا الخصوص "إن الولد المزداد قبل إبرام عقد الزواج لا يمكن لحق نسبته إلى الزوج ولو أقر بنوته وكان من مائه لأنه ابن الزنى لا يصح الإقرار به"، وجاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالعرائش: "وحيث إنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة 152 من مدونة الأسرة فإن أسباب لحق النسب تنحصر في: 1- الفراش 2- الإقرار 3- الشبهة.

وحيث إنه بالرجوع إلى رسم الزواج المدلى به والرابط بين المدعي وأم الولد المطلوب إلحاق نسبه يتبين أن الزواج تم بتاريخ 02/05/2003 وأن ولادة الطفل بدر وقعت بتاريخ 20/02/2003 أي ثلاثة أشهر قبل إبرام عقد الزواج وهو ما يعني أن السبب الأول للحق بالنسب وهو الفراش غير قائم وحيث أنه بخصوص السبب الثاني الذي هو الإقرار فإنه بالرجوع إلى الوثيقة المستدل بها، وهي المعنونة برسم الإقرار بنسب "المحرر من طرف عدلين يتبين أنها تشير إلى إقرار المدعي على أن الابن بدر ولد على فراشه من زوجته السيدة سعاد حاتم في حين أنه وكما سبق توضيحه في الحيثية السابقة فإن الفراش (الزواج) لم يثبت أن انعقد بين المدعي وأم الطفل إلا بعد ولادة هذا الأخير بحوالي ثلاثة أشهر وهو ما يجعل هذه الوثيقة تناقض الأولى والتي هي رسم الزواج وبالتالي يتعين عدم الأخذ بها"¹.

ثالثاً أن لا يكذب المستلحق عقل أو إعادة: والمقصود بذلك عدم وجود قرائن قوية تجعل الإقرار غير صحيح ويعبر عنه البعض بكون الولد محتمل الثبوت من نسب المقر ولكي يكون إقرار المقر مقبولاً يجب أن لا يكون مخالفاً لمقتضيات

¹ محمد أكديد، م.س.ص. 47.

العقل والعادة ومما يكذبه العقل كون الأب المستلحق أصغر سنا من الولد المستلحق بحيث لا يمكن معه أن يكون من صلب المقر بحيث يولد مثله لمثله، ومما تكذبه العادة أن يقر رجل بنسب ولد من مكان لم يسبق له أن اقام به أو زاره أو أن يثبت أن المقر لم يسبق له أن تزوج على الإطلاق وهو ما عبر عنه الشيخ خليل في مختصره : "إنما يستلحق الأب مجهول النسب إن لم يكذبه العقل لصغره أو العادة ..."¹. ويسري نفس الحكم إذا كان المقر خصيا أو مجبويا لا يستطيع الإنجاب .

رابعا أن يوافق المستلحق (بفتح الحاء) إذا كان راشدا حين الإستلحاق: إذا كان الأمر يتعلق بإستلحاق راشد فلا بد من موافقته وتصديقه على هذا الإقرار مادام يتمتع بالأهلية و كان عاقلا بالغاً سن الرشد لكونه أدري بمصلحته أما اذا كان المقر به صغيراً أو مجنوناً فلا يشترط تصديقه لذلك منحت المادة 160 من المدونة للمستلحق الحق في رفع دعوى نفي النسب حين بلوغه سن الرشد

خامسا حق الأم في الاعتراض بنفي النسب في حالة تعيينها من جانب المستلحق: هذه القاعدة إستحدثها المشرع المغربي من خلال الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 160 من مدونة الأسرة والتي أعطت الحق للأم التي تم تعيينها من طرف المستلحق أن تعترض بنفي الولد عنها أو الادلاء بما يفيد عدم صحة الاستلحاق ما دامت قد أصبحت ذات صفة ومصلحة في استعمال هذا الحق وهذه القاعدة تندرج عموماً في تكريس حق المساواة بين الطرفين التي جاءت بها المدونة الحالية. وبالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 160 فإنها فتحت المجال لكل ذي مصلحة أن يطعن في صحة توفر شروط الإقرار لكن ذلك مقرون بأن يكون المقر لا يزال حياً مادام نفي النسب المجرى حق للأب وحده بواسطة حكم قضائي فان

¹ مختصر العلامة خليل، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث القاهرة، طبعة سنة 2005 فصل في بيان أحكام الإستلحاق، ص185.

مات المقر فان هذا الحق لا ينتقل إلى الورثة، إذ تصبح دعواهم مالية أو تؤول إلى المال وإن قدمت مجردة عن أي طلب آخر مترتب عنه فلا يمكن سماعها. وقد جاء في المادة 147 من مدونة الأسرة إن البنوة بالنسبة للأم تثبت عن طريق واقعة الولادة أو بالإقرار طبقا لنفس الشروط المنصوص عليها في المادة 160 من المدونة التي تحدثنا عنها سابقا.

وعليه فإذا صدر الإقرار من امرأة بأن فلانا ابنها فإن كانت خالية من الزوج وأقرت بالأمومة لولد يولد لمثلها وكان مجهول النسب وصدقها في هذا الإقرار فإن نسبه يثبت منها، ولا حاجة لشرط نفي النسب كونه ابن زنى لأن ابن الزنا مقطوع النسب بالنسبة للأب، أما الأم فهو ولدها ويثبت نسبه منها. وهذا ما نصت عليه المادة 146 من المدونة: "تستوي البنوة للأم في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية".

الفقرة الثانية : إثبات الإقرار

جاء في المادة 162 من مدونة الأسرة ما يلي: يثبت الإقرار بإشهاد رسمي أو بخط يد المقر الذي لا يشك فيه " وهذا النص يوافق مقتضيات الفصل 95 من أ.ش الملغاة وبذلك فالإقرار يثبت بوسيلتين اثنتين:

أولا الإشهاد الرسمي : يقتضي إشهاد عدلين منتصبين للإشهاد وتوثيقه يثبت الإشهاد على إلحاق الولد بنسب المستلحق وتتم المخاطبة عليه من طرف قاضي التوثيق ليكتسب صفة الرسمية، إذ حينها لا يمكن الطعن فيه إلا بالزور وهذه الوسيلة هي الغالبة في الواقع العملي أمام قضاء الأسرة .

ثانيا خط يد المقر: نجد المشرع في المادة 162 أعلاه، قد نص على ضرورة كتابة الإقرار بخط يد المقر دفعا لكل تحريف في مضمون الوثيقة أو تزويرها وذلك صيانة للحق في النسب سواء بالنسبة للأصل المستلحق أو الفرع المستلحق، وهذه

الوسيلة نادرة عمليا إذ غالبا ما يلجأ إلى العدول أو الإقرار القضائي أمام المحكمة التي تتأكد من شروطه بجلسة البحث أو حين اختلائها للمداولة بناء على ما ضمن بمحضر الجلسة.

الفقرة الثالثة : آثار الإقرار

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 157 من مدونة الأسرة فإنه متى ثبت النسب بالإستلحاق ترتبت عليه جميع نتائج القرابة فيمنع الزواج بالمصاهرة وتستحق به النفقة والإرث أي جميع الآثار التي يترتبها الفراش، وإن كانا يختلفان من حيث وسيلة الإثبات.

والملاحظ أنه على المحكمة التقييد بالشروط التي حددها المشرع لكل وسيلة من وسائل إثبات النسب، فإذا كان موضوع الدعوى هو إثبات النسب بالإقرار فإنه ليس من حقها أن تنذر المدعي بالإدلاء بما يفيد وجود علاقة الزواج كشرط لقبول الدعوى وإن درج القضاء في المغرب على استنتاج الإقرار من قرائن عدة، فإن بعض المحاكم لها رأي مخالف وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط: " لكن حيث إن الإقرار الذي يثبت به النسب هو الذي يكون في ظل عقد الزواج الشرعي والصحيح أما في نازلة الحال فإن الثابت من وثائق الملف المستأنفة ازدادت بعد إبرام عقد زواج والديها بشهرين أي لمدة أقل من مدة الحمل وقد صدر حكم ابتدائي قضى بفسخ عقد الزواج أيد استئنافيا..."، في حين نجد المجلس الأعلى قد قرر قاعدة لها أصلها الفقهي، حيث جاء في قرار له يماثل النازلة التي بثت فيها محكمة الاستئناف بالرباط بمقتضى قرارها أعلاه، " الإقرار بالبنوة في رسم الطلاق يلزم المقر ويلحق به نسب الولد".

المرجعية الدولية لمدونة الأسرة المغربية: دراسة وتحليل

الحسن المحندي

باحث بسلك الدكتوراه

بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بنمسك

تعتبر الأسرة البنية الأساسية التي تضمن استمرار المجتمع وبقائه، فالمجتمع بدون أسرة لا استمرارية له ومحتوم عليه بالزوال، الشيء الذي يفرض على المجتمع توفير الحماية اللازمة لكل مكوناته وشرائحه في إطار العدل والمساواة أمام القانون، ولعل الفئة التي ينبغي أن تحاط بالرعاية القصوى اللازمة هي فئة الأطفال باعتبارهم ناشئة المجتمع وأجيال المستقبل.

وقد اعتنى المغرب منذ فجر التاريخ الإسلامي بالإنسان بصفة عامة وبالأطفال والنساء بصفة خاصة، فكانت الشريعة الإسلامية السمحاء هي المطبقة، واستمرت إلى حد الآن باعتبارها المصدر الأساسي لأحكام مدونة الأسرة، التي شكلت اللبنة الأساسية لتنظيم الأسرة المغربية تنظيماً محكماً يساير من جهة الشريعة الإسلامية، مادام أن الدين الإسلامي هو الدين الرسمي للدولة المغربية، ويساير من جهة أخرى الاتفاقيات الدولية التي تهم مجال الأحوال الشخصية بصفة خاصة. وما دام بحثنا هذا ينصب بالأساس حول مكانة الاتفاقيات الدولية ضمن بنود مدونة الأسرة، فإلى أي حد تأثرت مدونة الأسرة

بهذه المضامين؟ وكيف استطاعت الانتصار لقيم الإسلام كلما حصل تعارض وتناقض في الأسس أو المبادئ؟

أ. حقوق الزوجة بين مدونة الأسرة والمقتضيات الدولية:

لقد صادقت المملكة المغربية على العديد من المواثيق الدولية الجماعية التي تتضمن بين طياتها مقتضيات هي من حيث جوهرها عبارة عن قواعد خاصة تتمثل بقانون الأسرة.

ونشير إلى أن أغلب هذه المواثيق والمعاهدات الدولية هي صادرة عن هيئة الأمم المتحدة، ومن ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 دجنبر 1948¹ والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الجمعية العمومية للأمم المتحدة في 16 دجنبر 1966² والاتفاقية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة عن ذات المرجع سنة 1979³، وكلها اتفاقيات صادق عليها المغرب ونشرها.

وقد طالبت مجمل الاتفاقيات الدولية - خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة - بشجب كل أشكال التمييز ضد المرأة وطالبت الدول الأطراف بإدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في تشريعاتها الوطنية، واتخاذ جميع التدابير المناسبة لتغيير القائم من القوانين والأنظمة والأعراف

¹ - وتحتوي على ديباجة و 30 مادة وقد صادقت عليها المملكة بدون تحفظ.

² - نشرت بالجريدة الرسمية بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-79-186 بتاريخ 8 نونبر 1979 و تحتوي على 53 مادة.

³ - صادق عليها المغرب بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 12 يوليوز 1985 و تحتوي على 30 مادة. انضم المغرب إلى هذه الاتفاقية في 21 يونيو 1993 ونشرت بظهير 26 دجنبر 2000 و به مقدمة تحتوي على عدة تحفظات التي نسخت مدونة الأسرة بعضها بكيفية ضمنية. منشور بالجريدة الرسمية تحت رقم 4866 بتاريخ 18 يناير 2001.

والممارسات التي تشكل تمييز ضد المرأة (المادة الثانية) وأن تضمن المساواة التامة بين الرجل والمرأة في نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج (المادة 16).

وعلى أساس هذه المبادئ، تمت من جديد المطالبة النسائية وفعاليات حقوقية وجمعية بمنع التعدد بصفة نهائية لا أن يقيد بشروط فقط كما جاء في خطة إدماج المرأة في التنمية. إلا أن الأمر ليس بالسهولة المتصورة، فالتعدد نظام إسلامي أصيل - إباحته ثابتة بالكتاب- كما قلنا بغض النظر عن القيود التي يمكن أن ترد عليه، لذلك فإن المشرع في إطار مدونة الأسرة لم يمنع التعدد من حيث المبدأ، لكنه ضيق من دائرته وأخضع شروطه لإذن المحكمة مع تطبيق عدة إجراءات مسطرية جعلت ممارسته شبه مستحيلة¹. ومن أهم المستجدات ما جاءت به المادة الواحدة والأربعون من مدونة الأسرة² أعطت للمحكمة صلاحية منح الإذن بالتعدد ومراقبة توفر شروطه، خاصة شرط توفر المبرر الموضوعي والاستثنائي. وبهذا تكون المدونة قد خطت خطوة مهمة في سبيل ملائمة التشريع الوطني في موضوع التعدد مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية، بالقدر الذي تسمح به الخصوصية الدينية، لذا فقد تم إقرار نوع من المساواة بين الرجل والمرأة في هذا الموضوع، حيث يمنع التعدد إلا في حالات استثنائية محصورة جدا.

وبعد أن كان الطلاق يقع من جانب واحد كما هو الحال بالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية في فصلها 44 الذي يعتبر أن: "الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع من الزوج أو وكيله أو من فوض له ذلك، أو الزوجة إن ملكت هذا الحق أو

¹ -محمد الشافعي، قانون الأسرة بين الثبات والتطور، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى: 2004، ص 82

² -المادة 41: لا تأذن المحكمة بالتعدد:

-إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي

- إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة.

القاضي " فتكون المدونة قد خولت للرجل وحده الحق في تقرير مصير مؤسسة الزواج، وغالبا ما يقدم الرجل على حل هذه الرابطة رغما عن إرادة الزوجة ومن ثم إجبارها على قبول واقع شاركت في بنائه وأجبرت بإرادة الزوج المنفردة على إنهاؤها¹ سواء بمبرر أو بدونه. وفي المقابل فإن سلطة المرأة في إنهاء العلاقة الزوجية ظلت محدودة، إذا ما قورنت بالسلطات الممنوحة للرجل، حيث لا يسمح لها سوى بطلب التطليق أمام القاضي في حالات معدودة على سبيل الحصر، وحتى في ظل هذه الحالات كانت المرأة تعاني ببطء مسطرة التطليق التي تتطلب الكثير من الوثائق المثبتة للضرر الذي قد يستحيل على الزوجة الراغبة في الطلاق في الحصول عليها. وأمام هذا الوضع المتدني الذي تعيشه المرأة والذي يتعارض جملة وتفصيلا مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية، كان لزاما على المشرع المغربي التدخل لتصحيح المسار وإرجاع الحقوق إلى أصحابها. لذلك جاءت تعديلات مدونة الأسرة في هذا السياق وتبنت مبادئ الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات، كإطار للعلاقة بينهما، فأقرت مجموعة من المقتضيات الجديدة في سبيل تحقيق التوازن بين حقوق الرجل والمرأة انسجاما مع مقتضيات هذه الاتفاقيات الدولية، ومع مبادئ العدالة، فالعقد الذي تبرمه إرادتان لا تبطله الإرادة الواحدة².

وهكذا على مستوى الحق في إنهاء الرابطة الزوجية تم إخضاع مسطرة الطلاق والتطليق لشروط وإجراءات قضائية جديدة من شأنها حماية الزوجة من كل تعسف من قبل الزوج في ممارسته، حيث تم إخضاع الطلاق لرقابة من

¹- إدريس الفاخوري، المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال نصوص مدونة الأحوال الشخصية أبحاث ودراسات، دار الجسور، وجدة، 2002. ص: 132.

²- إدريس الفاخوري: " دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة " مجلة الملف. العدد: 4 سنة 2004. ص: 66.

القضاء، وتمت تقليص إرادة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية، وتوسيع مجال هذه الإرادة لفائدة الزوجة بتوسيع حالات وأسباب التطليق، حيث شملت بالإضافة إلى الحالات الواردة في مدونة الأحوال الشخصية¹ حالة التطليق بسبب الإخلال بأحد الشروط التي تم الاتفاق عليها في العقد، وحالة التطليق للشقاق، وحالة التطليق الاتفاقي² أما على مستوى آثار الطلاق، فقد تم إقرار مجموعة من المقتضيات التي تضمن حصول المرأة على مستحقات منصفة، وفي وقتها، بحيث لا يقع الطلاق إلا بعد إيداع المستحقات، وتم الإقرار بحق المسكن كحق مستقل عن النفقة، ومن بين أهم المقتضيات، ما جاءت به المادة 97 والمادة 101 والمتعلقتان بالتعويض عن الضرر، الذي يمكن أن ينجم عن الطلاق مع مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق.

وبهذا تكون مدونة الأسرة قد حققت نوعا من الانسجام مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي أكدت على أن تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل، وكذلك في دور المرأة في المجتمع والأسرة. وبعد رصد حقوق الزوجة وعلاقتها بمقتضيات الاتفاقيات الدولية، لا بأس أن نتطرق فيما بعد لحق الأبناء أثناء قيام العلاقة الزوجية وبعد الطلاق أيضا.

ب: حقوق الطفل بين مدونة الأسرة ومقتضيات المواثيق الدولية

لقد تطرقت كل من مدونة الأسرة المغربية ومختلف المعاهدات الدولية خاصة اتفاقية حقوق الطفل لهذه الشريحة من المجتمع وخصصت لها عدة حقوق سواء تعلق الأمر بوضعيتهم داخل الأسرة المستقرة أو بعد تفكيك عراها وانفصامها.

¹ - وهذه الحالات هي التطليق لعدم الإنفاق، والتطليق للغيب، والتطليق للضرر، التطليق للغبية، ثم التطليق للإيلاء والهجر.

² - إدريس الفاخوري: "دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة" م س، ص: 67.

ب.أ. حقوق الطفل أثناء قيام العلاقة الزوجية

ب.أ.أ. رفع سن الزواج:

لقد حددت مدونة الأحوال الشخصية في الفصل 8 على أن أهلية الفتى في النكاح تكتمل بتمام الثامنة عشرة، وفي الفتاة في تمام الخامسة عشرة من العمر. وقد كان هذا النص محل انتقادات شديدة، لكونه يقيم تمييزا بين الجنسين، كما يعتبر اعتداءا صارخا على حقوق طفلة تبلغ من العمر 15 سنة، لا زال مكانها الطبيعي متابعة دراستها، لذلك اعتبرت مختلف الفعاليات الحقوقية وجمعيات المجتمع المدني المهتمة بشؤون الطفل والمرأة أن السماح بزواج الفتاة في سن 15 هو اغتصاب لطفولتها ولحقوقها كطفلة¹. كما أنه لا أساس للتمييز بين الجنسين في تحديد سن الزواج، لذلك كانت المطالبة بتغيير هذا الوضع مسألة ضرورية وملحة، خاصة وأنها تتعارض مع الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب وتعهد باحترامها. فالمادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل تنص: " لأغراض هذه الاتفاقية يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك، بموجب القانون المطبق عليه"². كما نصت المادة الثانية: " تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز".

واستنادا على هذه النصوص رفعت مدونة الأسرة من سن الزواج إلى ثمانية عشر سنة حيث نصت في المادة 19: " تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة متمتعان بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية". وبهذا تكون المدونة قد ألغت

¹ - نجاة الكص: مواقف وآراء حول الوضع القانوني للمرأة المغربية، م. س، ص: 58.

² - اتفاقية حقوق الطفل: اعتمدت و عرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نونبر 1989. تاريخ بدء النفاذ: 2 شتنبر 1990 وفقا للمادة

التمييز الذي كان قائما بين الجنسين في هذا الموضوع من جهة، ومنسجمة مع التشريعات الدولية من جهة أخرى.

ب.أ.ب: حقوق الطفل في إطار المادة 54 من مدونة الأسرة:

لقد أفردت مدونة الأسرة مادة خاصة بحقوق الأطفال، وهي مادة جديدة لم تكن موجودة بمدونة الأحوال الشخصية وهي المادة 54، هذه المادة ركزت على مجموعة من الحقوق لم تكن واردة في المدونة السابقة التي كانت تنص فقط على حق الرضاعة للطفل عند الاستطاعة والنفقة من طعام وكسوة وتمريض وإسكان وأجرة الحاضنة ونفقة المحضون وكانت في المواد 35 و36 و103 من قانون الأحوال الشخصية. أما المادة 54 فجاءت لتنص على مجموعة من المقتضيات منها ما كان واردا في المدونة السابقة ومنها ما هو جديد مع تثبيت مسؤولية الدولة في حماية هذه الحقوق وهذا هو الجديد في المدونة وكذلك جعل النيابة العامة طرفا أصليا في الدعاوى المرتبطة بهذا القانون ككل وحماية هذه الحقوق بشكل خاص.

وقبل التطرق لما تضمنته المادة 54 من مدونة الأسرة لا بد من الإشارة إلى ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة 51 والتي تنص على المسؤولية المشتركة لكل من الزوجين في تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال وذلك انسجاما مع ما تضمنته المادة 18 من اتفاقيات حقوق الطفل التي تنص على: "تبذل الدول الأطراف قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل إن كلا الوالدين يتحملان مسؤوليات مشتركة عن تربية الطفل ونموه...". بعد ذلك تنص المادة 54 على مجموعة من الحقوق التي تؤكد الاتجاه الفعلي للمدونة في الاهتمام برعاية الطفل، وفي تبني الاتفاقيات الدولية مرجعية لهذه الحقوق وسنحاول رصد مختلف هذه الحقوق بنفس الترتيب الذي جاء في هذه المادة.

أ- حماية حياة الطفل وصحته منذ الحمل إلى انتهاء مرحلة الطفولة، والطفولة هنا إلى حدود 18 سنة أو إلى انتهاء دراستهم عند الاقتضاء: وذلك توافقا مع ما نصت عليه المادة 6 من اتفاقية حقوق الطفل بالنسبة للحق في الحياة، توجب على الدول الاعتراف بأن لكل طفل حق في الحياة وتكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه. أما بالنسبة للحق في الصحة فقد نصت المادة 24 على أن الدول الأطراف تعترف بحق الطفل في التمتع بأقصى مستوى صحي، وتبذل قصارى جهدها لتضمن ألا يحرم أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية. وفي نفس هذا السياق نصت الفقرة 5 من المادة 54 من مدونة الأسرة على ضرورة اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم، وقاية وعلاجاً.

ب- العمل على تثبيت هوية الأطفال والحفاظ عليها خاصة بالنسبة للإسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية، النسب والحضانة والنفقة طبقاً لأحكام الكتاب الثالث في هذه المدونة: وهذه هي العناصر الأساسية المكونة للشخصية القانونية للطفل وهويته، لذلك فالطفل من حقه أن يحصل على إسم شخصي وعائلي طبقاً لمقتضيات قانون الحالة المدنية وخاصة المادة العشرون، كما من صميم حقه الحصول على الجنسية، والتسجيل في دفتر الحالة المدنية من خلال التصريح بالولادة لدى ضابط الحالة المدنية ولو كان الطفل مجهول الأبوين أو متخلى عنه¹، ويقع التصريح وفق ما تنص عليه المادة 16 وما بعدها من القانون المتعلق بالحالة المدنية.

¹ - عبد الله الحمومي: حقوق الطفل وحمايتها من خلال مدونة الأسرة. منشور بمجلة المعيار. العدد 32 دجنبر 2004 ص: 99.

وتتوافق هذه الأحكام مع ما جاء في المادة 7 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل والتي تنص في فقرتها الأولى على ما يلي: " يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب الجنسية ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقى رعايتهما" إضافة لما نصت عليه المادة الثامنة أيضاً في فقرتها الأولى: تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته، واسمه، وصلاته العائلية، على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل غير شرعي.

ج - التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل... وتجدر الإشارة بخصوص هذه الفقرة من المادة 54 أنها تتلاءم في جانب فقط منها مع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وهو الجانب المتعلق بحماية الطفل من الاستغلال والعنف، والذي يتلائم مع المواد 32 و33 و34 و36 من الاتفاقية. ويبقى الجانب الآخر المتعلق بالتوجيه الديني غير متوافق مع هذه الاتفاقية الدولية التي تنص في المادة 14 على: " تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان والدين" وذلك باعتبار أن المغرب دولة إسلامية ينص دستورها على أن دين الدولة هو الإسلام، لذلك لا تعطى الحرية للأطفال في تبني دين آخر، وقد تحفظ المغرب على مسألة التوجيه الديني، وجاء التحفظ بالصيغة التالية: " إن حكومة المملكة المغربية التي يضمن دستورها لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية تتحفظ على أحكام المادة 14 التي تعترف للطفل بالحق في حرية الدين نظراً لأن الإسلام هو دين الدولة.

د- التعليم والتكوين : على الآباء أن يهيؤوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني، مما سيؤهلهم للحياة

العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وتتلائم هذه المقتضيات مع المادة 28 من اتفاقية حقوق الطفل.

هـ - إلى جانب حقوق الطفل السليم أقرت مدونة الأسرة في المادة 54 برعاية خاصة للطفل المعاق، لا سيما التعليم والتأهيل المناسبان لإعاقته، قصد تسهيل إدماجه في المجتمع، وذلك تماشياً مع ما نصت عليه المادة 23 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، التي أكدت على ضرورة تمتع الطفل المعاق عقلياً أو جسدياً بحياة كاملة كريمة. في ظروف تكفل له كرامته وتعزز اعتماده على النفس، وتيسر مشاركته الفعلية في المجتمع. وأخيراً فإن من أهم ما جاءت به هذه المادة هو تحميل الدولة جزءاً من المسؤولية والنيابة العامة توافقاً مع الاتفاقية الدولية.

ب.ب: حقوق الطفل بعد انتهاء العلاقة الزوجية

بخصوص الاتفاقيات الدولية: نجد الفقرة 4 من المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية تنص: "تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله.

وفي حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم". وتنص المادة 3 في فقرتها الأولى من اتفاقية حقوق الطفل على أنه: " في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال... يولى الاعتبار لمصالح الطفل الفضلى". جاء في المادة 9 في فقرتها الأولى من نفس الاتفاقية: "تضمن الدول الأطراف عدم فصل الطفل عن والديه على كره منهما... هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى، وقد يلزم مثل هذا القرار في حالة معينة... أو عندما يعيش الوالدين منفصلين ويتعين اتخاذ قرار بشأن محل إقامة الطفل". وتنص المادة 12 في فقرتها الأولى من ذات الاتفاقية "... تتاح للطفل، بوجه خاص فرصة الاستماع إليه

في أي إجراءات قضائية وإدارية تمس الطفل..."، وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه".

وتتجلى مظاهر تلائم نصوص مدونة الأسرة مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية على عدة مستويات، وذلك على مستوى المسطرة القضائية، وعلى مستوى النفقة وعلى مستوى حضانة الطفل ونسبه وجنسيته.

1-المسطرة القضائية:

فالمشرع حماية منه لأطفال الطلاق أخضع الطلاق للمسطرة القضائية، وأوكل للقضاة مهمة حماية حقوق الطفل مراعيًا في ذلك مصالحتهم الفضلى، وخص هذه المصلحة بمجموعة من المقتضيات التي تضمن حماية الطفل، فألزم القضاء على تكرار محاولة الصلح بين الزوجين في حالة وجود أطفال (المادة 82)، كما يجب أن يتضمن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق، عدد الأطفال إن وجدوا وسنهم ووضعهم الصحي والدراسي، (المادة 80). كما منع الخلع بشيء يتعلق به حق الأطفال (المادة 119) كما منح المحكمة في المادة 121 سلطة اتخاذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة للزوجة والأطفال تلقائياً، أو بناء على طلب. وتنسجم هذه المقتضيات مع ما نصت عليه الكثير من مواد الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، التي تؤكد ضرورة استحضار المصلحة الفضلى للطفل واتخاذ التدابير اللازمة لحمايته، خاصة ما نصت عليه المادة 3 في فقرتها الأولى: " 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". ويبقى هذا المجال واسعاً للقضاء المغربي لكي يقوم

بدوره الكامل في تفعيل هذه المقتضيات لحماية أطفال الطلاق مستحضرا في ذلك مصلحتهم الفضلى.

2- حق الطفل في النفقة عليه:

لقد أقرت الاتفاقيات الدولية حق الطفل في النفقة، فنجد المادة 27 في فقرتها الثانية من اتفاقية حقوق الطفل تنص على: "يتحمل الوالدان أو الأشخاص الآخرون المسؤولين عن الطفل، المسؤولية الأساسية عن القيام، في حدود إمكانياتهم المالية وقدراتهم، بتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنمو الطفل". وتضيف نفس المادة في فقرتها الرابعة: "تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة لكفالة تحصيل نفقة الأطفال".

وقد نصت المادة 11 في فقرتها الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: "تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في مستوى معيشي كاف له ولأسرته، يوفر ما يفي بحاجاتهم من الغذاء والكساء والمأوى..."، في حين نصت المادة 6 في فقرتها الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أن الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق"، لأنه إذا ضمن الإنسان أو الطفل النفقة عليه ضمن من ثم حقه في الحياة.

بهذا يتضح لنا أن الاتفاقيات الدولية حثت على الإنفاق على الأطفال، نظرا لأنهم عاجزون عن الإنفاق على أنفسهم، وبالتالي ينبغي أن يحاطوا بأكبر قدر من الحماية.

وإذا رجعنا إلى المادة 27 في فقرتها الرابعة من اتفاقية حقوق الطفل نجدها تؤكد بأنه يجب على الدول الأطراف أن يتخذوا كل التدابير الملائمة لضمان

حصول الأطفال على نفقاتهم، مما يجعلنا نتساءل: هل استجاب المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة إلى ضمان تلك التدابير؟

فبالرجوع لمدونة الأسرة، نجد أنها قد نصت على مجموعة من المقتضيات التي تعزز اكتساب الطفل لهذا الحق، فعلى مستوى مسؤولية الإنفاق، فإن الأب هو المكلف بالنفقة على الأبناء حسب ما نصت عليه المادة 198 من مدونة الأسرة، وأهم ما جاءت به في هذا الأمر إلزام الأم بالنفقة على الأولاد عند عجز الأب عن الإنفاق كلياً أو جزئياً على أولاده (المادة 194 من المدونة). وتشتمل النفقة حسب ما نصت عليه المدونة على حق الطفل في السكنى مستقلاً عن النفقة حتى تضمن للطفل حقه هذا وتحميه من التشرد، فألزمت الأب بأن يهيئ مسكناً ملائماً لأبنائه، ولا يفرغ المحضون من بيت الزوجية، إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون، وعليه أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه¹ كما على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استقرار الأب في تنفيذ المحكوم به عليه (المادة 168 من مدونة الأسرة). وعلى مستوى مسطرة الحكم بالنفقة، فإن المحكمة تبت في مستحقات الأطفال المحددة في المادتين 84 و85 في نفس الوقت الذي تبت فيه دعاوى التطليق (المادة 113)، كما نصت المادة 45 على أجل قصير لإيداع المبلغ المقابل لحقوق المطلقة والأولاد وهو 7 أيام، كما أن المادة 171 من مدونة الأسرة حصرت أجل البت في القضايا المتعلقة بالنفقة، في شهر واحد، بعد أن كان أمد الدعوى يمتد لشهور عديدة². كما أن تحديد مستحقات الأطفال يكون على أساس مراعاة الوضعية المعيشية والتعليمية التي تكون أو كانوا عليها قبل وقوع الطلاق

¹ - إدريس الفاخوري: بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديدة" المرجع السابق . ص: 172.

² - محمد الشرقاوي: حدود ملائمة مدونة الأسرة مع الاتفاقيات الدولية لحقوق الطفل. سلسلة منبر الجامعة. العدد الخامس 2004. ص: 145.

(المادة 85 من مدونة الأسرة). وبهذا تكون مدونة الأسرة قد حققت حماية لنفقة الطفل وسكنه، تتلائم والمقتضيات المقررة في اتفاقية حقوق الطفل خاصة ما تضمنته الفقرتين الأولى والثانية من المادة¹ 27 التي تلزم الدول الأطراف والأبوين بتحقيق مستوى معيشي ملائم لنمو الطفل البدني والعقلي والروحي والمعنوي والاجتماعي، ولاتخاذ التدابير المناسبة لكفالة تحصيل نفقة الطفل من الوالدين أو من الأشخاص الآخرين المسؤولين ماليا على الطفل.

3- حق الطفل في الحضانة:

الحضانة في الاتفاقيات الدولية، أشارت إليها المادة 27 في فقرتها الأولى من اتفاقية حقوق الطفل التي تنص على ما يلي: "تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والروحي والمعنوي والاجتماعي". والفقرة 3 من نفس المادة: "تتخذ الدول الأطراف... ولاسيما فيما يتعلق بالتغذية والكساء والإسكان". والمادة 10 في فقرتها الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي تنص على "وجوب منح الأسرة... أكبر قدر من الحماية والمساعدة... طوال نهوضها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد..." والفقرة 3 من ذات المادة تنص على: "وجوب اتخاذ تدابير حماية ومساعدة خاصة لصالح جميع الأطفال...". والمادة 24 في فقرتها الأولى من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي جاء فيها: "يكون للولد دون

¹ -المادة 27 من اتفاقية حقوق الطفل:

1- تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والروحي والمعنوي والاجتماعي.

2- يتحمل الوالدان أو أحدهما أو الأشخاص الآخرون المسؤولون عن الطفل، المسؤولية الأساسية عن القيام، في حدود إمكانياتهم المالية وقدراتهم، بتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنمو الطفل.

تمييز...حق على أسرته وعلى المجتمع وعلى الدولة في اتخاذ تدابير الحماية التي يقتضيها كونه قاصرا".

هكذا يتجلى لنا أن الاتفاقيات الدولية المشار إلى بعض موادها أعلاه قد أجملت فيما يخص حق الطفل في الحضانة، فهل استجابت مدونة الأسرة وسايرت تلك المقتضيات فيما يتعلق بالحضانة؟

لقد جاء في الخطاب الملكي المعتبر كديباجة لمدونة الأسرة: "لقد توخينا في توجيهاتنا السامية لهذه اللجنة، وفي إبداء نظرنا في مشروع مدونة الأسرة اعتماد الإصلاحات الجوهرية التالية: "... ثامنا: الحفاظ على حقوق الطفل، بإدراج مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في صلب المدونة، هذا مع اعتبار مصلحة الطفل في الحضانة من خلال تخويلها للأم ثم للأب ثم لأم الأم... كما تم جعل توفير سكن لائق للمحضون واجبا مستقلا عن بقية عناصر النفقة".

وبالرجوع إلى المدونة المذكورة وفي إطار حقوق الطفل والعناية بها أحكام جديدة فيما يخص الحضانة وهي قائمة على مراعاة مصلحة المحضون، لأن الطرف الذي هو المحضون كان شبه غائب في المدونة السابقة، كما أعطت للمحكمة صلاحية مراقبة هذه المصلحة ولا تتدخل إلا عند الاقتضاء لإحقاق مصلحة المحضون. وحرصت أن تكون مصلحة المحضون قائمة في تطبيق هذه البنود لذلك المقتضى الذي يجعل المحكمة تراقب هذه المصلحة وتتدخل كلما استدعت الضرورة ذلك، فنجدها قد نظمت مقتضيات الحضانة في القسم الثاني من الكتاب الأول في المواد من 163 إلى 186، فعرفتها في المادة 163 على أنها: "حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصلحه". وهي من واجبات الزوجين ما دامت العلاقة الزوجية قائمة (المادة 164).

وقد اشترطت في الحاضن عدة شروط أبرزتها في المادة 173 بأن :

-الرشد القانوني لغير الأبوين:

بمعنى أنه عندما يكون الزوجان قاصرين إذا ما تزوجا بإذن القضاء وكان

لهما حضانة أولادهما .

- الاستقامة والأمانة.

-القدرة على تربية المحضون وصيانتهم ورعايتهم ديناً وصحة وخلقاً، وعلى

مراقبة تدرسه.

- عدم زواج طالبة الحضانة، إلا إذا كان زوجها قريباً محرماً أو نائباً شرعياً

للمحضون. أو إذا كان المحضون صغيراً لم يتجاوز 7 سنوات أو يلحقه ضرر من

فراقها، أو إذا كانت بالمحضون علة أو عاهة تجعل حضانتهم مستعصية على غير

الأم. إذا كانت نائباً شرعياً للمحضون وسنفصل أكثر في هذه النقطة عندما

سنتحدث في موضع لاحق من هذا البحث عن حماية الطفل بعد انفصام العلاقة

الزوجية.

والجديد في هذا الأمر، أنه ثبت للأمم الحق في الاحتفاظ بحضانة أبنائها

وعدم إسقاط هذا الحق عليها في حالة الزواج لا سيما في حالات محددة من

حالات حضانة الأم لأبنائها حتى وصول سن السابعة، وإن كانوا محتاجين لرعاية

خاصة، يمكن أن تحتفظ بهم الأم مع زوجها وهذا ما نصت عليه المادة 175، حيث

ينص المقتضى فيها على أنه إذا كان المحضون صغيراً لا يتجاوز 7 سنوات أو يلحقه

ضرر بافتراقه عن أمه فإن لها الحق في الاحتفاظ به مع زوجها.

وقد جعلت مدونة الأسرة تكاليف سكن المحضون مستقلة في تقديرها عن

واجبات النفقة، كذلك تقديم المدونة في استمرار الحضانة إلى حين بلوغ المحضون

سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على السواء الذي هو 18 سنة (المادة 166 من م أ

س) وذلك انسجاماً مع المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل¹ التي تمنع التمييز بين الأطفال لأي سبب كان. إضافة إلى إعطاء المحضون حق اختيار حاضنه بين أبيه وأمه عند بلوغه سن 15 سنة.

كما مكنت المحكمة مراعاة الأكثر أهلية في الأقارب لكي يحصل على الحضانة، فأوضحت المدونة في المادة 171 مستحقو الحضانة وترتيبهم، فجعلتها للأم ثم للأب ثم للأم الأم، وفي حالة تعذر ذلك فالمحكمة لها صلاحية تعيين الحاضن الأكثر إفادة للمحزون². حيث ألفت المدونة مسؤولية مراعاة مصلحة المحزون في اختيار الذي يخدم مصلحة المحزون لا مصلحة طالبي الحضانة، فتكون قد وسعت من صلاحيات القضاء في اتخاذ ما يراه مناسب في أحكام الحضانة، لا تقيده في ذلك إلا مصلحة المحزون، ومن بين أهم المواضيع التي تتدخل فيها المحكمة: حل الخلاف الذي يمكن أن يحصل بين النائب الشرعي والحاضنة (المادة 164) وكذلك تنظيم حق الزيارة الذي تنظمه المواد من 180 إلى 185، لتضمن بهذا حق اتصال الطفل بأبويه، والتمتع برعايتهما المشتركة.

هكذا اتضح لنا ونحن بصدد تحليل أحكام الحضانة بمدونة الأسرة خاصة في جانبها المتعلق بمدى ارتباطها بمضامين الاتفاقيات الدولية، أنها عملت على

¹ -المادة 2 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل:

1- تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز. بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لونه أو جنسهم أو لغتهم أو دينهم أو رأيهم السياسي أو غيره. أو أصلهم القومي أو الإثني أو الاجتماعي. أو ثروتهم. أو عجزهم. أو مولدهم. أو أي وضع آخر.

2- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل الطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب القائمة على أساس مركز والدي الطفل أو الأوصياء القانونيين عليه أو أعضاء الأسرة. أو أنشطتهم أو آرائهم المعبر عنها أو معتقداتهم.

² - - ادريس الفاخوري: " بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديد". مرجع سابق. ص

تكريس الأحكام القانونية المضمنة في الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل، من خلال إيلائها اهتماما خاصا بشؤون الطفل المحضون، وتحديد شروط خاصة بالحاضن، وجعل الحضانة مستمرة إلى حين بلوغ الطفل ثمانية عشر سنة كاملة أي سن الرشد القانوني، فتكون بذلك مدونة الأسرة قد استجابت للاتفاقيات الدولية مع تحفظها على مقتضيات المادة¹⁴.

4- حق الطفل في النسب:

عرفت المادة 150 من المدونة النسب بأنه (لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف)، وحق الطفل في النسب حق أساسي ويشكل الركن الأهم في تثبيت الهوية، ولهذا نجد المدونة في الفصول ما بين 151 و162 عملت على دعم ثبوت النسب بكل الوسائل. فأبرزت مجموعة من الحقوق قصد حماية حق الطفل في النسب، ويتجلى ذلك من خلال النص على مجموعة من المواد في حالة عدم توثيق عقد الزوجية لعلة قاهرة، فتم فتح مدة زمنية قدرها 5 سنوات لتصفية القضايا العالقة في هذا المجال، وتهتم المحكمة خصوصا بشكل كبير بالقضايا التي يكون دعوى الزوجية الناتجة عنها أطفال، وبالتالي في اعتماد البنية كل الوسائل الشرعية لضمان نسب الطفل (المادة 16)، وثبوته كذلك في حالة وجود حمل أثناء فترة الخطوبة وذلك للشبهة وفق شروط أفردتها المادة 156 وهي مادة جديدة أضافتها مدونة الأسرة في إطار النقاش داخل البرلمان ثم إضافة بعض العناصر التحسينية أو التي تعطي صبغة شرعية أكثر لهذه المادة لأن هناك

¹ - جاء في مطلع المادة 14 من الاتفاقية: "تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان و الدين..."

و جاء في تحفظ المملكة المغربية: "إن المملكة المغربية التي يضمن دستورها لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية تتحفظ على أحكام المادة الرابعة عشرة التي تعترف للطفل بالحق في حرية الدين لأن الإسلام هو دين الدولة".

ثلاثة شروط لقبول إثبات النسب في حالة الحمل أثناء الخطوبة، حيث أضيف شرط الإيجاب والقبول وموافقة الولي عند الاقتضاء. فيكون المشرع بذلك قد سمح بإثبات النسب ولحوقه في بعض الحالات الاستثنائية كما في حالة إلحاق ابن المخطوبة بنسب أبيه إذا توفرت مجموعة من الشروط التي تم النص عليها في المادة 156 من مدونة الأسرة.

ويتماشى ذلك مع ما نصت عليه المادة 8 من اتفاقية الطفل: "تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته، بما في ذلك جنسيته، واسمه وصلاته العائلية على النحو الذي يقره القانون..." والحفاظ على صلات الطفل العائلية تقضي اتخاذ كل التدابير للإقرار بحق الطفل في نسبه إلى أبويه. وقد جاءت مدونة الأسرة في إطار حساباتها لحق الطفل في النسب بكثير من المقتضيات التي تعزز اكتساب الطفل لحقه هذا، خصوصا وأن هذا الحق تترتب عليه حقوق كثيرة أخرى، فبه يثبت له حق الإرث أو به تثبت حقوق وواجبات الأبوة والبنوة (المادة 145) مثل حقه في الرعاية والتربية والنفقة. لذلك فقد نصت مدونة الأسرة في المادة 151: "يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي" ومفاد هذه القاعدة أن إثبات النسب لا يحتاج في تأكيده عادة إلى حكم يصدر عن القضاء اللهم إذا نازع فيه صاحب مصلحة، وتماشيا مع هذا فإن نفي النسب ليس سهلا، إنما لا ينتفي إلا بواسطة حكم يصدر عن المحكمة المختصة. إضافة إلى ذلك تم التوسيع من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية للإثبات (المادة 158) وكذلك السماح بلحوق النسب في بعض الظروف الاستثنائية. فبالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية للإثبات يكون المشرع قد حل إشكالية عويصة جدا كانت مطروحة في إطار مدونة الأحوال الشخصية، حيث غالبا ما كان يرفض القضاء المغربي الإثبات عن طريق الخبرة الطبية أو

بتعبير أدق " البصمة الوراثية" على اعتبار أنها ليست من الوسائل المقررة شرعا لإثبات النسب، ولقد كان هذا الاجتهاد الذي تواتر عليه القضاء المغربي منتقدا بشدة، ولا يخدم المصلحة الفضلى للطفل، لذلك كان أغلب الفقه يدعو القضاء المغربي إلى ضرورة الأخذ بنتائج البحث العلمي في مجال الخبرة الطبية لإثبات النسب أو نفيه، فهي نتائج أبحاث علمية لفكر إنساني¹، تخدم العدالة وتخدم مصالح الطفل بالأساس. وقد استجاب المشرع المغربي لنداء الفقه في أول فرصة سنحت له للتعديل وأصلح الوضع الذي كان قائما بالنص - كما قلنا- على اعتبار الخبرة الطبية وسيلة من الوسائل الشرعية لإثبات النسب.

وقد حرصت المدونة كذلك من خلال المادة 47 على ثبوت البنوة بالنسبة للأم باعتبارها بنوة شرعية بالنسبة للحالات الزوجية وحالات الشبهة وحالات الاغتصاب، وطبيعي عندما تثبت البنوة الشرعية للأم يترتب عليها الآثار القانونية والشرعية للطفل. وهي مقتضيات كانت توجد في المادة 83 من مدونة الأحوال الشخصية، وجاءت المادة 147 من مدونة الأسرة لإثبات البنوة في حالات الزوجية وحالات الشبهة وحالات الاغتصاب.

5- حق الطفل في الجنسية:

بموجب القانون رقم 62 لسنة 2006، المعدل لبعض مواد ظهير 6 شتنبر 1958²، بمثابة قانون الجنسية المغربية، يكون المشرع قد استجاب لرغبة شعبية عارمة، عبرت عنها العديد من الجمعيات والفعاليات النسائية سواء داخل الوطن أو خارجه، من أجل إقرار نوع من المساواة بين الأب والأم من حيث إمكانية نقل

¹ - إدريس الفاخوري: المركز القانوني للمرأة المغربية. م س . ص: 115.

² - الظهير الشريف رقم 1.58.250 المتعلق بسن قانون الجنسية المغربية الصادر في 21 صفر 1378 موافق 6 شتنبر 1958 بمثابة قانون الجنسية المغربية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2395 المؤرخ في 19 شتنبر 1958.

الجنسية الوطنية إلى الأبناء في حالة الزواج المختلط على وجه التحديد، فناضلت من أجل تصحيح الوضع، وانتقدت الظلم الجائر اتجاه هذه الفئة، فتجاوبت معها الإرادة الملكية، بشكل عفوي وتلقائي عندما أعلن الملك في خطابه الذي ألقاه جلالته بمناسبة الذكرى السادسة لاعتلائه العرش في 30 من يوليوز سنة 2005 بمدينة طنجة عما يلي: "... وتجسيدا لتجاوبنا الدائم مع الانشغالات الحقيقية لكل المواطنين، سواء منهم المقيمون داخل المملكة أو خارجها، ومع تطلعاتهم المشروعة والمعقولة، فقد قررنا، بصفتنا ملكا، أميرا للمؤمنين، تخويل الطفل من أم مغربية حق الحصول على الجنسية المغربية وبذلك نؤكد عزمنا الراسخ على تعزيز ما حققناه من تقدم رائد، بما كرسته مدونة الأسرة من حقوق والتزامات، قائمة، ليس فقط على مبدأ مساواة الرجل والمرأة، ولكن بالأساس على ضمان حقوق الطفل والحفاظ على تماسك العائلة وصيانة هويتها الوطنية الأصيلة.

وحرصا من جلالتنا على التفعيل الديمقراطي والشمولي لهذا الإصلاح، النابع من الفضيلة والعدل وصيانة الروابط العائلية، فإننا نصدر توجيهاتنا للحكومة قصد الإسراع باستكمال مسطرة البت والمصادقة على طلبات الحصول على الجنسية المغربية، المستوفية لكافة الشروط القانونية، كما نكلفها أيضا بأن ترفع إلى نظرنا السامي اقتراحات عقلانية لتعديل التشريع المتعلق بالجنسية، وملاءمته مع مدونة الأسرة، على ضوء تحقيق أهدافها النبيلة، المنشودة من قبل كل مكونات الأمة، وضرورة التنشئة على المواطنة المغربية المسؤولة".

وعلى هذا الأساس، يتضح أن الرغبة الشعبية والإرادة الملكية المتجاوبة معها تتعلقان بهدف نبيل يتمثل في إقرار المساواة بين الأب والأم من حيث فتح المجال لهما على قدم المساواة في نقل جنسيتهم للأبناء بعدما كان مسموحا به للأب وغير ذلك بالنسبة للأم لا سيما المتزوجة بأجنبي، إذ إن الولد المنحدر من أب مغربي

يعتبر مغربيا، بصرف النظر عن الجنسية التي تنتمي إليها أمه وبغض النظر أيضا عما إذا كان مولودا داخل المغرب أو خارجه، في حين أن الولد المنحدر من أم مغربية، إلى غاية صدور القانون رقم 62 لسنة 2006، لم يكن يعتبر مغربيا إلا في حالة ما إذا كان مجهول الأب، أي نشأ في الغالب عن علاقة تمت خارج إطار رابطة الزواج، أو في حالة ما إذا كان مولودا في المغرب من أم مغربية وأب عديم الجنسية، أو في حالة ما إذا كان مجهول الأبوين أو لقيطا عثر عليه في المغرب.

وقد نصت مدونة الأسرة على حق الطفل في الجنسية في إطار الفقرة الثانية من المادة 54، ويعتبر تعديل قانون الجنسية بمثابة قفزة نوعية في السعي نحو تحقيق المساواة بين الجنسين ويشكل لبنة جديدة في بناء المجتمع الديمقراطي الحديث المتشبت بأصالة هويته، بحيث سيمكن الأم من مزاوله حق أساسي في مجال الجنسية على قدم المساواة مع الأب، إذ يكرس هذا الإصلاح المساواة بين الأم المغربية والأب المغربي انسجاما مع مقتضيات الفصل السادس من الدستور الذي يعتبر جميع المغاربة سواسية أمام القانون، ويعزز الخطوات الرائدة التي تحققت بفضل مدونة الأسرة التي فتحت عهدا جديدا يتجاوب مع تطلعات المجتمع النابعة من عمقه، كما يتوخى هذا الإصلاح أيضا تحقيق أفضل ملائمة بين قانون الجنسية وقوانين أخرى تتعلق بالأسرة والحالة المدنية والتنظيم القضائي، ويتطابق ذلك مع الاتفاقيات الدولية، وفي مقدمتها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة، والاتفاقية الخاصة بحقوق الطفل، وبالتالي الاعتراف بالمواطنة الكاملة للطفل وتوفير حماية أفضل لحقوقه. حيث جاء هذا الإصلاح ليحل مشكلات عديدة تتخبط فيها أسر كثيرة تعيش في المغرب والخارج، إذ قبل تعديل قانون الجنسية كان الطلاق مثلا يؤدي إلى إخضاع

الابن لقانون أبيه وما يترتب على ذلك من مشاكل، ففي مجال التنقل مثلا وخاصة عندما تكون الحضانة للأم، فإن أبناء المرأة المغربية المتزوجة من أجنبي يعتبرون أجانب في نظر السلطات المغربية والتشريع المغربي، فلا يحق لهم استلام جوازات سفر مغربية، كما تعترضهم صعوبات في دخولهم إلى المدارس المغربية ومتابعتهم لدراستهم بالجامعة المغربية، ودخولهم سلك الوظيفة العمومية¹ لذلك فإن هذه الوضعية قد تعتبر متناقضة مع ما تقرره مقتضيات الاتفاقيات الدولية، في ضرورة تمتع الطفل بهويته، ومن عناصرها الأساسية "الجنسية"، فالمادة 8 من اتفاقية حقوق الطفل تنص على: "تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته...".

وبتعديل هذا القانون أصبحت تنقل جنسية الأم المغربية بصفة تلقائية لأبنائها، فيعتبر طفلها مغربيا منذ مولده، سواء في المغرب أو خارجه، فتم التنصيص على ذلك في المادة السادسة من قانون الجنسية التي اعتبرت: "يعتبر مغربيا الطفل المولود من أب مغربي أو أم مغربية"². وللطفل المولود في إطار الزواج المختلط من أم مغربية أن يختار لدى بلوغه ما بين 18 و20 سنة الاحتفاظ بجنسية أحد الأبوين فقط، إذا اقتضت ذلك مصلحته الفضلى، وإذا تصرفت الأم في هذا الحق الاختياري قبل بلوغ الطفل سن الرشد، فإنه يجوز له عند البلوغ وقبل سن 21 سنة، أن يطلب استرجاع جنسيته المغربية.

¹ - أحمد زوكاغي: الجنسية المغربية الأصلية من جهة الأم. المجلة المغربية للاقتصاد والقانون عدد: 9 - 10. سنة 2004 ص: 18.

² - الفصل 6 من قانون الجنسية: الجنسية المترتبة على النسب أو البنوة (غير وتمم بالمادة الأولى من القانون رقم 62-06 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-80 بتاريخ 3 ربيع الأول 1428 (23 مارس 2007): ج. ر. عدد 5513 بتاريخ 13 ربيع الأول 1428 (2 أبريل 2007)): يعتبر مغربيا الولد المولود من أب مغربي أو أم مغربية.

وتسري أحكام قانون الجنسية على المغاربة ذوي الديانة اليهودية طبقاً لمدونة الأسرة، وفي مجال إثبات النسب أو البنوة تظل أحكام القانون العبري تسري عليهم، وفق ما تنص عليه مدونة الأسرة. وتتميز الصياغة الجديدة لأحكام قانون الجنسية باستبعادها لكل العبارات المهينة للكرامة أو غير الملائمة الواردة في الصيغة الأصلية للنص، من قبيل "اللقيط"، التي كانت تطلق على الطفل المولود من أبوين مجهولين.

وهكذا إذن، يكون القانون رقم 62.06 المعدل لقانون الجنسية بالمغرب قد انفتح بشكل أكثر على مضامين الاتفاقيات الدولية عاملاً من خلالها على ملائمة التشريع الوطني لها خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل.

خلاصة:

نستنتج مما سبق أن مدونة الأسرة حاولت ما أمكن الإستجابة للاتفاقيات الدولية وأبرزت عدة حقوق يتمتع بها الأطفال في مواجهة آبائهم وأهمها ما تم التنصيص عليه في المادة 54 من مدونة الأسرة وهي كالتالي:

- 1- " حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل الى حين بلوغ سن الرشد.
- 2- العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها، خاصة بالنسبة للإسم والجنسية والحالة المدنية.
- 3- النسب والحضانة والنفقة طبقاً لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة.
- 4- إرضاع الأم لأولادها عند الإستطاعة.

- 5- اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجاً.
- 6- التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية الى الصدق في القول والعمل واجتناب العنف المفضي الى الإضرار الجسدي والمعنوي والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل.
- 7- التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الأباء أن يهيئوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني".
- واعتبرت نفس المادة الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال ورعايتهم طبقاً للقانون.
- بالإضافة إلى الحقوق السالفة الذكر (النسب والحضانة والنفقة والجنسية) والتي تخص حماية الطفل في جسده، جاءت مدونة الأسرة بحماية لأموال القاصرين في كتابها الرابع الذي خصصته للأهلية والنيابة الشرعية في المواد من (206 الى 276 من م أ س) فجعلت الأهلية إما أهلية وجوب أو أهلية تحمل، فإكتساب الحقوق يكون للطفل منذ ولادته، أما تحمل الإلتزامات فلا يقع على عاتق الفرد إلا إذا كان بالغاً لسن الرشد -18 سنة - .ولقد جعلت المدونة سن التمييز محدداً في 12 سنة كاملة، وقبل هذا السن يعتبر الصغير عديم الأهلية وتصرفاته تكون باطلة ولا تنتج أي أثر (المادتان 217 و242 من م أ س).
- وإذا كانت القاعدة المسلم بها قانوناً، فقها وقضاء. هي أن الأحكام المضمنة في المواثيق والمعاهدات الدولية المصادق عليها بكيفية صحيحة والمنشورة بالجريدة

الرسمية، ترجح في التطبيق العملي على الأحكام المضمنة في القانون الداخلي¹. فإن هذه القاعدة قد تطرح مشاكل قانونية على مستوى قانون الأسرة، انطلاقاً من سمو أهم قواعده. وتوضيحا لهذه الفكرة نتوقف عند المثالين الآتيين:

المثال الأول:

تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن هيئة الأمم المتحدة في 10 دجنبر 1948 على ما يلي:

"...للرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، وهما يتساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله..."

¹ راجع الفقرة الثالثة من تصدير دستور 2011 وكافة الدساتير السابقة التي تتعهد المملكة المغربية بالتزام ما تقتضيه المواثيق الدولية من مبادئ وحقوق واجبات. وقد رجح القضاء المغربي وفي مقدمته المجلس الأعلى للاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي، راجع بهذا الخصوص:

- قرار المجلس الأعلى الصادر في فاتح أكتوبر 1976، منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 5، ص 145 وما بعدها.

- قرار المجلس الأعلى الصادر في 3 غشت 1979، منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد المزدوج 13 و 14، ص 141 وما بعدها.

- قرار صادر عن المجلس الأعلى في 9 أبريل 1997، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 52، ص 170 وما بعدها.

- قرار صادر عن المجلس الأعلى في 3 فبراير 1999، منشور بمجلة الإشعاع، العدد 19، ص 141 وما بعدها.

وللتوسع حول الموضوع أكثر أنظر:

- محمد الكشيبور، "رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية"، مطبعة النجاح بالدار البيضاء، 2001، ص 221 وما بعدها.

- نجاة بضراني، مكانة المعاهدة الدولية بين مصادر القانون ومدى أولويتها على القانون الداخلي، بحث منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 47، ص 39 وما بعدها.

وعليه، فإذا كانت مدونة الأسرة قد استجابت للميثاق العالمي فيما يتعلق بالمساواة بين الزوجين. فهي لم تستجب إلى إزالة القيد التي تضعه الشريعة الإسلامية بخصوص الدين حيث نصت المادة 39 على أنه ليس للمسلم أن يتزوج بغير الكتابية وليس للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم، وهو قيد غير قابل للإزالة ويترتب على خرقه بطلان عقد الزواج (المادة 57).

وحتى لا يقال إن هناك تناقضا بين القانون الداخلي والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فإن المغرب قد تحفظ عن مقتضيات المادة 16 من هذا الأخير، وأن أثر التحفظ وقف تطبيق القاعدة التي تم التحفظ بشأنها.

-المثال الثاني:

تنص المادة 14 من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل¹ الصادرة عن الأمم المتحدة في 20 نونبر 1989 على أنه:

- 1- "تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان أو الدين.
- 2- تحترم الدول الأطراف حقوق وواجبات الوالدين وكذلك، تبعا للحالة، الأوصياء القانونيين عليه، في توجيه الطفل في ممارسة حقه بطريقة تنسجم مع قدرات الطفل المتطورة.
- 3- لا يجوز أن يخضع الإجهار بالدين إلا للقيود التي ينص عليها القانون واللازمة لحماية السلامة العامة أو النظام أو الصحة أو الآداب العامة أو الحقوق والحريات الأساسية للآخرين".

فحسب هذه القاعدة، للطفل والحال أن أهليته لم تكتمل بعد. أن يتبع أي دين أو ملة أراد، بل وله أن يتنكر لكل الأديان السماوية أو غير السماوية لأن الأمر

¹ - دخلت حيز التنفيذ على المستوى الدولي في 2 شتنبر 1990. وصادق عليها المغرب في 14 يونيو 1993. وقام بإيداع أدوات الانضمام إليها في 21 يونيو 1993. مع تسجيل التحفظ الآتي:
"إن المملكة المغربية التي يضمن دستورها لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية. تتحفظ على أحكام المادة الرابعة عشرة التي تعترف للطفل بالحق في حرية الدين. نظرا لأن الإسلام هو دين الدولة". وقد نشرت هذه الاتفاقية بالجريدة الرسمية عدد 4440 بتاريخ 19 دجنبر 1996 طبقا لظهير شريف رقم 362.93.1 بتاريخ 21 يونيو 1996.

يتعلق بحرية. ولأن الإسلام دين الدولة بنص في الدستور، ولأن المصادقة على تلك القاعدة من شأنها أن تفرغ ذلك النص الدستوري من محتواه، فإن المملكة المغربية، وهي تصادق على الاتفاقية أعلاه، قد تحفظت على المادة 14 منها. ومن الملاحظ أن بعض التحفظات التي أبدتها المغرب بشأن الاتفاقية الدولية أعلاه، لم يعد لها محل، ومن ذلك تلك المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة، وتلك المتعلقة بالمسؤولية المشتركة بين الزوجين بخصوص تسيير شؤون الأسرة والأولاد، وتلك المتعلقة بإشراف القضاء على الطلاق، ما دام أن مدونة الأسرة قد ألغت ضمناً تلك التحفظات.

غير أن التحفظات التي لا تقبل الإلغاء تتمثل في تلك المرتبطة بالعنصر الديني، ومن ذلك السماح للمسلمة بالزواج بغير المسلم، وهو ما منعه المادة 39 من مدونة الأسرة.

وقد جاء في نص الرسالة الملكية بمناسبة الاحتفال بالذكرى الستين لحقوق الإنسان ما نصه:

تعزيزاً للمسار الديمقراطي في المملكة: "نعلم عن سحب المملكة المغربية للتحفظات المسجلة بشأن الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة التي أصبحت متجاوزة بفضل التشريعات المتقدمة التي أقرتها بلادنا...". ودفعاً لكل التباس وسوء فهم، نسجل أن هناك بالفعل بعض التحفظات التي لم يعد لها محل بعد صدور العديد من التشريعات المغربية وفي مقدمتها مدونة الأسرة وتعديل كل من قانون الجنسية والقانون الجنائي وهكذا. ولا يمكن مطلقاً أن يمتد التحفظ إلى ما تم تقريره شرعاً بنصوص قطعية الثبوت والدلالة ومن ذلك ما يخص قواعد الإرث التي تندرج في مجال حدود الله. فالمغرب بلد مسلم بالهوية وبالتاريخ وبالدستور وبإمارة المؤمنين، وقد سبق لجلالة الملك أن أكد - ومثل أبيه - أنه لا يحلل حراماً ولا يحرم حلالاً.

زواج الأشخاص ذوي الإعاقة الذهنية في القانون المغربي

رشيد جمالي

طالب باحث بسلك الدكتوراه

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

-السويسية جامعة محمد الخامس الرباط

يقوم الزواج على التراضي والاختيار الحر لطرفيه، فهو عقد رضائي ينبنى على إرادة حرة ورضى صريح للمتعاقدين لا يشوبهما عيب أو خلل، فقد اعتبرت المادة 4 من مدونة الأسرة الزواج "ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين"، ولا يتحقق هذا التراضي إلا إذا كان من صدر منه متمتعا بقواه العقلية التي تمكنه من التمييز بين ما ينفعه وما يضره، لذلك فعديم التمييز يعد فاقدًا لحرية الاختيار ويتعذر عليه بالتالي التعبير عن الإرادة.

ويرمي المشرع من وراء ذلك إلى بناء مؤسسة الزواج على أسس متينة، تضمن استمرارها ومساهمتها في رقي المجتمع، لذلك فقد فرض توفر الإرادة الصحيحة قبل إبرام هذا النوع من العقود، كما أكدت المادة 13 من مدونة الأسرة على وجوب توفر أهلية الزوجين، وجعلتها من الشروط التي لا محيد عنها لصحة عقد الزواج، وتكتمل هذه الأهلية بإتمام الفتى والفتاة ثمان عشرة سنة شمسية كاملة شريطة تمتعهما بقواهما العقلية، وهذا الشرط أمر ضروري تقتضيه الصفة العقدية للزواج، وهو تأكيد آخر بأن العقل محل اعتبار في إبرام هكذا عقود،

باعتباره مناط كل تكليف أو التزام أو مسؤولية، وبزواله تعيب الإرادة وتبطل العقود.

ولئن كان ذلك هو الأصل الذي ارتضته أحكام الشرع وأكدته نصوص المدونة، فإن لهذا الأصل استثناء يتولى تقديره قاضي الأسرة المكلف بالزواج عند منح الإذن من أجل زواج الشخص في وضعية إعاقة ذهنية أو المعتوه كما تصطلح عليه المدونة في المادة 216¹، وفق شروط موضوعية (المحور الأول) وأخرى إجرائية (المحور الثاني).

المحور الأول: الشروط الموضوعية لزواج المصاب بإعاقة ذهنية²

قد يكون الزواج مجدياً أحياناً في التخفيف من حدة الإعاقة الذهنية، لذلك فليس من العدالة أن يقف القانون في سبيل زواج شخص في هذه الوضعية مادام الطرف الآخر موافقاً ومطلعاً على حالته، ولهذه الغاية سمحت هذه المدونة أن يأذن القاضي بتزويج الشخص في وضعية إعاقة ذهنية ذكرها أم أنثى وفق ضوابط معينة.

فقد أوجبت المادة 23 تقديم تقرير طبي يوضح حالة الإعاقة بدقة، وصنفها، ودرجة خطورتها، ومدى درجة القدرة العقلية للشخص الراغب في الزواج حتى يكون أهلاً للتحمل بالالتزامات والقيام بالواجبات التي تفرضها رابطة الزوجية، كما يبرز هذا التقرير مدى مساهمة الزواج في إمكانية شفاء المصاب بالإعاقة الذهنية أو على الأقل التخفيف منها.

¹ عرفت المادة 216 المعتوه بأنه الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته، والملاحظ أن المشرع لا زال يتبنى المفهوم التقليدي للإعاقة، فالشخص لا يصاب بالإعاقة لأنها ليست مرضاً أو وباءً وإنما هي إعاقة موقف وظروف محيطية بيئية واجتماعية واقتصادية وغيرها، تدور معها وجوداً وعدمًا.

² سنحتفظ خلال هذه الدراسة باللفظ الذي استعمله المشرع للدلالة على الشخص في وضعية إعاقة ذهنية، رغم تحفظنا على هذا المفهوم كما أسلفنا

ويستشف من خلال قراءة ظاهر هذه المادة، أن قاضي الأسرة المكلف بالزواج لا يملك سلطة تقديرية واسعة في منحه للإذن بزواج المصاب بإعاقة ذهنية، وذلك من خلال تعبير الفقرة الأولى من المادة المذكورة التي جاء فيها "يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر"، فصياغة هذه المادة توحي بأنه بمجرد تقديم التقرير الطبي حول حالة الإعاقة من طرف الخبير، يبادر القاضي إلى منح الشخص المصاب بإعاقة ذهنية موضوع الخبرة الإذن بالزواج دون أن يكون له رأي أو تقدير لما جاء في هذا التقرير.

ولعل هذا المنحى تؤكد طبيعته الخبرة الطبية، فهي مسألة فنية لا يأنس القاضي من نفسه الكفاية العلمية أو الفنية للقيام بها، لذلك فهو مجبر بالأخذ بما تضمنه تقرير الخبير طالما أنه جاء في حدود الجوانب الفنية ولم يتصل بأي حال بالقانون كما قضت بذلك المادة 59 من قانون المسطرة المدنية.

غير أن واقع الحال يؤكد عكس ذلك، فالقاضي المكلف بالزواج له واسع النظر في منح الإذن بزواج المصاب بإعاقة ذهنية من عدمه، حتى ولو جاء تقرير الخبرة الطبية لصالح هذا الأخير، لأن القاضي مطالب بدراسة كافة الأسباب والوقائع والظروف المحيطة بطلب الإذن بالزواج، والبحث فيها، والاستماع إلى كافة الأطراف حول الجدوى من هذا الزواج، وتقدير مصلحة الشخص في وضعية إعاقة ذهنية، ومدى تقبل الطرف الآخر لهذه الوضعية، حتى يصل في النهاية إلى قناعته الوجدانية، والتي على ضوءها يقرر منحه الإذن أم لا، وعلى هذا تسير المحاكم المغربية.

وبالمقابل يجب أن يكون الطرف الآخر، الذي يرغب المصاب بإعاقة ذهنية في الزواج منه، راشداً وكامل الأهلية، وهو شرط منطقي مادام أن المشرع

تطلب رضاه وموافقته الصريحة، والتي لا يمكن أن تصدر إلا من شخص كامل الإرادة، فضلا عن أنه لا يعقل أن يكون الطرفان معا في وضعية إعاقة ذهنية وإلا تنافي ذلك مع الغاية من تحصيلهما، وشقت أعباء الأسرة عليهما، بل واستحال العيش أصلا بينهما.

إلى جانب هذين الشرطين الخاصين، فإنه يتعين أن تتوافر في زواج المصاب بإعاقة ذهنية باقي الشروط العامة الأخرى، من صداق وولي وانعدام الموانع المؤبدة والمؤقتة وغيرها من الأركان والشروط الواجبة على أي مقبل على عقد الزواج، سواء كان مصابا بإعاقة ذهنية أم لا.

المحور الثاني: مسطرة الإذن بزواج المصاب بإعاقة ذهنية

نصت المادة 23 من مدونة الأسرة على ما يلي "يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر.

يطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر. يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة"، فقد خص المشرع المغربي زواج المصاب بإعاقة ذهنية بهذه المادة الفريدة والمقتضبة، كعادته عند تنظيم أحكام الأشخاص في وضعية إعاقة بشكل عام، على عكس بعض التشريعات العربية، وهذا حال القانون المصري، التي أسهبت في تأطير هذا الزواج وتنظيمه وسن ضوابطه، وقد اعتور هذه المادة الكثير من النقائص والثغرات، كانت مثار جملة من الملاحظات التي سجلناها حول بعض الإشكالات العملية التي قد يطرحها تطبيق هذه المادة، والتي ستكون موضوع دراسة قادمة بمشيئة الله.

غير أن أهم ما يميز هذه المادة هو تجنبها للتعقيد في عرضها لمسطرة الزواج، فقد جاءت بإجراءات سهلة وواضحة ومبسطة وغير طويلة، ولعل ذلك راجع إلى وضعية المصاب بإعاقة ذهنية التي ينبغي مراعاتها وتقديرها قبل تسطير أي إجراء قد يعيق الاستفادة من أبسط الحقوق.

فعلى الشخص المصاب بإعاقة ذهنية الراغب في الزواج أن يقدم طلبا بذلك إما بنفسه أو من طرف نائبه الشرعي لدى كتابة الضبط لمحكمة قضاء الأسرة التابعة لمحل سكنه، مرفوقا ببعض الوثائق اللازمة ويؤدي عنه الرسوم القضائية. إثر ذلك تأمر المحكمة بإجراء خبرة طبية، وتندب لها طبيبا مهمته محددة في فحص الشخص المصاب بإعاقة ذهنية فحفا دقيقا والقول ما إذا كانت الإعاقة الذهنية على درجة بسيطة أو متوسطة أو عميقة، وهل بإمكانه الزواج دون أن يشكل ذلك خطرا على الطرف الآخر، ووضع تقرير بذلك يوضع بكتابة ضبط المحكمة، وتحدد أجرة له على ذلك يتحملها الراغب في الزواج ويضعها في صندوق المحكمة.

ويعرض القاضي تقرير الخبير على الطرف الآخر للاطلاع عليه ثم الموافقة عليه وذلك حتى يكون على بصيرة، وهو لا يكتفي بموافقتة الشفوية إذ لا بد أن تكون هذه الموافقة صريحة ومضمنة بوثيقة رسمية تدل على موافقتة على الزواج بالطرف المصاب بالإعاقة الذهنية، مع تضمين كل ذلك بمحضر رسمي يوقعه، ليكون حجة كتابية تثبت علمه بحالة المصاب بالإعاقة الذهنية ونوع إعاقته ودرجة خطورتها... تفاديا لكل لبس أو ادعاء لغش أو تدليس¹، فالموافقة المضمنة في

¹ صرحت المادة 66 من المدونة بأن التدليس في الحصول على الإذن أو التملص منه تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر، كما يخول بالمقابل للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من تعويضات عن الضرر.

الوثيقة الرسمية تفيد الرضى الصريح والقبول الذي لا شك فيه بالزواج من الشخص المصاب بإعاقة ذهنية.

ومادامت النيابة العامة طرفا أصليا طبقا للمادة 3 من المدونة، فقد بات ضروريا تبليغها، ولا يمكن إصدار الإذن إلا بعد التوصل بملتمسها في الموضوع. وباستنفاد هذه المراحل، يكون قاضي الأسرة المكلف بالزواج قد كون رأيا في الموضوع، واقتنع بضرورة منح الإذن بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية أو عدم الجدوى من ذلك، فهو مالك لقراره، وببيده صلاحية منح الإذن من عدمه.

الحماية القضائية لبيع أموال القاصر

جمال المدني

باحث جامعي في صف الدكتوراه
جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكادال

تكتسي مسطرة تسيير شؤون القاصرين أهمية كبرى، على اعتبار أنها أعدت لحماية فئة القاصرين الذين لا يملكون القدرة على تسيير شؤونهم المالية بأنفسهم، لذلك أفرد لهم المشرع المغربي مسطرة خاصة تعنى بضمان حقوقهم المالية إلى حين بلوغهم سن الرشد القانوني، وما الجزاءات التي صاغها المشرع في هذا السبيل إلا وسائل لتحقيق هذه الحماية على أكمل صورة¹، والمشرع المغربي في تنظيمه لهذه المسطرة اعتمد على ما جاء في الفقه الإسلامي، واضعا بذلك مسطرة أفرد لها معاملة اتسمت بنوع من الخصوصية نظرا لطابعها الاجتماعي، وتهدف هذه المسطرة بالأساس إلى حماية أموال القاصرين والحفاظ عليها.

وهكذا، حرص المشرع على سن مجموعة من النصوص في مختلف فروع القانون تعنى بشؤون القاصرين المالية، وتعد الرقابة القضائية أهم صلاحية خولها القانون للقضاء، يمارسها عن طريق مجموعة من الإجراءات التي تشكل في مجملها سياجا متينا يحمي أموال القاصرين من التصرفات اللامسؤولة والتي قد

1- احمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، الطبعة الثانية. 1987 ص:126.

يقدم عليها المشرفون على النيابة الشرعية، فما هي إذن تجليات هذه الرقابة القضائية؟ هذا ما سنحاول معالجته من خلال المطالبين التاليين:

بحيث سنتطرق في الأول إلى الحماية القضائية لبيع منقول القاصر بينما سنفرد الثاني للحماية القضائية لبيع عقار القاصر.

المطلب الأول: الحماية القضائية لبيع منقول القاصر

حرص المشرع المغربي على حماية الجانب المالي للقاصر، من خلال سنه لمجموعة من النصوص القانونية، ومن بين الأموال التي تتطلب حماية القضاء ما يتعلق بمنقول القاصر الذي خصصت له المسطرة المدنية الفصول من 201 إلى 206 لتحديد الإجراءات المتعين إتباعها عند بيع منقولات القاصر، بعد الإذن بذلك من القاضي المكلف بشؤون القاصرين، بعدما يثبت له مصلحة المحجور في هذا البيع.

وتتمثل الحماية القضائية لمنقول القاصر من خلال رقابة القضاء لبيع المنقول (الفقرة الأولى) ثم من خلال إجراءات هذا البيع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: رقابة القضاء لبيع منقول القاصر

تعد الرقابة أهم صلاحية خولها المشرع للقضاء، الذي يمارسها عن طريق مجموعة من الإجراءات، وبهدف حماية أموال القاصر- وسع المشرع من دائرة الرقابة القضائية على الوصي والمقدم.

وتظل إلزامية الحصول على الإذن أهم الإجراءات في هذا الصدد (أولاً) بعد ثبوت موجبات البيع (ثانياً).

أولاً: حرية النائب الشرعي في بيع منقول القاصر.

لا يختلف الفقهاء في أن سلطة الولي في التصرف عن طريق البيع في منقول القاصر، غير مقيدة بالحاجة لبيعه.

ذهب فقهاء الحنفية¹ والشافعية إلى أن للأب أن يبيع ويشتري مال أولاده القاصرين، عقارا كان هذا المال أو منقولاً، بثمن المثل أو بغبن يسير. وهو ما أخذ به الفقه المالكي²، فللأب بيع منقول القاصر لموجب أو لغير موجب. وجواب تصرف الأب بالبيع والشراء في منقول القصار، مشروط فقط بحسن النظر وموافقة السداد، لا يحتاج في بيعه له إلى إثبات السبب الموجب على القول الراجح الذي جرى به العمل³.

وبيع الوصي لمنقول القاصر كالأب، في منقول أموال القاصر ما ينمي، من قبض بهبة بلا ثواب، وصدقة واتجار لمصلحته. وهو ما أكده فقهاء الشافعية⁴ من جواز بيع المنقول

متى كانت مصلحة الصغير ومن حكمه داعيه إلى ثمنه، وهو ما أقره الحنفية⁵ بحيث للوصي بيع المنقول من أموال المولى عليه بمثل قيمته، أو لغبن يسير، وحريته في بيع المنقول غير مقيدة بالحاجة إلى بيعه، فله أن يبيع المنقول سواء دعت الحاجة إلى بيعه أم لا، فإن دعت الحاجة إلى بيعه فالسبب واضح وهو الحاجة، وإن لم تدع الحاجة إلى بيعه فحفظ ثمنه أفضل من حفظ عينه وأبقى. كما ذهب فقهاء الحنابلة إلى جواز بيع الوصي من تحت ولايته، ولا يحتاج في ذلك إلى إذن القاضي لأنه أمين مصدق في بيع المنقول.

1 - الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة سنة 1986م.

2 - الخطاب (أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان) مواهب الجليل في شرح مختصر سيدي خليل، المجلد الخامس، مكتبة النجاح طرابلس-ليبيا، بدون تاريخ.

3 - المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، الجزء السادس، المطبعة الحجرية، فاس، 328هـ، ص: 174.

4 - الإمام الشافعي، الأم، الجزء الثامن، ص: 187. بدون تاريخ.

5 - ابن عابدين، الحاشية، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى 1987. ص 493-495.

أما الفقه المالكي¹ فقد اعتبر الوصي كالأب في بيع المنقول لا يحتاج فيه إلى بيان سبب، لأنه نائب عنه، وبيعه محمول على السداد. ويرى أغلب الفقهاء أن مقدم القاضي كالوصي من قبل الأب. من حيث المبدأ ويجوز له بيع المنقول.

والذي يلاحظ أن النائب الشرعي- وليا أو وصيا أو مقدا- بيع منقول القاصر ولا يحتاج في ذلك إلى إذن هذا من جهة، ومن جهة ثانية، يجوز له بيع منقول القاصر ولو مع عدم قيام ضرورة أو حاجة لبيع ذلك المنقول. على نفس النهج سار المشرع المغربي، والذي بين في مدونة الأسرة، وقانون المسطرة المدنية، طريقة بيع منقول القاصر، واستلزم طلب الحصول على إذن لبيع المنقول استثناء إذا تعدت قيمة المبلغ المحدد قانونا.

ثانيا: حدود سلطة القاضي في منح الإذن ببيع المنقول.

أخضع المشرع المغربي سلطة كل من الوصي والمقدم في إدارة أموال القاصر والتصرف فيها لتنظيم أمر يتضمن عدة قيود: فبهدف حماية أموال القاصر وسع المشرع من دائرة الرقابة على تصرفات الوصي والمقدم، خصوصا وأن المشرع المغربي اشترط لتمام بيع منقول القاصر من طرفهما الحصول على إذن قضائي وإجراء البيع وفق مسطرة قانونية محددة. ذلك أن المشرع أزم الوصي أو المقدم بالحصول على إذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين قبل التصرف في منقول القاصر من خلال المادة 271 من مدونة الأسرة، متى تعدت قيمة المنقول 10.000 درهم.

1 - المواق (أبو عبد الله سيدي محمد بن يوسف العبدري) "التاج والإكليل لشرح مختصر الشيخ خليل"، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية. 1994. ص 71.

وقد كان الفصل 158 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة يقصر الحصول على الإذن على عقار القاصر والمهم من أمواله دون المنقول. خاصة وأن الفصل 159 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة حدد حالات إصدار الإذن بالنسبة للعقار فقط، بخلاف مدونة الأسرة التي سوت بخصوص مسألة طلب الإذن بين العقار والمنقول، والمعتبر في ذلك هو قيمة المال وليس نوعه والضابط المشترك بينهما في منح الإذن هو توفر مصلحة القاصر والذي يلاحظ أن المادة 271 في فقرتها الأولى تنص على وجوب الحصول على إذن بالبيع فقط بالنسبة للمنقول الذي تتعدى قيمته 10.000 درهم، ولم يشمل هذا الإجراء شراء المنقول. وهو ما يعني أن الوصي أو المقدم بإمكانه شراء منقول لحساب القاصر كيفما كانت قيمته ودون ضرورة الحصول على إذن بذلك من القاضي المكلف بشؤون القاصرين، ونرى أن هذا التعارض مع الهدف المتوخى من الولاية على مال القاصر ذلك أن شراء منقول لحساب القاصر يستدعي بالضرورة الحصول على إذن بذلك حماية لمال هذا الأخير من الضياع.

والجدير بالذكر أن القاضي المكلف بشؤون القاصرين لا يمنع الإذن المذكور إلا بعد ثبوت ضرورة ذلك التصرف، حيث جاء في الفصل 11 من قانون الالتزامات والعقود: "ولا يمنع هذا الإذن إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين لناقص الأهلية"

وإذا كانت هذه هي القاعدة، فإن المشرع المغربي أورد استثناء- مما يحتاج إلى إذن من القاضي- لبيع منقولات القاصر التي تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم إذا كانت معرضة للتلف وكذا المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف درهم¹،

1- للتوضيح فقد وقع إغفال بالنسبة لهذه القيمة 5000 درهم، حيث لم ترفع إلى 10.000 درهم كما رفعت 5000 درهم التي كانت في المادة 271 من هذه المدونة إلى 10.000 وذلك بعد عرض المشروع على البرلمان، عمرلين مستجدات مدونة الأسرة فيما يتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية، الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، مكتبة دار السلام 2004 ص: 131.

جاء في المادة 272 من مدونة الأسرة ما يلي : " لا يحتاج إلى إذن بيع منقولات تتجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم (5000 درهم) إذا كانت معرضة للتلف، وكذلك العقار أو المنقول الذي لا تتجاوز قيمته خمسة آلاف درهم (5000 درهم) بشرط أن لا يستعمل هذا البيع وسيلة للتهرب من المراقبة القضائية".

والحكمة من عدم وجوب الحصول على إذن القاضي في هذه الحالة هي تجاوز تضرر القاصر من بقاء المنقول المعرض للتلف في حوزته، لما فيه من نقص في قيمته متى ظل في حيازته، لأن تركه يؤدي إلى نقص في ثمنه وذلك يضر بمصلحته. كما اعتبر المشرع المغربي الوصي و المقدم كالأب في بيعه المنقول من أموال القاصر، وذلك بعد أن استبعد الحالات التي لا يجوز له التصرف فيها إلا بعد إذن القانون.

الفقرة الثانية: إجراءات بيع منقول القاصر

خصصت المسطرة المدنية الفصول من 201 إلى 206 لتحديد الإجراءات المتعين اتباعها عند بيع الوصي أو المقدم لمنقولات منوبه القاصر بإذن من قاضي شؤون القاصرين الذي تثبت له بالحجة الشرعية مصلحة المحجور في هذا البيع. وميز المشرع المغربي بين المنقول العادي (أولا) وبيع الأصل التجاري (ثانيا).

أولا: مسطرة بيع منقول القاصر.

تتمثل إجراءات بيع منقولات القاصر فيما يلي:

يلتزم الوصي أو المقدم في البداية بأن يرفع طلبا كتابيا موجها للقاضي المكلف بشؤون القاصرين يتضمن عدة معلومات تتعلق خصوصا بالاسم العائلي والشخصي للقاصر الذي ينوب عنه، طبيعة وموضوع البيع، الثمن المقترح، الإسم العائلي والشخصي للمشتري المحتمل، ويرفع هذا الطلب بحجج ووثائق أخرى (مثلا إذا كان المال المزمع بيعه سيارة فيلزم أن يرفق الطلب بورقتها الرمادية

وشهادة أداء الضريبة على السنة الجارية وذلك بهدف التأكد من امتلاكها من طرف القاصر المحجور عليه¹.

فإذا تمثل المنقول المزمع بيعه في أسهم أو سندات أو ما سواها من الأوراق المالية القابلة للتداول في البورصة أصدر القاضي المكلف بشؤون القاصرين أمرا بعرضها للبيع في البورصة.

جاء في الفصل 206 من قانون المسطرة المدنية " تباع القيم المنقولة والسندات والأسهم أو حصصها في البورصة بأمر يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين".

وإذا كانت منقولات مادية كالأطعمة والألبسة والحيوانات أمر القاضي بانتداب خبير لتقويم ذلك المنقول إذا لم يكن قد وقع تقويمه من لدن الخبراء المعينين عند إقامة زمام التركة التي تضمنت هذا المنقول.

فإذا اتضح عدم تجاوز قيمة ذلك المنقول ألفي درهم، أذن القاضي للوصي أو المقدم في بيعه بالمرضاة لمن يقترح ثمنًا مناسبًا فيه مصلحة القاصر ولا ضرر ولا غبن فيه. فلا يتطلب الأمر حينئذ إجراء البيع بالمزاد العلني سواء تعلق الأمر بسلع أو حيوانات أو أطعمة أو البسة أو أصل تجاري بسيط إلى غير ذلك.

وهذا ما يشير إليه الفصل 201 من ق.م.م بقوله:

يأذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين للوصي أو المقدم في بيع أموال قاصره المنقولة بطريق المرآضة لمصلحة هذا الأخير إذا لم تتجاوز قيمتها ألفي درهم.

1 - عبد الحق صافي: عقد البيع، دراسة في قوانين الإلتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، تاريخ النشر غير مذكور. ص: 236.

يتحقق القاضي في هذه الحالة قبل منح الإذن من أن الثمن المقترح يوافق قيمة المنقولات التي يقومها خبير بعينه لهذه الغاية عند الإقتضاء، وليثبت أن الثمن المعروض لا غبن فيه ولا ضرر على المحجور."

وإذا اتضح أن قيمة المنقول تزيد عن ألفي درهم، أو لم يكن ممكن بيعه بطريقة المراضاة وجب حينئذ على كتابة الضبط أن تقوم ببيعه بالمزاد العلني مع اتخاذه عدة إجراءات وهي:

- تعمل كتابة الضبط على توزيع ملصقات تعين فيها تلك المنقولات، وتاريخ ومكان بيعها، وتقوم بتعليق هذه الملصقات في الأماكن التي تضمن اطلاع أكبر عدد ممكن من الناس عليها ومنها المحكمة الابتدائية، والأماكن البارزة في الأسواق، ومن الممكن أن يشهر هذا البيع عن طريق المناداة في الأسواق والأماكن العمومية، ويلزم أن يفصل بين التاريخ المعين للبيع وتاريخ الإشهار ثمانية أيام على الأقل، إلا إذا كان ذلك المنقول مما يسرع إليه الفساد فيعين تاريخ أقرب حسبما تقتضيه طبيعته، كما يلزم أن يكون المكان المعين للبيع مما يتوقع أن يحضره أكبر عدد من الراغبين في الشراء كالمسوق الذي يباع فيه عادة ذلك المنقول، كأسواق البادية مثلاً.

وعند حلول تاريخ البيع يحضر كاتب الضبط التابع للقاضي الذي أصدر الإذن في بيع ذلك المنقول ويصاحبه أحد أعوانه حتى يشرف على تسيير المزايمة عن طريق عرض المنقول والمناداة على الراغبين في الشراء ليعرضوا الثمن الذي يرغبون في الشراء به. ويرسو المزاد على الشخص الذي عرض أعلى ثمن، حيث يعلن كاتب الضبط أن البيع قد تم لصالحه سواء كان هذا الثمن الذي رسا عليه المزاد أكثر أو أقل مما حدد الخبير لذلك. ثم يدعو الذي رسا عليه المزاد بأن يؤدي

له فورا الثمن والصوائر وهي: تحدد عادة في ثلاثة في المائة 3% من الثمن الذي رسا عليه المزاد". ولا تقبل إلا النقود أو الشيكات المضمونة، وحينئذ يسلم له المنقول¹ ونشير هنا إلى أنه يعتبر محضر المزايدة بمثابة عقد بيع رسمي لذلك المنقول، حيث لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير¹، وسبب ذلك أنه تثبت لكاتب الضبط الذي يحرره صفة رسمية، جاء بهذا الخصوص ضمن قرار أصدرته محكمة الإستئناف بالرباط بتاريخ: 02 يناير 1951 أن عون التنفيذ الذي يحرر محضر البيع العقاري بالمزاد العلني تبعا لمسطرة الحجز يتصرف سواء بمقتضى نوع من الإنابة القانونية الصادرة عن المحاكم أو بمثابة موظف عمومي².

وعند امتناع المشتري عن تأدية الثمن أو مطالبته بأجل لإحضاره يندر كاتب الضبط الذي يسير عملية البيع بأن يؤدي الثمن فورا تحت طائلة بيع ذلك المنقول لفائدته، فإن أصر على إمتناعه فتح باب المزايدة مجددا في نفس المكان والزمان، ثم يباع لمن رسا عليه المزاد الثاني، فإذا كان هو ذات الثمن الذي رست عليه المزايدة الأولى أو أكثر منه حازه كاتب الضبط لحساب القاصر، وتتم تبرئة المشتري الأول من كل التزام. وإن كان الثمن أقل، التزم المشتري الأول بتأدية الفرق من ماله لمصلحة المحجور. وفي ذلك نص الفصل 202 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي:

" إذا لم تقع المراضاة أو كانت قيمة المنقولات تتجاوز ألفي درهم، أجري البيع بالمزاد العلني بواسطة كتابة الضبط.

1- جمال المدني: إدارة أموال القاصر من خلال مدونة الأسرة مرجع سابق. ص: 114.

2- قرار صادر عن محكمة الإستئناف بالرباط عدد: 4281، بتاريخ 02 يناير 1951، منشور بمجموعة قرارات محكمة الإستئناف بالرباط (ترجمة الأستاذ العربي المحبوز).

يقع هذا المزاد في أقرب سوق عمومي أو في أي مكان آخر يتوقع فيه الحصول على أحسن نتيجة.

ويحاط العموم علما بتاريخ ومكان المزاد بكل وسائل الإشهار المناسبة لأهمية المبيع.

يباشر البيع بواسطة عون من كتابة ضبط القاضي المكلف بشؤون القاصرين تحت إشراف هذا الأخير، ويرسو المزاد على من قدم أعلى عرض في التاريخ والمكان المعينين.

يجرى المزاد بعد انتهاء أجل ثمانية أيام من يوم إشهار إعلان البيع إلا إذا كان المنقول عرضة للتلف أو لتقلب الأسعار حيث يمكن للقاضي في هذه الحالة تقصير الأجل من يوم إلى آخر ومن ساعة إلى أخرى.

يحدد الثمن الأساسي للبيع خبير يعينه القاضي لهذه الغاية. يسدد المشتري الثمن والصوائر حالا، ولا تسلم له المنقولات إلا بعد أداء ثمنها نقدا.

ينذر عند تأخيره عن الأداء بتأدية دون أجل. إن لم يستجب للإنذار الموجه إليه، أعيد البيع على نفقته ومسؤوليته. يتحمل المشتري المتخلف الفرق بين الثمن الذي رسا به المزاد عليه والثمن الذي وقفت به المزايدة الجديدة إذا كان هذا الثمن اقل من الثمن الأول، أما إذا كان أكثر فلا حق له في الفرق بينهما".

فمجموعة هذه الشكليات والإجراءات فرضها المشرع حماية لأموال القاصر المنقولة، لهذا فعند تخلفها- أو تخلف أحدها- يعتبر عقد البيع الجاري على هذه الأموال من طرف الوصي أو المقدم باطلا ودون أثر.

ثانياً: مسطرة بيع الأصل التجاري للقاصر

إذا تمثل المنقول المراد بيعه في الأصل التجاري¹، كدكان أو متجر أو مقهى، وثبت للقاضي أن في بيعه نفعاً للقاصر أكثر من إستمراره على ملكه، اتخذت الإجراءات المنصوص عليها في مدونة التجارة بخصوص بيع الأصل التجاري. فقد قيدت هذه الأخيرة استثمار أموال القاصر في المجال التجاري من طرف الوصي أو المقدم بالحصول على إذن خاص من طرف القاضي، وتقبيد الإذن بالإتجار للقاصر، وكذا الترشيد المنصوص عليهما في مدونة الأسرة و مدونة التجارة².
وإن كنا نلاحظ أن المشرع لم يلزم الولي بتقبيد الإذن في السجل التجاري، بخلاف الوصي أو المقدم.

هذا بالإضافة إلى أن الفصل 205 من قانون المسطرة المدنية قد أوجب على الوصي أو المقدم أن يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين الذي يوجد بدائرتهم المركز الرئيسي للأصل التجاري طلباً لتعيين خبير أو أكثر، لتحديد الثمن الأساسي³ لهذا الأصل التجاري بما اشتمل عليه من عناصر مادية ومعنوية مع تحديد قيمة كل عنصر من العناصر المادية على حدة، أما العناصر المعنوية فتعين لها قيمة إجمالية بكاملها.

1 - عرف المشرع المغربي ومن خلال المادة 79 من مدونة التجارة "الأصل التجاري مال منقول معنوي يشكل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية" وذكره من خلال المادة 80 مجموعة من العناصر التي يشتمل عليها الأصل التجاري، جاءت المادة كالتالي: "يشمل الأصل التجاري وجوباً على زبناء وسمعة تجارية، ويشمل أيضاً كل الأموال الأخرى الضرورية لاستغلال الأصل كالاسم التجاري والشعار والحق في الكراء والأثاث التجاري والبضائع والمعدات والأدوات وبراءات الاختراع والرخص وعلامات الصنع والتجارة والخدمة والرسوم والنماذج الصناعية وبصفة عامة كل حقوق الملكية الصناعية أو الأدبية أو الفنية الملحقمة بالأصل.

2 - المادة 13 والمادة 14 والمادة 42 من مدونة التجارة.

3 - الفقرة الثانية من المادة 205 من قانون المسطرة المدنية.

وفي الحالة التي يكون فيها للأصل التجاري عدة فروع فإن الطلب يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين التابع للمحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها المركز الرئيسي لذلك الأصل، وبعد ذلك يتعين على الوصي أو المقدم أن يقوم بإجراءات التبليغ للبايعين السابقين وفق مقتضيات المادة 103 من مدونة التجارة. بعد حصول الإشهار اللازم، تتم المزايدة التي يرسو المزداد من خلالها على من قدم أعلى عرض، حيث لا يخلو الأمر من إحدى الفرضيتين، إحداها أن يكون الثمن أعلى أو مساويا للثمن الذي حدده الخبير وفي هذه الحالة للقاضي أن يأذن بالبيع لهذا المزايد ويتم له الشراء، ثم بعد ذلك تباشر الإجراءات المنصوص عليها في مدونة التجارة. أما الفرضية الثانية، فتتحقق عندما يكون الثمن الذي رسا عليه المزداد العلني أقل مما قدره الخبير لمجموع العناصر المادية للأصل التجاري حيث يكون أمام القاضي المكلف بشؤون القاصرين، عدم الموافقة على البيع، وفي هذه الحالة، تفرز مختلف العناصر المادية للأصل التجاري لكي تباع وفق طريقة منقولات القاصر. ثم يباع الأصل التجاري بما اشتمل عليه من العناصر المعنوية فقط، حيث تباع القيم المنقولة والسندات والأسهم أو حصصها في البورصة بأمر يصدره القاضي المكلف بشؤون القاصرين¹.

وتجدر الإشارة إلى أن مختلف الإجراءات التي تطلبها المشرع المغربي لبيع منقولات القاصر إذا لم يتوفر إحداها كان البيع المباشر من طرف الوصي أو المقدم باطلا وعديم الأثر.

ولا يشترط في الإذن بالبيع الذي يمنحه القاضي المكلف بشؤون القاصرين للوصي أو المقدم أن يصدر في شكل معين، والغالب أن يأتي في شكل تصريح يسجله كاتب الضبط في المحضر الذي يتضمنه ملف النيابة الشرعية.

1 - المادة 206 من قانون المسطرة المدنية.

المطلب الثاني: الحماية القضائية لعقار القاصر

يخضع بيع عقار القاصر لمجموعة من الإجراءات الشكلية الواجب إتباعها، حماية لمصالحه المالية. وتتجلى أولى هذه الإجراءات في إذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين بعد ثبوت مصلحة القاصر في هذا البيع.

وعند الحصول على الموافقة على البيع والإذن به، يتم بطريقة معينة حددها المشرع المغربي، مما يبرز بجلاء الدور القضائي أثناء عملية البيع.

وهكذا سنتناول رقابة القضاء لبيع عقار القاصر في الفقرة الأولى ثم إجراءات البيع القضائي لعقار القاصر في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: رقابة القضاء لبيع عقار القاصر.

لا يجوز التصرف في عقار القاصر بالبيع إلا تحت رقابة القضاء، والتي تكون قبل القيام بعملية البيع، فتكون بذلك رقابة قبلية.

ولا يختلف الفقهاء في وضع القيود على تصرفات الوصي أو المقدم بخصوص بيع عقار القاصر، وإن اختلفوا في صياغة هذه القيود.

بذلك لا يجوز لكل من الوصي أو المقدم أن يبيع عقار القاصر إلا في حالة الضرورة التي تثبت بأحد الأسباب الشرعية (أولاً)، وبعد إستئذان القاضي في إجراء هذا البيع (ثانياً).

أولاً: استجلاء موجبات بيع العقار.

الأصل أن الأب محمول على النظر والسداد، لوفور الشفقة على أبنائه القاصرين، فإذا توفرت فيه شروط الولاية على المال، وانتفت موانعها، فله التصرف المطلق في أموال من تحت ولايته، بدليل قول الشيخ خليل: " وله البيع المطلق وإن لم يذكر سببه"، أي أن الأب له أن يبيع على يد ولده المحجور العقار وغيره لأحد الأسباب الموجبة للبيع¹.

1 - الخطاب، في شرحه لمختصر خليل، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، 1992، الطبعة الثالثة. ص: 69.

وقد علق الخرشي على قول الشيخ خليل : " وإن لم يذكر سبب بقوله: مقتضاه أنه لا بد لبيعه من سبب لكن لا يحتاج لذكره، وليس كذلك إذ له البيع وإن لم يكن هناك سبب"¹. وعقب بناني على تعليق الخرشي قائلاً: " الانتقاد المبني على أن مراده بالسبب هنا أحد الأسباب الآتية في قوله (وإنما يباع عقاره)... إلخ، فحينئذ يتوجه الاعتراض بأن يقال لا يشترط في جواز بيع الأب وجود سبب من الأسباب فضلاً عن ذكره، وأما إذا قلنا مراده مطلق السبب فلا إشكال في اشتراط وجوب سبب، أي سبب كان، إذ لا يحل للأب فيما بينه وبين الله عز وجل أن يبيع بدون سبب أصلاً، وعلى هذا فانتقاد على المصنف"².

يتبين من خلال ما أورده الفقهاء أن تصرفات الأب في عقار القاصر محمولة على النظر والسادق حتى يثبت خلاف ذلك. معنى ذلك أن الأب يمارس ولايته على أموال أولاده دون قيد، إلا أن تصرفاته في أموالهم لا تحقق مصلحة، أما بالنسبة للوصي أو المقدم فقد اعتبر الفقهاء، أن تصرفاتهما في عقار القاصر محمول على غير السداد، لقلة وفور شفقتهم، لذلك يتعين إثبات السبب الداعي إلى التصرف.

فلا يجوز لهما بيع العقار المملوك للمحجور إلا بعد إثبات أن الضرورة تفرض بيع ذلك العقار، ويتحتم إظهار عدلين على هذه الضرورة، بالإشارة إلى أن المبرر الداعي للبيع : " بمعنى أن بيع الوصي مال محجوره من المحظور الممنوع إلا أن يكون ذلك لمقتضى أي لموجب فيجوز بيعه حينئذ ولم يذكر موجبات البيع إتكالاً على شهرتها عند الفقهاء، وإليها أشار الشيخ خليل بقوله إنما يباع عقاره لحاجة أي لمأكل أو ملبس أو غبطة أي كثرة في الثمن أو لكونه موظفاً... أو لكونه حصة... أو لقلة غلته... أو لكونه بين ذميين أو جيران سوء أو لإرادة شريكه... أو

1- الخرشي، "شرح مختصر خليل"، الجزء الخامس. مطابع الأميرية الكبرى بمصر، 1317هـ.

2- محمد بناني، "حاشية البناني مع شرح الزرقاني، على مختصر خليل"، الجزء الخامس، ط. 2002، ص: 297.

لخشية انتقال العمارة أو لخوف الخراب ولا مال له، أو له والبيع أولى. وهذه الأسباب إنما هي شرط في عقار اليتيم كما يصرح به ابن الحاجب والشيخ خليل وغيرهما لا في كل مبيع كما قد يظهر من إطلاق الناظم وما ذكره من افتقار بيع الوصي عقار المحجور لذلك السبب هو أحد القولين المشهورين والقول الآخر أنه لا يحتاج إلى ذلك الأب، وهما مبنيان على أن فعل الوصي محمول على غير السداد حتى يثبت السداد أو فعله محمول على السداد حتى يثبت خلافه¹.

وعليه، فالقاعدة العامة في تصرفات الوصي أو المقدم بالبيع في أموال القاصر، أنه لا يجربها إلا لأسباب تتم حصرها. على خلاف تصرفات الولي فإنه لا يحتاج إلى ذكر هذه الأسباب.

على نفس النهج سار المشرع المغربي مشترطا لتمام بيع عقار القاصر من طرف وصيه أو مقدمه، الحصول على إذن قضائي وإجراء البيع وفق مسطرة قانونية محددة.

ثانيا: سلطة القاضي في منح الإذن ببيع عقار القاصر.

الملاحظ أن موقف المشرع بشأن مسألة الإذن للأب في بيع مال ابنه القاصر يشوبه غموض ناتج عن ضرورة استئذان الأب للقاضي عند التصرف بمال ابنه القاصر، إذ جاء في هذا الفصل² " الأب الذي يدير أموال ابنه القاصر أو ناقص الأهلية، والوصي والمقدم وبوجه عام كل من يعينه القانون لإدارة أموال غيره، لا يجوز لهم إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولون إدارتها، إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص، ولا يمنح هذا الإذن إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين لناقص الأهلية.

1 - ميارة الفاسي، "شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام"، الجزء الثاني، دار الفكر بدون تاريخ، ص: 15-16
2- الفصل 11 من قانون الإلتزامات والعقود.

ويعتبر من أعمال التصرف في معنى هذا الفصل البيع والمعاوضة والكرء لمدة تزيد على ثلاث سنوات والشركة والقسمة وإبرام الرهن وغير ذلك من الأعمال التي يحددها القانون صراحة".

بينما عدت المادة 271 من مدونة الأسرة التصرفات التي لا يحق لكل من الوصي والمقدم القيام بها دون استئذان القاضي المكلف بشؤون القاصرين. وقد حاول المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) تبديد الغموض الناتج عن مقارنة هذه النصوص فيما بينها وذلك بتطبيقه النص الخاص يقدم على النص العام عند التعارض، إذ جاء ضمن قرار صدر عن هذا المجلس بتاريخ 11-25-2006، وذلك بصيغة قاعدة النص الخاص يقدم على النص العام ويطبق بالأولوية عنه، جاء فيه أنه: " لا مجال للإستدلال بمقتضيات الفصل 11 من ق.ل.ع ما دامت الولاية والأهلية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية الصادر في ظله القرار المطعون فيه، الذي نص في فصله 149 و 158 على أن للأب الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله معا حتى تكتمل أهليته وهو ملزم بالقيام بها"¹.

وفي نفس الإتجاه ورد ضمن قرار آخر صدر سابقا عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) بتاريخ 6 يونيو 1990: جاء فيه " لكن حيث إن المحكمة ركزت قضاءها على علتين:

الأولى حضور الأب البيع الصادر من ولديه للمطلوب في النقض وهذا الحضور مع السكوت يعتبر إجازة للبيع وإمضاء له ولا حاجة معه إلى المساهمة في التوقيع على العقدين لأن التوقيع لو كان لاعتبر إجازة فعلية.

1- قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد: 290 المؤرخ في: 2006/11/25، الملف المدني عدد: 2003/11/230، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 67 يناير 2007، ص: 42.

في حين أن الأمر في النازلة يتعلق بالإجازة الضمنية الناتجة عن الحضور والسكوت وعدم الرد وقد ورد نص شراح التحفة لدى قولها:

وفعله بعوض لا يرتضى لأمر وإن أجازته وصيه مضى

على أن القاصر إذا تصرف بحضور وصيه وسكت ولم يرد فعله، فإن ذلك يعتبر منه إجازة التصرف. وهو ما جرى عليه عمل القضاة والموثقين، وإذا كان هذا في الوصي فإنه من حق الأب من باب أولى وأحرى لأن ولاية الأب تتميز بصلاحيات وخصوصيات لم تخول للوصي والمقدم. قال في المختصر: "والولي الأب له البيع مطلقا وإن لم يذكر سببه"، قال جمهور أهل العلم. وتصرفه وإجازته محمولان على السداد والمصلحة حتى يتثبت فعلا خلاف ذلك، وقول هذا الفقه لا ينتفى مع مضمون الفصول 04-12-318 من ق.ل.ع المستدل به.

والعلة الثانية أن دعوى الإبطال طالها التقادم لأن القاصر ... لم يتقدم بدعوى الإبطال داخل سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد طبقا لمقتضى الفصلين 311 و 312 من ق.ل.ع ... فكان ما استدلت به متصلا بوقائع الدعوى ومنطبقا عليها¹... " نميل إلى القول بتطبيق ما استدلت به الإجتهد القضائي في هذا الإطار، من حيث أن الذي يحتاج للإذن هو الوصي والمقدم.

من ثم يتوقف في نظرنا تمام عقد بيع مال عائد للقاصر من طرف أبيه على إخبار القاضي المكلف بشؤون القاصرين، بهذا التصرف المزمع القيام به حتى يعمل على التأكد من مدى صلاحه وسداده.

أما الوصي والمقدم استوجب المشرع الحصول على إذن قضائي بصدد بيع عقار القاصر، وترتيب حق عيني عليه²، مما يتبين معه أن موافقة القاضي لازمة

1 - قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) بتاريخ 6 يونيو 1990، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 143، نونبر 1991 ص 106-107.

2 - المادة 271 من مدونة الأسرة والفصل 11 من قانون الالتزامات والعقود.

لأغلب التصرفات التي يقوم بها الوصي أو المقدم في أموال المحجور، تبعا لذلك لا يكون تاما عقد بيع الوصي أو المقدم لعقارات القاصر، إلا بعد الحصول على إذن يمنحه القاضي المكلف بشؤون القاصرين في صورة أمر قضائي ولائي مبني على طلب الحاجر¹.

وتجدر الإشارة إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين لا يمنح الإذن المذكور إلا بعد ثبوت ضرورة ذلك التصرف، إذ جاء في الفصل 11 من ق.ل.ع: " ولا يمنح هذا الإذن إلا في حالة الضرورة أو في حالة النفع البين لناقض الأهلية".

كما أن الفصل 159 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة كان ينص على أنه:
" بأن القاضي في بيع العقار بعد أن يثبت لديه بحجة شرعية:

- 1- أن الضرورة تدعو لبيع العقار.
- 2- وأن هذا العقار هو الأول بالبيع من غيره.
- 3- وبيعه بالمزاد العلني.
- 4- عدم وجود زائد على الثمن الذي أعطي فيه.
- 5- وكون الثمن نقدا وحالا".

ولتحديد مفهوم الضرورة المشار إليها في هذا النص، يتعين الرجوع وفقا لما نصت عليه المادة 400 من مدونة الأسرة إلى الفقه المالكي، حيث نجد أنه إذا كان الأساس هو تبيين المصلحة في بيع مال المحجور عامة فغن بيع عقاره مقيد بتوافر أسباب محصورة على الحاجر أن يقوم بإثبات أحدها².

1- عبد الحق صافي، عقد البيع، مرجع سابق، ص 233.

2- لم تتضمن المادة 271 أي شرط بل أخضعت مسألة منع الإذن للسلطة التقديرية للقاضي المكلف بشؤون القاصرين.

والملاحظ أن هذه الأسباب تثبت بالحجة الشرعية التي تكون كما يقول الأستاذ عبد السلام المنصوري : " إما شهادة خبرة أو شهادة عدلية أو ليفية مستفسرة حسب نوعية السبب"¹

وإذا كان إلزام الوصي أو المقدم بالحصول على إذن القاضي المكلف بشؤون القاصرين، قبل بيع عقار القاصرين ليس بالمر الجديد، إلا أنه يمكن رصد مستجداته من خلال الفصل 158 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فإن كان الوصي أو المقدم في إطار هذا الفصل ملزم في جميع الأحوال بتقديم طلب الحصول على إذن بغية بيع عقار القاصر، فإنه في إطار مدونة الأسرة لا يتوجب عليه طلب الإذن إلا إذا تعدت قيمة العقار 10.000 درهم.

ويلاحظ أن المادة 271 من المدونة تتحدث عن وجوب الحصول على إذن البيع فقط بالنسبة للعقار الذي تتعدى قيمته 10.000 درهم، ولم يشمل هذا الإجراء شراء العقارات المماثلة، بخلاف الفصل 160 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الذي كان يتضمن ضرورة الحصول على الإذن بشراء العقار متى كان ذلك في مصلحة القاصر.

وعلى أي حال فإن بيع عقار القاصر خاضع للإجراءات المنصوص عليها في الفصول من 207 إلى 211 من قانون المسطرة المدنية، لذلك يتعين على الوصي أو المقدم الذي يرغب في الحصول على إذن بيع عقار القاصر أن يرفع إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين مقالا مرفقا بالوثائق و الحجج التي تتضمن بيانات تكفي لتعيين ذلك العقار من حيث موقعه وحدوده ومساحته والأوصاف التي تميزه ورقم اسمه العقاري إذا كان محفظا ورقم المطلب إذا كان في طور التحفيظ،

1 - عبد السلام المنصوري، دروس تطبيقية حول شؤون القاصرين - النيابة القانونية، سلسلة دروس المعهد العالي للدراسات القضائية سنة 1983.

وما قد يكون عليه من الارتفاقات وحقوق الكراء أو الرهن أو غيرهما التي تثبت للغير عليه، وكذلك ما يثبت المبرر الذي يفرض بيعه و ما يبرهن على أنه أحق بالبيع من غيره من عقارات القاصر.

وبمجرد تقديم هذا المقال يقوم كاتب الضبط بفتح محضر يشير فيه إلى هذه البيانات و المستندات، ثم يقدمه إلى القاضي الذي يصدر قرارا إما بالموافقة على المقال والإذن بالتالي ببيع العقار أو رفض الطلب من أساسه¹.

ويسجل كاتب الضبط أسفل المحضر القرار الذي أصدره القاضي بالإذن أو الرفض، وقد أجمل المشرع كل ذلك في الفصل 208 من قانون المسطرة المدنية. ومن المعلوم أن القاضي لا يصدر الإذن ببيع عقار القاصر إلا بعد أن يثبت له عن طريق الحجج والوثائق التي قدمها الوصي أو المقدم أن الضرورة تفرض بيع ذلك العقار المطلوب بيعه، هذا ما أشار إليه الفصل 207 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه:

" يأذن القاضي في بيع عقار معين للمحجور بعد إثبات ضرورة بيعه وأنه أولى بالبيع من غيره" إما إذا ثبت له أن الحالة لا تفرض هذا البيع وأن الحجج التي يرتكز عليها طلب البيع غير كافية، فإنه يقرر عدم قبول ذلك الطلب. ويلزم حينئذ بتبليغ هذا القرار إلى الوصي أو المقدم عن طريق التبليغ العادي الذي تجرّيه كتابة الضبط².

1 - حسن الفكهاني، التعليق على قانون المسطرة المدنية المغربية في ضوء الفقه والقضاء، الجزء الثاني إصدار الدار العربية للموسوعات القاهرة، الطبعة الثالثة 1995-1996، ص 41.

2 - تجدر الملاحظة هنا إلى أن التبليغ العادي للأحكام يتم بالطريقة المنصوص عليها في الفصول 36-37-38-39-50 من قانون المسطرة المدنية.

و يمكن حينئذ لهذا النائب الشرعي أن يستأنفه أمام محكمة الإستئناف داخل أجل عشر أيام من يوم التبليغ المذكور، وهذا ما ذكره المشرع في الفقرة الثالثة من الفصل 208 من قانون المسطرة المدنية و التي جاء فيها:

" يبلغ الأمر في حالة الرفض تلقائيا للحاجر وفقا للطرق العادية، ويمكن له أن يستأنفه خلال عشرة أيام".

بعد ذلك تطرح القضية من جديد أمام محكمة الإستئناف لتبت فيها حسب ما يبدو لها أنه الأفضل للقاصر - فهي ملزمة بمراعاة مصلحة القاصر - وقرارها بالقبول ينفذ حالا.

يبقى التساؤل في هذا الصدد هل يحق للحاجر إذا رفضت محكمة الإستئناف طلب البيع أن يعيد من جديد تقديم طلب بيع العقار أم أن هذا الأمر يكتسي قوة الشيء المقضي به؟.

بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 148 من ق.م.م فإن الأوامر القضائية الصادرة في هذا الإطار لا تكتسي حجية الشيء المقضي به، متى تغيرت الحالة و الظروف التي كانت تحيط بها وقت صدورها، ومن ثم فإن هذه الأوامر لا تفقد صفتها هذه، ولو بتت فيها محكمة الإستئناف، وهذا لا يعني أنه من حق النائب الشرعي إعادة الطلب مرة أخرى وإضافة أسباب أخرى التي قد تظهر بعد صدور الأمر الأول¹.

الفقرة الثانية: إجراء البيع القضائي لعقار القاصر

في حالة صدور الإذن ببيع عقار القاصر، يعمل النائب الشرعي على بيع ذلك العقار، وفق الإجراءات المنصوص عليها في الفصول 207 إلى 2011 من ق.م.م

1 - عبد العزيز توفيق، شرح قانون المسطرة المدنية و التنظيم القضائي، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، 1995، ص 387.

(أولاً) لكن قد يدعي شخص يكون العقار المراد بيعه باسم القاصر ليس في ملكيته وإنما هو في ملكه، ومن ثم تفتح مسطرة التعرض التي تخضع بدورها الإجراءات محددة (ثانياً).

أولاً: مسطرة بيع عقار القاصر.

عند الحصول على الإذن ببيع العقار، فإن البيع يخضع إلى طريقتين: إما أن يتم البيع عن طريق المراضاة في حالة ما إذا كانت قيمة العقار لا تتعدى بتقدير الخبير عند الاقتضاء ألفي درهم.

وإذا تجاوزت قيمة العقار ألفي درهم أو لم يستطع بيعه بالمراضاة وقع البيع بالمزاد العلني بواسطة عون من كتاب ضبط قاضي شؤون القاصرين الذي فتحت النيابة بدائرتة أو الذي يوجد العقار بدائرة نفوذه بطلب من القاضي.

ويخضع البيع بالمزاد العلني لمجموعة من الإجراءات الشكلية وهي:

• قيام خبير معين من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين بتقدير الثمن الأساسي لعقار القاصر المراد بيعه و الذي سينطلق به المزاد العلني، مع الحفاظ بعدم رسو المزاد على المزايدات الأخير إلا إذا كان ما قدمه من ثمن يزيد عن ثمن التقويم الذي حدده الخبير¹.

• الإشهار القانوني يتم القيام به من طرف عون كتابة الضبط التابعة لقاضي شؤون القاصرين، بعد أن يقوم القاضي المذكور بتحديد شروط هذا الإشهار باعتبار قيمة العقار وموقعه و حدوده ومساحته ومشمولاته ورقم رسمه العقاري إن كان محفظاً أو رقم مطلب التحفيظ إن كان في طور التحفيظ، شريطة أن يستمر هذا الإشهار مدة شهرين مع بيان تاريخ ومكان إفتتاح المزاد العلني الذي يكون إما بالمحكمة الابتدائية التابع لها قاضي شؤون القاصرين أو التي يوجد

1 - عبد العزيز حضري، القانون القضائي الخاص، مطبعة الجسور، الطبعة الأولى، 1999، ص 231.

العقار المراد بيعه في دائرتها. ويعلق هذا الإعلان في باب العقار بالأسواق المجاورة وباللوحة المخصصة للإعلانات بالمحكمة الابتدائية التي يوجد العقار بدائرتها وبمكاتب السلطة الإدارية المحلية، بل يمكن إظهاره في جريدة أو أكثر وبالجريدة الرسمية إذا كانت قيمة العقار كبيرة.

• قيام عون كتابة الضبط بإعلام الوصي أو المقدم بإجراءات الإشهار التي تم القيام بها ويخطر بضرورة الحضور في اليوم و المكان المحدد لإجراء البيع، وقد أجمل المشرع هذه الإجراءات في المادة 209 من قانون المسطرة المدنية.

• عند حلول الموعد المحدد للمزايدة يقوم عون كتابة الضبط بافتتاح المزايدة ويدعو الراغبين إلى التقدم بعروضهم ويتم الإعلان على الأعلى فالأعلى من هذه العروض، وعندما يتقدم شخص بأعلى عرض بحيث لا ينافسه غيره في تقديم عرض أعلى منه يعلن العون عن رسو البيع على هذا الذي تقدم بأعلى عرض¹.
بحيث يجيب على هذا الأخير أن يؤدي الثمن خلال ثلاثة أيام من رسو المزاد العلني عليه وإلا لم يسلم له العقار، كما يجب عليه زيادة على ذلك أن يؤدي صوائر إجراء المزايدة.

• إذا تخلف المشتري عن أداء ما هو مطلوب بتنفيذه من الثمن والمصاريف وجه له إنذار قانوني، فإن لم يستجيب لهذا الإنذار داخل أجل ثمانية أيام كان في حل من أي التزام ناتج عن المزايدة، ويخضع العقار لمسطرة بيع جديدة داخل أجل شهرين من إشهار يتضمن البيانات المنصوص عليها في الفصل 209 من قانون المسطرة المدنية. بالإضافة إلى بيان الثمن الذي رست عليه المزايدة الأولى، وتاريخ المزايدة الجديدة ومكانها.

1- عبد الحق صافي، عقد البيع، مرجع سابق، ص 244.

• المشتري المتخلف الذي رسا ثمن العقار عليه بالمزاد العلني، يكون ملزما بأداء الفارق بين الثمن الذي رسا به على المزاد و ثمن البيع النهائي لعدم الوفاء بالتزامه، ولحقوق الضرر بمصلحة القاصر. لكن إذا رست المزايدة بثمن أعلى من الثمن الذي رست به المزايدة الأولى برئت ذمة المشتري ولا يحق له استرجاع ما يمكن أن يكون قد دفعه في المزايدة الأولى من عربون أو تسبيق وذلك طبقا للفصل 210 من قانون المسطرة المدنية، كما أنه غير محق في المطالبة بما زاد من الثمن في البيع الثاني عن الثمن الذي رسا عليه المزاد في البيع الأول، أي أن المشتري المختلف يتحمل الفرق بين الثمن الذي رسا به المزاد عليه و الثمن الذي انتهت إليه المزايدة الجديدة، إذا كان هذا الثمن أقل من الثمن الأول، أما إذا كان أكثر فلا حق له في الفرق بينهما.

• عندما يتم بيع عقار القاصر بالطرق القانونية في قانون المسطرة المدنية يحوز كاتب الضبط الثمن والصوائر ويحدد وثيقة تتضمن نقل ملكية المبيع إلى المشتري بالكيفية القانونية من إشهاد عدلي وأداء الرسوم العدلية وتسجيل لدى المحافظة العقارية إذا كان الأمر يتعلق بعقار محفظ ولدى مديرية الضرائب¹. وتكون لوثيقة البيع الحجية المطلقة على ما شملته من بيانات تهم انتقال ملكية ذلك العقار إلى المشتري و بالثمن الذي رست به المزايدة وتاريخها، ولا يمكن الطعن فيها إلا عن طريق الزور مثلها مثل سائر الأوراق الرسمية التي يحررها الموظفون العموميون.

وهذا ما نص عليه الفصل 211 من قانون المسطرة المدنية، وهو ما درج عليه القضاء المغربي، إذ جاء في أحد قرارات محكمة الاستئناف بالرباط أن: "عون

1 - محمد الحياني، عقد البيع وقانون التحفيظ العقاري، مطبعة ووراقة الكتاب، يناير 1994، الطبعة الأولى، ص 175.

التنفيذ الذي يحزر محضر البيع العقاري بالمزاد العلني تبعا لمسطرة الحجز يتصرف سواء بمقتضى نوع من الإنابة القانونية الصادرة من المحاكم أو بمقتضى موظف عمومي¹.

ثانيا: تحريك مسطرة التعرض.

قد يدعى شخص ما أن العقار المراد بيعه باسم القاصر ليس في ملكيته وإنما هو مملوك له، كأن يكون الهالك رب حرفة كالخياطة مثلا وتم إحصاء الأثواب والملابس الجاهزة الموجودة في دكانه من طرف الوصي أو المقدم وتقدم للبيع فيتعرض على ذلك أصحابها أمام قاضي شؤون القاصرين.

والملاحظ أن قانون المسطرة المدنية لم يتطرق لإجراءات المسطرية الواجب إتباعها في حالة إدعاء شخص آخر أنه مالك للعقار و المزعم ببيعته باسم القاصر، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ محمد ابن معجوز أنه يمكن الركون إلى الفصلين 482 و 483 من قانون المسطرة المدنية². بحيث على هذا الشخص أن يقدم بمجرد اطلاعه على الرغبة في بيع ذلك العقار، طلبا إلى القاضي المكلف بشؤون القاصرين من أجل إيقاف مسطرة البيع، ويرفق طلبه بكل الحجج و المستندات الكافية لإثبات ما يدعيه.

1- قرار صادر عن محكمة الإستئناف بالرباط، عدد: 4281، بتاريخ: 2 يناير 1951، منشور بمجموعة قرارات محكمة الإستئناف (ترجمة الأستاذ العربي المحبوز).

2- ينص الفصل 482 من ق.م.م: "إذا ادعى الغير أن الحجز انصب على عقارات يملكها أمكنة لإبطال الحجز، رفع دعوى الاستحقاق.

يمكن رفع هذه الدعوى إلى حين إرساء المزايدة النهائية، ويترب عليها وقف مسطرة التنفيذ بالنسبة إلى الأموال المدعى فيها بالاستحقاق إذا كانت مصحوبة بوثائق يظهر أنها مبنية على أساس صحيح".
وينص الفصل 483 من ق.م.م على أنه: "يجب على طالب الاستحقاق لوقف الإجراءات أن يقدم دعواه أمام المحكمة المختصة ويودع دون تأخير وثائقه، ويستدعي المحجوز عليه والدائن الحاجز إلى أقرب جلسة ممكنة لإبداء اعتراضهما، وإذا اعتبرت المحكمة أنه لا موجب لوقف إجراءات الحجز العقاري كان حكمها مشمولاً بالتنفيذ المعجل رغم كل تعرض أو استئناف".

فإذا تبين للقاضي أن تلك الحجج كافية أمر بإيقاف مسطرة البيع ويكون على المعارض في هذه الحالة رفع دعوى استحقاق ذلك العقار أمام المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها العقار المتنازع حوله، وإذا صدر حكم نهائي بإلغاء تلك الدعوى أعيدت مسطرة بيع ذلك العقار باسم القاصر وكان المحكمة مشمولاً بالنفذ المعجل¹.

وخلص القول، أن المشرع المغربي عمل على حماية مصلحة الطفل القاصر في حالة بيع أحد عقاراته، وذلك من خلال إخضاع كل التصرفات التي يقوم بها النائب الشرعي بما في ذلك مسطرة بيع عقار القاصر لمراقبة السلطة القضائية.

1- " محمد ابن معجوز، مرجع سابق ص 302.

حق التعويض عند انحلال عقد الزواج

عبد الصادق دكير

دكتور في القانون الخاص

رئيس لجنة الندوات بالمركز المغربي للوساطة والتحكيم

إن الغاية المتوخاة من الزواج هي دوام العشرة بين الزوجين وتكثير سواد الأمة، فهذا لا يعني أن الزوجين محكومان شرعا بالاقتران الأبدي، سواء كانت العشرة بينهما حسنة أم سيئة، فإذا لم تتحقق الغاية من الزواج بالمعاشرة الحسنة والقيام بالحقوق الزوجية كما حددها الشرع الإسلامي، فإن للرجل الحق في إيقاع الطلاق¹، كما أن للزوجة أن تطلب التطبيق من القضاء، إذا ما توفرت موجباته، كما في حالة كثرة الزوج الإضرار والإساءة بها.

¹ -وعليه فالطلاق لغة: حل الوثاق، وهو مشتق من الإطلاق، وهو الإرسال والترك، يقال: فلان طليق اليد بالخير، أي كثير العطاء والبذل، كما يطلق في اللغة على رفع قيد النكاح.
- إدريس الفاخوري: انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة مع أحدث الاجتهادات القضائية، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2012، ص.11.
أما اصطلاحا فقد عرفه مجموعة الفقهاء بالتعريفات التالية:
الطلاق هو فسخ رابطة الزوجية وإنهاؤها بحكم قضائي أو بتوقيع الزوج أو الزوجة،
. أحمد الخليلي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثالثة 1994، ص.262.
وعرفه أيضا أحد الفقهاء بأنه: "حل رابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص، أو ما يقوم مقامه في الحال أو المال".
محمد نبيل سعد الشاذلي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، طبعة 1989، ص.243.
وقد عرفت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الطلاق بأنه: "الطلاق هو حل عقدة النكاح بإيقاع من الزوج أو وكيله أو من فوض له في ذلك إن ملكت هذا الحق أو القاضي".
الفصل 44 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.
أما مدونة الأسرة فقد عرفت الطلاق بأنه: "حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة".
المادة 78 من مدونة الأسرة.

أما التطبيق للشقاق¹ فيعتبر من أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة، وإن لم تكن أبرزها على الإطلاق، وهو نظام يقوم على رفع الحيف عن الزوجة، وتأكيد قاعدة المساواة في مجال إنهاء الرابطة الزوجية².
وتكريسا لمبدأ المساواة بين الزوجين الذي كرسه المشرع المغربي في مدونة الأسرة إلى أبعد الحدود، نص صراحة على إمكانية استفادة الزوج من التعويض

¹ - وعليه فالتطبيق للشقاق لغة: من الشق بالكسر، وهو نصف الشيء، والشق أيضا الناحية من الجبل، والشقاق مرادف للمشاقة ومعناها غلبة العداوة والخلاف".
ابن منظور: لسان العرب، مادة شق، ص.67.
يراجع أيضا في هذا الصدد:
محمد محي الدين عبد الحميد ومحمد عبد اللطيف السبتي: المختار من صحاح اللغة، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، (دون ذكر سنة الطبع)، ص.272.
فالشقاق العداوة بين فريقين أو الخلاف بين اثنين، سمي ذلك شقاقا لأن كل فريق من فرقتي العداوة قصد شقا، أي ناحية غير صاحبه، والمسافة والشقاق الخلاف والعداوة.
- محمد بن يعقوب الفيروز ابادي: القاموس المحيط، دار الجيل، الجزء الأول، فصل الشين باب القاف، ص.259.
وقيل إن الشقاق مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب، فكأن كل واحد من الفريقين يحرص على ما يشق على صاحبه من الأمور.
- محمد بن جرير الطبري: جامع البيان عن تأويل آيات القرآن، المجلد الرابع، الجزء الخامس، مطبعة دار الفكر، طبعة 1984، ص.62.
أما اصطلاحا: هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة.
- وهبة الزحيلي: الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 2000، ص.343.
وقد يقصد به امتناع أحد الزوجين أو كليهما تأدية حق الآخر.
- نور حسن قاروت: موقف الإسلام من نشور الزوجين أو أحدهما، مطبعة الوادي الجديدة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1995، ص.325.
وهكذا فإن أغلب من عرف الشقاق من الفقهاء والمفسرين يذكرونه باعتباره سببا للتفريق بين الزوجين وبالتالي يقتصر تعريفهم على المعنى اللغوي.
- عادل حامدي: التطبيق للشقاق وإشكالاته القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثانية، 2015، ص.27.
² - عبد الله أبو عوض: اثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية، دراسة تأصيلية في المادة 400، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2011، ص.266.

وفسخ العقد وذلك طبقا لمقتضيات المادتين¹ 63 والمادة² 97 من مدونة الأسرة، فمن خلال مقتضيات هاتين المادتين يتبين لنا أن المشرع المغربي سوى من حيث المسؤولية بين الزوجين، ففي حالة استعمال أحدهما الطلاق والتطليق بشكل تعسفي فإن الطرف المتضرر من ذلك يحق له أن يطالب المحكمة بالتعويض.

ومن خلال ما سبق سنتناول هذا الموضوع وفق الشكل التالي:

المطلب الأول: دور المحكمة في تقدير التعويض عند انحلال ميثاق الزوجة بالطلاق.

المطلب الثاني: تقدير التعويض عند انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق.

المطلب الأول: دور المحكمة في تقدير التعويض عند انحلال ميثاق الزوجة بالطلاق
إن إقرار التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت بأحد الزوجين، يكتسب أهمية بالغة من حيث إقامة العدالة الاجتماعية التي ترمي إلى إحقاق الحق ورفع الظلم، بما يتطلب ذلك من تحميل المسؤولية لكل من تسبب في إلحاق ضرر بالغير وإرغامه على تعويضه جبرا لخاطره.³

¹- لقد تناولت مقتضيات فسخ عقد الزواج عن طريق التدليس أو الإكراه في الفرع الثاني من الفصل الأول.
²- تنص المادة 97 من مدونة الأسرة على ما يلي: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر. يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب."
³- خديجة عاشور: الحماية القانونية للمقومات المادية والمعنوية للشخصية الإنسانية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 1998-1999، ص.284.

فإذا كان تعويض أحد الزوجين جائز شرعا، فإن الاختلاف يظهر حول الأساس القانوني للمطالبة بهذا التعويض، هل يتم التعويض على أساس المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية أو قواعد نظرية التعسف في استعمال الحق¹ وبما أن المشرع أعطى للزوجية إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بأحدها، فإنه خول لهم أيضا إمكانية التعويض الاتفاقي شريطة ألا يكون هذا الاتفاق يضر بمصالح الأطفال، بل الأكثر من ذلك يمكن تحميل لكلا الزوجين قسط من التعويض، وذلك في ظل تشطير المسؤولية في إنهاء العلاقة الزوجية. سنتناول في هذا المطلب الأساس القانوني في إقرار حق التعويض عند الطلاق (الفقرة الأولى) على أن نتناول التعويض الاتفاقي وتشطير المسؤولية عند تقديره (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأساس القانوني في إقرار حق التعويض عند الطلاق

أقر المشرع المغربي حقوقا وواجبات متبادلة بين الزوجين، وذلك من خلال مقتضيات المادة 51² من مدونة الأسرة، ويتعين على كل طرف الالتزام بما عليه من التزامات وما له من حقوق ورتب على الإخلال بها من طرف أحدهما حق

¹ - موحى سيدي اعمر: المسؤولية المدنية في إنهاء العلاقة الزوجية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 85.

² - جاء في المادة 51 من مدونة الأسرة ما يلي: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين :

- 1- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل ؛
- 2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة ؛
- 3- تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال ؛
- 4- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل ؛
- 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف ؛
- 6- حق التوارث بينهما."

الطرف الآخر في مطالبته بتنفيذ ما هو ملزم به أو اللجوء إلى مسطرة الطلاق أو الشقاق.

وهكذا إذا تعسف أحد الزوجين في استعمال الطلاق، وتسبب ذلك ضرراً للآخر، فإنه يحق للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض عن ذلك. إذن من خلال ما سبق ذكره يدفعا إلى طرح التساؤل التالي: ما هو الأساس القانوني الذي استند عليه المشرع المغربي لإقرار هذا التعويض؟

وقد أجاب الفقه على هذا التساؤل بحيث ذهب أحد الفقهاء إلى القول إن أساس التعويض عن الضرر ضد الزوج المسؤول عن انحلال ميثاق الزوجية هو الخطأ التقصيري الناتج عن الإخلال بالالتزامات القانونية الواردة في المادة 51 من مدونة الأسرة والتي يمكن للقضاء الاعتماد عليها لتجديد الخطأ الصادر عن أحد الزوجين ويستبعد أصحاب هذا الاتجاه أن تكون المسؤولية العقدية أساس التعويض في هذه الحالة.¹

كذلك ذهب أحد الفقهاء إلى القول إن أساس التعويض عن الضرر اللاحق بأحد الزوجين يكون أساسه إما العقد أي عقد الزواج أو العمل التقصيري المنصوص على مقتضياته في الفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود أو التعسف في استعمال حق سائغ قانوناً.² ويبقى تقدير الخطأ الصادر عن أحد الزوجين للسلطة التقديرية للقاضي وذلك حسب النازلة المعروض أمامه.³

¹ - محمد الكشور: يونس الزهري، حسن فتوخ، التطبيق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة 11، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006، ص.165.

² - عادل حاميدي: التطبيق للشقاق وإشكالاته القضائية، م.س، ص.115.

³ - رشيد حماد: سلطة القاضي التقديرية في تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص.92.

ومن خلال الرأيين أعلاه، فإن استعمال المشرع لعبارة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق يجعل مصطلح المسؤولية يشمل جميع الأخطاء والأفعال التي يستحيل معها استمرار العلاقة الزوجية، سواء كان لهذا الخطأ طابعا جرميا كالضرب والجرح والخيانة الزوجية وإهمال الأسرة، أو كان في صورة خرق للحقوق والواجبات المنصوص عليها في المادة 51 من مدونة الأسرة كعدم تحمل تسيير ورعاية شؤون الأسرة والبيت أو التعسف في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.¹ بل الأكثر من ذلك ذهب أحد الفقهاء إلى القول إن المتعة هي الأساس التشريعي للحكم بالتعويض عند الإساءة في استعمال حق الطلاق، وأن التعسف في استعمال الحق ليس إلا صورة من صورتين الخطأ التقصيري، فيدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية،² وبالتالي يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار الأساس القانوني لإقرار التعويض عن الضرر اللاحق بأحد الزوجين هو المسؤولية التقصيرية، وفي اعتقادي الشخصي إن أساس إقرار التعويض عن الضرر اللاحق بأحد الزوجين يستند على مقتضيات الفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود وذلك عندما يتعسف أحد الزوجين في استعمال الطلاق بشكل تعسفي وبشكل شخصي، فإنه يتحمل ما يترتب عن ذلك من جزاء، وفي هذا الصدد جاء في حكم صادر عن ابتدائية فاس قسم قضاء الأسرة ما يلي: "...وحيث إن الضرر المزعوم من قبل الزوجة لم يثبت للمحكمة وجوده سيما وأنها

¹ - حفيظة توتة: التطبيق بسبب الشقاق، مدونة الأسرة بين النص والممارسة، أعمال الندوة الوطنية التي نظمتها شعبة القانون الخاص ومركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق، مراكش، يومي 27-28 يناير 2006، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 25، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، الطبعة الأولى، 2006، ص.149.

² - أنور العمروسي: موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، النصوص والفقهاء ومبادئ القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2000، ص.636.

هي من أصرت على رغبتها في إنهاء العلاقة الزوجية، متذرعة بأسباب عدة لم تستطع إقامة الدليل عليها، باستثناء ما أدلت به بخصوص التزام صادر عن الزوج، والذي يرجع تاريخه إلى عشر سنوات خلت، وهو التزام عادت الحياة الزوجية بعد صدوره بين الزوجين إلى مجراها العادي إلى أن تقدمت الزوجة بدعواها الحالية والتي لم يثبت من خلال ما راج خلالها بأي وسيلة إثبات حاسمة إضرار الزوج بها، وهو الأمر الذي لم يحصل خاصة وأن الزوج ظل خلال جميع مراحل الدعوى متشبثا برغبته في استمرار العلاقة الزوجية مع زوجته مؤيدا ذلك بحكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس قضى على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية تعبيرا منه عن رغبتة في معاودة الحياة معها بشكل طبيعي، لما فيه مصلحة الأسرة مما يكون معه طلب المدعية في هذا الإطار غير مؤسس ويتعين التصريح برفضه".¹

وقد ذهب أحد الباحثين إلى القول إن "أساس التعويض الممنوح للطرف المتضرر في الطلاق التعسفي قد يكون تارة هو المسؤولية التقصيرية كما في التطبيق للشقاق، وذلك في حالة الإخلال بأحد الالتزامات القانونية المتبادلة بين

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس قسم قضاء الأسرة، حكم عدد 2004/2785 في الملف رقم 04/2479 الصادر في 2005/06/06، منشور بمجلة المعيار عدد 34، ص.305.

وفي حكم آخر صادر عن نفس المحكمة جاء فيه ما يلي: "...وحيث ثبت للمحكمة من خلال المناقشات التي راجت في جلسات الصلح أن المدعية الأصلية لم تثبت صحة مزاعمها رافضة إجراء أي صلح مع المدعى عليها رغم تأكيد المدعي خلال سائر المراحل على رغبتة في استمرار العلاقة الزوجية مع زوجته نافيا أية مسؤولية عنه في حصول الطلاق.

وحيث إنه إتباعا لذلك وأمام ما ثبت للمحكمة من كون الزوجة هي التي ترغب في التطلاق وأمام عدم ثبوت أي خطأ للزوج في انهيار العلاقة الزوجية، ترى المحكمة أن طلب التعويض مبررا ويتعين الاستجابة له حسب ما سيحدد في منطوق الحكم".

. حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، قسم قضاء الأسرة، حكم عدد 4735 في الملف رقم 05/2/1623 الصادر في 2005/12/12 (غير منشور).

الطرفين، وقد يكون تارة أخرى مؤسسا على نظرية التعسف في استعمال الحق كما في حالة سلوك أحد الزوجين مسطرة التطبيق للشقاق من دون مبرر قانوني يؤسس طلبه، ومن ثم لا يمكن الجزم بأن الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض يكون دائما متمثلا في المسؤولية التقصيرية لأحد الزوجين، بل الأكثر من ذلك ذهب إلى القول وفي اعتقاده الشخصي أن أساس التعويض في التعسف في استعمال الطلاق يكمن في نظرية التعسف في استعمال الحق وليس الخطأ التقصيري المبني على خرق الالتزامات القانونية أو غيرها، ولكن الأساس القانوني لإقرار التعويض هو نظرية التعسف في استعمال الحق باعتبارها نظرية مستقلة في الفقه الإسلامي وليست صورة من صور الفقه الإسلامي".¹

ويفهم من ذلك أن المشرع المغربي في المادة 97 من مدونة الأسرة قد أحالت بصفة ضمنية على مقتضيات الفصلين 77 و78 من ق.ل.ع، وإن لم ينص في المادة المذكورة على عنصر الضرر، فإنه راجع إلى أنه من غير المتصور عمليا إنهاء العلاقة الزوجية دون حصول ضرر مادي أو معنوي، وذلك في الحالات العادية، فبالإضافة عند إساءة أحد الزوجين استعمال حق التطبيق للشقاق، وفي هذا الصدد يقول الإمام الغزالي: "...وليعلم أنه مباح - أي الطلاق - ولكنه أبغض المباحات إلى الله تعالى، وإنما يكون مباحا إذا لم يكن فيه إيذاء بالباطل، ومهما طلقها فقد أداها، ولا يباح إيذاء الغير إلا بضرورة...".²

وفي الختام أقول إن الزوج الذي أخل بالالتزامات المترتبة للتعويض والتي حددها المشرع في المادة 51 من مدونة الأسرة، وبالتالي لا مجال لإدراجها في عقد الزواج، حيث إن طبيعة عقد الزواج تفرض على الزوجين معا ذلك، والمحكمة تبت في

¹ - موحى أسدي عمر: م،س، ص.89.

² - يوسف بناصر: هل من محل لإعمال نظرية التعسف في استعمال الحق بصدد دعاوى الطلاق في ظل العمل القضائي المغربي؟ مقال منشور بمجلة القصر، عدد 5، ماي 2003، ص.118.

دعوى انحلال ميثاق الزوجية فإنها تحدد مظاهر المسؤولية ومن هو الزوج المسؤول لتنتقل بعد ذلك إلى تحديد التعويض المستحق لفائدة المتضرر من الزوجين، وهو يحدد على أساس مسؤولية تقصيرية وليس على أساس مسؤولية عقدية.¹ بعد أن تحدثنا عن الأساس القانوني لإقرار التعويض لأحد الزوجين من جراء استعمال أحدهما الطلاق تعسفياً، فإننا نتنقل إلى إمكانية اتفاق الزوجين على تحديد مقدار التعويض عن الضرر الذي لحق بأحدهما.

الفقرة الثانية: التعويض الاتفاقي وتشطير المسؤولية عند تقديره

خول المشرع لأطراف العلاقة الزوجية حق الاتفاق على تحديد مقدار التعويض عن الضرر الذي لحق بأحدهما، حيث إن التعويض الاتفاقي وسيلة أوجدتها الإرادة بهدف تعزيز تنفيذ الالتزامات والتثبيت بالنتيجة من التنفيذ بصورة أكثر ضماناً من التحديد العادي الناتج عن التقدير القضائي للتعويض، فهو اتفاق على تحديد التعويض قبل وقوع الإخلال بالالتزام.²

يمكن لأطراف العلاقة الزوجية الاتفاق على تحديد مقدار من التعويض يلتزم به أحدهما تجاه الآخر عند رغبتهم في إنهاء العلاقة الزوجية، فهذا الاتفاق يجوز إعماله مادام أنه لم يخالف النظام العام، بل الأكثر من ذلك أن المشرع المغربي سمح للزوجين معاً أن يتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية التي تجمعهما وفق شروط غير مخالفة للنظام العام وغير مضرّة بمصالح الأطفال إن وجدوا،³ فهذا

¹ - محمد منير ثابت: الأسس النظرية لتحديد المسؤولية في التطليق للشقاق، مناقشة فكرية وقانونية حول موضوع "التطليق للشقاق"، الجمعية المغربية لمناهضة العنف ضد النساء، ط. 2007، ص. 61.

² - محمد الكشور: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي. دراسة مقارنة. سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، 5، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2003، ص. 9.

³ - تنص المادة 114 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتناقى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال. عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطليق للمحكمة مرفقاً به للإذن بتوثيقه. تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح، أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه."

بالنسبة للطلاق الاتفاقي، أما الطلاق الخلمي فهي يسري عليه نفس مقتضيات الطلاق الاتفاقي بحيث نجد المشرع المغربي في المادة 115 من مدونة الأسرة¹ قد أحال على مقتضيات الطلاق الاتفاقي الذي حدد مقتضياته في المادة 114 من مدونة الأسرة، وهذا يعني أنه يمكن للزوج أن يستفيد من تعويض مقابل الخلع مادام الطلاق الخلمي في جوهره يرجع إلى إرادة الزوجين معا، بل الأكثر من ذلك يمكن الاتفاق على بعض الشروط غير المنافية للنظام العام وربطها بالطلاق الخلمي مادام هذا الأخير تم برضى الزوجين معا، ولا مانع من ذلك أن يحصل الزوج على تعويض نقدي، غير أنه في حالة اختلاف الزوجين في التعويض عن الخلع فإنهم يلجؤون إلى المحكمة التي تراعي في تحديد مقدار التعويض عن الخلع مبلغ الصداق وفترة الزواج وأس

باب الخلع والحالة المادية للزوجة.²

وفي هذا الصدد صدر حكم ابتدائية سلا قسم قضاء الأسرة جاء فيه ما يلي:
"...وحيث تنازلت الزوجة عن جميع حقوقها من نفقة وسكن ومنتعة، الكل مقابل فك عصمتها من زوجها...".³

¹ - جاء في المادة 115 من مدونة الأسرة ما يلي: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه."

² - نصت المادة 120 من مدونة الأسرة على ما يلي: "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة. إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق."

³ - حكم صادر من المحكمة الابتدائية بسلا قسم قضاء الأسرة، حكم عدد 1124 في الملف 06/07/634 الصادر في 2007/03/09. (غير منشور).

وفي قرار صادر عن المجلس الأعلى ذهب إلى القول إن المختلعة تلتزم بتنفيذ التزاماتها التي تحملت بها بموجب عقد الطلاق الخلمي، وجاء في هذا القرار ما يلي: "...في الفرع الثاني من الوسيلة الأولى المتخذ من خرق مقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود ذلك أن المطلوبة التزمت بتسجيل ابنها مهدي بمدرسة المنبت مقابل أدائه مصاريف التمدريس وواجبات تنقل الابن من المدرسة إلى بيت المطلوبة، كما هو منصوص عليه في البند الثاني من أمر السيد قاضي التوثيق الذي حدد الالتزامات المترتبة عن الطلاق الخلمي بينه وبين المطلوبة، إلا أن هذه الأخيرة قامت بتسجيله في مدرسة =

ولعل أعمال قواعد التعويض الاتفاقي عند إنهاء العلاقة الزوجية لا يخالف النظام العام ولا بنود مدونة الأسرة مادام أن المشرع المغربي سمح للزوجين معا أن يتفقا على إنهاء العلاقة الزوجية، وبالتالي فالتزام أحد الزوجين عن تعويض الآخر يكون ملزما به، ولا يجوز له المطالبة بعد الطلاق بفسخ ذلك الالتزام، بل الأكثر من ذلك أنه لا يمكن للأمر التراجع عما التزمت به بمقتضى خلعه من تنازلها عن حق الحضانة ولو تمت إدانة الحاضن جنائيا.¹

«أخرى دون موافقته والمحكمة لما قضت بإلغاء الحكم الابتدائي القاضي بأن تمكنه من تسجيل ابنه شخصيا بمدرسة المنبت والحكم تصديا برفض الطلب حسب حيثيات القرار المطعون فيه تكون قد خالفت مقتضيات الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها وقاعدة التزم بشيء لزمه لم تجعل لقرارها أساسا قانونيا مما يعرضه للنقض.

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه ذلك أن الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود ينص على أن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون ومحكمة الاستئناف لما قضت بإلغاء الحكم المستأنف القاضي على المطلوبة بأن تمكن الطاعن من تسجيل ابنه مهدي شخصيا بمدرسة المنبت تنفيذ التزامها بذلك في رسم الطلاق الخلمي المضمن تحت عدد 2318 بتاريخ 2001/06/07 والحكم تصديا برفض الطلب بعلّة أن ما قضى به الحكم المستأنف يعتبر غير مبرر من حيث القانون ولا من حيث الواقع ذلك حتى ولو بني على اتفاق مسبق بين الطرفين تكون قد خرقت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، ولم يجعل لقضائها أساسا قانونيا سليما وجاء بذلك قرارها خارقا للقانون، مما يعرضه للنقض.

لهذه الأسباب: قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطلوب فيه وإحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيه من جديد بهيئة أخرى طبقا للقانون وبإعفاء المطلوبة من المصاريف».

قرار صادر عن المجلس الأعلى، عدد 383 في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/119 الصادر في 2006/06/04، أورده عمر أوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسر، منشورات دار القضاء بالمغرب، بصدرها مكتب أوكار للمحاماة والاستشارة والتحكيم، الطبعة الأولى، 2014-1435، ص.65.

¹ - وجاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) ما يلي: "...حيث تنعي الطالبة على القرار المطعون فيه عدم ارتكازه على أساس ونقصان التعليل الموازي لانعدامه والمتخذ من خرقه للمادتين 117 و175 من مدونة الأسرة ذلك أنها اختلعت من المطلوب في النقض تحت الإكراه وهذا الإكراه ثابت من وثائق الملف وخاصة محضر الضابطة القضائية المحرر بمناسبة العنف في حقها وأفراد عائلتها والحكم الجزري الذي قضى بإدانة المطلوب في النقض، إضافة إلى الصور الفوتوغرافية الفاضحة له وهو في علاقة زوجية معها، وهذه الوثائق تؤكد أن هناك إكراهها وعلى الأقل هناك إضرار واضح بالزوجة سواء من الناحية المادية أو المعنوية، وهذا الإضرار وحده كاف حسب المادة 117 ليخول الزوجة حق استرداد ما خالعت به ومن ضمنه الحضانة، وبمقتضى المادة 175 المذكورة، فإن هذا الحق لا يسقط بزواج الأم=

← إذا كان المحضون لا يتجاوز سبع سنوات فإنه من باب أولى وأحرى أن تحتفظ الأم بالحضانة ونسترجعها إذا خالعت بها خاصة وأن ابنتها وقت الخلع لم تكن تتجاوز سنتها السابعة. لكن من جهة حيث إن تقدير الأدلة موكل للمحكمة بما لها من سلطة على وقائع الدعوى، وإذ هي ناقشت وناقى الملف واستخلصت منها أن ما خالعت به الطالبة لم تتركه عليه من طرف المطلوب في النقض. تكون قد استعملت سلطتها، وقدرت الأدلة المعروضة عليها تقديرا سائفا يبرر ما انتهت إليه مادام الحكم الجنعي المستدل به لا يتعلق بالطالبة والصور الفوتوغرافية غير مؤثرة، ومن جهة أخرى فإن التنازل الاختياري عن حق الحضانة يختلف في أحكامه عن أسباب سقوط هذا الحق، الأمر الذي يجعل المقارنة بينهما أمرا غير منتج مما يجعل الوسيلة بدون أساس.

في شأن الوسيلة الثانية:

حيث تنعي الطالبة على القرار المطعون فيه خرقة لحقوق الدفاع وعدم الجواب على دفعها، ذلك أنها أثارت أمام المحكمة أن المحضونة تعيش بالبادية بعيدة عن الحاضن وتحت رعاية عمها وزوجته وجدتها العجوز إلا أن القرار لم يجب على ذلك.

لكن حيث إن المحكمة لا تكون ملزمة بالجواب إلا على وسائل الدفاع التي يكون لها تأثير على قضاءها والطالبة لم تدل بما يفيد أن غياب الأب عن ابنته نتج عن إهمال وتقصير وأن عدم جواب المحكمة يعد رفضا ضمنا مما يجعل الوسيلة بدون تأثير.

في شأن الوسيلة الثالثة:

حيث تنعي الطالبة على القرار المطعون فيه خرقة للمقتضيات المتعلقة باستدعاء الأطراف الأخرى في الدعوى ويتعلق الأمر بالعم والجدة التي لم يتم استدعاؤها. لكن حيث إنه يجوز التمسك بحق يتعلق بأطراف أخرى في الدعوى الأمر الذي يجعل مصلحة الطالبة منعدمة في إثارة ذلك، مما تكون معه الوسيلة غير مقبولة.

لهذه الأسباب: قضى المجلس الأعلى برفض الطلب وإعفاء الطالبة من المصاريف¹.

إذ من خلال ما سبق ذكره، يدفعا إلى طرح التساؤل التالي: هل يمكن للمحكمة تعديل قيمة التعويض الاتفاقي؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل وفي اعتقادي الشخصي لا يمكن للمحكمة أن تعدل قيمة هذا التعويض، وذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين طبقا لمقتضيات الفصل 230 من ق.ل.ع، بل الأكثر من ذلك أن إدلاء المختلة بما يفيد عسرهما عن أداء قيمة التعويض المتفق عليه لا يمكن للمحكمة أن تراعي هذا الأمر، وهذا ما جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) ما يلي: "حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالحسيمة بتاريخ 2005/11/08 تحت عدد 884 في الملف عدد 2005/7/335 أن الطاعنة "أ.ن" قدمت بتاريخ 2005/03/17 مقالا إلى المحكمة الابتدائية بالحسيمة عرضت فيه بأنها طلقت من المطلوب خ.ب طلاقا خلعي وهي حامل. أنجبت بعده طفلة ملتزمة بالحكم بأدائه لها نفقة ابنتها منه بحساب 150 يوميا ومصاريف الولادة والعقيقة بحساب 5000 درهم وأجرة الحضانة بحساب 100 درهم يوميا مع الاستمرار، وبعد إدلاء المطلوب بصورة من إظهار بالالتزام مؤرخ في 2003/01/27 تنازلت الطاعنة بمقتضاه عن جميع حقوقها وعن جميع نفقة الولد، وعند ذلك قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2005/04/12 برفض الطلب فاستأنفتها الطاعنة وأدلت بشهادة احتياج مؤرخة في 2005/04/25 وبعد جواب المستأنف عليه وانتهاء الودود قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا بعدم قبول الطلب وهو القرار المطعون فيه من طرف الطاعنة بواسطة نائبها بمقال تضمن وسيلة وحيدة أوجب عنه المطلوب بواسطة نائبه والتمس رفض الطلب.

حيث تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه بنقصان التعليل الموازي لانعدامه ذلك أنها عززت طلبها بشهادة احتياج مؤرخة في 2005/04/25 صادرة عن السلطات الإدارية المختصة تثبت عسرهما عن الإنفاق عن ابنتها وهي شهادة رسمية لا يطعن فيها إلا بالزور والمحكمة لما استبعدتها بعلة أنها لا ترقى =

وبالتالي نطرح التساؤل الآتي: هل يمكن للمحكمة تعديل قيمة التعويض

الاتفاقي؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل وفي اعتقادي الشخصي لا يمكن للمحكمة أن تعدل قيمة هذا التعويض، وذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين طبقا لمقتضيات الفصل 230 من ق.ل.ع، بل الأكثر من ذلك أن إدلاء المختلعة بما يفيد عسرهما عن أداء قيمة التعويض المتفق عليه لا يمكن للمحكمة أن تراعي هذا الأمر، وهذا ما جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) ما يلي: "حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالحسيمة بتاريخ 2005/11/08 تحت عدد 884 في الملف عدد 2005/7/335 أن الطاعنة "أ.ن" قدمت بتاريخ 2005/03/17 مقالا إلى المحكمة الابتدائية بالحسيمة عرضت فيه بأنها طلقت من المطلوب خ.ب طلاقا خلعيا وهي حامل، أنجبت بعده طفلة ملتزمة بالحكم بأدائه لها نفقة ابنتها منه بحساب 150 يوميا ومصاريف الولادة والعقيقة بحساب 5000 درهم وأجرة الحضانه بحساب 100 درهم يوميا مع الاستمرار، وبعد إدلاء المطلوب بصورة من إشهاد بالالتزام مؤرخ في 2003/01/27 تنازلت الطاعنة بمقتضاه عن جميع حقوقها وعن جميع نفقة الولد، وعند ذلك

← إلى درجة الحجة التي يمكن اعتمادها والقول بعسرها دون أن تنذرنا للإدلاء بالحجة التي تراها ملائمة لإثبات العسر تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا وهو بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض. لكن حيث إن أمر تقدير الحجج وتقييمها موكول لسلطة المحكمة، وإذ هي اعتبرت أن الشهادة الإدارية المستدل بها والتي سلمت للطاعنة من أجل المساعدة القضائية لا ترقى إلى درجة الحجة التي تثبت طروء عسرهما بعد التزامها تكون قد استعملت سلطتها في ذلك وبنتها على أساس هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الطاعنة مدعوة تلقائيا إلى تقديم ما تراه مفيدا لقضيتها وأن المحكمة غير ملزمة بإنذارها لإثبات دعواها بحجج معينة، وبهذا تكون المحكمة قد عللت قرارها تعليلا صحيحا وما بالوسيلة يبقى بدون أساس.

لهذه الأسباب: قضى المجلس الأعلى برفض الطلب وبإعفاء الطاعنة من المصاريف".
قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 170 في الملف الشرعي عدد 2006/1/2/683 الصادر في 2007/03/21، أورده: عمر أزوكار: قضاء محكمة النقض في مدونة الأسر، م.س، ص.43.

قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2005/04/12 برفض الطلب فاستأنفته الطاعنة وأدلت بشهادة احتياج مؤرخة في 2005/04/25 وبعد جواب المستأنف عليه وانتهاء الودود قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا بعدم قبول الطلب وهو القرار المطعون فيه من طرف الطاعنة بواسطة نائبها بمقال تضمن وسيلة وحيدة أجاب عنه المطلوب بواسطة نائبه والتمس رفض الطلب.

حيث تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه بنقصان التعليل الموازي لانعدامه ذلك أنها عززت طلبها بشهادة احتياج مؤرخة في 2005/04/25 صادرة عن السلطات الإدارية المختصة تثبت عسرها عن الإنفاق عن ابنها وهي شهادة رسمية لا يطعن فيها إلا بالزور والمحكمة لما استبعدتها بعلّة أنها لا ترقى إلى درجة الحجّة التي يمكن اعتمادها والقول بعسرها دون أن تنذرنا للإدلاء بالحجة التي تراها ملائمة لإثبات العسر تكون قد عللت قرارها تعليلًا ناقصًا وهو بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض.

لكن حيث إن أمر تقدير الحجج وتقييمها موكول لسلطة المحكمة، وإذ هي اعتبرت أن الشهادة الإدارية المستدل بها والتي سلمت للطاعنة من أجل المساعدة القضائية لا ترقى إلى درجة الحجّة التي تثبت طروء عسرها بعد التزامها تكون قد استعملت سلطتها في ذلك وبنيتها على أساس هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الطاعنة مدعوة تلقائياً إلى تقديم ما تراه مفيداً لقضيّتها وأن المحكمة غير ملزمة بإنذارها لإثبات دعواها بحجج معينة، وبهذا تكون المحكمة قد عللت قرارها تعليلًا صحيحًا وما بالوسيلة يبقى بدون أساس.

لهذه الأسباب: قضى المجلس الأعلى برفض الطلب وبإعفاء الطاعنة من المصاريف".¹

وخلاصة القول، يجوز الاتفاق بين الزوجين على دفع تعويض اتفاقي للطرف الآخر في حالة إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق الاتفاقي أو الخلي سواء كان تعسفا أم لا يثير أي إشكال مادامت إرادة الزوجين قد اتفقت على هذا المبدأ، لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الإطار يتمحور حول مدة إمكانية الاعتماد على التعويض الاتفاقي المتفق من طرف الزوجين في حالة التطبيق للشقاق؟ فهل المحكمة تكون ملزمة بتطبيقه والحكم وفقه، كما هو متفق عليه بين الزوجين أم لا؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل يدفعنا إلى تناول تقدير التعويض عند انحلال الرابطة الزوجية بالتطبيق.

المطلب الثاني: تقدير التعويض عند انحلال الرابطة الزوجية بالتطبيق

أقر المشرع المغربي في مدون الأسرة لكل واحد من الزوجين حق المطالبة بالتعويض عن الضرر، سواء في مسطرة التطبيق للشقاق أو في مسطرة التطبيق للضرر. وعليه إن إقرار المشرع المغربي التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت بأحد الزوجين، يكتسي أهمية بالغة من حيث إقامة العدالة الاجتماعية التي ترمي إلى إحقاق الحق ورفع الظلم، بما يتطلبه ذلك من تحميل المسؤولية لكل من تسبب في إلحاق ضرر بالغير وإرغامه على تعويضه جبرا لخاطره.²

وهكذا تجاوز المشرع المغربي المفارقات التي كانت في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، بحيث كان في السابق لم يقر أي تعويض لكلا الزوجين في حالة

¹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 658 في الملف الشرعي عدد 2006/1/2/318 الصادر في 2006/11/22، أورده عمر أركاز، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، م.س، ص.61.

² - خديجة عاشور: الحماية القانونية للمقومات المادية والمعنوية للشخصية الإنسانية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 1998-1999، ص.284.

تعسف أحدهما في استعمال انحلال ميثاق الزوجية. وهذا على عكس مدونة الأسرة التي أقرت لكلا الزوجين حق التعويض في حالة تعسف أحدهما في استعماله دون مبرر مشروع، غير أن ما يتم ملاحظته في الواقع العملي سواء في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أو مدونة الأسرة أن الزوج هو وحده من يتحمل المسؤولية المادية المترتبة من إنهاء العلاقة الزوجية.¹

إن التطرق للتعويض عن التطبيق بصفة عامة يدفعنا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين، (الفقرة الأولى) حول استحقاق أحد الزوجين التعويض في التطبيق للشقاق على أن نتناول في (الفقرة الثانية) التعويض في التطبيق للضرر.

الفقرة الأولى: استحقاق أحد الزوجين التعويض في التطبيق للشقاق

إن مظاهر انفتاح مدونة الأسرة على قواعد المسؤولية المدنية المنظمة قواعدها في ظهير الالتزامات والعقود، هو إقرار المشرع في المادة 97 من مدونة الأسرة أن لكلا الزوجين الحق في المطالبة بالتعويض في حالة تعسف أحدهما في استعمال التطبيق للشقاق تعسفيا. فالمحكمة قبل إقرارها التعويض لأحد الزوجين، لا بد أولا أن تحدد مدى مسؤولية أحد الزوجين في الشقاق والفرق، وهي مسألة ذات صلة وأبعاد تنعكس على مجموعة التبعات المترتبة على إنهاء العلاقة الزوجية ومنها التعويض.²

¹ - عبد الواحد الرحمان: مسطرة الشقاق في مدونة الأسرة والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في الأسرة والطفولة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2005-2006، ص.58.

² - وفي هذا الصدد صدر حكم عن ابتدائية الناظور قسم قضاء الأسرة يقر فيه للزوجة تعويضا عن تعسف الزوج في استعمال التطبيق للشقاق دون مبرر مشروع، وجاء في مقتضيات هذا الحكم ما يلي: "...وحيث ثبت للمحكمة من خلال وثائق الملف وما تضمنته محاضر الجلسات أن الشقاق قائم بين الطرفين ومستمر بالنظر إلى المشاكل المزعومة من طرف الزوج فضلا على أن رفع هذه الدعوى يشكل دليلا آخر على ذلك.

وعليه ففي حالة عدم مطالبة أحد الزوجين من المحكمة التعويض له عن الضرر الذي لحق به، من جراء استعمال أحدهما للتطبيق للشقاق تعسفياً دون مبرر شرعي، وقضت له بالتعويض دون أن يطالبها بذلك، تكون قد أساءت تطبيق مقتضيات المواد 97 و 189 و 190 من مدونة الأسرة.¹ وفي توجه آخر لمحكمة

← وحيث إنه بعد ذلك أذنت المحكمة للزوج بإيداع مبلغ 62.000 درهم (اثنان وستون ألف) درهم لصندوق المحكمة لأداء مستحقات الزوجة المترتبة عن التطبيق بمقتضى الإذن المؤرخ في 2006/01/04. وحيث تشمل مستحقات الزوجة المتعة التي قدرتها المحكمة في مبلغ 60000 (ستون ألف) درهم، مراعية في ذلك فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب التطبيق ومدى تعسف الزوج في طلبه. وحيث ثبت للمحكمة من خلال ما تضمنته محاضرات في الجلسات وما راج أساسها، أن الأسباب التي أسس عليها الزوج طلبه مجردة من الإثبات، وأن ما تدرع به من كون زوجته منعتة من معاشرته لها، تدحضه تصريحات بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2005/10/19 حينما رفض الصلح بشدة معبراً عن عدم رغبته في معاشرته زوجته ولو مكنته من ذلك، الأمر الذي يضيف على هذا الطلب طابع التعسف، ويجعل الهدف منه هوفك العصمة دون أي سبب جدي مخالفاً بذلك مقتضيات المادة 70 من مدونة الأسرة التي نصت على أنه لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية إلا استثناءً، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين وهو ما راعته المحكمة عند تحديد المتعة".

حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور قسم قضاء الأسرة، رقم 127 الصادر في 2006/02/01 (مع عدم ذكر رقم الملف)، أورده مصطفى السيتيو: المسؤولية المشتركة في الروابط الأسرية: تجلياتها وأثارها، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد المالك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2006-2007، ص.145.

وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء أقر باستحقاق الزوجة التعويض عن الضرر الذي لحق بها من جراء استعمال الزوج الشقاق، وجاء في حيثيات هذا الحكم ما يلي: "...وحيث إن المحكمة قامت بمحاولة الصلح الأولى... وصرحت هذه الأخيرة بأن محاولة الصلح باءت بالفشل وأصررت الزوجة على طلب التطبيق... وحيث إن زواج المدعى عليه بدون علم الزوجة الأولى ورضائها يلحق بها ضرراً مادياً ومعنوياً مما يجعلها محقة في طلب التعويض عن هذه الأضرار...". حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، قسم قضاء الأسرة في الملف عدد 05/3026، تحت عدد 06/343 بتاريخ 2006/05/07 (غير منشور).

¹ - وجاء في حيثيات هذا القرار ما يلي: "حيث يستفاد من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2013/01/28 تحت رقم 94 في الملف عدد 1622/12/500 أن المطلوب حليلة (م) قدمت بتاريخ 2011/04/12 مقالا إلى المحكمة الابتدائية بالخميسات عرضت فيه أن الطاعن إدريس (ك) أمسك عن الإنفاق عليها، وغادرت بيت الزوجية واستقرت بدولة إيطاليا وارتبط بأجنبية وهجرها وقد استصدرت في مواجهته عدة أحكام من أجل أداء النفقة والتمست الحكم بتطبيقها منه للشقاق وتحديد مستحقاتها في 100.000 درهم عن المتعة و1000 درهم شهرياً نفقة ابنتها منه نورا وهاجر و600 درهم واجب حضانتها معاً و2000 درهم شهرياً واجب سكنها مع و2000 درهم سنوياً وتوسعة الأعياد، ←

=وأجاب الطاعن بأن ما تدعيه المطلوبة من ارتباطه بأجنبية يفترق إلى الإثبات، وأنها لم تسانده ولو معنوا في الظروف الصحية التي اجتازها إثر تواجده بإيطاليا، وأنه يتشبه بأسرته ولا يريد الفراق ملتصا عدم الحكم لها بالمستحقات واعتبار ظروفه المادية والاجتماعية عند تقدير نفقة البنتين وتوابعها وفي المقابل الحكم له بتعويض قدره 20.000 درهم، وبعد تبادل المذكرات وانتهاء المناقشة قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2011/12/12 في المقال الأصلي بتطبيق المطلوبة من الطاعن طلاقة أولى بآنفة للشقاق وبأدائه لها 24000 درهم عن المتعة و2500 درهم عن السكنى خلال العدة وإسناد حضانة البنتين هاجر ونورا للمطلوبة وتحديد نفقة كل واحدة منهما في 400 درهم شهريا و100 درهم شهريا لكل واحدة منهما عن واجب الحضانة و300 درهم شهريا لكل واحد منها عن واجب السكن وتنظيم الزيارة وفي الطلب المقابل برفضه فاستأنفته الطاعن أصليا والمطلوبة فرعيا وبعد تبادل المذكرات وانتهاء الردود قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من متعة وبعد التصدي الحكم برفض الطلب بشأنها وبتأييده في الباقي مع تعديله يرفع نفقة البنتين إلى 700 درهم شهريا لكل واحدة منهما وواجب سكنهما إلى 400 درهم شهريا لكل واحدة منهما وبتتيمه بالحكم على الطاعن بأدائه للمطلوبة تعويضا عن الضرر قدره 12000 درهم وهو القرار المطعون فيه من طرف الطاعن بواسطة نائبه بمقال تضمن وسيلة وحيدة وجه إلى المطلوبة بالطرق القانونية.

حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بعدم ارتكازه على أساس قانوني سليم وسوء التعليل وانعدامه، ذلك أنه تمسك في المرحلة الاستئنافية بعدة دفعات جوهرية منها ما يتعلق بالوضعية المادية التي يعيشها، إذ أنه لا يتوفر على عمل وأنه عاطل منذ عدة سنوات وأن النفقة يراعي فيها التوسط ودخل المزم بالنفقة ثم إن المشرع أقر في مدونة الأسرة حقوقا وواجبات متبادلة بين طرفي عقد الزواج بمقتضى المادة 51 من المدونة ورتب عن الإخلال بها من طرف أحدهما الحق للطرف المتضرر مطالبة الطرف الآخر بتنفيذ ما هو ملزم به أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد 94 إلى 97 من نفس القانون والمحكمة لما اعتبرت بأنه يعمل بإيطاليا منذ أمد طويل، وله دخل مهم، وبالتالي فهو ميسور الحال واعتبرت أيضا بأنه هو المتسبب في الفراق مع أن المطلوبة هي التي طلبت الحكم بتطبيقها منه وقضت بالمستحقات الواردة في منطوق قرارها وبالتعويض تكون قد بنت قضاءها على غير أساس وعرضت قرارها للنقض.

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه ذلك أنه لئن كان تقدير النفقة وتوابعها وتقدير ما يمكن أن يحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر المتسبب في الفراق من سلطة محكمة الموضوع فإنه يجب أن تبرز في قرارها عناصر التقدير المعتمدة وتحديد المسؤولية في إطار المواد 97 و189 و190 من مدونة الأسرة، والطاعن أثار بأنه عاطل عن العمل وأن تواجده بدولة إيطاليا كان بصفة عرضية، وأن المطلوبة هي المسؤولة عن الفراق لأنها هي التي طلبت التطبيق للشقاق بدون سبب والمحكمة لما قضت للمطلوبة بمستحقات ابنتها منه بحساب 2400 درهم شهريا و12000 درهم لفائدتها تعويضا عن الفراق دون أن تطلبه وتيرة ودون أن تجري بحثا مع الطرفين للتأكد من وضعية الطاعن المادية وما إذا كان مازال يشتغل بدولة إيطاليا أم لا، وتحديد مسؤولية الزوج عن سبب الفراق مع أن المطلوبة هي طلبته تكون قد أساءت تطبيق مقتضيات المواد 97 و189 و190 من مدونة الأسرة وعرضت قرارها للنقض.

. قرار صادر عن محكمة النقض عدد 187 الصادر بتاريخ 11 مارس 2014 في الملف الشرعي عدد 2012/1/2/348، منشور بمجلة نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، عدد 16، م.س، ص.65.

النقض جاء فيه أن الزوجة تستحق التعويض من طرف زوجها وذلك بسبب اعتدائه عليها ومحاولة تعنيفها ووجه لها كلاما نابيا وأوصاف قبيحة.¹

وإذا كان الزوج في مدونة الأحوال الشخصية المغاة هو الذي يتحمل تبعات الطلاق من نفقة ومؤخر الصداق ومنتعة، فإلى جانب هذه التبعات أقرت مدونة

¹ - وفي هذا الصدد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي: "... وبعد التصدي للحكم برفض طلب المنتعة، والحكم على الطالب المستأنف عليه بأدائه للمطلوبة المستأنفة مبلغ 15000 درهم تعويضات عن الضرر، وتأييده في الباقي مع تعديله بتخفيض واجب نفقة الابن عبد الرحمان على مبلغ 800 درهم شهريا وواجب سكنه إلى مبلغ 400 درهم في الشهر وواجب توسعة الأعياد الدينية إلى مبلغ 1500 درهم سنويا، ويجعل صلة الرحم بين الطالب المستأنف الثاني والمحضون محددة في مرة واحدة في الأسبوع من كل يوم أحد من الساعة العاشرة صباحا وإلى الساعة الخامسة مساء وخلال النصف الثاني من كل عيد ديني وعطلة مدرسية وهو القرار المطعون فيه بالنقض من طرف الطالب عبد الله (ع) بوسيلة فريدة والمتعلقة بنقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن القرار المطعون فيه قضى = للمطلوبة بتعويض عن الضرر مبلغه 15000 درهم بناء على أفعال مزعومة وقعت بعد تقديم الزوجة المطلوبة طلب التطبيق للشقاق بثمانية أشهر، وتم الطعن فيه بالاستئناف من طرف الطالب من جدول هيئة المحامين صدر بتاريخ 2011/06/07 وتم الطعن فيه بالاستئناف من طرف الطالب أمام غرفة المشورة بمحكمة الاستئناف بالرباط والذي هو موضوع ملف نزاعات المحامين عدد 2011/1124/101.

لكن ردا على ما جاء في الوسيلة فإنه بالرجوع إلى مقرر التشطيب الذي صدر في حق الطالب مجلس هيئة المحامين بالرباط رقم 11/34 وتاريخ 2011/6/7 يتبين منه بأن من بين المخالفات المهنية المنسوبة للطلاب السلوك غير اللائق تجاه زوجته كما يتبين منه بأن أول جلسة استدعي لها الطالب للحضور أمام المجلس التأديبي كانت بتاريخ 2009/12/15، بينما المقال الافتتاحي للدعوى المقدمة من طرف المطلوبة لتطبيقها من الطالب للشقاق قدمت بتاريخ 2011/12/6، أي بعد تاريخ ارتكاب الطالب للمخالفة المهنية في حق زوجته المطلوبة، وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما قضت بتعويض عن الضرر مبلغه 15000 درهم، وعللت قرارها وأن البين من وثائق الملف وخاصة مقرر التشطيب من الجدول رقم 11/34 الصادر بتاريخ 2011/6/7 عن مجلس هيئة المحامين بالرباط أن الزوج المفاقر اعتدى على مفارقتها وهاجمها بقاعة الانتظار وحاول تعنيفها ووجه لها كلاما نابيا وأوصافا قبيحة، الشيء الذي يشكل ضرا بليغا بالمستأنفة تستحق عنه تعويض، ولا يشترط لإثباته أن يكون بالإدانة باتا، مادام يوجد بالملف ما يدل عليه، وبذلك تكون المحكمة مصدرة القرار المذكور قد عللت قرارها تعليلا كافيا وركزت قضاءها على أساس".

قرار صادر عن محكمة النقض عدد 112 الصادر في 10 مارس 2015 في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/652 منشور بمجلة نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، عدد 22، م.س، ص.43.

الأسرة إمكانية مطالبة الزوج بالتعويض عن انحلال ميثاق الزوجية إذا تعسفت الزوجة في إيقاعه دون مبرر مشروع، إذ نجد في هذا الصدد مجموعة من الأحكام تقر للزوج بالتعويض عن الضرر الذي لحق به من انحلال ميثاق الزوجية، وقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بطنجة ما يلي: "...وحيث إن المدعية لم تؤسس طلبها الرامي إلى التطبيق من أجل الشقاق على سبب معقول يفيد وجود نزاع وشقاق بين الطرفين وأمام عدم ثبوت سبب جدي ومعقول لتقديم دعوى التطبيق للشقاق للزوجة، يكون طلب المدعية في هذا الخصوص مشوباً بالتعسف وموجباً للمسؤولية عما يلحق الطرف الآخر من ضرر.."¹

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بطنجة، حكم عدد 463 في الملف رقم 33/04/380 بتاريخ 2005/03/17، أورده طارق الطاهري: مظاهر حماية المرأة في مدونة الأسرة: الزواج وانحلاله، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2006/2005، ص.113.

وفي قرار صادر عن محكمة النقض جاء في حيثياته ما يلي: "...حيث يستفاد من أوراق الملف ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف ببني ملال بتاريخ 2010/07/21 في الملف رقم 1607/10/108 أن المدعية رشيدة عازم تقدمت بواسطة دفاعها بمقال مسجل بتاريخ 2009/7/10 أمام المحكمة الابتدائية بالفقيه بن صالح في مواجهة المدعى عليه سعيد الشرقاوي بن حمادي تعرض فيه أنها متزوجة منذ سنة 1991 ولها منه ثلاثة أبناء وهم خليل مزداد في 1993/10/12 وآمال مزداد في 1995/03/13 وعماد مزداد في 2004/08/23 كلهم ازدادوا بإيطاليا غير أنه أصبح يمنعها ويضرها ويسببها وأن صبرها قد نفذ ملتزمة الحكم بتطبيقها منه للشقاق وتحديد مستحقاتها في مبلغ 200.000 درهم مراعاة لمدة الزوجية والأبناء والضرر اللاحق بها، مع تحديد مستحقات الأبناء في قدر مفعول مع النفاذ المعجل والصائر وأرفقت مقالها بوثائق، وفي 2009/11/16 تقدم المدعى عليه بواسطة دفاعها بمقال مضاد مع مذكرة جوابية مؤدى عنه مفاده أنه يستبعد ما جاء في طلبها وأنه يتمسك بالعلاقة الزوجية وبأولاده الذين نشأوا في كنفه وأن دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية المقدمة بهذا الخصوص تؤكد صدق نواياه وادعاءاته، وأنه نظرا لمدة الزواج التي تجاوزت 18 سنة وانسجاما مع مقتضيات المادة 97 من مدونة الأسرة، فإنه يستحق تعريفا عن الطلاق التعسفي قدره مائة ألف درهم 100.000 درهم للضرر والتصریح بكون الأطفال من زوجته يعيشون الآن بإيطاليا رفقة والدهم مع إسناد حضانتهم إليه وعدم استحقاق الزوجة للواجبات ورفض الطلب بخصوص المقال الأصلي وأرفق مقاله المضاد بوثائق وبعد الجواب والتعقيب وتعسر الصلح وانتهاء الإجراءات قضت المحكمة بتاريخ 2009/12/7 في الملف رقم 09/584 في الطلب الأصلي بتطبيق المدعية من= عصمة المدعى عليه للشقاق طليقة أولى بائنة وبأدائه لها واجب متعتها حسب مبلغ 20.000 درهم وواجب سكنائها ←

ومن خلال ما سبق، وفي اعتقادي الشخصي أن إقرار المشرع المغربي لمبدأ التعويض عن الضرر الناتج عن إنهاء العلاقة الزوجية لأحد الزوجين، ما هو إلا وسيلة للحد من حالات التطليق للشقاق التي تنطوي على تعسف أحد الزوجين في طلبه، دون أي مبرر مشروع ومبين على أساس شرعي وقانوني، إذ بموجبه (أي الزواج) يلتزم كل زوج بما له من حقوق وما عليه من التزامات تجاه الزوج الآخر وعدم استهتار كل منهما بمصير العلاقة الزوجية التي تربط بينهما.

= خلال فترة العدة بحسب مبلغ 2000 درهم وكذا مستحقات أبنائها منه خليل وآمال وعماد كالتالي...، وحيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بسببين مضمومين متخذين من خرق المادتين 84 و 97 من مدونة الأسرة، وعدم الارتكاز على أساس سليم ونقصان التعليل الموازي لانعدامه ذلك أن محكمة الموضوع قضت للمطلوبة في النقص بواجب المتعة المحددة في 20.000 درهم مع أنها طالبة التطليق للشقاق، وفي ذلك خرق للمادة 84 من مدونة الأسرة وأنه كان على المحكمة أن تبين مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق وتقدر ما يمكن أن يحكم به على المسؤول لفائدة الزوج المتضرر طبق المادة 97 من مدونة الأسرة مثيرا إلى القرار عدد 433 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2010/09/21 في الملف رقم 2009/1/2/623 المتعلق بأحكام المتعة، مضيفا إلى أنه تقدم بمقال مضاد التمس فيه الحكم له بتعويض عن الضرر اللاحق به من جراء التطليق التعسفي في مبلغ 100.000 درهم إلا أن المحكمة لم ترد عليه أو تبت فيه مما كان معه قرارها منعدم التعليل ومعرضا للنقض.

حيث تبين صحة ما ورد في السببين أعلاه، ذلك أن المطلوبة قد طلبت في مقالها الرامي للتطليق بسبب الشقاق تعويضا بمبلغ 20.000 درهم باعتبار الطاعن هو المسؤول عن سبب الفراق بينهما قضت لها المحكمة بمتعة قدرها عشرون ألف درهم 20.000 درهم، وأنه بمقتضى المادة 84 من مدونة الأسرة فإن المتعة إنما يحكم بها في حالة الطلاق أو التطليق الذي يوقعه الزوج والمحكمة لما حكمت لها بالمتعة رغم أنها طلبت الحكم لها بالتعويض ودون أن تحدد مسؤوليته عن الفراق ودون أن تبت في طلبه المؤدى عنه والرامي إلى التعويض عن الطلاق التعسفي لترتب على ذلك التعويض المستحق لأحدهما عن الاقتضاء فإنها تكون قد خرقت المادتين المحتج بها وعرضت قرارها للنقض جزئيا فيما ذكر ويبقى القرار فيما عدا ذلك على ما قضى به لكونه لم يكن محل طعن بالنقض في باقي أجزائه".

. قرار صادر عن محكمة النقض عدد 833 الصادر في 2012/12/4 في الملف الشرعي عدد 2011/1/2/655 (غير منشور).

الفقرة الثانية: التعويض في التطليق للضرر

تناول المشرع المغربي مقتضيات التطليق للضرر، حيث جعله قاصرا على المرأة دون الرجل، مع العلم ومن الناحية الواقعية والعملية يتبين لنا أن إلحاق الضرر قد يكون من الزوجة تجاه الزوج والعكس أيضا.¹

كان المشرع المغربي في مدونة الأحوال الشخصية الملقاة قد ضيق من مفهوم الضرر على خلاف مدونة الأسرة التي وسعت من مفهومه، بحيث نصت المادة 99 منها على ما يلي: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق. يعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مغل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية".

من خلال مقتضيات هذه المادة يتبين لنا أن إخلال الزوج بشرط من الشروط المتفق عليها مع زوجته يعتبر ضررا يستوجب ويعطي للمرأة حق المطالبة بالتطليق للضرر، من خلال هذا المعطى يدفعنا إلى طرح التساؤل التالي: كيف يمكن للزوجة إثبات إضرار الزوج بها،² علما أن أمور العلاقة الزوجية لا يعلم بها إلا هما معا؟

¹ - عبد المجيد غميحة: موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 1999-2000، ص306.

² - انظر حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة رفض الاستجابة لطلب التعويض المقدم من المطلقة في التطليق للضرر بدعوى أن المدعية لم تثبت الأضرار اللاحقة بها وقد جاء في حيثيات هذا الحكم ما يلي: "...حيث التمس المدعية الحكم على المدعى عليه بأدائه لها مبلغ 60.000 (ستون ألف درهم) عن الضرر اللاحق بها.

وحيث إن المدعية لم تثبت الأضرار اللاحقة بها والتي تطالب من أجلها بالتعويض، وما إذا كانت هذه الأضرار مادية أو معنوية حتى تتمكن المحكمة من تقدير التعويض المناسب لجبر هذه الأضرار مما يكون معه طلبها سابق لأوانه ويتعين رفضه"

حكم صادر عن ابتدائية بركان قسم قضاء الأسرة رقم 04/1090 في الملف 04/458 والصادر في 2004/10/14، أورده موحى اسدي عمر: م.س، ص.105.

وبالتالي هل يتم الاكتفاء بتصريح الزوجة لإثبات إضرار الزواج بها؟ وهكذا فقد أجاب المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض) على هذا التساؤل من خلال قرار صادر عنه جاء في حيثياته ما يلي: "لا تقبل شهادة السماع لإثبات إضرار الزوج بزوجته إلا إذا أشهد الشهود بأنهم يسمعون سماعا فاشيا أن الزوج يضر بزوجته بأنواع الضرر من غير ذنب جنته.."¹

وقد تبني المشرع المغربي حيثيات هذا القرار فيما بعد في المادة 100 من مدونة الأسرة حيث جاء فيها ما يلي: "تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة. إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصررت على طلب التطبيق يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

إن إثبات الضرر في دعوى التطبيق للضرر من الأمور الصعبة خاصة وأن ما يدور بين الزوجين من الأمور التي لا يعلم بها أي شخص اللهم إن كان هناك شهود عاينوا أو سمعوا ذلك، وفي هذا الصدد يقول ابن عاصم الغرناطي: ويشبت الإضرار بالشهود *** أو بسماع شاع في الوجود كذلك من بين الوسائل التي يمكن للزوجة إثبات الضرر بها هي الشهادة الطبية في حالة الضرب والجرح طبقا لمقتضيات الفصول من 400 إلى 404 من مجموعة القانون الجنائي.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد أقر وبشكل صريح بحق المطلقة للضرر في التعويض، وذلك طبقا لمقتضيات المادة 101 من مدونة الأسرة التي نصت على ما يلي: "في حالة الحكم بالتطبيق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر". استنادا إلى مقتضيات هذه المادة فالمشرع المغربي منح للمطلقة الحق في التعويض عن الضرر اللاحق بها وجعل

¹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى رقم 2546 بتاريخ 1984/07/20، أورده عبد العزيز توفيق: التعليق على مدونة الأحوال الشخصية بقضاء المجلس الأعلى ومحاكم النقض العربية خلال أربعين سنة، المكتبة القانونية 05، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1998، ص.73.

تقديره موكولا إلى السلطة التقديرية للمحكمة، وبالتالي أصبح للمطلقة للضرر الحق في التعويض مرتين، التعويض عن المتعة والتعويض عن الضرر، وقد انتقد أحد الباحثين مقتضيات المادة 101 من المدونة، وذهب إلى القول بأنها مخالفة لما تنص عليه القاعدة العامة في التعويضات والتي من مقتضاها أنه لا يجوز تعويض شخص عن نفس الضرر مرتين،¹ وبالتالي فإنه يشترط لاستحقاق التعويض أن يتوفر على العناصر الأساسية المنصوص عليها في الفصل 77 من ق.ل.ع، غير أنه في الحالة التي يتم فيها التعويض عن ضرر ما لاحق بالزوجة يرفض أي طلب جديد بالتعويض عن نفس الضرر،² وهذا أكده حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بطنجة، جاء في حيثياته ما يلي: "...وحيث إن طلب التعويض المقدر من طرف المدعية عن الضرر الذي أصابها نتيجة الجريمة المقترفة من المدعى عليه سبق لها أن عوضت عنه بمقتضى القرار الاستئنائي المشار إليها أعلاه والذي حدد مبلغ التعويض في 20.000 (عشرون ألف درهم).

وحيث إنه لا يعوض المتضرر عن نفس الضرر مرتين مما يكون معه طلب المدعية الرامي إلى التعويض في غير محله".³

وتعليقا على ما سبق، ذهب أحد الباحثين إلى القول إنه من الصعب التفريق بين المتعة والتعويض، حيث إن المتعة في الإسلام تقوم مقام التعويض بل إن اسم المتعة أشرف من اسم التعويض وأكرم، لأنها تغطي معنويا ما لا يستطيع التعويض تغطيته، فأبي تعويض يمكن أن يغطي خسارة المرأة في زوجها وبيتها

¹ - طارق الطاهري: مظاهر حماية المرأة في مدونة الأسرة، الزواج وتحلاله، م.س، ص.112.

² - فتح الله تزاوي: الحقوق المالية للمرأة المطلقة بين التشريع والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في تشريعات الأسرة والهجرة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2007-2008، ص.33.

³ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بطنجة، رقم 06/336 في الملف رقم 04/758 الصادر في 2006/01/24، أورده فتح الله تزاوي: م.س، ص.33.

ومستقبلها وعواطفها ووضعها الاجتماعي،¹ وبالتالي فهذا التعويض لا تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، وإنما يتعين على المتضررة المطالبة به إما بمقال مكتوب أو بتصريح أمام المحكمة، بحيث إن هذه الأخيرة لها كامل الصلاحية في تحديد مدى الضرر الحاصل وتأثيره على شخص المطلقة.²

غير أنه بخلاف مسطرة الشقاق فإن الزوجة في التطبيق للضرر ملزمة بإثبات الضرر الذي تدعيه لاستحقاقها التعويض، وفي هذا الصدد ذهب المجلس الأعلى في إحدى قراراته إلى اشتراط على الزوجة التي تدعي تسبب طليقتها في عدم مناقشتها لرسالة الدكتوراه مما ترتب عنه ضرر معنوي لها أن تثبت عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما.³ وبالتالي فإن التعويض عن

¹ - عبد الكبير العلوي المدغري: المرأة بين أحكام الفقه والدعوى إلى التغيير، مطبعة فضالة، المحمدية، طبعة 1999، ص.190.

² - عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، م.س، ص.262.

³ - وقد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي: "حيث تعيب الطاعنة القرار المطعون فيه بانعدام التعليل وعدم الجواب على الوسائل المثارة من طرفها ذلك أنها أكدت في مقالها الاستئنائي الفرعي بأن المحكمة الابتدائية جانبت الصواب لما قضت بعدم قبول طلبها في الشق المتعلق بتسوية وضعية السيارة وإرجاع الأمتعة وأثاث البيت وكذا مراجعتها وكتبتها المتعلقة بتحضير رسالة نيل الدكتوراه بسبب عدم أداء الرسوم القضائية لكونها تكتسي طابعا مدنيا مع أن هذه الطلبات تعد من توابع مستحققاتها القانونية التي لا تخضع لأداء الرسوم القضائية عنها، كما أثارت الدفع المتعلق بعدم البت في تكاليف التطبيب وعلاج الولدين الذي أغفلت المحكمة الرد عليه والمحكمة لم ترد على هذه الدفع إيجابا أو سلبا وقضت أيضا بعدم قبول واجب التمدريس بعللة عدم تحديده في مقالها وبالتخفيض من أجرة الحضانة، ومن واجب المتعة المحكوم بهما ابتدائيا دون أن تبين العناصر الواقعية التي اعتمدها في هذا التخفيض، تكون قد بنت قضاءها على غير أساس وجاء بذلك قرارها منعدم التعليل مما يعرضه للنقض.

لكن حيث إن المحكمة الابتدائية التي تم تأييد حكمها استئنافيا فيما يتعلق بالسيارة والأثاث وشهادة الدكتوراه لما عللت حكمها بأن الطاعنة لم تعزز طلبها بما يثبت تعهدات المطلوب بخصوص السيارة، ولا بما يثبت مسؤوليته المدنية وعلاقة سببية فيما يخص مناقشة دكتوراه الدولة خلال سنة 2002. ولا بما يثبت أنها أتت بالأمتعة أعلاه وقت الزفاف وأن الأمتعة لازالت ببيت الزوجية، وأن توجيه اليمين إلى المطلوب بخصوص تسوية وضعية السيارة، وكذا إرجاع الأمتعة يشترط لقبوله الإدلاء بوكالة خاصة، ولا تكفي الوكالة العامة تكون قد أجابت مما فيه الكفاية عن هذه المطالب وأن ما ورد بمنطوق الحكم من عدم قبوله شكلا لا تأثير له مادامت قد أجابت في الموضوع وبإسهاب، ثم إنها لما

التطبيق للضرر، يدفعنا إلى طرح التساؤل الآتي: هل المشرع المغربي يقصد في التعويض عن التطبيق للضرر أن تكون الزوجة قد تم البناء بها أو يتم الاكتفاء بوجود عقد الزواج بينهما دون أن يتم الأخذ بعين الاعتبار الدخل بها؟ إن الرجوع إلى مقتضيات مدونة الأسرة لم تتطرق إلى هذه المسألة وإنما اكتفت بأحقية الزوجة قبل البناء بها بنصف الصداق دون أن تقر لها أي تعويض آخر، وفي اعتقادي الشخصي ومادام أن المادة 101 جاءت أن تخصص الزوجة المدخول بها أو غير المدخول بها فإنها تستحق التعويض إلى جانب نصف الصداق المقرر لها شرعا، لأن التطبيق قبل الدخل بالزوجة يترتب عليه مشاكل لا حصر

=قضت في منطوق الحكم برفض ما زاد عن ذلك من الطلبات، تكون قد رفضت ضمنا طلبها المتعلق بالعلاجات الطبية المعتادة لعدم تحديدها وإثباتها ومحكمة الاستئناف لما ألغت الحكم الابتدائي بخصوص واجب تدمير الولدين وقضت تصديا بعدم قبوله بعللة عدم تحديد أيضا بالتخفيض من أجره الحضانة وواجب المتعة المحكوم بها ابتدائيا تكون قد استعملت سلطتها في تقدير النفقة وتوابعها وبنتها على حالة الطرفين المادية والاجتماعية وعلى الوضع المادي للملزم بالنفقة الذي أثبت بأن أجره الشهري محدد في 11.343 درهما حسب ورقة أداء الأجر التي أرفقها بمذكرة جوابه المؤرخة في 2004/01/03 والتي لم تطعن فيها الطاعنة بمقبول وعلى باقي عناصر التقدير تكون وردت جميع الدفوع المثارة وعللت قرارها تعليلا كافيا ويبقى ما أثر بدون سبب".

قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 202 الصادر في 2008/04/16 في الملف الشرعي عدد 2006/1/2/90، أورده عمر أزوكار: قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، م.س، ص. 20-21-22.

. وفي حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بطنجة استجابة لطلب التعويض المقدم من طرف المطلقة في التطبيق للضرر، جاء في حيثياته ما يلي: "...وحيث تطبيقا للمادة 101 من مدونة الأسرة فإنه في حالة الحكم بالتطبيق للضرر للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر.

وحيث إن تقدير التعويض لجر الضرر يرجع للسلطة التقديرية للمحكمة التي ارتأت تقديره في مبلغ 3000 درهم (ثلاثة آلاف درهم)".

. حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة بطنجة، رقم 06/285 في الحكم عدجد 659 بتاريخ 2006/03/22، أورده هشام الريسوني: التطبيق للضرر في التشريع المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون، وحدة التكوين والبحث في قانون الأسرة المغربي والمقارن، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، السنة الجامعية 2005-2006، ص. 160.

لها وأخطر من المشاكل التي تترتب بعد الدخول، حيث أن المطلقة قبل الدخول بها تقاس شخصيتها سواء أمام أهلها أو الغير أو المجتمع عامة، وبالتالي يترتب عنه ألماً نفسياً من الصعب التخفيف منه إلا بواسطة إقرار تعويض لها لجبر ذلك الألم، وفي هذا الصدد صدر حكم عن ابتدائية بركان قسم قضاء الأسرة رفض طلب التعويض للمطلقة قبل الدخول بها بدعوى أن المشرع أقر لها نصف الصداق لتعويض لها، وقد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي: "...وحيث إن طلب التعويض ليس له ما يبرره لأن المشرع منح الزوجة المطلقة قبل الدخول نصف الصداق الذي يعد في حد ذاته تعويضات لها عما لحقتها من تعسف وضرر مما يقتضي رفض الطلب بهذا الخصوص".¹

وفي اجتهاد آخر صادر عن المحكمة نفسها أقر للمطلقة قبل البناء بالزام الزوج بأن يؤدي لها نصف الصداق والمقدر في مبلغ 6000 درهم (ستة آلاف درهم)، وتعويض عن الضرر الذي لحق بها والمقدر في مبلغ 5000 درهم (خمسة آلاف درهم).² وفي الختام أقول إن إقرار المشرع المغربي التعويض للمطلقة في التطبيق للضرر دون الزوج فيه تفصيل وتمييز بين الرجل والمرأة في الحقوق، وفيه خرق لمقتضيات المادة 4 التي عرفت الزواج ونصت على مبدأ المساواة بين الجنسين، لذلك وفي اعتقادي الشخصي أن يعيد المشرع النظر في مقتضيات المادة 101 وإقرار التعويض للزوج المتضرر من التطبيق للضرر لأنه في بعض الأحيان نجد الزوج يتضرر من قبل زوجته فكيف لا يتم إقرار الحق له في ذلك؟

¹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة ببران، رقم 856 في الملف عدد 05/287 الصادر في 2005/05/08.

² - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة ببران، رقم 282 في الملف 04/995 الصادر في 2004/09/09.

أساس المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال المكفول

جلال الزيداني

باحث جامعي في سلك الدكتوراه

جامعة محمد الخامس الرباط- كلية الحقوق اكدال.

تقديم:

تعتبر المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال الطفل المكفول من بين أهم المستجدات التي أقرها القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين¹. ولم يسبق للمشرع تنظيمه ضمن كافة النصوص القانونية السابقة له سواء في قانون 10 شتنبر 1993² أو في المنشور الصادر تحت رقم 2 مكرر بتاريخ 08-05-1962 أو باقي الدوريات الوزارية الأخرى³.

¹ منفذ بالظهير الشريف رقم 1-02-172 بتاريخ 13 يونيو 2002، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1423 الموافق 19 أغسطس 2002، ابتداء من ص 2362.

² الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1-93-165 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 هـ الموافق 10 شتنبر 1993 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4220، ابتداء من ص 1622.

³ تجدر الإشارة إلى أن الاهتمام بوضعية الطفل المهمل بدأت منذ ستينيات القرن الماضي، حيث جاءت البداية بإصدار أول منشور تحت رقم 2 مكرر بتاريخ 1962/05/08 يحدد بموجبه الإجراءات الأولية للتكفل بالطفل المتخلى عنه، تلتها ثلاث دوريات وزارية عالجت قضايا خاصة كتسجيل الأطفال المتكفل بهم بالحالة المدنية. أنظر في هذا الشأن "كتاب الدوريات الصادرة في ميدان الحالة المدنية" صادر عن وزارة الداخلية سنة 1994، مطبعة ديديكو-سلا.

- الدورية الوزارية رقم 54 الصادرة بتاريخ 4 جمادى الأولى 1403 الموافق 18 يبرابر 1983 المتعلقة بكفالة الأطفال المتخلى عنهم بعد الوضع، ابتداء من ص 242.

- الدورية الوزارية رقم: 129 الصادرة في 16 شوال 1405 الموافق 05 يوليوز 1985 حول تسجيل الأطفال المتكفل بهم بالحالة المدنية، من ص 245.

- الدورية الوزارية عدد: 39 الصادرة بتاريخ 4 جمادى الثانية 1406 الموافق 14 فبراير 1986 الصادرة عن وزارة الداخلية بتنسيق مع وزارة العدل بخصوص كفالة الأطفال المتخلى عنهم بعد الوضع، ص 247.

صحيح أن المغرب صادق على الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نونبر 1989 بموجب الظهير رقم 4-93-4 المؤرخ في 14 يونيو 1993¹، إلا أن بعض مقتضيات الخاصة من قبيل المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال الطفل المكفول تبقى من اختصاص المشرع الوطني.

وعموما يبقى هذا المستجد من بين أهم مقتضيات الإيجابية التي تصب في خانة تقوية الوضعية القانونية لكل من الكافل والمكفول من أجل تمتين العلاقة بينهما، والرفع بها إلى مستوى الطموح والمبتغى المنشود، ألا وهو تقريبها من علاقة الآباء مع أبنائهم في غير ما نهى عنه ديننا الحنيف، وخير دليل على ذلك ما جاءت به مقتضيات المادة 2 معرفة كفالة الطفل المهمل بأنها: "هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث".

وفي سبيل الرفع من حس المسؤولية لدى الكافل ودفعه إلى تحسين رعايته للمكفول والسهر على حسن تربيته وتكوينه إلى جانب تكثيف مراقبته له، من أجل توطيد العلاقة بينهما، نص المشرع ولأول مرة ضمن آثار الكفالة في الفقرة الأخيرة من المادة 22 على أنه: "يترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة... كون الكافل مسؤولا مدنيا عن أفعال المكفول، وتطبق على هذه المسؤولية القواعد الواردة في الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود"².

¹ تم نشرها بظهير شريف رقم 1.93.363 صادر في رجب 1417 الموافق 19 دجنبر 1996، ص 2847.
² ويعتبر من المقتضيات التي لقيت قبولا لدى كافة أعضاء لجن المناقشة بمجلسي البرلمان، سواء لجنة التعليم والشؤون الثقافية والاجتماعية بمجلس المستشارين أو لجنة القطاعات الاجتماعية والشؤون الإسلامية بمجلس النواب، إذ الملاحظ في تقريرهما غياب أية مناقشة لمضمون الفقرة الأخيرة من المادة 22 من قانون رقم 15.01 (مشروع قانون آنذاك)، مما يدل على قبولهم بإجماع لمحتوياتها شكلا ومضمونا.
- تقرير لجنة التعليم والشؤون الثقافية والاجتماعية بمجلس المستشارين، صادر خلال الولاية التشريعية 1997 - 2006، السنة التشريعية الخامسة، دورة أكتوبر 2001.
- تقرير لجنة القطاعات الاجتماعية والشؤون الإسلامية بمجلس النواب، صادر خلال الولاية التشريعية 1997 - 2002، السنة التشريعية الخامسة 2001 - 2002.

وبالرجوع إلى الفصل 85 من ق ل ع¹ يتضح لنا بأنه ينضم أربع حالات للمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، مما يستدعي بالضرورة تكييف علاقة الكافل بالمكفول من أجل إخضاعها للقواعد الأكثر انسجاما مع وضعيتهما¹.

¹ ينص على أنه: "يكون الشخص مسئولاً ليس فقط عن الضرر الذي يسببه هو بنفسه ولكن عن الضرر أيضاً المسبب من أشخاص هو مسئول عنهم حتماً؛ فالأب وكذلك الأم بعد وفاة زوجها هما المسئولان عن الضرر الذي يسببه أولادهم القاصرون الساكنون معهم. وكذلك الموالى ومفوضو الأمور للغير يكونون مسئولين عن الضرر الذي يسببه خدامهم ومستخدموهم حين مباشرتهم للأشغال التي يكونون قد استخدموهم فيها؛ ويطالب أرباب الحرف والصنائع عن الضرر الذي يسببه متعلموهم طول المدة التي يقضونها تحت مراقبتهم. وتعد المسئولية المذكورة ثابتة ما لم يبرهن الآباء والأمهات وأرباب الحرف والصنائع أنه تعذر عليهم منع الفعل المسبب لتلك المسئولية. ويكون الأب والأم وغيرهم من الأقارب أو الأزواج والزوجة مسئولين عن الأضرار التي يسببها المعتوهون وغيرهم من معتلي العقل حتى ولو كانوا بالغين إذا كانوا ساكنين معهم وذلك ما لم يثبتوا ما يلي: أولاً- أنهم راقبوا أولئك الأشخاص مراقبة تامة؛

ثانياً- أنهم يجهلون نوع المرض المخطر المصاب به الأحمق؛

ثالثاً- أن الحادث الضار جرى بسبب تقصير من أصيب به

وتجري هذه القاعدة على الذين يتعهدون بموجب عقد بمعيشة أولئك الأشخاص أو بمراقبتهم" ظهر 29 يوليو سنة 1937 نشر في الجريدة الرسمية عدد 1298 بتاريخ 4 رجب عام 1356 موافق 10 شتنبر سنة 1937.

مع العلم بأن أول تنظيم للمسؤولية عن فعل الغير صدر بمقتضى ظهير شريف مؤرخ في 23 شتنبر سنة 1929 غير بمقتضاه الفصل 85 من الظهير الشريف لسنة 1913 المؤلف منه مجلة العقود والالتزامات حيث جاء نصه كالآتي: "يكون الشخص مسئولاً ليس فقط عن الضرر الذي يسببه هو لنفسه ولكن عن الضرر أيضاً المسبب من أشخاص وهو مسئول عنهم حتماً.

فالأب وكذلك الأم بعد وفاة زوجها هما المسئولان عن الضرر الذي يسببه أولادهم القاصرون الساكنون معهم. وكذلك الموالى ومفوضو الأمور للغير يكونون مسئولين عن الضرر الذي يسببه خدامهم والمكلفون بأشغالهم حين مباشرتهم للأشغال التي يكونون قد استخدموهم فيها والمعلمون وأرباب الحرف والصنائع يطالبون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم ومتعلموهم طوال المدة التي يفوضونها في مراقبتهم وتعد المسئولية المذكورة ثابتة على الأشخاص المشار إليهم ما لم يبرهنوا على أنه تعذر عليهم منع الفعل المسبب لتلك المسئولية غير أن مسئولية الدولة مدنياً تقوم مقام مسئولية أعضاء التعليم العمومي.

والأب والأم وغيرهم من الأهل أو الزوجين يكونون مسئولين عن الأضرار التي يسببها المعتوهون وغيرهم من مرضى العقول حتى لو كانوا بالغين إذا كانوا ساكنين معهم وذلك ما لم يثبتوا ما يلي: <

إلا أنه وعلى ضوء مقتضيات القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، ووقفاً عند محتوى الفصل 85 ق ل ع. يتضح جلياً أن القواعد الأكثر توافقاً وانسجاماً مع وضعية الكافل هي تلك المنظمة لمسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين لعدة اعتبارات منها ما يجد سنده في القانون الوطني، ومنها ما تبرره التشريعات المقارنة.

ومن شأن هذا التكييف أن يدلل الصعاب مع ما يستدعي ذلك من ضبط للعلاقة بين الكافل والمكفول، حفاظاً على حقوق المتضرر من الفعل الضار الصادر عن المكفول من جهة، ومن جهة ثانية إيماننا القوي بأن مساءلة أي شخص عن فعله أو فعل غيره لا تتم إلا بضبط وتنظيم أساسها القانوني وسندها النظري المنطقي. وعليه فإننا سنحاول ضبط أساس مسؤولية الكافل عن أفعال الطفل المكفول من خلال مبحثين: الأول نخصه لمسألة تنزيل الكافل منزلة الأبوين كما نحدد فيه الإطار القانوني الأنسب لتنظيم مسؤولية الكافل مدنياً عن فعل المكفول، أما الثاني فتتطرق من خلاله لمسألة تحمل الكافل تبعاً لعلاقة التكفل حيث سندافع فيه على نظرية تحمل التبعة كأساس سليم تقوم عليه مسؤولية الكافل عن أفعال المكفول.

= أولاً أنهم راقبوا أولئك الأشخاص مراقبة تامة ثانياً أنهم يجهلون نوع المرض المخطر المصاب به الأحمق ثالثاً أن الحادث الضار جرى بسبب تقصير من أصيب به وتجري هذه القاعدة على الذين يتعهدون بموجب عقد بمعيشة أولئك الأشخاص أو بمراقبتهم".
نشر بالجريدة الرسمية عدد 885 بتاريخ 7 جمادى الأولى عام 1348 الموافق 11 أكتوبر سنة 1929، ص 2244 و 2245.

¹ تجدر الإشارة إلى أن هذا الإشكال وإشكاليات أخرى كانت الدافع لنا في اختيار مناقشة هذا الموضوع ضمن مذكرة نهاية الدراسة قصد نيل الماستر في العلوم القانونية -اختيار القانون المدني- بعنوان "أساس المسؤولية المدنية للكافل عن أفعال المكفول" تحت إشراف الأستاذ أحمد ادريوش بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -أكادال- بالرباط. السنة الجامعية 2009-2010.

المبحث الأول: تنزيل الكافل منزلة الأبوين

بداية سنحاول تبيان الدوافع والأسباب التي جعلتنا نستبعد قواعد مسؤولية كل من المخدمين وأرباب الحرف (المطلب الأول)، لنخصص المطلب الثاني لبيان مظاهر تنزيل المشرع الكافل منزلة الأبوين.

المطلب الأول: استبعاد القواعد المتعلقة بمسؤولية المخدمين وأرباب الحرف من التطبيق على مسؤولية الكافل

ان استبعادنا للقواعد المتعلقة بمسؤولية المخدمين وأرباب الحرف من التطبيق على مسؤولية الكافل يجد سنده في سببين رئيسيين وهما:

السبب الأول: اختلاف أساس العلاقة الرابطة بينهما المتمثل بالأساس في رابطة تعلم الحرفة أو رابطة عمل في حين أن علاقة الكافل بالمكفول تتجاوز ما هو حرفي أو عملي إلى ما هو إنساني محض تجتمع فيه كافة الأدوار لتناط بالكافل لكي يسهر على تحقيقها من أجل إدماج المكفول في حياة أسرية هادئة يكون الكافل فيها أب والمكفول ابنا بهدف إعادة الاستقرار الذاتي والنفسي له.

السبب الثاني: فيتمثل بالأساس في اختلاف الظرفية الزمنية لقيام المسؤولية، حيث حصرها المشرع في فترة تعلم الحرفة أو الصنعة بالنسبة لمسؤولية أرباب الحرف، وفي فترة عمل التابع أثناء مزاولة المهام المسندة اليه من طرف رب العمل (المتبوع). في حين نجد مسؤولية الكافل هي أقرب للدوام منها هي مؤقتة طالما أن الالتزامات و الآثار التي رتبها المشرع عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة لن يتأتى للكافل القيام بها والسهر على حسن تطبيقها، إلا بإقامة المكفول الدائمة معه ومراقبته اليومية لنشاطاته، ولعل أهم التزام يؤكد ذلك حضانة المكفول التي يتحمل بها الكافل ويخضع في تطبيقها للمقتضيات القانونية الواردة بمدونة الأسرة (م 22 قانون الكفالة). بحيث تم التأكيد على أن المحضون لا يبيت إلا عند

حاضنته (م 169 مدونة الأسرة). وهكذا فالأمر هنا يتعلق بالمساكنة التي تعتبر أكبر شمولية من أن تحصر أو ترتبط بفترة زمنية معينة.

صحيح أن مسؤولية الكافل ليست بدائمة ومطلقة، وإنما هي تقف عندما تبدأ مسؤولية أحد الأشخاص الذين أقرهم القانون على المكفول، كأن تبدأ مسؤولية المعلم أثناء دخول المكفول للمدرسة، إلا أنها لا تدوم إلا فترة وجوده داخل المدرسة وتحت مراقبة معلمه، وبمجرد خروجه من المدرسة تعود من جديد المسؤولية للكافل.

المطلب الثاني: مظاهر تنزيل المشرع الكافل منزلة الأبوين

عرف المشرع المغربي كفالة الطفل المهمل بالمادة 2 من قانون الكفالة بما يلي: "كفالة طفل مهمل هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده"¹.

ويمضي المشرع تأكيداً على ذلك بالمادة 22 عند تعداد له لآثار الأمر المتعلقة بإسناد الكفالة، حيث جاءت جل فقراتها لتؤكد تحمل الكافل (شخصاً طبيعياً كان أم معنوياً) تنفيذ الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانته ورعايته طبقاً للمقتضيات القانونية الواردة بمدونة الأسرة المتعلقة بحضانة ونفقة الأولاد.

ولعل ما يزكي ما سبق جعل المشرع الكافل نائباً شرعياً عن المكفول وتحمله بكل التزامات النيابة الشرعية، إذ أنه بعدما تم التنصيص بالفقرة الثانية من

¹ وهو تعريف يشبه إلى حد ما تعريف المشرع الجزائري للكفالة بالمادة 116 من قانون الأسرة الجزائري التي ورد فيها: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابه وتتم بعقد شرعي". نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 24 السنة الواحدة والعشرون بتاريخ الثلاثاء 12 رمضان عام 1404 هـ الموافق 12 يونيو سنة 1984 م.

مصدر النص موقع الأمانة العامة للحكومة الجزائرية: www.joradp.dz
تاريخ الولوج 12 دجنبر 2009 على الساعة الرابعة وأربعون دقيقة مساءً (16.40h).

المادة 7 على أن القاضي المكلف بشؤون القاصرين يمارس الولاية على الأطفال المهملين طبقا لأحكام النيابة الشرعية والنيابة القانونية المنصوص عليها بمدونة الأسرة وفي قانون المسطرة المدنية، جاء النص على مستجد مهم بالفقرة الثانية من المادة 17 يؤكد على أن "ينص الأمر (أمر إسناد الكفالة) على تعيين الكافل مقدما عن المكفول".

وبالتالي فإن الكافل وحسب المواد 229 و 230 و 231 من مدونة الأسرة¹ يعتبر نائبا شرعيا على المكفول وله حسب المادة 233 من المدونة الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله إلى بلوغه سن الرشد القانوني، وفي حالة كون المكفول فاقد العقل تستمر الولاية عليه إلى أن يرفع الحجر عنه بحكم قضائي. لم يقتصر المشرع المغربي بتحميل الكافل ببعض الالتزامات الأبوية بل منحه أيضا عدة امتيازات أبوية الهدف منها بطبيعة الحال رفع حس المسؤولية لدى الكافل وتوطيد علاقته بالمكفول من أجل تنزيل الكافل منزلة الأب. ومن أهم تلك الامتيازات استفادة الكافل من التعويضات العائلية حيث جاء النص عليها بالفقرة الرابعة من المادة 22 من قانون الكفالة التي ورد فيها:

"يترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة ما يلي:

استفادة الكافل من التعويضات والمساعدات الاجتماعية المخولة للوالدين عن أولادهم من طرف الدولة أو المؤسسات العمومية أو الخصوصية أو الجماعات المحلية وهيئاتها".

¹ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 من ذي الحجة 1424 الموافق 5 فبراير 2004، ابتداء من الصفحة 418.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا المقتضى يعتبر من بين أهم المستجدات التي أقرها قانون 15.01 لسنة 2002، حيث لم تكن ضمن مقتضيات الظهير المعتبر بمثابة قانون لسنة 1993 المتعلق بالأطفال المهملين الملقى. مما يؤكد عزم مشرع قانون الكفالة الجديد لسنة 2002 على المضي قدما من أجل الرفع من مستوى رابطة الكفالة التي تجمع الكافل بالمكفول لتصل مستوى العلاقة الأبوية. وإذا كان المشرع سيراً على نهج ديننا الإسلامي الحنيف قد منع التوارث بين الكافل والمكفول بمقتضى المادة 2 من قانون الكفالة¹، فإنه بالمقابل نص على مستجدات مهمة ضمن قانون الكفالة تعوض إلى حد ما دور الإرث، وتعزز الرابطة بين أطراف العلاقة وتمنح ضمانات أكثر حمائية للطفل المكفول، حيث تنص المادة 23 على أنه "إذا ارتأى الكافل جعل المكفول يستفيد من هبة أو وصية أو تنزيل أو صدقة، يسهر القاضي المكلف بشؤون القاصرين الواقع ضمن دائرة نفوذه محل إقامة الطفل المكفول على إعداد العقد اللازم لذلك وعلى حماية حقوق المكفول".

يستفاد من نص المادة على أن المشرع أعطى إمكانية للكافل إذا ما ارتأى التبرع على مكفوله، وحصرها في أربعة أشكال يمكن تقسيمها لصنفين: الأول يقبل التنفيذ في حياة الكافل ويتمثل في الهبة والصدقة، والثاني تبرع مضاف إلى ما بعد وفاة الكافل ويتمثل في الوصية والتنزيل. إضافة إلى الامتيازات الوارد تعدادها بقانون الكفالة نجد أيضاً مستجد مهم يتمثل في اعتبار الكفالة مصدراً لنقل الجنسية من الكافل إلى المكفول، وهو

¹ التي تنص على أنه: "كفالة طفل مهمل بمفهوم هذا القانون، هي الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده ولا يترتب عن الكفالة حق في النسب ولا في الإرث".

مقتضى أقره القانون رقم 62.06¹ المعدل لظهير 6 شتنبر 1958² المنظم للجنسية المغربية.

حيث جاء النص في الفقرة الرابعة من الفصل 9 على أنه:

"ثانيا- اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة:

يمكن للشخص المغربي الجنسية الذي يتولى كفالة مولود ولد خارج المغرب من أبوين مجهولين مدة تزيد عن خمس سنوات، أن يقدم تصريحاً لمنح المكفول الجنسية المغربية، ما لم يعارض في ذلك وزير العدل طبقاً للفصلين 26 و27 من هذا القانون".

وبهذا ينضاف امتياز آخر للكافل يمكنه بمقتضاه طلب منح المكفول الجنسية المغربية، وبالتبعية اكتسابه صفة وطني بدل أجنبي، ناهيك عن ما يستتبع ذلك من آثار يتحمل في إطارها المكفول بعدة واجبات ويتمتع معها بسائر الحقوق الاجتماعية والمدنية وكذا السياسية التي ينفرد بها الوطني دون الأجنبي. وتأسيساً على التحليل السابق، يتضح لنا جلياً بأن المشرع قد أنزل الكافل منزلة الأب في عدة واجبات، ناهيك عن منحه مجموعة من الامتيازات تعتبر من خاصيات الآباء تجاه أبنائهم.

وتبعاً لذلك نرى من المستحسن حصر الإحالة العامة على الفصل 85 من ظ ل ع في حالة مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين للاعتبارات السابقة، إضافة لعدم انسجام أساس العلاقة الرابطة بين الكافل والمكفول مع باقي حالات المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير المنظمة في نفس الفصل.

¹ نشر بالجريدة الرسمية عدد 5513 الصادرة بتاريخ 13 ربيع الأول لعام 1428 الموافق 2 أبريل سنة 2007، ص 1116 وما بعدها.

² الجريدة الرسمية عدد 2395 الصادرة بتاريخ 4 ربيع الأول عام 1378 الموافق 19 شتنبر سنة 1958، ص 2190 وما بعدها.

المبحث الثاني: تعمل الكافل تبعة علاقة التكفل

سنحاول في المطلب الأول تحديد مفهوم تحمل التبعة، لنعرج بالمطلب

الثاني لتحديد شروط قيام المسؤولية..

المطلب الأول: مفهوم تحمل التبعة مع التزام الكافل برعاية ورقابة المكفول

الفقرة الأولى: مفهوم تحمل التبعة

تجدر الإشارة في البداية إلى أنه تعددت النظريات الفقهية التي قيل بها بخصوص أساس مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين التي اخترنا تكييف مسؤولية الكافل عن خطأ مكفوله داخل إطارها، بداية مع فكرة الخطأ الشخصي الصادر عن الأبوين والمتمثل في التقصير في الرقابة وإساءة التربية، ومرورا بفكرة افتراض الخطأ تم فكرة الضمان¹، لنصل إلى نظرية تحمل التبعة على يد الفقيه الفرنسي جوسران² معتبرا إياها الأساس المتين لمسؤولية الأبوين، ومفادها أن

¹ من أجل أخذ فكرة حول مضمون هاته النظريات الفقهية والانتقادات التي طالتها، أنظر: - د.احمد الخلميبي، "المسؤولية المدنية للأبوين عن أبنائهما القاصرين"، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق-أكادال-الرباط، 1974. وقد تم نشر الطبعة الأولى سنة 1402-1982، مكتبة المعارف بالرباط، ص 34.

- د.مأمون الكزبري، "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، الجزء الأول: مصادر الالتزامات، لم تتم الإشارة إلى تاريخ الطبعة ولا عددها، ص 433.

- مذكرتنا السابقة الذكر لنيل الماستر في العلوم القانونية، صفحة 40 وما بعدها.
- "Obligations: Droit civil:" Boris STARCK - Librairies Techniques, Paris, 1972, p 260, N 728.
² مع العلم بأن العلامة لاييه *abbé* يعتبر أول من نادى بفكرة تحمل التبعة عام 1890 كبديل لفكرة الخطأ التي ثبت له عدم كفايتها كأساس للمسؤولية المدنية، إلا أن عمله بها حصره في نطاق المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء.

تم تبعه في ذلك العلامة سالي *saleilles* بقوله: أولا أن المادة 1382 لا تجعل من الخطأ أساسا ضروريا للمسؤولية المدنية، لأنها ترتب المسؤولية على أي فعل *tout fait quelconque* يحدث ضرر للغير، وهي على الأقل لا تقصد بالخطأ سوى مجرد التسبب في الأضرار بالغير وأنها ليست إلا تطبيقا لقاعدة العدالة التي تقضي بأن يكون لكل امرئ ثمره عمله *a chacun selon son fait*.

ثم تحول عن المادة 1382 المذكورة إلى المادة 1384 فقرة أولى بعد اكتشاف (لأبيه) إياها، واستناد محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها إليها، ورأى في هذه المادة الأخيرة تقريرا لمبدأ تحمل التبعة في صورته المطلقة التي قال بها (لأبيه)، واعتبر ذلك نزولا على مقتضيات العدالة ورتب عليه الاستغناء عن مطالبة المصاب بإثبات خطأ الفاعل، والاكتفاء منه بإثبات الضرر الذي أصابه ورباطة السببية بين هذا الضرر وفعل الفاعل.

أنظر في تفصيل ذلك: ذ.زهدي يكن "المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة"، الطبعة الأولى دون ذكر السنة، منشورات المكتبة العصرية صيدا-بيروت، ص 251 وما بعدها.

خطأ القاصر دليل على تقصير الآباء مما يستوجب معه تحملهم تبعات نقصان تربيته لأبنائهم¹.

وتأسيسا على ما سبق حاولنا وضع مسؤولية الكافل ضمن الإطار الأكثر ملاءمة لوضعيته كمتكفل بطفل، تجمع بينهما علاقة كفالة بمقتضاها يتحمل بعدة التزامات ويتمتع بمجموعة من الامتيازات خدمة للرابطة التي تجمعها بالطفل المكفول.

إذ لا جدال في أنه لا يجبر شخص على التكفل بطفل مهمل ولا يملك أحد قط الحق والسلطة على إرغامه على ذلك. وإنما لكل من له الرغبة في ذلك وتوفرت فيه الشروط المتطلبة قانونا، جاز له التقدم بطلب للقاضي المكلف بشؤون القاصرين ليقوم بدراسة ملفه ويصدر أمره قبولا أو رفضا.

وبالتالي فإنه طالما أن كفالته بالطفل المهمل المكفول تمت بمحض إرادته وبكامل حريته، وبناءا على طلبه الرامي إلى قبول تكفله بالطفل، وهو يعي كل الوعي حجم المسؤولية ومدى الالتزام الذي سيقع على عاتقه إذا ما قبل طلبه وأسندت إليه مهمة التكفل بالطفل المهمل، فإنه يتحمل تبعه علاقة التكفل التي تحوي آثارها عدة التزامات كالحضانة والنفقة ومن ضمنها مسؤوليته مدنيا عن خطأ مكفوله.

فوفقا لنظرية تحمل تبعه علاقة التكفل فإن الكافل باعتباره المقدم على المكفول وصاحب الولاية عليه والمشرف على تربيته ورعايته وحضائته والنفقة عليه، وهو الذي يسهر على مراقبته تماما مثل ما يفعل الأب مع ابنه، فإنه

¹ أنظر في تفصيل ذلك:

Louis Josserand: "Cours de Droit civil positif français ", Tome Deuxième, librairie du recueil sirey, Paris 1930, p 240 et sui

بالمقابل يتحمل تبعة الأخطاء التي يرتكبها المكفول طالما أنها لم تكن لتتق لولم يقصر الكافل في رقابته للمكفول ولم يسئ تربيته ورعايته.

الفقرة الثانية: التزام الكافل برعاية ورقابة المكفول

كفالة الطفل المهمل بمفهوم قانون الكفالة لسنة 2002 هي: "الالتزام

برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده.."
(المادة 2).

ويترتب عن الأمر المتعلق بإسناد الكفالة ما يلي:

"- تحمل الكافل أو المؤسسة أو الهيئة أو الجمعية أو المنظمة المعنية تنفيذ

الالتزامات المتعلقة بالنفقة على الطفل المكفول وحضانه ورعايته وضمن
تنشئته في جو سليم.."
(المادة 22).

كما أكد المشرع بالمادة 9 على ضرورة توفر المؤسسات و الهيئات التي
يمكن أن تسند إليها كفالة الأطفال المهملين على "الوسائل المادية والموارد
والقدرات البشرية المؤهلة لرعاية الأطفال وحسن تربيتهم وتنشئتهم تنشئة
إسلامية".

وهكذا يتبين إصرار المشرع على إلزام الكافل بواجب الرعاية تجاه المكفول
في عدة نصوص تأكيداً لحجم المسؤولية وتوطيدا للدور المنوط به، حتى يسهر
على حسن تطبيقه.

ومصطلح الرعاية يخفي في طياته عدة واجبات ومجموعة من المهام
يتوجب على الراعي العمل على تنفيذها تجاه رعيته، بحيث أن الأمر لا يقف
عند حدود مهمة معينة بالذات، وإنما يتعلق بسلسلة من المهام والتدابير ترتبط
بعضها ببعض لتكون ما يصطلح بالالتزام الرعاية.

ومن وجهة نظرنا نعتبر الالتزام بالرعاية الالتزام الرئيسي التي تتفرع عنه باقي الالتزامات كالنفقة والحضانة والتربية والحماية، لأنها مكونات تجب على الكافل تجاه المكفول لا شيء وإنما لكونه الراعي الرئيسي والمشرف المباشر والوحيد على حياته.

والرعاية بذلك لا يمكن حصر مكوناتها ولا تحديد عناصرها، وإنما هي تشمل مجموعة من الوقائع والأحداث ناتجة عن عدة تصرفات تختلف باختلاف المكان والزمان وكذا الأطراف، تؤثر بالقليل أو الكثير في شخصية الطفل المكفول.

وبالموازاة مع كل ما سبق يتوجب على الكافل مراقبة المكفول في كل تصرفاته داخل وخارج المنزل، مع أفراد الأسرة وأيضا مع الغير. لأنه لا يكفي العطاء دائما وإنما النجاح يبقى رهينا بالمتابعة حتى إذا ما ظهرت مطبات يسهل إصلاحها وتقويمها.

ولا نعني من ذلك الرقابة المادية التي تستلزم على الكافل مصاحبة المكفول ليلا نهارا أينما رحل وارتحل، وإنما هي الرقابة المعنوية اليومية التي تدخل ضمن مكونات الرعاية التي تفرض على الكافل تتبع وضعية المكفول ومراقبة تصرفاته داخل أسرته ومع الغير، ودراسة طبيعة أنشطته ومستوى تعلمه، وكذا علاقته بأصدقائه وكيفية تعامله معهم، والأهم من ذلك الوقوف على الدوام على نفسيته للتعرف على رغباته وميوله وكل ما يقلق راحته.

لا شك أن قصدنا مما سبق لا يعني بتاتا أن يترك الكافل عمله اليومي مصدر قوته وعيش أسرته لأجل ملازمة المكفول منذ استفاقته وطوال أنشطته اليومية داخل وخارج المنزل إلى حين نومه، وإنما المراد من ذلك رفع حس المسؤولية عند الكافل ليقوم مقام الأب للمكفول، ويسهر على حسن تربيته

وخلق الجو الملائم لعيشه، حتى يطمئن المكفول لوسطه الذي يترعرع داخله، وينسجم مع مكوناته، متجاوزا كل ما قد تتركه حالة الإهمال من أثر سلبي على نفسيته، وليس ذلك بالسهل وإنما هو دور أنيط للراعي تجاه رعيته ووظيفة اجتماعية شريفة ونبيلة تجب ممارستها بكل أمانة وصدق وحرص وحسن نية تحقيقا للتكافل الأسري وبالتبعية التضامن الاجتماعي.

المطلب الثاني: شروط تعمل التبعة

من البديهي أن مساءلة الكافل مدنيا عن خطأ مكفوله استنادا إلى علاقة التكفل وما تنتجه من التزامات على عاتق الكافل لن يتم بشكل مطلق، وإنما يتوقف الأمر على شروط يجب توفرها نص عليها بالفصل 85 من ق ل ع، منها ما هو عام يجب توفره كيفما كانت وضعية المكفول (الفقرة الأولى)، ومنها ما هو خاص يقتصر على وضع معين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشروط العامة

وهي الشروط الضرورية الواجبة التحقق فيها كانت وضعية المكفول العمرية والصحية، وهي ثلاث كالاتي:

أولا: وجود علاقة تكفل

من الطبيعي قبل مساءلة أي شخص بصفته كافلا لطفل مهمل، يجب التأكد من وجود علاقة تكفل تجمع بينهما أساسها حسب المادة 17 من قانون الكفالة أمرا صادرا عن القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإسناد كفالة الطفل المهمل للكافل، وبهذا تثبت العلاقة بين الكافل والمكفول.

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو بخصوص وضعية الطفل المهمل الذي تم إيداعه مؤقتا بإحدى المؤسسات أو المراكز المذكورة في المادة 8 ريثما تنتهي مسطرة البحث ويبت في طلبات التكفل بشكل نهائي، حيث أعطت

كل من المادة 4 والمادة 8 لوكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية الواقع بدائرة نفوذها مقر إقامة الطفل أو مكان العثور عليه، الحق في إيداعه مؤقتاً بإحدى هذه المؤسسات.

ففي هذه الحالة يكون المضرور أمام اختيارين:

- الأول متابعة القاضي المكلف بشؤون القاصرين بصفته صاحب الولاية على الأطفال المهملين حسب المادة 7 من قانون الكفالة، وهو أمراً وإن كان سهل التنظير، إلا أنه يبقى صعب التطبيق.

- أما الثاني فهو متابعة المؤسسة أو المركز أو الأسرة أو المرأة التي أودع عندها الطفل المهمل مؤقتاً لكونها هي النائبة الشرعية عليه خلال تلك الفترة، استناداً إلى منطوق المادة 232 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: " في حالة وجود قاصر تحت الرعاية الفعلية لشخص أو مؤسسة، يعتبر الشخص أو المؤسسة نائباً شرعياً للقاصر في شؤونه الشخصية ريثما يعين له القاضي مقدماً".

وعليه فإن إثبات وجود علاقة تكفل في هذه الحالة الأخير يتم بناء على محضر تحرره الشرطة القضائية بهذا الإيداع المؤقت وتحيله على النيابة العامة.

ثانياً: الفعل الضار

يعد الفعل الضار من بين الشروط الضرورية كذلك لقيام المسؤولية المدنية تقصيرية كانت أم عقدية، ويتكون من عنصرين أساسيين هما الخطأ ثم الضرر¹:

أ- الضرر: وهو كما عرفه المشرع " الخسارة التي لحقت المدعي فعلاً والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل

¹ وهما عنصرين واجب تحققهما معاً، بخلاف الأمر في المسؤولية الجنائية فيمكن تصور قيام هذه الأخيرة على أساس الخطأ وحده دون حاجة لتحقيق الضرر.

الذي ارتكب إضرارا به، وكذلك ما حرم منه من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل..” (الفصل 98 من ق ل ع).

غير أن الملاحظ على تعريف المشرع هو اقتصره على ذكر الضرر المادي دون الضرر المعنوي، في حين درج الفقه على تقسيم الضرر إلى مادي ومعنوي. فأما الضرر المادي فهو الذي يصيب الإنسان في ذمته المالية كأن يتلف شخص متاعا أو مزروعات لآخر أو يلحق عيبا بمنقول أو عقار لغيره، وإما في جسمه كجروح و رضوض يسببها سائق سيارة لأحد المارة¹، غير أنه لكي يصلح أساسا للتعويض لا بد من توافره على شرطين:

1- يجب أن يصيب الضرر حقا أو مصلحة مالية للمضرور،

2- ويجب أن يكون الضرر محققا.

أما الضرر المعنوي فهو الأذى الذي يلحق الشخص في شعوره أو عاطفته أو كرامته وشرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها². وبالرغم من أن المشرع لم يشر إلى هذا النوع من الضرر أثناء تعريفه للضرر بالفصل 98 من ق ل ع، إلا أن ذلك لا يمنع من الرجوع لبعض النصوص العامة الأخرى لاستكمال هذا النقص من قبيل الفصلين 77 و 78 من ق ل ع، حيث ينص الأول على أن: “كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن

¹ وتجدر الإشارة إلى أن الأستاذ العرعاري يؤكد على أن الضرر الجسدي ينطبق عليه وصف الضررين المادي والمعنوي معا.

أنظر تفصيل ذلك في مؤلفه حول “مصادر الالتزامات”، الكتاب الثاني: المسؤولية المدنية، الطبعة الثانية 2005، توزيع دار الأمان بالرباط، ص 99.

² د. عبد الرزاق السنهوري: “الوسيط في شرح القانون المدني”، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام-، طبعة 2004، منشأة المعارف-الإسكندرية. تنقيح المستشار أحمد مدحت المرابي، ص 714.

يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

و ينص الفصل 78 على أن "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر..".

وعليه فإن كل شخص أصابه أذى جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له نتيجة خطأ صادر عن مكفول يحق له الرجوع على الكافل و مطالبته بالتعويض وفق قواعد المسؤولية التقصيرية، إلا أن ذلك يتوقف على أن يكون الخطأ صادراً فعلاً من الطفل المكفول، وهو ما سنعالجه في النقطة الموالية. ب- خطأ المكفول: لا يكفي لقيام مسؤولية الكافل تحقق ضرر للغير، وإنما لا بد من صدور عمل غير مشروع من المكفول كان هو السبب في إلحاق الأذى بالمضروب، وأن تقوم بينهما علاقة سببية يكون في إطارها عمل المكفول غير المشروع سبباً رئيسياً لما لحق المضروب من أذى.

والخطأ في إطار المسؤولية التقصيرية عرفه المشرع بأنه: "ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر"¹.

أما الفقه فقد مثله بالأساس في إخلال الشخص (المكفول) بالتزام قانوني مع إدراكه بهذا الإخلال².

¹ الفقرة الثالثة من الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود.

² د. مأمون الكزبري، م. س، ص 374.

وعليه يتضح بأن للخطأ ركنين لا بد من اجتماعهما لاكتمال بنية الخطأ، الأول ركن مادي وهو التعدي، والثاني ركن معنوي وهو الإدراك أو التمييز. أ- التعدي: وهو الفعل الذي ينطوي على إخلال بالتزام قانوني كيفما كانت صورته، سواء اتخذ شكل مخالفة نص قانوني، أو جاء في صورة مخالفة التزامات قانونية غير محددة في نصوص، أو كان نتيجة ممارسة الحق ممارسة تعسفية.

ب- الإدراك أو التمييز: لقيام الخطأ وجب إضافة إلى فعل التعدي أن يكون من ارتكبه مدركا ومميزا لعمله غير المشروع، بحيث يكون على بينة من أن عمله يلحق ضررا بالغير.

ثالثا: المساكنة

نص المشرع بالفقرة الثانية من الفصل 85 ق ل ع على أن "الأب وكذلك الأم بعد وفاة زوجها هما المسئولان عن الضرر الذي يسببه أولادهم القاصرون الساكنون معهم".

وبهذا تنضاف المساكنة لباقي الشروط الواجب تحققها قصد مساءلة الكافل عن خطأ مكفوله، ومعنى ذلك أن يكون المكفول ذا إقامة اعتيادية ورسمية مع كافله ويجمعهما مسكن واحد.

غير أن الأمر وإن كان يبدو بتلك السهولة، فإن الفقه، خاصة الفرنسي منه، قد انقسم في تحديده لمعنى وطبيعة المساكنة المقصودة من نص المادة 1384 مدني فرنسي المصدر الأصلي للفصل 85 ق ل ع المغربي، وجاءت رؤيته وفق تصورين:

الأول يقول إن القصد بالمساكنة وجود القاصر تحت رقابة الأبوين وكنفهما وأنهما لا يعفيان من المسؤولية إلا إذا انتقلت إلى غيرهما من الأشخاص

المسؤولين عن الغير والمنصوص عليهم في المادة 1384 وهم المتبوع والصانع والمعلم، ويبدو أن الأستاذ الكزبري يوافق هذا الرأي¹.

أما الرأي الثاني: فيعتبر السكنى بمعناها الحقيقي أي الإقامة العادية مع الأبوين في منزل واحد أو في مكان لا يتعذر عليهما مراقبته فيه، وإذا انعدمت المساكنة بهذا المعنى أعفي الأبوان من المسؤولية².

ويشترط للإعفاء من المسؤولية أن يكون انقطاع السكنى بسبب قانوني وأن يتعذر على الأبوين مراقبة القاصر المنفصل عنهما في السكن.

وتأسيساً على ما سبق، وبما أن الكافل هو مستحق حضانة المكفول طبقاً للمادة 22 من قانون الكفالة، فإن سكنى المكفول هي سكنى الكافل الحاضن، ولا تنقطع إلا بأحد الأسباب القانونية كما لو صدر أمر قضائي بإلغاء الكفالة في حالات إخلال الكافل بالتزاماته أو تنازله عن الكفالة، ففي هذه الحالة تنتهي الكفالة وتنتفي معها مسؤولية الكافل.

أما بخصوص الشرط الثاني الذي استوجبه الفقه للإعفاء من المسؤولية والمتمثل في تعذر مراقبة الكافل للمكفول فهو في نظرنا غير ذي أهمية ولا حاجة لتفعيل العمل به ويكفي تحقق شرط انقطاع السكنى لسبب قانوني.

¹ حيث يقول: "لا تترتب مسؤولية الأب أو الأم على ابنيهما القاصر إلا إذا كان يعيش في كنفهما ويوجد تحت رعايتهما، وهذا ما أرادته المشرع عندما حصر في المادة 85 مسؤولية الأبوين في الضرر الذي يحدثه القاصر المقيم معهما. فليس المقصود هنا بالإقامة مع الوالدين السكنى معهما، فالأب والأم يسألان عن الضرر الذي يحدثه ابنيهما حتى لو كانا طرداه من المسكن أو لو كان الابن قد فر منه. بل إن ما قصده المشرع هو أن يكون القاصر في كنفهما وتحت رعايتهما لا تحت رقابة شخص آخر كمعلم مدرسة أو رب حرفة. فالقاصر إذا ذهب إلى المدرسة انتقلت رعايته إلى معلمه، وإذا ذهب إلى حيث يتعلم حرفة انتقلت الرقابة إلى رب الحرفة." د. مأمون الكزبري، م. س، ص ص 446 و 447.

² د. أحمد الخمليشي، م. س، ص ص 178 و 179.

غير أنه قد تصادف حالة انفصال الزوجية بين الزوجين المسلمين الكافلين، وأمام هذه الوضعية يطرح التساؤل حول حضانة الكافل وبالتبعية سكنه القانوني؟

ففي مثل هذه الوضعية أعطى المشرع للقاضي المكلف بشؤون القاصرين الحق في أن يصدر بناء على طلب من الزوج أو الزوجة أو من النيابة العامة أو تلقائياً أمراً إما باستمرار الكفالة لأحد الزوجين، وفي هذه الحالة تظل سكني المكفول مع كافله سواء أكان الزوج أو الزوجة طالما أنه هو الحاضن له.

غير أن الإشكال الذي يطرح نفسه هنا هو في حالة ما إذا أبدى كلا الطرفين رغبتهما في الاستمرار بالتكفل بالطفل، يعمل حينها القاضي المكلف بشؤون القاصرين على إسناد الكفالة أخذاً بعين الاعتبار مصلحة الطفل الفضلى، استناداً إلى الإحالة التي صاحبت منطوق نص المادة 26 من قانون الكفالة على مقتضيات الفصل 102 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة¹، الذي عوض بالمادة 166 من مدونة الأسرة التي ورد فيها: "تستمر الحضانة إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء".

بعد انتهاء العلاقة الزوجية، يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشرة سنة، أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه.

¹ الذي ينص على أنه: "تمتد الحضانة حتى يبلغ الذكر 12 سنة، والأنثى 15 سنة، ويخير المحضون بعد ذلك في الإقامة مع من يشاء من أبيه أو أمه أو غيرهما من أقاربه المنصوص عليهم في الفصل 99". (ظهير شريف معتبر بمثابة قانون رقم 1-93-347 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 الموافق 10 سبتمبر 1993 بتغيير وتتميم بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية).
نشر في الجريدة الرسمية عدد 4222 بتاريخ 12 ربيع الآخر عام 1414 الموافق 29 سبتمبر سنة 1993.

في حالة عدم وجودهما، يمكنه اختيار أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171 بعده، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مصلحته، وأن يوافق نائبه الشرعي.

وفي حالة عدم الموافقة، يرفع الأمر إلى القاضي لبيت وفق مصلحة القاصر".

أما في حالة تخلي كلا الزوجين عن الكفالة فإن القاضي يعمل على اتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات والتي غالباً ما تنطوي على وضع الكافل لدى مؤسسة أو مركز مؤهل لرعاية الأطفال مؤقتاً، وبالتبعية تنقطع المساكنة وتنتفي مسؤولية الكافل الأول لتحل محلها مسؤولية المركز أو المؤسسة المتكفلة بالطفل المهمل مؤقتاً.

الفقرة الثانية: الشروط الخاصة

وتتعلق هذه الشروط بإدراك المكفول وقدرته على التمييز إما بسبب سنه (أولاً)، أو حالته العقلية (ثانياً).

إلا أنه قبل ذلك نود الإشارة إلى أهمية التمييز بين مسؤولية الكافل عن المكفول السليم عقلياً والمكفول المريض عقلياً.

لا شك أن كلا الوضعين نظمه المشرع في إطار الفصل 85 من ق ل ع، إلا أننا تطرقنا لكل حالة على حده لعدة أسباب نجمالها في ثلاث أساسية وهي:
أ- إن مسؤولية الكافل مدنياً عن فعل مكفوله السليم عقلياً تنتهي ببلوغ هذا الأخير سن الرشد القانوني، خلافاً للمسؤولية عن فعل المكفول المجنون أو المختل عقلياً التي تبقى قائمة طالما بقيت حالته تلك ولم تتحسن أحواله العقلية.

ب- إذا كان المشرع قد منح للكافل دفع مسؤوليته عن فعل مكفوله المجنون أو المختل عقليا بعدة طرق¹ تعتبر إلى حد ما أكثر قابلية للإثبات، فإنه بالمقابل نجد الفقه قد تشدد نوعا ما في تعامله مع المسؤولية عن القاصر حيث اشترط لدفعها إثبات المسؤول (الكافل) إعطاءه التربية الحسنة للقاصر (المكفول)، إضافة إلى إثبات القيام بواجب الرقابة أو بأن الحادث يرجع إلى سبب أجنبي².

ج- إذا كانت مساكنة الكافل للمكفول شرطا ضروريا في كلتا المسؤوليتين، فإنها تختلف من حيث طبيعتها، لأنه إذا كانت السكنى القانونية هي المعتبرة في إطار المسؤولية عن القاصر، فإن المسؤولية عن المجنون أو المختل عقليا تعتمد بالسكنى المادية طالما أن هذا الأخير هو في حاجة دائمة لمن يراقب تصرفاته وأفعاله.

أولا: القصر

طبقا لمنطوق الفقرة الثانية من الفصل 85 من ق ل ع، فإن مسؤولية الكافل لا تقوم إلا إذا كان المكفول قاصرا، أي لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني المتمثل في 18 سنة شمسية كاملة وفقا للمادة 209 من مدونة الأسرة. ويعتبر المقتضى الأخير من بين المستجدات التي أقرتها المدونة، وبذلك انعقد التوافق بين سن الرشد والسن الذي يعتبر في إطاره المهمل طفلا (م1 من

¹ عددها الفصل 85 من ق ل ع بالقول: "وتلزمهم هذه المسؤولية ما لم يثبتوا:

1- أنهم باشروا كل الرقابة الضرورية على هؤلاء الأشخاص؛

2- أو أنهم كانوا يجهلون خطورة مرض المجنون؛

3- أو أن الحادثة قد وقعت بخطأ المتضرر".

² د. أحمد الخمليشي، م س، ص 171.

قانون الكفالة) وأيضا السن التي تنتهي الكفالة ببلوغها (م 25 من قانون الكفالة)¹.

وعليه فإن حراسة الكافل للمكفول القاصر تنتهي ببلوغ هذا الأخير سن الرشد القانوني، إلا إذا تم ترشيده قبل هذه السن. إذ كما هو معلوم وفق المادة 218 من مدونة الأسرة التي جاء في فقرتها الثالثة: "إذا بلغ القاصر السادسة عشرة من عمره، جاز له أن يطلب من المحكمة ترشيده." ويمكن أن يتم ذلك أيضا طبقا للفقرة الرابعة من نفس المادة من طرف النائب الشرعي الذي له "أن يطلب من المحكمة ترشيده القاصر الذي بلغ السن المذكور أعلاه، إذا أنس منه الرشد".

وعليه يطرح السؤال هنا حول وضعية مسؤولية الكافل عن فعل مكفوله الذي تم ترشيده. هل يوضع هذا الإجراء حدا لها، أم أن الكافل يظل مسؤولا مدنيا عن خطأ مكفوله إلى حين بلوغه سن الرشد القانوني؟ بما أن الكافل حسب الفقرة الثانية من المادة 17 من قانون الكفالة يعتبر مقدما على المكفول، ولما كانت من بين أسباب انتهاء مهمة المقدم حسب المادة 258 من مدونة الأسرة: "1..

2 ببلوغ المحجور سن الرشد.."

فإنه من الطبيعي عدم مساءلة الكافل مدنيا عن فعل المكفول الذي تم ترشيده، وبالتالي يكون هذا الأخير مسؤولا شخصيا عن فعله الذي أضر بغيره، خاصة وأنه حسب المادة 218 "لا يمكن ترشيده من ذكر (القاصر الذي بلغ السادسة عشرة من عمره) إلا إذا تبث للمحكمة رشده بعد اتخاذ الإجراءات

¹ غير انه تجدر الإشارة إلى أن الكفالة حسب المادة 25 تنهي ببلوغ المكفول سن الرشد القانوني، ولا يسري هذا المقتضى على البنت غير المتزوجة ولا على الولد المعاق أو العاجز عن الكسب.

الشرعية اللازمة"، مما يعني أن الكافل هو في وضعية قانونية تمنحه أحقية التحلل من المسؤولية عن كافة أفعال المكفول المرشد المضرة بالغير.

ثانياً: المرض العقلي

انطلاقاً من محتوى الفصل 85 من ق ل ع فإن مسؤولية الأبوين عن فعل غيرهم ممن هم في عهدهم يمكن أن تتخذ صورتين:

الأولى مسؤوليتهما عن فعل أبنائهما القاصرين الساكنين معهما؛

والحالة الثانية يسألان في إطارها عن الأضرار التي يحدثها المجانين وغيرهم من مختلي العقل إذا كانوا ساكنين معهم ولو كانوا بالغين سن الرشد¹. وعليه وبالتبعية فإن الكافل يمكن أن يسأل مدنياً عن فعل مكفوله سواء أكان سليماً عقلياً أو كان مختلاً عقلياً، طالما أن الفعل المرتكب صادر عن هذا الأخير وهو السبب في أذى المضرور. وسند ذلك بالدرجة الأولى يعود إلى واجب الرقابة المفروض على من يتولى هؤلاء المرضى طالما أن وضعيتهم تحتم مراقبتهم على الدوام للحيلولة دون إذائهم لغيرهم.

¹ وإن كان هناك اتجاه يدافع عن إقرار المسؤولية المدنية للمريض العقلي وقيمتها على فكرة الخطأ الاجتماعي، بدعوى أن ذلك سيساهم بشكل كبير في إعادة إدماجه. أما تطبيق قاعدة عدم المسؤولية فيرى بأنه لا يساهم إلا في تهميش المريض عقلياً اجتماعياً والتقليل من فرص شفائه. أنظر للتفصيل في ذلك:

Abdelaziz Elhila, "Le problème de l'irresponsabilité civile du malade mental", Mémoire pour le diplôme d'études supérieures en sciences juridiques, université Mohammed 5 – faculté des sciences juridiques économiques et sociales- RABAT, Année 1985-1986.

أنظر على الخصوص عرض لمختلف النظريات التي قيل بها بخصوص مسؤولية الأبوين عن أبنائهما القاصرين ابتداءً من الصفحة 176، وكذا مسؤوليتهما عن أطفالهما المرضى عقلياً ص ص 226 و227. ولأخذ فكرة موجزة عن طرح الأستاذ الحيلة في رسالته أنظر: د. أحمد ادريوش "قراءة في رسالة د. عبد العزيز الحيلة" - مشكلة عدم مسؤولية المريض العقلي مدنياً - مقال منشور في المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 23 لسنة 1990، ابتداءً من الصفحة 53.

وإذا كانت المسؤولية عن المكفول السليم عقليا تنتهي ببلوغه سن الرشد، فإن المسؤولية عن المكفول المريض عقليا لا علاقة لها بسن المكفول وإنما تدوم طالما المكفول فاقدًا للإدراك والتمييز، وبالتالي تبقى مسؤولية الكافل عنه قائمة إلى أن تتحسن أحواله الصحية، وللمضروب إثبات حالة الطفل المكفول تلك بكافة وسائل الإثبات.

خاتمة:

تأسيسا على ما سبق، جاءت نتيجة دراستنا بتنزيل الكافل منزلة الأبوين، وإخضاعه لنفس المقتضيات القانونية المنظمة لمسؤوليتهما عن أبنائهما القاصرين، على أساس نظري منطقي مفاده تحمل الكافل تبعة علاقة التكفل التي التزم بها تجاه الطفل المكفول.

وعليه، وتجاوزا لكل التأويلات غير الصائبة، وزيادة في الوضوح والدقة، طالما أننا نتعامل مع مقتضيات قانونية سمتها الأساسية الشفافية، نقترح ثلاث تعديلات أساسية نتمنى أن تلقى القبول مستقبلا، وهي كالاتي:

أولا: تنميم الفقرة الأخيرة من المادة 22 وفق الصياغة التالية:

"كون الكافل مسؤولا مدنيا عن أفعال المكفول، وتطبق على هذه المسؤولية القواعد المنظمة لمسؤولية الأبوين المدنية عن أبنائهما القاصرين الواردة في الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود؛

وفي حالة كون الكافل مؤسسة عمومية تطبق عليها القواعد الواردة في الفصلين 79 أو 80 من قانون الالتزامات والعقود بحسب الأحوال"¹.

ثانيا: إصدار مرسوم تطبيقي لتنفيذ مقتضيات الفقرة الخامسة من المادة 22 على أرض الواقع، تحدد بموجبه معالم التعويضات العائلية المستحقة للكافل، بالإضافة إلى الوثائق الواجب عليه تقديمها للجهات المختصة، تسهيلا للمسطرة وتسريعا لقبض التعويضات.

ثالثا: القيام بمراجعة لبعض الإحالات على قوانين ألغيت بعد صدور بديل لها جديد، من قبيل الإحالة على مدونة الأحوال الشخصية، والحال أن الأمر أصبح يتعلق بمدونة الأسرة منذ سنة 2004. بل أكثر من ذلك وجب تعديل نصوص المواد المحال عليها مثل ما جاء في المادة 26 من قانون الكفالة بخصوص الفصل 102 من م أش الذي عوض بالمادة 166 من مدونة الأسرة.

¹ قد يطرح التساؤل في هذا الإطار عن سبب تعييننا لفصل مستقل نعالج في إطاره مسؤولية الكافل الشخص المعنوي إذا كان مؤسسة عمومية على ضوء الفصلين 79 و80 من ق ل ع. إلا أننا حرصنا على أن نبقى لصيغتين بالإحالة التي قررها المشرع والعمل على ضوء الفصل 85 دون غيره. أما اقتراحنا فهو مجرد اقتباس لمقتضى استحسنا تقريره من قبل المشرع التونسي الذي نص في الفصل 2 من القانون عدد 27 لعام 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني على أنه: "للولي العمومي نفس الحقوق التي للولي الشرعي وعليه ما عليه من الواجبات. وتكون الدولة أو البلدية أو المؤسسة العمومية حسب الحال مسؤولة مدنيا عن أعمال الأطفال المشار إليهم بالفصل السابق". الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 19 بتاريخ الجمعة 15 شعبان عام 1377 موافق 7 مارس سنة 1958.

مصدر نصوص القانون التونسي: "موقع المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية": www.iort.gov.tn
تاريخ الولوج 12 دجنبر 2009 على الساعة الرابعة مساء (16h).

هذا بالإضافة إلى أننا نرى بأن وضعية الشخص المعنوي لا تطرح العديد من الإشكالات داخل نظام المسؤولية المدنية، لسبب بسيط مفاده إمكانية سريان آثار هذه المسؤولية على الشخص كيفما كانت طبيعته، والتي غالبا بل أساسا تتمحور حول تعويض في مقدرة الشخص المسئول ذاتيا كان أم معنويا. ويبقى الإشكال فقط حول الجهة القضائية المختصة بالنظر في مثل هذه القضايا؟؟؟

وفضلا عن ذلك، وجب تجاوز عدم الانسجام بين بعض مواد قانون الكفالة، كما هو حال المادة 9 التي تحدد الأشخاص الذين يحق لهم التكفل بالأطفال المهملين ومن ضمنهم الزوجان المسلمان والمرأة المسلمة، في حين نجد المادة 2 تعرف كفالة الطفل المهمل بكونها "الالتزام برعاية طفل مهمل وتربيته وحمايته والنفقة عليه كما يفعل الأب مع ولده.."، والحال أنه يجب صياغة النص صياغة أكثر عمومية تسري على الكافل كيفما كان جنسه أو طبيعته، بالقول: " الالتزام برعاية طفل.. كما يفعل الأبوان مع أولادهما..". إذ كما هو معلوم أن رعاية الأبناء وظيفية يقوم بها الأبوان بالتضامن، بل تقع على عاتق الأم غالبية الأوقات أثناء غياب الأب وحتى عند وجوده.

ومهما يكن من أمر، فإننا لا نخفي إعجابنا بفحوى قانون الكفالة الحالي لسنة 2002، الغني بمقتضياته الرامية إلى تمتين العلاقة بين الكافل والمكفول، والتي إن دلت على شيء، فإنما تدل على اهتمام المشرع البالغ بهذه الفئة من الأطفال، ونيتته الطموحة للرقى بمؤسسة الكفالة.

الشكل والموضوع في دعاوى الطلاق والتطليق بين التطبيق العادل والتطبيق السليم للقانون

عبد الصمد الكنا

قاض بابتدائية بوعرفة

طالب بصف الدكتوراة بكلية الحقوق بسلا

الطلاق هو حل ميثاق الزوجية بإرادة الزوج أو بإرادة الزوجة أو باتفاقهما معا تحت الرقابة القضائية و التي تنجلى في الإستماع للطرفين ودفاعهما ومحاولة الإصلاح بينهما وتقدير المستحقات للزوجة والأطفال،¹ وقد نظمه المشرع المغربي في المواد من 78 إلى 93، وكذا بموجب المادة 114 و115 إلى 120 وما يليها . وبالرجوع إلى هذه المقتضيات فإن الطلاق بحسب الأصل يوقعه الزوج، وله أن يملكه للزوجة (الطلاق المملك)، كما لهما أن يتراضيا على الطلاق الإتفاقي (المادة 114) أو الخلع (المادة 115 وما يلي).

والتطليق هو الذي يصدر به حكم من المحكمة بناءً على طلب أحد الزوجين (المادتين 94 و97 من مدونة الأسرة) أو بطلب من الزوجة (المواد 102 و113 و120 فقرة 2 و124 من مدونة الاسرة) بعد تعذر محاولة الصلح بين الزوجين، وتقدير مستحقات الزوجة والأطفال، والأمر بإيداعها في صندوق المحكمة.²

¹ دليل عملي لمدونة الاسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، سلسلة الشروح و الدلائل، العدد 1، 2004،، مطبعة فضالة، ص. 9.

² المرجع السابق، ص. 9.

ولا شك أن موضوع الطلاق والتطليق هو "إنهاء العلاقة الزوجية" وما يترتب عنها من آثار؛ بإحدى الكيفيات ووفقا لمسطرة شكلية معينة، وقد يدق الفصل بين ما يدخل في باب الموضوع فيترتب عنه إما رفض الطلب أو الإشهاد على التراجع عن الطلاق أو التطليق وبين ما يدخل في باب الشكل فيترتب عنه عدم قبول الدعوى أو التشطيب على الملف من جدول الجلسة. وهي كلها آثار إجرائية لا تفصل في الموضوع أو آثار موضوعية تنهي النزاع في جوهره. وسنتطرق لحالات رتب فيها المشرع الأثر صراحة ونعالج طبيعة هذا الأثر هل هو موضوعي أو شكلي، ثم لحالات سكت فيها المشرع عن ترتيب أي أثر صراحة فتسائل هي هي حالات متروكة للقواعد العامة لقانون المسطرة المدنية أم أنها تقاس على مقتضيات الصريحة في نفس المدونة ودون الرجوع لقانون المسطرة المدنية؟ وما الأثر الذي يحقق التطبيق العادل والسليم للقانون؟

أولا : حالة توصل الزوج طالب الطلاق بالإستدعاء ولم يحضر

نصت المادة 81 من مدونة الأسرة على أنه: "تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح. إذا توصل الزوج شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر اعتبر ذلك منه تراجعا عن طلبه
..."

فقد رتبت هذه المادة على تخلف الزوج عن الحضور للجلسة الأولى للصلح اعتباره متراجعا عن طلبه، في حين أن المادة 47 من قانون المسطرة المدنية والتي تحيل عليها المادة 179 من نفس القانون والتي وردت بالباب الثالث المتعلق بالمساطر المتعلقة بالأحوال الشخصية قد نصت على أنه: "تطبق في قضايا الأحوال الشخصية مقتضيات القسم الثالث والبايين الأول والثاني من القسم الرابع إذا لم تكن مخالفة لمقتضيات هذا الباب..."

وبالرجوع إلى المادة 47 التي جاءت ضمن القسم الثالث المذكور نجدها تنص على أنه: "إذا استدعي المدعي أو نائبه بصفة قانونية ولم يحضر في الوقت المحدد أمكن للمحكمة إذا لم تتوفر على أي عنصر يسمح لها بالبت في الطلب أن تقرر التشطيب على القضية من جدول الجلسة .

وتحكم المحكمة بإلغاء الدعوى على الحالة إذا لم يطلب المدعي متابعة النظر في قضيته خلال شهرين من قرار التشطيب من الجدول..."

فهل المقصود بالتراجع في المادة 81 أعلاه هو نفس الامر المنصوص عليه في المادة 47 أي التشطيب ثم إلغاء الدعوى على الحالة أم أنه فصل في الموضوع بالإشهاد على تراجع المدعي عن طلبه .؟

بالرجوع للإجراءات المنظمة للطلاق نجد أن المشرع رتب أثر الإشهاد على تراجع المدعي عن رغبتة في الطلاق إذا لم يودع مستحقات الزوجة والأطفال داخل أجل 30 يوماً . فنصت المادة 86 على انه : "إذا لم يودع الزوج المبلغ المنصوص عليه في المادة 83 أعلاه، داخل الاجل المحدد اعتبر متراجعا عن رغبتة في الطلاق، ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة "

فبمقارنة المادة الأخيرة بالمادة 81 أعلاه نجد أن المشرع نص هنا على أن المحكمة تشهد على تراجع الزوج طالب الطلاق عن طلبه تماما كما هو الأمر بالنسبة للتنازل الذي تسجله المحكمة على مقيم الدعوى الذي نص عليه قانون المسطرة المدنية، في حين ان المادة 81 لم تنص صراحة على الإشهاد على التراجع من طرف المحكمة . فالإشهاد على التراجع في الحالة الثانية أي حالة عدم إيداع مستحقات الزوجة والأطفال داخل الاجل المعلوم هو في نظرنا فصل في موضوع الدعوى بالإشهاد على تراجع المدعي عن رغبتة في الطلاق وهو بمثابة تنازل للمدعي عن طلبه وليس عن الدعوى فقط .

أما في الحالة التي يتخلف فيها طالب الطلاق عن الحضور فالمشروع لم ينص صراحة على إشهاد المحكمة على التراجع بل نص على اعتباره متراجعا عن طلبه، وما دام الأمر كذلك فإنني أرى في نظري المتواضع أن الأثر الذي يجب ترتيبه على عدم الحضور هو المنصوص عليه في المادة 47 من قانون المسطرة المدنية أي التشطيب على الملف من جدول الجلسة ثم إلغاء الدعوى على حالها إذا لم يحضر المدعي داخل أجل شهرين وهو في النهاية بمثابة تراجع من المدعي عن طلبه لكن لا تحكم به المحكمة مباشرة ما دام ان نص المادة 81 لا يسعف وحده إذ لا ينص عليه صراحة وإنما تكتمل الصورة إذا ما قرأنا هذه المادة بمعية المادة 47 المذكورة .

— الاصل في الإجراءات المنع، فمتى سكنت المشروع عن شيء فلا ينبغي للمحكمة أن تتوسع في التفسير حفاظا على حقوق الدفاع للأطراف .

— مشروع قانون المسطرة المدنية أتى بفلسفة عامة مفادها أن تخلف المدعي عن الحضور في الجلسة الأولى وحده لا يكفي للفصل في موضوع الدعوى إذا لم تكن المحكمة تتوفر على العناصر الكافية للبت في الطلب، ولذلك رتبت أثرا شكليا هو التشطيب ثم الإلغاء دون الخوض في الموضوع . ولم ترتب أثر الإلغاء مباشرة وإنما أعطت مهلة شهرين للمدعي قبل ذلك .

— إذا كان قانون المسطرة المدنية كشرعية عامة قانون إجرائيا للتقاضي في الحقوق المالية المنقولة والعقارية والمختلطة قد رتب هذا الأثر فمن باب أولى أن يعمل به في الحقوق الشخصية من طلاق وتطبيق وغيرهما، فهي أكثر أهمية وأعلى مرتبة من الأولى، فتمنح لطالب الطلاق مهلة فلا يتم الحكم بتراجعه عن طلبه مباشرة بل يمهل ويعمل الأثر المنصوص عليه في المادة 47 من قانون المسطرة المدنية .

— قد يكون المدعي قد توصل فعلا وحال حائل قاهر بينه وبين الحضور، ومن الإجحاف عدم منحه مهلة أخذاً بنظرية القوة القاهرة في المجال الإجرائي ما

دامت نصوص المدونة ونصوص قانون المسطرة المدنية تسعف في أعمال الأثر المنصوص عليه في الفصل 47 المذكور.¹

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع نص على هذا المقتضى المشار إليه في المادة 81 المذكورة وهو بصدد تناول إجراءات الطلاق الذي يوقعه الزوج بحسب الأصل (المادة 79 و80 و81 وما يليها) أو الطلاق المملك والذي توقعه الزوجة (المادة 89 التي تحيل على المواد سالفة الذكر)، ولم يشر المشرع المغربي وهو بصدد تنظيم الطلاق الإتفاقي والطلاق الخلعي إلى أن المقتضيات المنصوص عليها في المادة 79 إلى 93 من مدونة الاسرة هي المطبقة، ورغم ذلك فقد جرى العمل على تطبيق نفس المقتضيات بصدد الطلاق الإتفاقي والخلعي، ويذهب الدكتور محمد الكشور إلى أن تلك المقتضيات يجب أن تطبق مركزا على ما يتعلق بمستحقات الزوجة والأطفال وإلا فلا معنى للإشراف القضائي على الطلاق الإتفاقي المنصوص عليه في المادة 114، ونحن نرى أن ما يسري على عدم حضور الزوج طالب الطلاق من تشطيب ثم إلغاء للدعوى على حالها يجب أن يسري على حالة عدم حضور الطرفين طالبي الطلاق الإتفاقي أو عدم حضور الزوجة طالبة الطلاق الخلعي، فالأمر سيان .

والعمل القضائي يذهب في عمومته إلى ترتيب أثر عدم قبول الدعوى في حالة تخلف المدعي عن الحضور أو الإشهاد على تراجع المدعي عن طلبه، والذين يتجهون إلى ترتيب أثر عدم القبول على الأقل كان أولى بهم أن يعملوا نص المادة 47 من قانون المسطرة المدنية لأنها الأولى بالتطبيق ولأن في أعمالها تطبيقا سليما وعادلا للقانون . ومن الأحكام القضائية التي ذهبت في اتجاه الحكم بعدم قبول

¹ أنظر للمزيد من التفصيل بخصوص نظرية القوة القاهرة في القواعد الإجرائية رسالة الأستاذ المهدي الصافي لنيل شهادة الماستر : القواعد الإجرائية للقوة القاهرة في قانون المسطرة المدنية، دراسة تاصيلية مقارنة، كلية الحقوق بجامعة ابن زهر باكادير، الموسم الجامعي 2016/2017 .

الدعوى الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة¹ والذي جاء في حيثياته : "... حيث يهدف الطلب إلى الإذن للزوجين بالإشهاد على طلاقهما الاتفاقي.

وحيث إن الملف خال مما يفيد قيام علاقة الزواج بين الطرفين

وحيث تخلف الطرفان عن الحضور بجلسة 2015/09/15

وحيث إن المحكمة تشير تلقائيا انعدام الصفة لتعلقها بالنظام العام وبالتالي فإن صفة الطرفين غير قائمة، ولا تستقيم الدعوى دونها ويتعين تبعا لذلك التصريح بعدم قبول الدعوى.."

والمحكمة هنا قد استندت على عدم إدلاء الطرفين بما يثبت صفتهم ورتبت بالتالي الحكم بعدم قبول الدعوى، وكان توجهها صحيحا إذا ما أُنذرت الطرفين بتصحيح المسطرة طبقا للفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، غير أن الأمر ليس كذلك في حالة ما إذا أدلى الطرفان بما يثبت صفتهم وتخلفا رغم ذلك عن الحضور بجلسة الصلح الأولى، فالأثر الذي يجب ترتيبه في نظرنا هو التشطيب على الملف من جدول الجلسة ثم إلغاء الدعوى على حالها، وللمعمل القضائي رأي آخر ؛ فبعض المحاكم ترتب على عدم الحضور لجلسة الصلح عدم قبول الدعوى حتى ولو حضر المدعي الزوج طالب الطلاق للجلسة الأولى للصلح وتخلف عن الحضور للجلسة الثانية، وإلى هذا ذهبت ابتدائية فاس في حكم لها حين قضت بعدم قبول الدعوى معللة حكمها بما يلي : " حيث يهدف الطلب إلى الحكم وفق المسطر أعلاه.

وحيث إن القائم بدعوى الحال تقاعس عن حضور جلسة الصلح الثانية كإجراء جوهري رغم سابق حضوره واعلامه وكذا إمهال نائبه لإحضاره، وهو إخلال موجب للقول بعدم قبول الدعوى شكلا. "²

¹ الحكم الصادر في الملف عدد : 15/1635/550 بتاريخ: 2015/09/22، غير منشور .

² الحكم الصادر في الملف عدد : 2011/1608/2172 بتاريخ 2012/05/17، غير منشور .

وتذهب عدد من المحاكم إلى الحكم بالإشهاد على تراجع الطالبين عن طلبهما في الطلاق الإتفاقي ومن جملة هذه المحاكم ابتدائية ورزازات التي ذهبت إلى الإشهاد على تراجع الطرفين على طلبهما معللة قرارها بما يلي : "وحيث تخلف الطرفان عن الحضور رغم توصلها بالاستدعاء شخصيا، مما تعذر معه استكمال إجراءات الطلاق الاتفاقي طبق للمادة 114 من مدونة الأسرة. وحيث إن المحكمة في حالة طلب الطرفان للطلاق الاتفاقي فإن المحكمة تحاول الصلح ما أمكن، وتقتضي حضور الطرفين معا لجلسة الصلح، كما تقضي بذلك المادة 114، وهي قواعد أمرة من النظام العام، وهو ما تعذر على المحكمة الوقوف عليه، لمحاولة تقريب وجهات النظر بينهما، بسبب تخلف الطرفين عن الحضور وعدم تأكيد طلبهما رغم توصلها بالاستدعاء، وهو ما يشكل إخلالا شكليا من قبلها."¹

وفي نفس المنحى ذهبت ابتدائية تمارة في حكم لها جاء في إحدى حيثياته: " ...وحيث تخلف الزوجين عن حضور جلسة الصلح المنعقدة بتاريخ 2015/12/16 رغم توصلها لها شخصيا.

وحيث انه وطبقا للمادة 81 من مدونة الأسرة فان تخلف الزوجين عن حضور جلسة الصلح يعتبر تراجعا منهما عن طلب الطلاق الأمر الذي يتعين معه اعتبارهما متراجعين عن طلبهما..."²

ونحن نرى في نظرنا المتواضع أن الحالة الوحيدة التي رتب فيها المشرع إشهاد المحكمة على التراجع عن الطلب هي حالة عدم إيداع الزوج لمستحقات الزوجة والأطفال إن وجدوا وهي المنصوص عليها في المادة 86 من مدونة الأسرة، أما

¹ الحكم الصادر في الملف عدد 43 / 2016/1635 بتاريخ 2016/03/23، غير منشور .

² الحكم الصادر في الملف عدد 583 / 2015/1635 بتاريخ 2015/12/23 غير منشور .

حالة عدم الحضور لجلسة الصلح فلم تنص المادة 81 صراحة على ذلك، وترتيب عدم قبول الدعوى على عدم الحضور للجلسة الأولى مجاف للتطبيق السليم لمقتضيات قانون المسطرة المدنية التي رتبت في مثل هذه الأحوال أثر التشطيب ثم الإلغاء بموجب المادة 47 منها وليس عدم قبول الدعوى .

ثانيا : حالة تراجع أحد الطرفين عن رغبته في الطلاق الإتفاقي

يتعلق الأمر هنا بالحالة التي يحضر فيها طالبي الطلاق الإتفاقي أو أحدهما ويصرح أمام المحكمة بأنه يتراجع عن رغبته في إيقاع الطلاق الإتفاقي، فهل تقضي المحكمة بعدم قبول الدعوى أو تقضي بالإشهاد على تراجع عن طلبه أم أن الأسلم أن تقضي برفض الطلب ؟

يختلف الأمر هنا عن حالات عدم الحضور وحالات عدم إثبات الصفة، فنفترض أن الطرفين حضرا أو حضر أحدهما وأنهما أثبتتا صفتهم في الدعوى ثم صرح أحد الزوجين أمام المحكمة بكونه لا يرغب في الطلاق الإتفاقي، فنرى أنه في هذه الحالة تكون المحكمة بين خيارين :

● — أن تعتبر تصريح الطرف بمثابة تنازل عن الدعوى إذا كان هو من أقامها بصفته كمدع، فالتنازل يكون إما بعقد مكتوب أو بتصريح شفوي يضمن بالمحضر طبقا للفصل 119 من قانون المسطرة المدنية .

● — أما في حالة ما إذا أقام الطرفين الدعوى معا بصفتهما مدعيين كما هو السائد عمليا ؛ فإن الأمر مختلف، فاعتبار تصريح أحد الطرفين بمثابة تنازل عن الدعوى قد يسقط حق الطرف الآخر الذي يرغب في إنهاء العلاقة الزوجية والذي قد يرغب في تصحيح المقال والتقدم بطلب طلاق عادي أو بطلب تطبيق للشقاق، ومن ثم يلزم لاعتبار هذا التراجع بمثابة تنازل إجماع الطرفين عليه إما بعقد مكتوب أو بتصريح شفوي يضمن بالمحضر . ومن ثم فإن على للمحكمة في

مثل هذه الأحوال أن تقضي برفض الطلب الرامي إلى الطلاق الإتفاقي للعلل التالية :

— لكل دعوى شكل وموضوع، فموضوعها هو الحق والشكل هو إجراءات الدعوى، ودعوى الطلاق الإتفاقي ليست مستثناة من هذا الأصل .

— بالرجوع إلى المادة 114 من مدونة الأسرة نجدها تتميز بين ما يدخل في الإجراءات الشكلية للدعوى وبين موضوعها، فموضوعها هو الاتفاق على إيقاع الطلاق بشروط أو بدون شروط لا تتنافى مع المدونة ولا تضر بحقوق الأطفال، أما الشكل فتحدثت عنه المادة حين ألزمت الطرفين أو أحدهما بتقديم الطلب مرفقا بالاتفاق ن أي أنه بالإضافة إلى إثبات الصفة بالإدلاء بما يفيد قيام العلاقة الزوجية يتعين عليهما أيضا أن يدلّيا بالاتفاق المبرم بينهما تحت طائلة عدم القبول في حالة ما إذا اتفقا على إنهاء العلاقة الزوجية بشروط، أما إذا اتفقا على إنهاؤها وحسب فليس ملزمين بالإدلاء بأي اتفاق .

— وما دام أحد الطرفين قد تراجع طوعا عن رغبته في الطلاق جملة فعلى المحكمة أن تقضي برفض الطلب لان موضوع الدعوى هو الاتفاق على الطلاق وما دام هذا التراضي منعما أو على الأقل غير متبادل فإن الطلب الرامي إلى الطلاق الإتفاقي يتعين رفضه، وليس الإشهاد على التراجع عنه لان الإشهاد على التراجع نص عليه المشرع حصرا في حالة عدم إيداع المستحقات، ولا مكان له إذا تراجع أحد الطرفين عن رغبته في الطلاق الإتفاقي وكان الطرفين معا قد تقدما بالطلب كمدعيين، أما إذا تقدم أحد الطرفين بالطلب في مواجهة الآخر وكان صاحب الطلب هو من تراجع فإن للمحكمة أن تعتبر ذلك تنازلا منه عن دعواه، أما إذا عبر الطرف المدعى عليه في الطلاق الإتفاقي عن عدم رغبته في الطلاق كان للمحكمة أن تقضي برفض الطلب .

والعمل القضائي بين من يتجه للحكم بعدم قبول الدعوى وبين من يرى الحكم بالإشهاد على التراجع، فبمناسبة طلب للطلاق الاتفاقي تقدم به الزوجان قضت المحكمة الابتدائية بورزازات بعدم قبول الدعوى بعد أن صرحت الزوجة بكونها تتراجع عن طلبها، وجاء في حيثياته: ".... وحيث إنه طبقاً للمادة 114 من مدونة الأسرة يمكن للطرفين أن يتفقا على إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لاغ تضر بمصالح الأطفال.

وحيث صرحت الزوجة بمقتضى الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2016/6/08 أنها تمنع في طلب الطلاق الاتفاقي مما تكون معه مقتضيات المادة 114 من مدونة الأسرة غير متوفرة في نازلة الحال ويتعين تبعاً لذلك التصريح بعدم قبول الطلب." ¹

أما المحكمة الابتدائية بفاس فقد ذهبت في حكم لها إلى الإشهاد على تراجع الطالبين عن طلبهما الرامي إلى الطلاق الاتفاقي وجاء في حيثيات حكمها ما يلي: "... وحيث حضر الطرفين جلسة الصلح بتاريخ 09/02/2010 ووضحا أنهما ترجعا عن رغبتهما في التطبيق.

وحيث إن الطرفين بتصريحهما هذا يعدان متراجعين عن طلبهما ولا يبقى أمام المحكمة سوى الإشهاد على ذلك..." ²

وقضت المحكمة الابتدائية بتمارة بنفس الحكم وجاء في حكمها: "... وحيث ألفي بالملف تراجع عن الطلاق الاتفاقي للمدعيان.

وحيث تبعاً لذلك لا يسع المحكمة سوى الإشهاد على هذا التراجع..." ³

¹ الحكم الصادر في الملف عدد 2016/115 بتاريخ 2016/06/29، غير منشور.

² الحكم الصادر بتاريخ 25/02/2010 ملف رقم 3000/1608/09 غير منشور.

³ الحكم الصادر في الملف عدد: 15/1635/1720 بتاريخ: 2015/11/03 غير منشور.

هكذا اعتبرت المحكمة الابتدائية بورزازات ومعها محاكم كثيرة لا يسع المقام لسرد أحكامها أن تراجع أحد الزوجين بمثابة إخلال شكلي ولا علاقة له بالموضوع، والحال أن عدم توافق الإرادتين على الطلاق الإتفاقي هو من صميم موضوع الدعوى ومن ثم فإن الحكم برفض الطلب هو عين الصواب في مثل هذه الأحوال . أما إذا اتفق الزوجان على تراجعهما إما بتنازل صريح مكتوب عن الدعوى أو بتصريح يضمن بالمحضر فإن الاسلم هو الإشهاد على التنازل لا على التراجع، جريا على ما سلفت الإشارة إليه من أن المشرع نص على الإشهاد على التراجع حصرا إذا لم يودع الزوج مستحقات الزوجة والأطفال لا غير . ونفس الحكم يسري على حالة عدم إقدام الطرف طالب الطلاق أو الطرفين في الطلاق الاتفاقي على توثيق الطلاق لدى عدلين، فإن على المحكمة أن تقضي برفض الطلب لا الإشهاد على التراجع .

ثالثا : حالة تخلف طالب التطليق للشقاق عن الحضور

لم يشر المشرع المغربي صراحة لمسألة عدم الحضور كما فعل حين نظم إجراءات الطلاق في المادة 81 من مدونة الأسرة، ويرى الدكتور عادل حاميدي أنه في حالة عدم حضور طالب التطليق للشقاق رغم توصله بالاستدعاء ولم تكن المحكمة تتوفر على العناصر الكافية للبت في الدعوى، يجدر بالمحكمة التشطيب على القضية من جدول الجلسات، وإدراجها بعد شهرين من تاريخ الجلسة ثم إدراجها وإصدار حكم بإلغاء الدعوى على الحالة متى لم يطلب الطالب إدراج قضيته عملا بالفصل 47 من قانون المسطرة المدنية . كما يرى أن للمحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى لتخلف الطالب عن الحضور لتأكيد طلبه أمام المحكمة، أما اعتبار الطرف المدعي المتخلف عن الحضور متراجعا عن طلبه الرامي إلى التطليق للشقاق، فإن النصوص القانونية المنظمة للشقاق لا تسعف في ذلك

لأنها لا تحيل على مقتضيات المادة 81 من المدونة والتي اعتبرت تخلف الزوج طالب الطلاق عن الحضور بعد توصله بمثابة تراجع عن طلب الطلاق مما يتعين معه مراعاة ذلك في الطلاق وحده دون غيره من دعاوى التطليق.¹

ونحن نرى في نظرنا المتواضع أنه لا فائدة ترجى من التمييز بين الطلاق والتطليق للشقاق في مسألة عدم حضور الطالب رغم التوصل، فالحل القانوني في الحالتين واحد وهو التشطيب على القضية من جدول الجلسة ثم الحكم بالإلغاء، فنص المادة 81 المذكور لا ينص على إشهاد المحكمة على التراجع صراحة، كما أن الحكم بعدم القبول لعدم الحضور وتأكيد الطلب ليس له أساس قانوني في قانون المسطرة المدنية .

نتتهي من هذه الدراسة المتواضعة إلى أن الخلط بين شكليات الدعوى وموضوعها وعدم رسم حد فاصل وواضح بينهما من شأنه العصف بالنظرية العامة التي تقضي بأن لكل دعوى شق موضوعي وشق شكلي، فالحكم بعدم القبول والحال أن الطرفين حاضرين أمام المحكمة وقد أثبتنا صفتها ثم تراجعاً عن طلبهما أو تراجع أحدهما مجاف للمنطق القانوني السليم، فالأولى أن تشهد المحكمة على تنازلهما إذا تراجعاً معاً كما هو الأمر في الطلاق الإتفاقي، أما إذا تراجع أحدهما فقط فالأمر مختلف، فإذا تعلق الأمر بالطلاق الإتفاقي فعلى المحكمة أن تحكم

¹ الدكتور عادل حاميدي، التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الثانية 2015، ص 74.

وعلا خلاف ما ذهب إليه المؤلف ذهبت المحكمة الابتدائية بورزازات إلى الحكم بالإشهاد على تراجع المدعي طالب التطليق للشقاق عن طلبه لعله عدم حضوره رغم التوصل، في قرارها الصادر في الملف عدد 2016/219 بتاريخ 2016/06/15 . ومما جاء فيه : " ... وحيث تخلف المدعي عن الحضور رغم التوصل الشخصي كما هو ثابت من محضر الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2016/06/01، مما يكون معه متراجعا عن طلب التطليق ما دام توصل بالاستدعاء شخصيا ولم يحضر..."

برفض الطلب، أما في غير الطلاق الإتفاقي فتحكم بالإشهاد على تنازل المدعي عن دعواه .

كما أن عدم حضور الطالبين أو أحدهما لجلسة الصلح سواء الأولى أو الثاني فيترتب عنه التشطيب على الملف من جدول الجلسة ثم إلغاء الدعوى على الحالة، وذلك في جميع مساطر الطلاق والتطبيق ولا تمييز في ذلك بين الطلاق والتطبيق، وفي ذلك تحقيق لنظرية القوة القاهرة في المجال الإجرائي كما اشترنا في متن الموضوع .

ولعل معترضا يحتج بأن العدالة لا تتأثر في النهاية سواء قضت المحكمة بالإشهاد على التراجع أو بالتشطيب أو بعدم القبول، فنقول أن العدالة تتأثر فعلا حين تقضي المحكمة بعدم القبول أو الإشهاد على التراجع لمجرد عدم الحضور في الجلسة الأولى للصلح، فقد تحدث ظروف طارئة منعت الطالب من الحضور، ويكون قد أدى على مقاله، ومن المجحف أن ترغمه المحكمة على إعادة فتح ملف جديد وأداء مصاريف إضافية وهذا مجاف للتطبيق العادل للقانون كمبدأ دستوري نص عليه الفصل 111 من الدستور . وعلى أية حال فإنه حتى على فرض أن العدالة لا تتأثر فلا اقل من التطبيق السليم للقانون تفاديا للتضارب وصونا لتماسك النظريات العامة للقانون من العبث بها دون طائل .

الاثبات في المادة الاسرية

هشام علالي

باحث في الشؤون القانونية

يهدف الإثبات إلى إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها تؤثر في الفصل في الدعوى¹، ورغم أن الإثبات ليس جزء من الحق المدعى به ولا ركنا من أركانه إلا أنه يعتبر أمرا ضروريا بالنسبة له، ويكتسي أهمية بالغة لأن الحق المجرد بدون دليل يصبح عند المنازعة فيه هو العدم سيان، لهذا قيل يستوي حق لا وجود له مع حق لا دليل له²، لذلك نالت نظرية الإثبات أهمية خاصة إذ صار كل نظام قانوني وكل تنظيم قضائي يقتضي حتما وجد نظاما للإثبات، كما أنها اضحت أهم المعضلات التي تعترض القضاء في مسعاه لتقرير الحق وصيانة الأمن والعدالة بين أفراد المجتمع³.

سيراً على نهج باقي التشريعات أوجد المشرع المغربي نظاماً للإثبات المدني، حينئذ أدرج القواعد الموضوعية للإثبات في صلب قانون الالتزامات

¹ عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الأولى 2005 مطبعة دار الثقافة للنشر

والتوزيع عمان، ص 16

² احمد حبيب السماك: نظام الإثبات في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مجلة الحقوق السنة 21

العدد 2 يونيو 1997 ص 134

³ عباس العبودي: م س، ص 10

والعقود أما القواعد الشكلية فقد أدرجها ضمن نصوص قانون المسطرة المدنية¹، وباعتبار أن المشرع حدد وسائل الإثبات المقبولة قانونا ولم يترك للخصوم الحرية في الإثبات بأية وسيلة ممكنة، فإن القضاء بالتالي لا يتمتع بهامش من الحرية في التعامل مع وسائل الإثبات والبحث عن الحقيقة، بل أكثر من ذلك فصلاحيات القاضي في مجال الإثبات قد تم تحديدها في قانون المسطرة المدنية الذي رسم لتدخله في هذا المجال حدودا معينة، وخارج ذلك فإنه يكتفي بما يقدمه الخصوم من حجج. لكن إذا كان هذا هو حال نظام الإثبات الذي يحكم الأحوال العينية بصفة عامة، فإنه لا يمكن لنا أن نسبغه عند تنظيم المنازعات الأسرية نظرا لخصوصيتها ولنوعية الآثار المترتبة عنها.

ووعيا من المشرع المغربي بهذه الخصوصية اختار نظاما للإثبات في المجال الأسري يختلف عن نظيره المعتمد في الميدان المدني إذ مزج فيه بين وسائل الإثبات المدنية والشرعية، كما أنه جمع في مدونة الأسرة² بين الوسائل الموضوعية والشكلية وفتح الباب على مصراعيه للقاضي الذي يمكن أن يعتمد أو أن يستأنس بأية وسيلة يمكن أن يطمئن إليها ضميره.

وباعتبار موضوع الإثبات موضوعا قضائيا بامتياز، إذ أنه وكما يقال لا قضاء بدون إثبات، وبالتالي فإن القضاء هو المعمول عليه في بلورة قواعد الإثبات وإلا ظلت النصوص القانونية جوفاء لن ينأى للمتقاضي الاستفادة منها، ويمكن لنا أن نستشهد على ذلك بالعمل القضائي في ظل مدونة الأحوال الشخصية الذي لم يفعل النصوص القانونية التي تتيح للقاضي امكانية الاستعانة بكل وسائل

1. ادريس العلوي العبدلاوي: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، 1981 بدون ذكر باقي البيانات ص 16 وما بعدها

2. ظهير شريف رقم 22/4/1 صادر في 2004/2/3 بتنفيذ القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة منشور ج ر ع 5184 بتاريخ 2004/2/5 ص 418

الإثبات، وربما يكون موقف القضاء هذا هو ما دفع المشرع في مدونة الأسرة إلى اعتماد عبارات واضحة وصريحة للتعبير عن امكانية اعتماد سائر وسائل الإثبات التي يكون من شأنها إثبات الحق المدعى به.

وهكذا فما هي مظاهر خصوصية قواعد الإثبات في المادة الأسرية؟ وكيفية التعامل القضاء معها؟ وهل هناك من تنازع بين قواعد الشكل والموضوع؟ للإجابة عن هذه الاسئلة وغيرها سوف نقسم هذا الموضوع وفق التصميم الآتي:

المبحث الأول: إثبات الزواج والالتزامات المالية المبحث الثاني: إثبات الوقائع المادية

المبحث الأول: إثبات الزواج والالتزامات المالية

تأخذ النزاعات المرتبطة بإثبات وجود العلاقة الزوجية أو عدمها حيزا هاما من القضايا التي تعرض على القضاء المغربي، وهي نزاعات ذات خطورة كبيرة نظرا لأثارها على وضعية الأسرة وعلى عرض الزوجة وكذلك نسب الاطفال والحقوق الناتجة عن الإرث إلى غير ذلك من الأمور الأخرى¹، ونظرا لهذه الأهمية التي يحظى بها عقد الزواج فإن المشرع اهتم اهتماما بالغاً بالإشهاد عليه وتوثيقه، إلا أنه في حالة عدم التوثيق فإن المشرع حدد كيفية إثباته أمام القضاء (المطلب الأول). وباعتبار أن عقد الزواج يترتب أيضا بعض الأمور المالية كالنفقة والصداق والشوار والشروط المرتبطة بالمال، وهذه الآثار قد تطرح أيضا بعض الاشكاليات الخاصة على مستوى الإثبات (المطلب الثاني).

¹ . محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول الزواج الطبعة الأولى 2006 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 271

المطلب الأول: إثبات عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج من أهم التصرفات التي يمكن إجراؤها في المجال الأسري، وبالتالي فإن الاستفادة من الحقوق التي تترتب عن هذا العقد تستتبع بضرورة إقامة الدليل على وجوده، ووعيا من المشرع بذلك فقد نص صراحة على ضرورة توثيقه كتابة أمام العدلين، حيث نص في الفقرة الرابعة من مدونة الأسرة على أنه " يجب أن توافر في عقد الزواج الشروط الآتية: سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه " وهذا ما كرسته المادة 16 بنصها على أن " تعتبر ووثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج"

إلا أن الأشكال المطروح هو مدى امكانية اعتبار الكتابة المطلوبة في عقد

الزواج كتابة للانعقاد أم أنها مجرد كتابة للإثبات؟

تجدر الإشارة إلى أن هناك من يرى¹ بأن الكتابة تعتبر شرطا لصحة عقد

الزواج، بحيث لا يقوم العقد بدونها، ويستند هذا الرأي في ذلك إلى مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 13 من مدونة الأسرة. في حين يرى آخر² بأن الكتابة ليست ركنا ولا شرطا، بدليل أن الفقرة الثانية من المادة 16 من مدونة الأسرة سمحت بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجية، ولا يعقل أن تعتبر الكتابة شرط صحة من ناحية ويسمح بإثبات عقد الزواج بالبينة من ناحية أخرى، هذا فضلا على أن

1. عبد الصادق مهلاوي: الإثبات الاستثنائي لعقد الزواج في مدونة الأسرة بين النص و الممارسة، أعمال الندوة الوطنية التي نظمتها شعبة القانون الخاص و مركز الدراسات القانونية و المدنية و العقارية، كلية الحقوق مراكش يومي 28/27 ماي 2006 العدد 25 ص 98

ايت الحاج مرزوق: الإثبات بالكتابة في مدونة الأسرة توثيق عقد الزواج و الأشكالات المرتبطة به، مدونة الأسرة بين النص و الممارسة، ص 91

2. محمد الشافعي: الزواج في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية، الطبعة الأولى المطبوعة و الوراقة الوطنية مراكش 2005 ص 194

محمد الكشور: قانون الأحوال الشخصية الزواج و الطلاق، الطبعة الأولى مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة 1991 ص 150

نفس المادة في فقرتها الثانية حينما تحدثت عن الكتابة إنما قصرتها على الإثبات ليس إلا، وهذا ما أكدته محكمة النقض¹ بقولها إن "كتابة العقد ليست شرطا ولا ركنا" إضافة إلى أن جميع المذاهب الفقهية لم تقل إن الكتابة تدخل ضمن شروط صحة الزواج²، وبالتالي فإن الكتابة من الأمور المستحدثة لتيسير حل النزاعات التي قد تثار بشأن الزوجية.

تأسيسا على ما سبق نرى بأن الكتابة في عقد الزواج ليست شرطا لصحته مادام يمكن إثباته بغير الكتابة (البينة الشرعية) إلا أن هذا الرأي يبقى قاصرا على الفترة المسموح من خلالها الاعتماد على البينة الشرعية، بمفهوم المخالفة فإنه عند إنتهاء الفترة الانتقالية³ في إثبات عقد الزواج سوف يصبح بذلك عقد الزواج هو الوسيلة الوحيدة لإثبات هذا العقد⁴.

وإذا كان الأصل في إثبات عقد الزواج أن يتم كتابة، إلا أن المشرع خرج عن هذا الأصل وسمح بإثباته بغير الكتابة في حالات استثنائية مراعيًا في شأن ذلك ما استقر عليه العرف في بعض المناطق المغربية من الاكتفاء بإقامة الحفلات وقرع الطبول لإعلان الزواج وإشهاره، لهذا نصت الفقرة الثانية من المادة 16 من مدونة الأسرة على أنه "إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة

1. قرار صادر عن محكمة النقض في الملف الشرعي عدد 5372/93 أورده الحسين البوعيسي: كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في مادة العقار والأحوال الشخصية، سلسلة كرونولوجيا الاجتهاد القضائي 5 الطبعة الأولى مطبعة دارالأمال الرباط 2004 ص 17

2. محمد الكشيور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول الزواج، م س، ص 271

3. نقصد بالفترة الانتقالية تلك الفترة التي منحها المشرع لكل من لم يوثق عقد زواجه بتوثيقه.

4. تجدر الإشارة إلى أن الفصل الرابع من مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة 1956 اعتبر الكتابة في عقد الزواج شرطا لصحة ولم تقبل غير وثيقة الزواج كوسيلة لإثبات العلاقة الزوجية، بل أكثر من ذلك فقد عاقبت على عدم توثيق عقد الزواج.

في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة¹ " حيث جاء في قرار لمحكمة النقض² على أنه "لا تسمع دعوى الزوجية اعتمادا على البيئة إلا بصفة استثنائية"

بالتالي فما هي الوسائل المعتمدة في إثبات هذا الاستثناء؟.

إن حالة الاستثناء كانت تثبت في ظل مدونة الأحوال الشخصية بالبيئة الشرعية، والتي اختزلها القضاء المغربي³ في شهادة اللفي⁴ معتمدا في ذلك على قول الشيخ خليل "إذا تنازعا في الزوجية ثبتت ببيئة ولو بالسماع وبالدف والدخان⁵" على الرغم من أن هناك من لم يستسغ وصف اللفي بالبيئة الشرعية، على اعتبار أن هذه الأخيرة تفيد كل وسيلة إثبات يطمئن القاضي إلى صدقها

1. كانت الفقرة الرابعة من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تنص على أنه "يجوز للقاضي بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجية واعتماد البيئة الشرعية في إثباتها"
2. قرار محكمة النقض عدد 87 في الملف الاجتماعي عدد 37870 صادر بتاريخ 1971/5/15 مجلة قضاء محكمة النقض عدد 25 ص 125. وقد جاء في قرار آخر أن الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية اشترط لصحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين، إنما أجاز للقاضي سماع دعوى الزوجية واعتماد البيئة الشرعية في إثباتها استثناء. قرار محكمة النقض عدد 29 صادر بتاريخ 1971/2/1 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 24 ص 28
3. قرار محكمة النقض عدد 111 في الملف الاجتماعي رقم 49575 بتاريخ 1975/5/5 أورده محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول م س ص 279
4. اللفي العدلي هو عبارة عن شهادة اثني عشر رجلا، يحرره عدلان في وثيقة رسمية ثم تستعمل بعد ذلك كحجة أمام القضاء لإثبات بعض الوقائع أو التدليل على بعض الحقوق. محمد بن أحمد بن عبد الله: شهادة اللفي، بحث منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 18 ص 486. ويستعمل اللفي بالخصوص في المجالات المتصلة بالأحوال الشخصية من أجل إثبات الزواج أو تصحيح الزوجية أو إثبات الطلاق أو الرجعة أو الميلاد أو الوفاة أو النسب أو إحصاء التركة أو عدد الورثة ونصيب كل واحد منهم إلى غير ذلك. محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، م س، ص 274
5. ورد ضمن حيثيات قرار صادر عن محكمة النقض في الملف عدد 141 بتاريخ 1986/01/28 أورده عبد المجيد غميحة: موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق كلية العلم القانونية والاقتصادية والاجتماعية اكدال الرباط السنة الجامعية 1999-2000 ص 86

ويقتنع ضميره بمطابقتها للحقيقة¹. وبالتالي فإن البيئة الشرعية لا يمكن حصرها في اللفيف بل إنها تشمل كل دليل يطمئن القاضي إلى صدقه، خصوصا أن الأمر لا يتعلق بإثبات حق عيني بل إن المسألة تتعلق بإثبات زواج يفتقر إلى رسم يحرره الشاهدان العدلان².

وهذا التفسير الضيق لعبارة البيئة الشرعية من طرف القضاء في ظل مدونة الأحوال الشخصية، حاول المشرع المغربي تفاديه في إطار مدونة الأسرة، وذلك بنصه في الفقرة الثانية من المادة 16 على عبارة "سائر وسائل الإثبات"، وهكذا اعتمدت أقسام قضاء الأسرة في سماعها لدعوى الزوجية على الشهادة الإدارية في عقد الزواج³، وكذا الشهادة الطبية والاقرار⁴ والشهود⁵ ولو لم يصلوا نصاب اللفيف كالشاهد والشاهدين⁶، بل نجده هجر مصطلح اللفيف ويورد ضمن حيثيات أحكامه عبارة مجموعة من الشهود⁷.

1. أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق الطبعة الثالثة مطبعة دار النشر والمعرفة 1994 ص 174 و175
2. أستاذنا ادريس الفاخوري: الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية وفقا لأخر التعديلات، مطبعة دار النشر الجسور الطبعة الرابعة 1995 ص 138
3. حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بوجدة عدد 06-1897 في الملف رقم 06/217 بتاريخ 2006/5/8 (غير منشور)
4. لقد سبق لمحكمة النقض أن أخذت بالإقرار في سماع دعوى الزوجية إلا أنه حصر ذلك في حالات خاصة كما هو الشأن بالنسبة للزوجين الطائنين على البلد وحالة الزواج المختلط. قرار عدد 1132 في الملف رقم 92/5183 صادر بتاريخ 1992/10/20 أورده عبد المجيد غميحة: م س ص 98
5. حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بوحدة عدد 1869 في الملف رقم 05/14/525 بتاريخ 2005/5/10 (غير منشور)
6. قرار صادرة عن محكمة الاستئناف بالناظور عدد 5/3/263 بتاريخ 2006/5/17 (غير منشور)
7. قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور عدد 369 في الملف رقم 5/9/58 صادر بتاريخ 2006/7/12 (غير منشور)

وهكذا، فإن مدونة الأسرة وسعت من وسائل إثبات العلاقة الزوجية وذلك باعتماد وسائل إثبات شرعية والتي منها شهادة علمية أو بينة السماع أو تقارير متبادل بين الزوجين¹، ووسائل إثبات موضوعية وهي إما تلك الواردة في قانون الالتزامات والعقود² والتي منها إقرار الخصم أو الحجة الكتابية أو شهادة الشهود أو القرائن أو اليمين و النكول عنها، وهناك أيضا وسائل الإثبات الواردة في قانون المسطرة المدنية³ حيث نصت الفقرة الأولى من الفصل 55 منها على أنه " يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو تلقائيا أن يأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوط أو أي إجراء آخر من إجراءات التحقيق" علما أن مختلف هذه الوسائل لا تتناقض مطلقا مع السائد في الفقه الإسلامي، وأن قوتها تختلف حسب ظروف كل نوع على حدة، وإن احترام حقوق الدفاع يقتضي أن يفسح المجال أمام الطرف الآخر لتفنيدها إن بذال له ذلك، وللمحكمة الكلمة الفصل لأنها هي التي توازن بين حجج الطرفين بتعليل يجب أن يكون مقنعا⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن القاعدة التي تسمح باللجوء إلى حالة الاستثناء هي قاعدة لها طابع موضوعي وطابع شكلي، فمن الناحية الموضوعية فإنه يجب على قاضي الموضوع أن يبين بكل وضوح حالة الاستثناء التي كانت سببا في عدم توثيق عقد الزواج والتي اعتمدها الخصم في الدعوى، ومن الناحية الاجرائية فإنه

¹ عمر بن عبد الكريم الجيدي: العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة 1984. ص 495

² الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود

³ اجراءات التحقيق منظمة بواسطة الفصول من 55 إلى 102 من قانون المسطرة المدنية

⁴ محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة الجزء الأول، م س، ص 289

يجب عليه أن يبرر أخذه أو عدم أخذه بحالة الاستثناء¹ تلك، وإلا عرض حكمه للنقض² تطبيقا لمقتضيات الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية.

وإذا كان القضاء المغربي يفسر حالة الاستثناء بكل عقبة مادية حالت دون توثيق عقد الزواج أمام العدلين المنتصبين للإشهاد، فإن موقفه هذا طبعه التضارب حيث لم يستقر على تفسير واحد، فنجده أحيانا يفسرها بتعذر الكتابة بسبب وفاة العدول³، وفي أخرى اعتبر توفر العدول و محكمة التوثيق لا يحول دون قيام حالة الاستثناء⁴، كما فسرنا أيضا بصعوبة الحصول على بعض الوثائق الإدارية كما هو الشأن بالنسبة لرجال الأمن⁵، أو بعدم وجود العدول⁶، أو باستحكام العادة بالاستغناء عن الاشهاد، وكذلك جهل الأطراف بوجوبه⁷. وبالتالي يمكن القول بأن القضاء المغربي في مجموعته ويسايره في ذلك محكمة النقض عمد إلى التوسع في مفهوم حالة الاستثناء بكيفية تكاد تستغرق جميع حالات عدم توثيق الزواج رسميا أمام العدلين⁸، علما أن محكمة النقض لم تكون منسجمة في قراراتها بخصوص حالة الاستثناء، إذ نجدها لم تأخذ بها بالنسبة للزواج الذي يتم في

1. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول الزواج، م س، ص 277
2. محمد الكشيبور: التعليق على قرار المجلس الأعلى، الصادر في 30 ابريل 1985 والمنشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 52 ص 61
3. قرار عدد 1326 في الملف العقاري 84/ 4886 بتاريخ 1986/10/21 أورده الحسن البوعيسي: م س، ص 174
4. قرار عدد 697 في الملف الشرعي رقم 5372 صادر بتاريخ 1994/6/7 أورده الحسن البوعيسي: م س، ص 176
5. قرار صادر في الملف الشرعي رقم 74935 بتاريخ 1980 أشار إليه محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة الجزء الأول، م س، ص 278
6. قرار عدد 111 في الملف عدد 49575 بتاريخ 1975/5/5 سبقت الإشارة إليه
7. قرار عدد 37 صادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 1962/2/14 أورده عبد المجيد غميعة: م س، ص 72. وهناك أيضا قرار عدد 497 صادر بتاريخ 1994/6/7 منشور بمجلة المحامي العدد 26/25 ص 38
8. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة الجزء الأول، م س، ص 278

منطقة نائية باعتبار ذلك لا يرقى إلى المبرر الذي يوجب سماع دعوى الزوجية¹، وأخذت بها بالنسبة للزواج الذي تم في منطقة تعج بالعدول كمدينة مراكش² و الدار البيضاء³.

بالتالي فإن موقف محكمة النقض من حالة الاستثناء في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة رغم ما طابعه من تضارب، فإن ذلك راجع إلى حرصه على الموازنة بين مراعاة استمرار الأسرة، إذا كثيرا ما نجده يولي اعتبارا خاصا للعلاقات التي تنشأ عنها أولاد وطالت مدتها⁴ من جهة، وبين مراعاة حرمة الأسرة وصيانة قدسية عقد الزواج وهو ما برر عدم أخذه بالمبررات الواهية في سماعه لدعوى الزوجية⁵ من جهة أخرى.

ومن بين الاسئلة التي يطرحها الموضوع، ما هو دور محكمة النقض في مراقبة أعمال حالة الاستثناء؟.

إن محكمة النقض تفرض على قضاة الموضوع رقابة صارمة على تسبيب الأخذ بحالة الاستثناء، حيث جاء في قرار لها⁶ "وحيث أن التبريرات التي ساقتها المحكمة لا تشعر بالأعذار الحقيقية للعدول عن إشهاد العدلين ولا تبرر

1. قرار عدد 111 بتاريخ 1975/5/5 في الملف رقم 49575 سبقت الإشارة إليه

2. قرار رقم 37 صادر بتاريخ 11 فبراير 1980 -أورده محمد الكشور: م س، ص 278

3. قرار عدد 611 في الملف رقم 99090 صادر بتاريخ 1983/6/13 أورده الحسن البوعيسي: م س، ص 137

4. قرار عدد 87/ 1104 في الملف العقاري رقم 86/ 5452 بتاريخ 1987/10/20 أورده الحسن البوعيسي: م س، ص 174 حيث جاء فيه أن ما " يبرر حالة الاستثناء المنصوص عليها في الفصل 5 من مدونة الأحوال الشخصية لإثبات الزوجية وجود بينة يشهد شهودها بثبوت الزوجية بين الطرفين مدة 18 سنة وأن الزواج إنعقد بولي وصداد وأنه نتج عنه أولاد"

5. قرار عدد 600 صادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بتاريخ 1985/4/30 أورده عبد المجيد غميجة: م س، ص 72

6. قرار المجلس الأعلى بتاريخ 17 يوليوز 1972 منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 130 ص 107

الأخذ بحالة الاستثناء " كما أنه في حالة رفضها يجب تعليل سبب الرفض حيث جاء في قرار محكمة النقض¹ على أنه "... ومع أن الحكم المستأنف اعتمد اللفيف مقدرا فيه الاستثناء لسماح دعوى الزوجية، فإن القرار المطعن فيه استبعده بدون أن يناقش من جهة كونه متوفرا على حالة الاستثناء طبق ما ذهب إليه الحكم الابتدائي المستأنف أو غير متوفر عليها وقد اكتفى في تعليقه استبعاده له بما أشار إليه من أنه لا يستجيب للمقتضيات المتطلبة في عقد الزواج بشروطه و المتضمنة في المدونة.... الأمر الذي يجعله غير مؤسس ويعرضه بالتالي للنقض " .

ومن بين الاشكالات المطروحة ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 16 من مدونة الأسرة، حينما نصت على أن المحكمة تعتمد في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات و كذا الخبرة و بالتالي فما المقصود بالخبرة في هذه الحالة؟.

إن ذكر المدونة عبارة سائر وسائل الإثبات و أردفتها بعبارة و كذا الخبرة، قد يوحي من جهة أن الخبرة لا تندرج ضمن سائر وسائل الإثبات التي يقصدها المشرع، ومن جهة ثانية قد يكون لها دورا مهما وذلك من خلال البحث الاجتماعي و التحري الذي يمكن أن يلجأ إليه القاضي، إلا أن إثبات العلاقة الزوجية عن طريق الخبرة بمفهومها الفني محل نظر، اللهم إذا ما تعلق الأمر بإثبات الرابطة البيولوجية بين المدعى عليه و الأطفال الذين تدعي المدعية أنها ولدتهم على فراشه، حيث نكون أمام قرينة قد تساعد على إثبات تلك العلاقة الزوجية بكيفية غير مباشرة، ذلك أن الزواج لا يعد مسألة فنية تتطلب تدخل الخبرة لاستجلائها وإنما عقد ذو طبيعة قانونية²، وبالتالي فإن الخبرة الواردة في المادة 16

¹ قرار صادر بتاريخ 1998/4/22 في الملف الشرعي عدد 2/1/97/729 أشار إليه محمد الكشور: شرح

مدونة الأسرة الجزء الأول، م س ص 281

² محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة الجزء الأول، م س، ص 290/289

من المدونة لا تعدو أن تكون مجرد إجراء من إجراءات التحقيق كما هو مقرر في قانون المسطرة المدنية.

إذا كان إثبات العلاقة الزوجية يتم بالوثيقة العائلية، فإنه استثناء يتم إثباته بحكم قضائي، وبالتالي فهل يمكن للمحكمة أن تثير انعدام السبب القاهرة من تلقاء نفسها؟ .

تنص الفقرة الثانية من المادة 16 من مدونة الأسرة على أنه إذا حالت أسباب القاهرة دون توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات. وبالتالي فإن إثبات عقد الزواج بواسطة حكم قضائي يتطلب أولاً إثبات السبب القاهر الذي حال دون توثيق العقد. (علماً أن المشرع لم يبين مفهوم السبب القاهر)، وبالتالي فإن إثبات السبب القاهر مقدمة أولية لقبول دعوى إثبات الزوجية، حيث أنه بعدم إثبات ذلك السبب يجب التصريح بعدم قبول الدعوى، وبالتالي فإنه لا يصح للمحكمة أن تثير انعدام السبب القاهر من تلقاء نفسها، ويبقى السبب القاهر مسألة موضوعية يندرج استخلاصها في إطار السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا على مستوى التعليل¹.

المطلب الثاني: إثبات الالتزامات المالية

إذا كان عقد الزواج يرتب مجموعة من الالتزامات التي تمس بالحالة الشخصية للفرد، فإنه مع ذلك يرتب العديد من الآثار ذات الصبغة المالية، وهذه الآثار قد تطرح مجموعة من الإشكاليات على مستوى إثباتها، خاصة فيما يتعلق بالصداق و الشوار(الفقرة الأولى) و كذا النصيب من الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية(الفقرة الثانية) .

1. محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة الجزء الأول، م.س.ص 287/288

الفقرة الأولى: الصداق والشوار

الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته تعبيراً عن الرغبة في إبرام عقد الزواج، والعبارة فيه بقيمته المعنوية وليس بقيمته المادية¹ مصداقاً لقوله تعالى "واتوا النساء صدقاتهن نحلة"² والصداق حق للزوجة بحيث لا يمكن للزوج حرمان الزوجة منه، إذ يجب على الزوج أن يفي به. رغم ذلك فقد يثور النزاع بين الزوجين فيما يخص قبض الصداق سواء تعلق الأمر بحاله أو مؤجله.

وهكذا نجد الفقه المالكي أتى بقاعدة عامة هي أن القول قول الزوجة قبل الدخول والقول قول الزوج بعده، إلا إذا كان هناك عرف فيرجع إليه³، في حين يرى الشافعية و الحنبلية أن القول قول الزوج مطلقاً⁴، أما الحنفية فإنهم يرون بأن القول قول الزوجة مطلقاً إلا في حالة وجود عرف⁵.

وهكذا فإن مدونة الأسرة قد ميزت بين حالتين في حالة النزاع في قبض الصداق⁶، وهما حالة الصداق المعجل وحالة الصداق المؤجل، فبالنسبة للحالة الأولى فإن مدونة الأسرة قررت نفس ما جاء به الفقه المالكي حيث نصت الفقرة

1. المادة 26 من مدونة الاسرة

2. سورة النساء الآية 24

3. يقول بن عاصم الغرناطي:

الزوج و الزوجة مهما اختلفا في قدر مهر النكاح عرفا
فأن يكن ذلك من قبل البناء فالقول للزوجة قد تعينا
أورده محمد الكشيبور: م س، ص 253

4. ابن جزي: القوانين الفقهية، دار الثقافة دون ذكر الطبعة 1969، ص 155

محمد بن رشد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني الطبعة السابعة دار المعرفة للنشر و التوزيع بيروت 1985 ص 18

5. محمد مصطفي شلي: أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية دار النهضة العربية بيروت 1977 ص 406

6. كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تتحدث فقط عن مسألة الاختلاف في قبض حال الصداق. حيث نص الفصل 24 من مدونة الأحوال الشخصية على أنه " إن اختلف الزوجان في قبض حال الصداق فالقول قول الزوجة قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول "

الأولى من المادة 33 من المدونة على أنه " إذا اختلف في قبض حال الصداق قبل البناء فالقول قول الزوجة، أما بعده فالقول قول الزوج" و هذا الحكم ينسجم مع الواقع وما هو مقرر في الأعراف المحلية، ذلك أن الزوجة لا تزف إلى بيت زوجها إلا بعد قبض حال الصداق، علما أنه لا نعتمد على القرائن أعلاه، إلا في حالة انعدام الدليل القوي المؤيد لقول هذا الطرف أو ذاك¹.

أما بالنسبة للحالة الثانية، فإن مدونة الأسرة تأثرت بالقواعد العامة للإثبات، حيث لا يعفى الزوج إلا إذا أثبت أداءه للصداق، فيبقى في هذه الحالة القول قول الزوجة مطلقا إلى أن يثبت الزوج عكس ادعائها، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 33 من مدونة الأسرة على أنه " إذا اختلفا الزوجان في قبض الصداق المؤجل فعلى الزوج إثبات أدائه" وهكذا فقد جاء في قرار لمحكمة النقض² على أن "مبلغ الصداق ما زال بذمة المدعى عليه حسب ما برسم النكاح... ولم يدلى الطرف المذكور بما يثبت البراءة منه" وهذا يتماشى مع ما أقره الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود من أن إثبات الالتزام على مدعيه، كما أن الفصل 400 من نفس القانون نص على أنه " إذا أثبت المدعي وجود الالتزام كان على من يدعي انقضائه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت إدعائه". وفي الأخير يمكن القول بأنه مادام المشرع ألزم الطرفين بالإشهاد على عقد الزواج والتنصيب في صلبه على مقدار الصداق المعجل منه و المؤجل³، إنما يهدف لتفادي النزاعات الزوجية التي من الممكن أن تحدث حول الصداق.

1. محمد الكشيبور شرح مدونة الأسرة الجزء الأول. م س، ص 253

2 قرار صادر عن محكمة النقض عدد 47 بتاريخ 1970/3/16 أورده أحمد الخمليشي: م س، ص 162

3. الفقرة السابعة من المادة 67 من مدونة الأسرة.

أما الشوار فهو كل ما تأتي به الزوجة إلى بيت زوجها من أفرشة وأغطية وأواني وغير ذلك ليكون جزء من متاع بيت الزوجية¹، وعادة ما تشور المرأة نفسها بمبلغ صداقها رغم أن هذا الأخير ملك لها تتصرف فيه كيفما تشاء وذلك بمقتضى المادة 29 من مدونة الأسرة².

وحسما للخلاف بين الزوجين حول مسألة ملكية الشوار حيث يدعي كل منهما ملكيته، قرر الفقهاء قاعدة مفادها أن البينة هي المرجحة لإدعاء أحد الزوجين على الآخر، إذ أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر³، فإذا أثبت الزوج المدعي ملكية شيء ما داخل البيت بأية وسيلة من الوسائل المعتمدة شرعا من كتابة وشهادة الشهود وإقرار الطرف الآخر والنكول عن اليمين حكم له بها. أما في حالة عدم وجود البينة فإن الفقه الاسلامي وضع قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس وهي أن ما للرجال عادة يأخذه الزوج بيمينه كثياب الزوج والأدوات المستعملة في الحرفة إن كان حرفيا، أما المعتاد للنساء فتأخذه الزوجة بيمينها مثل ثياب النساء وأدوات الزينة، أما المعتاد للرجال والنساء فيحلف كل من الزوجين ويقسمانه⁴، علما أن المسألة هنا مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مع التعليل⁵.

1. محمد الكشيبور شرح مدونة الأسرة الجزء الأول، م س، ص 368

2. تنص المادة 29 على أن " الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقها إياه"

3. ففي قرار عن محكمة الاستئناف بالناظور تم توجيه اليمين إلى الزوج الذي ينكر استحواذه على متاع الزوجة غير أن الزوج طعن في هذا القرار حيث جاء في هذا الشأن قرار لمحكمة النقض على أنه " حيث أن القرار لما علل بتوجيه اليمين على الطاعن لعجز المطلوبة في النقض عن الإثبات كان تعليلا كافيا وموافقا للفقه المنصوص عليه في قول ابن عاصم ... وأن الخلطة ثابتة بين الطالب والمطلوبة في النقض لكونهما كانا زوجين وافترقا إن كان العمل جرى بعدم اشتراطهما الأمر الذي كان معه القرار معللا بما فيه الكفاية.. " قرار صادر بتاريخ 1998/7/28 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 53 و 54 ص 184

4. محمد مصطفى شلي: أحكام الأسرة في الإسلام، م س، ص 514
5. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة الجزء الأول، م س ص 374

وقد سايرت مدونة الأسرة ما قرره الفقهاء في هذا الصدد وذلك عندما نصت في مادتها 34 على أن كل ما أتت به الزوجة من جهاز و شوار يعتبر ملكا لها، وإذا وقع نزاع في باقي الأمتعة فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات، غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له¹، وهذا ما أكدته محكمة النقض² في إحدى قراراتها التي جاء فيها "وحيث يستخلص مما تقدم أن الجهازين المذكورين لا يختص أحد الزوجين عادة بملكيتهما التي لم تثبت لأحدهما مما يستدعي تلقائيا تطبيق الفصل 39 من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن المعتاد للرجال والنساء معا يحلف كل منهما ويقسمانه " علما أن مسألة تحديد ما يختص به أحد الزوجين هي مسألة واقع تخرج عن رقابة محكمة النقض حيث تبقى لقضاء الموضوع سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال. وتجدر الإشارة إلى أن القضاء لا يتقيد دائما بقاعدة القرينة حيث نجده يقتصر في بعض الحالات على أعمال قاعدة البينة فقط حيث جاء في قرار لمحكمة النقض³ على أنه "لما كان المدعي عليه قد أبدى استعدادا بتمكين مطلقتة من الأشياء المثبتة في رسم الزوجية دون غيرها مما جاء في المقال فقد كان على المحكمة أن تقارن ما جاء في هذا الرسم بما جاء في مقال الدعوى و تكليف المدعية بالبينة في ما هو زائد، تكون المحكمة قد قلبت عبء الإثبات حين قضت عليه

1. هذا نفس ما كان مقررا في الفصل 39 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

2. قرار عدد 128 في الملف الشرعي رقم 90754 صادر في 8 فبراير 1982 أورده محمد الكشور: شرح

مدونة الأسرة الجزء الأول، م س، ص 375

3. قرار عدد 1001 في الملف رقم 5713 بتاريخ 1986/7/29 أورده الحسن البوعيسي: م س، ص 178

بتمكين مطلقته بجميع الأشياء التي تدعي بها بعلته أنه لم يحدد الأثاث و الحلي التي لم يشملها رسم الزوجية و استخلصت عن خطأ أن ذلك يعد اقرار لها بهذا " ورغم وجهة ما ذهبتم إليه محكمة النقض في جانب منه حينما حصر إقرار الزوج على ما هو مثبت برسم الزوجية فقط، إلا أنه خرق قاعدة البيئة بالزامه الزوجة بإثبات ملكية الحلي، ذلك أن هذه الأخيرة مما تملكه النساء عادة، فكان بالتالي على محكمة النقض أن توجه المحكمة إلى إلزام الزوج بإثبات ملكية الحلي وتكليف الزوجة باليمين فقط.

إلا أن الاشكال المطروح هل ما أتت به مدونة الأسرة في المادة 34 من حل النزاع حول متاع بيت الزوجية كفيلة بحل النزاع؟

نرى أن هذا الحل لا يستطيع الصمود أمام منازعات الزوجين بخصوص أموالهما، لسببين: الأول أن الاعتماد على نوعية الأملاك كمييار لإسناد الملكية لا ينفع، مادام أن النزاع يثور في العادة بخصوص الأموال المشتركة بين الرجال والنساء، أما الأموال الخاصة بأحد الجنسين فقط، فنادر ما يدعي الزوج ملكية أشياء خاصة بالنساء أو تدعي الزوجة ملكية أشياء تعود للرجال، وبالتالي يتم اللجوء إلى اليمين كدليل إثبات، والكل يعلم أن اليمين في عصرنا الحالي أصبحت عديمة الجدوى بسبب قلة الوازع الديني، وبالنظر إلى إصرار كل من الزوج والزوجة على التمسك بادعائه يجعله لا يتوانى في استعمال كل الوسائل. أما السبب الثاني فيتمثل في أن هذا الحل يقتصر فقط على المتاع الموجود داخل بيت الزوجية، وبالتالي فإنه لا يشمل الأموال الأخرى التي قد يثور بصدها النزاع والتي لا توجد داخل بيت الزوجية من منقولات وعقارات¹.

1 . المسعودي العياشي: نظام فصل الأموال في الزواج بين وهم القانون ووزن الواقع، مجلة الاقتصاد والمجتمع عدد 4، 1988.ص

وفي الواقع إن هذا النوع من الأموال هو المثير الأكبر للنزاعات خصوصا ما يتصل بالعقارات، فغالبا ما تساهم الزوجة التي تعمل أو لها دخل قار في شراء أو بناء مسكن يخصص لإقامة الأسرة، ويتم كتابة كل العقود الخاصة به باسم الزوج وحده لأنه هو الذي أجرى كل التصرفات، كما يتم تسجيل هذا المسكن باسمه في السجل العقاري، ورغم استعدادها لإثبات مساهمتها عبر شهادة الشهود أو باللفيف، أو بالبحث الذي يجريه القضاء أو باقتطاعات البنكية من أجرتها، فإنها لا تحصل على حقها ما دام أن الفصل 444 من قانون الالتزامات والعقود يمنع اعتماد شهادة الشهود لإثبات ما يخالف مضمون الحجة الكتابية أو قواعد التشريع العقاري التي تجعل من التسجيل في السجل العقاري قرينة لا تقبل العكس على أن المقيّد به هو المالك¹.

فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض² على أنه "حيث يتجلى من القرار المطعون فيه ومن بقية وثائق الملف أن العقار المدعى فيه محفظ وأن المطلوب، هو المسجل برسمه العقاري كمالك وحيد وبذلك فلا أثر لما تدعيه الطالبة من حقوق عينية أي نصف العقار المدعى فيه، مادامت غير مسجلة على

¹ . جاء في الفقرة الأولى من الفصل 444 من ق ل ع على أنه "لا تقبل في النزاع بين المتعاقدين، شهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء في الحجج ولو كان المبلغ والقيمة يقل عن القدر المنصوص عليه في الفصل 443..."

أنظر بخصوص هذه النقطة:

محمد الكشور: قراءة في قرار للمجلس الأعلى، قرار 6 أبريل 1999 في الملف الشرعي عدد 97/1/2321، النزاع حول الشوار ومتاع البيت مجلة المناهج عدد مزدوج 3-4 السنة 2003، 114.

لمزيد حول عدم صلاحية نظام استقلال الذمة المالية، راجع:

علي أمكراز: النظام المالي للزوجين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة، جامعة القرويين كلية الشريعة بأكادير، السنة الجامعية 2005/2004، ص 110 و111.

² . قرار عدد 1520، صادر بتاريخ 5 مارس 1998، ملف مدني عدد 97/2276، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 52، ص 329 وما بعدها.

الشياع في الرسم العقاري عملاً بمقتضيات الفصل 67 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري، وما دامت المحكمة قد اعتبرت أن ما أدلت به الطالبة غير كاف لاستحقاقها العقار محفظ باسم الغير الأمر الذي تكون معه الوسيلة في وجهيها المذكورين غير مرتكزة على أساس"

وهذا يبرز الحيف الذي تتعرض له المرأة بسبب تبني التشريعات ذات المصدر الإسلامي لنظام استقلال الذمة المالية، ففي دراسة أجريت في فرنسا حول نوعية النفقات التي يقوم بها كل من الرجل والمرأة، أبرزت أن النفقات الخاصة بالمرأة تكون متعلقة بالأساس بالمطبخ والحمام، أما النفقات الخاصة بالرجل فهي متعلقة بتسديد الضرائب، شراء سيارة أو دراجة نارية...، وهناك نفقات يتم الالتزام بها من طرف كلا الزوجين وهي النفقات الكبرى مثل شراء منزل...¹

الفقرة الثانية: إثبات الاشتراك في الأموال المكتسبة

يعتبر مبدأ الفصل بين الأموال هو القاعدة السائدة في إطار العلاقات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية مصداقاً لقوله تعالى " للرجال نصيب مما اكتسبوا و للنساء نصيب مما اكتسبن"² وهذا المبدأ تم تكريسه في مدونة الأسرة، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 49 على أنه لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، فالمرأة تظل سيّدة أموالها والمالكة الوحيدة لكل ما كانت تملكه قبل الزواج ولكل ما يؤول إليها بعده ولها مطلق الحرية في إدارة هذه الأموال والتصرف فيها كما تشاء.³

¹. Malaurie (Philippe) et Aynés (Laurent) : Droit civil : les régimes matrimoniaux , édition juridique associés defrénois paris France 2004.p45

². سورة النساء الآية 32

وقوله تعالى " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون و النساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون"

سورة النساء الآية 7

³ . محمد لمين لوعيل: المركز القانوني للمرأة في التشريع الجزائري، طبعة 2004 مطبعة دار هومه، ص 165

لكن مدونة الأسرة لم تكتف بذلك فقط بل أتاحت للزوجين إمكانية الاتفاق على كيفية تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء الفترة الزوجية¹، هذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي وضع أمام الزوجين نظاميين للأموال هما نظام انفصال الذمم ونظام وحدة الذمم حيث لهما أن يتفقا على إتباع أحد النظاميين²، علما أن قاعدة استقلال ذمة كل زوج عن ذمة الزوج الآخر مسألة من صميم النظام العام، وهي غير الاشتراك في تدبير الأموال المكتسبة في فترة الزواج³.
والأصل في الاتفاق المنصوص عليه في المادة 49 من مدونة الأسرة، أن يرد في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج⁴، هذا الاتفاق تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تجد أساسها في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود⁵، فنحن أمام عقد مدني يخضع للأحكام العامة للقانون المدني، من حيث أركانه وشروط صحة تلك الأركان وبطلانه وإبطاله وتفسيره وترتيب مختلف آثاره و يبقى في النهاية أننا أمام جواز فقط، بحيث للزوجين أن يبرما الاتفاق المتعلق بتدبير

1. تجسيدا لمبدأ استقلال الذمة المالية، جاء فقه النوازل بعدة قضايا المكرسة لحق الزوجة في الاستفادة من الثروة التي ساهمت فيها أثناء قيام العلاقة الزوجية وهو ما عرف بحق الكد والسعاية. الرحمانى عبد الله بن محمد الجشتمى: العمل السوسى في الميدان القضائى، الجزء الأول الطبعة الأولى مكتبة المعارف 1984 ص 282/281

2. نظم المشرع الفرنسي نظام الشيوخ القانوني للأموال بين الزوجين من المادة 1400 إلى 1491 من القانون المدني، علما أن هذا النظام يمكن مخالفته إما بواسطة اتفاقات خاصة بين الزوجين بحيث نظم مسألة الشيوخ الاتفاقي للأموال من المادة 1497 إلى 1527 ونظام انفصال الاموال من المادة 1536 إلى 1543 وأخيرا هناك نظام الاشتراك القاصر على كسب الزوجين الذي نظمه من 1569 إلى 1581 من القانون المدني

3. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني انحلال ميثاق الزوجية الطبعة الأولى 2006 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 387

4. الفقرة الثانية من المادة 49 من مدونة الأسرة

5. ينص الفصل 230 من ق ل ع على أنه "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها ولا يجوز الغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون"
القانون

الأموال التي ستكتسب أثناء الزواج أو لا يبرمانه أو يعلقانه على شرط أو يربطانه بأجل حسب ما ارتضياه¹، غير أنه في حالة عدم وجود هذا الاتفاق يتم الرجوع إلى القواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين و الجهودات التي قدمها وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة².

بالتالي فإن إثبات نصيب أحد الزوجين في الأموال المكتسبة، يضعنا أمام حالتين وهما: حالة وجود الاتفاق وفي هذه الحالة إذا ثار نزاع بين الزوجين فإنه يتم الاحتكام إلى ما هو مضمن بهذا الاتفاق، الذي يجب أن يرد في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، ويمكن لهذا المحرر أن يكون رسمياً، أي محرراً من طرف العدول أو الموثق، أو أن يرد في شكل محرر عرفي³ يكتبها الطرفان أو ينوب عنهما الغير في ذلك⁴.

ومن بين الاشكالات إمكانية إدعاء أحد الزوجين أن نصيبه من الأموال المكتسبة يتجاوز ما هو مضمن بالمحرر، فهل يمكن للزوج المعني أن يثبت أكثر مما هو مضمن بالدليل الكتابي؟.

حسب الفصل 444 من قانون الالتزامات والعقود فإنه لا يجيز شهادة الشهود لإثبات أكثر مما هو مضمن بالدليل الكتابي، لكن مع ذلك فإنه نعتقد بأنه وحتى مع وجود اتفاق على تدبير الأموال المكتسبة يمكن لأحد الزوجين إثبات أكثر مما هو وارد بهذا الاتفاق، بدليل أن الفصل 444 السالف الذكر يمنع إثبات ما جاوز

¹ محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة الجزء الثاني، م س ص 388

² الفقرة الأخيرة من المادة 49 من مدونة الأسرة

³ محمد خيري: تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية بين المدلول القانوني و المدلول الاجتماعي، أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة يومي 17 و 18 فبراير 2005 حول موضوع مدونة الأسرة عام من التطبيق الحصيلة و الآفاق منشورات مجموعة البحث في القانون و الأسرة سلسلة الندوات العدد الأول 2006 ص 52

⁴ محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة الجزء الثاني، إنحلال ميثاق الزوجية، م س، ص 389

الدليل الكتابي بشهادة الشهود فقط، وبذلك فإنه يمكن للزوج المدعي اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى، بل أكثر من ذلك يمكن له إثبات ذلك بشهادة الشهود¹. وبالتالي فإن علاقة الكتابة بشهادة الشهود و السائدة في قانون الالتزامات والعقود لا يمكن تطبيقها في مجال الأموال المكتسبة، كما أن المادة 49 في فقرتها الأخيرة تنص على أنه حتى وإن تم إثبات المساهمة من طرف الزوج المدعي، فإنها تقضي بضرورة مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات ما تحمله من أعباء في تنمية أموال الأسرة، وهذا من شأنه أن يساهم في تحقيق مبادئ العدل و الإنصاف و تكريس خصوصية النظام المالي للزوجين في القانون المغربي وتمييزه عما هو سائد في القوانين الغربية².

أما بالنسبة لحالة عدم وجود الاتفاق بين الزوجين على تقسيم الأموال المكتسبة، فإن الفقرة الأخيرة من المادة 49 من مدونة الأسرة احوالت على القواعد العامة للإثبات، وهكذا فإن المحكمة وهي تبحث في النسبة التي ساهم بها الزوج المدعي فيما راكمه الطرف الآخر المدعى عليه، أن تراعي عمل كل من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، وفي هذه الحالة يمكن للمحكمة أن تستعين بكل اجراءات التحقيق المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، بالإضافة إلى القرائن المنضبطة للوصول إلى تقدير عادل، علما أن

1. لقد ذهبت المحكمة الابتدائية بأكادير إلى قبول شهادة الشهد لإثبات مساهمة الزوجة مع زوجها في بناء طابق بمنزل حكم رقم 54/55 في الملف رقم 429/93 بتاريخ 1994/2/15 أورده الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية: الجزء الأول الطبعة الأولى مطبعة دار السلام الرباط: ص 98
2. وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه في حالة وجود اتفاق على فصل الأموال لا يمكن لأحد الزوجين إثبات نصيب له في مال مسجل باسم الزوج الأخر. قرار عدد 14311/05 بتاريخ 2007/01/23 أنظر الموقع الإلكتروني. www.legifrance.gov.fr

هذا النص الخاص بقييد النص العام المنصوص عليه ضمن مقتضيات الفصل¹ 443 من قانون الالتزامات والعقود الذي يقر أن الالتزامات أو الحقوق الشخصية التي يتجاوز موضوعها 10000 درهم لا تثبت إلا بالكتابة، مع العلم أن القرائن التي تضمنتها الفقرة الأخيرة من المادة 49 من مدونة الأسرة هي عبارة عن وقائع لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا من حيث التعليل².

وبالتالي فالمشرع المغربي لم يكتف بالقواعد العامة للإثبات والتي تقتضي بأن "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، وإنما أوجب على القضاة مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، وبالتالي فإن الإثبات لوحده غير كاف لتحصيل الإدعاء أو نفيه، وأنه حتى عند وجود وسيلة إثبات التملك في اسم أحد الزوجين، فإن هذا الإثبات سيكون محل نقاش، مما سيجعل الحجة المعتمد عليها بخصوص الأموال الأسرية غير قطعية، مع إمكانية اعتبارها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس³.

إضافة إلى أنه يمكن للمحكمة الالتجاء إلى الخبرة إما تلقائياً أو بناء على طلب أحد الطرفين من أجل تحديد قيمة الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، والأموال التي تم اكتسابها من قبل الزوجين قبل هذه الفترة، أو التي لم يساهم

1. ينص الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود على أنه "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية."

2. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة الجزء الثاني، م س ص 390

3. الملكي الحسين: الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات نظام الكد والسعاية، جريدة العلم عدد 19705 بتاريخ 04 ماي 2004 ص:7.

محمد مومن: حق الكد والسعاية، سلسلة الكتب عدد 38 جامعة القاضي عياض منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المطبعة والوراقة الوطنية مراكش الطبعة الأولى 2006 ص 71 و 72.

الزوج الآخر فيها، من أجل تحديد الحصة التي يستحقها الزوج المساهم في تكوينها إلى الثروة المكتسبة¹.

وقد جاء في حكم صادر عن ابتدائية انزكان² أنه "وحيث أيدت المدعية طلبها ببينة مضمنة تحت عدد 660 صحيفة 397 بتاريخ 2004/05/10 وملحق لها مضمن تحت عدد 703 صحيفة 418 بتاريخ 2005/04/01 يشهد شهودهما بأن الطرفين قد تعاونا فيما بينهما إلى أن استطاع بناء الدار الكائنة بزنتقة 618 رقم 1، وأنهما قبل ذلك لم يكونا يملكان أي شيء. وحيث إن المحكمة وللوقوف على الحقيقة وتطبيقا للقواعد الفقهية المعمول بها سابقا في هذا المجال وللتأكد من عمل الزوجة وما قد تكون قد قدمته من مجهودات وأموال ومساهماتها في تنمية أموال الأسرة التي تكونت خلال الحياة الزوجية فإنها أمرت بإجراء بحث، والذي اتضح من خلال محضره المنجز بتاريخ 2005/05/04 أن الشهود قد أكدوا أن المدعى عليه كان يسكن مع المدعية في منزل والديها لمدة 8 سنوات وهو ما أكده المدعي، وأنه لم يدلي بأي عقد أو وصل يفيد كراء منزل والد المدعية إضافة إلى أن البعض أكد أن والد المدعية قد ساعده في بناء المنزل أعلاه بحيث كان يمدّه بجميع مواد البناء. وحيث إن المحكمة علاوة على ذلك قد أمرت بإجراء بحث تكميلي حول عمل المدعية في الأعراس والحفلات والذي ثبت من خلال المحضر المنجز بتاريخ 2005/09/07 بحضور الطرفين، والذي أكدت فيه جميع النسوة اللواتي حضرن

1- هذا الإجراء كان معمولا به من قبل القضاء، راجع قرار محكمة الاستئناف بمراكش رقم 410 بتاريخ

1984/3/30 في الملف رقم 83/1346 أشار إليه الحسين الملكي : نظام الكد والسعاية م س ص 97.

2. حكم عدد 1386 ملف عدد 2004/505 صادر بتاريخ 05/10/05 عن المحكمة الابتدائية بإنزكان وقد

تم تأييد هذا الحكم بمقتضى القرار الصادر عن استئنافية أكادير عدد 356 ملف رقم 5/855 بتاريخ

2006/6/18 كما تم تأييده من طرف محكمة النقض بمقتضى القرار عدد 479 ملف شرعي عدد

2006/1/2/64 بتاريخ 2007/9/26 أورده نورة بوطاهر: العلاقات المالية بين الزوجين بين محدودية

القضاء وتطور الواقع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين

والبحث المهن القضائية والقانونية جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية

والاجتماعية السوسية الرباط السنة الجامعية 2008/2007 ص 157

بعد نفيهن القرابة أن المدعية كانت تقوم بأعمال الطبخ وأنها عملت عندهن كما تعمل عند غيرهن في هذا مقابل مبالغ مالية تتراوح بين 500 درهم و1000 درهما. وحيث إنه بالنظر إلى ما ذكر أعلاه تكون مساهمة المدعية في ثروة زوجها ظاهرة، وباستحضار الاجتهاد القضائي وكذا باستعراض النوازل والفتاوى وخصوصا الواقعة التي قضى فيها عمر بن الخطاب والمتعلقة بعمر بن الحارث وحببية بنت زريق يتضح أن المعيار المتخذ في استحقاق المدعية هو العمل والكد والسعاية. وحيث إنه بالنظر إلى ما ذكر أعلاه يبقى عمل وكد المدعية ثابت في ملف النازلة، وأن استحقاقها لكدها من ثروة زوجها مبررا ويجعل دعواها بالتالي مبنية على أساس سليم ويتعين الاستجابة إليها وذلك بأحقيتها في الثلث من الملك الكائن بالزنقة 618 رقم 1 تراست انزكان".

غير أن مسألة الإثبات هنا وفق القواعد العامة قد تثار بشأنها بعض الصعوبات، فيما إذا كان الأمر يتعلق بعقار محفظ مسجل باسم أحد الزوجين، فتصطدم حينئذ ووسائل الإثبات العامة التي أحالت عليها المادة 49 بحجية الرسم العقاري للعقار المحفظ، ذلك أن قاعدة تطهير الصك العقاري تمنع المساس بملكية الشخص الذي سجل العقار باسمه¹.

لكنه في هذه الحالة لا يمكن الاكتفاء بما هو وارد بالرسم العقاري، إذ أن المادة 49 رغم إحالتها على القواعد العامة للإثبات فإنها استوجبت مراعاة مساهمة كل من الزوجين، وبهذا فإنه لا يكفي تحصين الحق بإثباته فقط بل لا بد من إثبات مساهمة الزوج المدعي²، وقد جاء في قرار عن محكمة النقض³ بأنه " وفضلا عن أن الحجز التحفظي المتمسك به من طرف الطالبة في الوسيلة الثالثة

1. أستاذنا ادريس الفاخوري: نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، دار النشر الجسور وجدة 2005 ص 41

2. محمد مومن: حق الكد و السعاية، م س ص 72

3. قرار صادر عن محكمة النقض قرار عدد 3064 ملف عدد 2005/4/1/3452 بتاريخ 10/18/2006

منشور بمجلة الإشعاع عدد 32 ص 245

لا تأثير له على الدعوى الحالية من حيث الإثبات فإن الثابت من القرار المطعون فيه أن المحكمة مصدرته عللت قضاءها بما يلي " وحيث لم يثبت أي اتفاق مسبق بين الطرفين بشأن استغلال أموال مشتركة بينهما وأن الأصل في الفقه الإسلامي هو استقلال الذمم، وثبت من رسم الزواج المؤرخ في 68/5/1 ورسم الطلاق المؤرخ في 1998/11/11 وموجب للفيف عدد 490 صحيفة 10 المؤرخ في 96/10/18 المنجز من طرف المستأنفة لإثبات المساهمة في بناء الدار موضوع النزاع أن الطاعنة دون مهنة ومشرفة على بيتها وأن فاقد الشيء لا يعطيه، وأن موجب المساهمة المدلى به غير معتبر لعدم إثبات المشاركة المادية والفعلية لإنجاز المال المشترك علاوة على خلوه من المستند الخاص عن العلم وأن المستأنفة لم تدل بأي دليل يثبت مساهمتها المادية قي ممتلكات المستأنف عليه. وثبت من جواب السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالقيطرة أن ثمن المبيع موضوع هذا العقار تم من جانب المستأنف عليه على أقساط، وكذا الشأن بالنسبة للأحداث الواقع عليه، وأن الزواج والطلاق لا يستتبع التملك على الشيعاء في مال الزوجين وأن الخروقات المشتكى منها من لدن الطاعنة مجرد زعم غير معزز بأي دليل... " وقد جاء في حكم آخر صادر عن قسم قضاء الأسرة¹ بالدار البيضاء " وحيث مادام المدعي قد ادعى حقا له على ما اكتسبته زوجته خلال فترة الزواج ولم يدل بما يثبت مساهمته في تنمية تلك الأموال، وأن الوثائق المدلى بها من طرفه لا تنهض كحجة في إثبات ما يدعيه و بذلك يبقى طلبه مخالفا لمقتضيات القواعد العامة في الإثبات و يبقى غير مبرر و يتعين التصريح برفضه "

وفي تعليق على هذا الحكم هناك من يرى² أن المحكمة لم تكن موفقة، ذلك أن رفضها لطلب المدعي بخصوص نصيبه في الأموال التي راكمتها الزوجة في فترة

1. حكم عدد 2004/1024 صادر بتاريخ 20056/2/21 منشور بمجلة المناهج عدد مزدوج 10/9 - 2006 ص 269

2. محمد الكشور: الزواج في مدونة الأسرة، م س ص 393/392

الزواج، بدعوى أن الزوج لم يتمكن من إثبات مساهمته في تلك الأموال مبررا موقفه بكون المشرع أعطى للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في إجراء تحقيق حول الذمة المالية لكلا الزوجين ووضعيتها المهنية، لاستخلاص ما يمكن أن تحكم به لفائدة أحد الزوجين، إلا أنه لا نتفق مع هذا الرأي حينما لزم المحكمة بالتحري عن الوضع المادي للزوجين بدون إثبات الزوج المدعي مساهمته في تنمية الأموال بدعوى أن المادة 49 في فقرتها الأخيرة واضحة وصريحة في استلزام إثبات المساهمة أو لاثم بعد ذلك المرور إلى مراعاة عمل كل واحد من الزوجين، و التحري الذي يجب على المحكمة القيام به يدخل في إطار الضوابط المنصوص عليها في هذه الفقرة، وبذلك فإنه نرى بأن المحكمة كانت على صواب حينما رفضت طلب الزوج المدعي الذي لم يقدم ما من شأنه أن يثبت مساهمته في تنمية أموال الأسرة.

وبما أن مطالبة أحد الزوجين بنصيبه في الثروة المكونة خلال الزواج بمجهوده تعتبر من المسائل الواقعية، ولها علاقة وطيدة بالاستحقاق إذا ما تعلق النزاع بعقار، وبالإثراء بلا سبب أو الرد غير المستحق إذا ما تعلق النزاع بمنقول، فإنه يجوز إثبات هذا الحق بكل وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، على أنه جرى العمل في أغلب القضايا على أن يكون الإثبات أساسا بشهادة الشهود، هذه الشهادة قد يتم تضمينها في شهادات لفيفة عدلية، كما قد يتم الاستماع إلى الشهود من قبل المحكمة¹.

المبحث الثاني : إثبات الوقائع المادية

قد تتوقف الاستفادة من بعض الحقوق على إثبات وقائع معينة، ولعل ما تثار فيه هذه المسألة -بالنسبة للميدان الأسري- ما يتعلق بإثبات الضرر، ذلك أن إثبات هذا الأخير يكون ضروريا للاستجابة لطلب الزوجة المتعلق بالتطبيق

1. الصديق بلعربي: السعاية، مجلة المرافعة، عدد 6 يونيو 1997، ص 70.

للضرر، بل إن إثباته يكون ذو أهمية بالغة فيما يخص امكانية الحصول على تعويض تقدره المحكمة لفائدة أحد الزوجين في بعض الحالات. وإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية الملقاة ضيقت من وسائل إثبات الضرر كأساس لطلب التطليق، فإن مدونة الأسرة فتحت المجال لاعتماد على أية وسيلة لإثباته (المطلب الأول). ويبقى مجال النسب أهم مجال تبرز بشأنه أهمية الإثبات باعتباره حق تتأسس عليه مجموعة من الحقوق الأخرى، ولعل أبرز الاشكاليات التي تثار بشأن النسب ما يتعلق بوسائل إثباته أو نفيه، ذلك أنه إذا كانت مدونة الأحوال الشخصية الملقاة لم تأخذ بالخبرة الطبية، فإن أخذ مدونة الأسرة بها، أصبح يثير بعض الصعوبات تتجلى بالأساس في مدى امكانية ترجيحها عن باقي الوسائل التقليدية الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول : إثبات الضرر

من بين الأسباب المبررة للتطليق نجد إضرار الزوج بزوجته، وهكذا فقد كانت الفقرة الأولى من الفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية الملقاة تنص على أنه "إذا ادعت الزوجة على زوجها الاضرار بها بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالها وثبت ما ادعته و عجز القاضي عن الاصلاح بينهما طلقها عليه". غير أن حصول الزوجة على التطليق حسب هذا الفصل يفرض ضرورة إثباتها لذلك الضرر الذي تدعيه، وهو ما كان يثير العديد من الصعوبات خاصة على مستوى وسائل الإثبات المعتمدة.

وهكذا كيف كان العمل القضائي في ظل مدونة الأحوال الشخصية، يتعامل

مع إثبات الضرر؟

إذا كان الفصل 56 لم يحدد وسائل الإثبات ولم يقيدها، فإن العمل القضائي إتخذ من الشهادة وسيلة أساسية في إثبات الضرر المدعى به من طرف

الزوجة، ذلك أن معظم الأحكام القضائية المتعلقة بالتطبيق للضرر كانت تعتمد شهادة اللفيف والسماع الفاشي، معتمدا على ما جاء في الفقه المالكي¹ حيث أورد التسولي² " ضرر أحد الزوجين للأخر يثبت بأحد أمرين إما بشهادة عدلين فأكثر بمعاينتهم إياه لمجاورتهم للزوجين أو قرابتهم منهما ونحو ذلك، وإما بالسماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران من النساء والخدم وغيرهما". و في هذا ذهبت استتلافية البيضاء³ إلى أن " إضرار الزوج بزوجته يثبت إما بشهادة عدلين أو أكثر و بالسماع الفاشي المستفيض " و جاء في حكم آخر⁴ أنه " نظرا لطبيعة موضوع الشهادة في موضع التطبيق للضرر فإن شهادة السماع هي المعمول عليها" وفي نفس الإتجاه ذهبت محكمة النقض⁵ إلى أن "إضرار أحد الزوجين بالأخر يثبت بشهادة السماع "

وهكذا فشهادة الشهود تعتبر وسيلة بموجبها تخول للزوجة ممارسة حقها في التطبيق لإضرار زوجها بها، غير أن ما يثار أحيانا هو التعارض بين بينة إثبات الضرر و بينة نفيه، فتأتي المرأة بشاهدين عدلين رجلين أو رجل وامرأتان مصداقا لقوله تعالى " واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء"⁶ كما يمكن للزوج أن ينفي ما تدعيه زوجته مؤكدا

1. جاء في تحفة ابن عاصم . و يثبت الاضرار بالشهود أو سماع شاع في الوجود

2. أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، الجزء الأول الطبعة الثالثة 1977 دار المعرفة بيروت، ص 302

3. قرار عدد 756 في الملف الشرعي عدد 89 21035 بتاريخ 1990/6/20 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 65/64 ص 180

4. قرار عدد 1353 في الملف رقم 00/1409 بتاريخ 2002/5/27 أورده الحسن البوعيسي: م س، ص 156

5. قرار عدد 87 في الملف الشرعي عدد 99/1/2/23 بتاريخ 2000/1/24 عبد العزيز توفيق: قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية و العقار من سنة 1597 إلى 2002، الطبعة الأولى مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2002 ص 401

6. سورة البقرة الآية 12

انحصار معاملته لها في حدود التأديب وعدم تجاوز ذلك، ومتى ثبت ما يدعيه وكانت بينته أقوى من بينة الزوجة سقطت دعواها بالتطبيق¹ وإذا عجز على ذلك ردت دعواه كما هو واضح في الحكم الصادر عن ابتدائية بركان² حيث جاء فيه " وحيث إن الزوج ادعى أن الزوجة التي امتنعت من الدخول دونما إثبات ذلك يبقى كلامه مجردا عاريا من المؤيد "

إلا أن ما يعاب على هذه الشهادة أنها كانت تؤدي أمام العدلين، وهو ما يخالف ما قرر الفقه الاسلامي من أن الشاهد يؤدي شهادته أمام القاضي الذي له كامل السلطة في قبولها أو رفضها إذا لم يطمئن ضميره إليه³ (الشاهد)، كما أنه يخالف مقتضيات الفصل 214 من قانون المسطرة المدنية الذي يوجب الاستماع إلى الشهود أمام القاضي في غرفة المشورة و مخالفة هذا المقتضى يعد خرقا جوهري في مجال المرافعات⁴، و إلى جانب هذا فإن العمل القضائي درج أيضا على اشتراط أن يكون الضرر اللاحق بالزوجة من غير ذنب جنته، وفي هذا جاء في قرار لمحكمة النقض⁵ على أنه " يجب أن يشهد الشهود بأن إساءة الزوج لزوجته تكون من غير ذنب جنته فقد نص الزرقاني كأن يشهدوا بالسماع الفاشي أن فلانا يضر بزوجته

1. محمد إبن معجوز: أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية ووفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول الخطبة و الزواج أركانه وأثاره طرق إنحلال ميثاق الزواج مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1998 ص 222

2. حكم صادر عن ابتدائية بركان ملف رقم 845 بتاريخ 2005/9/15 (غير منشور)

3. أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، م س ص 401

4. عبد المجيد غميحة: م س، ص 239

5. قرار عدد 2543 بتاريخ 1994/3/20 أورده رشيد مشقاقة: سلسلة الباحث القانوني، العدد الثاني الطبعة الأولى دار السلام الرباط 2002 ص 105. و جاء أيضا في حكم عن ابتدائية البيضاء أن "إثبات الضرر بموجب لم يبين ما إذا كان هذا الضرر بذنب جنته الزوجة " حكم عدد 795 في الملف عدد 98/364 بتاريخ 1999/4/21 منشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 82 ص 223

بالإساءة إليها من غير ذنب جنته" و هكذا يرى الأستاذ أحمد الخمليشي¹ عدم صواب هذا القرار ذلك أن قول الزرقاني المستند إليه هذا القرار محمول على التمثيل، بدليل أن الكاف الوارد جاء بمثابة تمثيل للصيغة التي يمكن أن ترد بها الشهادة، حيث يمكن إضافة صيغ أخرى لهذه الصيغة، ويضيف أنه إذا ثبت الضرر فلا يمكن أن ينصرف إلا للعمل غير المشروع، وأما إذا كان مندرجا في إطار المباح قانونا فلا يعد ضررا، فمن غير المعقول تعليل القاضي قراره بإلغاء طلب الزوجة في التطبيق للضرر بكون هذا الأخير موجودا لكنه مشروع.

وهكذا فإنه وبغض النظر عن مدى مشروعية هذا الشرط، فإن إسناده للشهود فيه تناقض مع مبدأ اقتناع القاضي وتكليفه للوقائع دون غيره، فلا يعقل أن يكلف الشاهد بنقل الوقائع التي شهدها و يلزم أيضا بتكليف تلك الوقائع، كما أن إلزام الزوجة بإثبات عدم مشروعية الضرر فيه قلب لعبء الإثبات وتكليف لها بما لا طاقة لها به، إذ أنها تكون ملزمة بإثبات وقائع سلبية مطلقة وهذه الوقائع لا يمكن إثباتها قضائيا².

وتأسيسا على ما سبق فإن إلقاء عبئ إثبات الضرر على كاهل الزوجة فيه مجانبة للصواب، ذلك أن الإثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف الأصل، والقاعدة والأصل في إثبات الضرر هو إنتفاء السبب المشروع لهذا الضرر، ومتى ادعت الزوجة إضرار زوجها بها لسبب غير مشروع و ادعى الزوج خلاف ذلك كان عبئ الإثبات ملقى على عاتق الزوج، ولا مجال لتحميل الشهود الزوجة بذلك، خاصة و أن العدول نادرا ما يولون أهمية لهذه العبارة ولو كانت واردة على لسان

¹ أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، م س ص 398

² ذلك أن الاعتراف بثبوت الضرر وتكليف الزوجة بإثبات عدم مشروعيته أمر غير منطقي إذ كيف يمكن القول بأن الضرر موجود ولكنه غير مشروع. أحمد الخمليشي: م س، 397

الشهود، وبذلك تتحمل الزوجة مسؤولية خطأ يكون قد ارتكبه العدول¹. هذا إضافة إلى أن الشهادة تقتضي نقل الوقائع كما هي دون أن تكون للشاهد امكانية القيام بدور التكييف والتقييم للضرر ما إذا كان مبررا أم لا، حيث تبقى امكانية رفض الشهادة متاحة بدليل جهل القاضي للوقائع التي حكم الشاهد عليها باعتبارها ضرا أو ذنبا دون إفصاح ولا بيان، حيث يعتمد الحكم الصادر في أساسه على مجموع الوقائع المتاحة معرفتها للقضاء الجالس الذي يملك وحده سلطة تكييفها في حدود الوقائع المشهود بها² دون تجاوز ما لما إن كانت الشهادة شاملة لمجموع الوقائع التي يدعيها المشهود له، أم أنها تقتصر على البعض منها فقط على أساس ارتباط الشهادة بعلم الشاهد³.

ورغم أن الشهادة كانت هي الوسيلة الأكثر شيوعا في إثبات الضرر في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، إلا أن القضاء اعتمد في بعض الحالات على وسائل أخرى كالحكم الاجنبي، الذي يتضمن ما يثبت الضرر المبرر للتطبيق⁴، كما إستأنس أيضا بالشهادة الطبية⁵، وبالتالي فإن العمل القضائي في ظل مدونة الأحوال الشخصية كان هو القاؤه للثقل على عاتق الزوجة التي عليها إثبات الضرر و إثبات عدم مشروعيته مع تقييد القضاء لوسائل الإثبات.

1. عبد العزيز فتحي: التطبيق للضرر في أفاق قضاء الأسرة، مجلة محكمة العدل 2003 مطبعة دار السلام الرباط ص 185

2. أحمد خرطة: إضرار الزوج بزوجته و اشكالية إثباته، جريدة الأحداث المغربية الجمعة 29 أكتوبر 1999 ص 7

3. أحمد الخمليشي: م س، ص 400

4. ذهبت محكمة النقض إلى أن دعوى التطبيق للضرر يجواز الاستناد فيها إلى ما تضمنه الحكم الأجنبي من وقائع تثبت الضرر المبرر للتطبيق. قرار عدد 922 في الملف الشرعي رقم 99/2/494 بتاريخ 2000/2/22 وأورده الحسن البوعيسي: م س، ص 154

5. قرار صادر عن محكمة النقض عدد 882 في الملف رقم 544084 بتاريخ 1986/6/24 أورده ادريس بالمحجوب: الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى الرباط 1995 ص 41

وتأسيسا على ما سبق فهل المشرع في إطار مدونة الأسرة وسع من وسائل الإثبات المعتمدة في إثبات الضرر؟.

رغبة من المشرع في تجاوز الاشكاليات التي خلفها الاجتهاد القضائي في مجال إثبات الزوجة إضرار زوجها بها، قررت المادة 100 من مدونة الأسرة على أنه " تثبت ووقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة " وبذلك تكون مدونة الأسرة قد وسعت من وسائل الإثبات، حيث أنه للزوجة أن تستعين بكل الوسائل الموضوعية الواردة في صلب قانون الالتزامات و العقود منها الكتابة و شهادة الشهود و القرائن و الاقرار و اليمين، هذا فضلا عن امكانية اعتماد القواعد الاجرائية كالخبرة التي يمكن أن تلجأ إليها المحكمة بناء على طلب الزوجة أو تلقائيا بدن طلب¹.

وهذا التوجه الجديد هو ما عكسه العمل القضائي الأسري، حينما إعتد الحكم الجنحي و الصور الشمسية و محاضر الضابطة القضائية في إثبات الضرر للاحق بالزوجة حيث ذهب قسم قضاء الأسرة بوجدة² إلى أنه " استنادا للقرار الجزري النهائي المستدل به إثباتا للضرر اللاحق بالمدعية و الذي لا يوجد بالملف ما يفيد الطعن بالنقض فإن الضرر المدعى به و المتمثل في العنف ضد المدعية يبقى ثابتا " كما جاء أيضا في حكم عن ابتدائية فاس³ أن " الزوج يعتدي على زوجته المدعية بالعنف كما هو ثابت من خلال القرار الاستئنائي في عدد 05/3000 في الملف الجنحي رقم 05/2073 الذي قضى بإدانته بالحبس النافذ لمدة ثلاثة أشهر من أجل تعنيف المدعية...وبناء على هذا الحكم قضت المحكمة في الموضوع

1 . محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، م س ص 140

2 .حكم عدد 06/5331 في الملف رقم 06/311 بتاريخ 2006/12/12- (غير منشور).

3 . حكم صادر عن ابتدائية فاس بدون رقم صادر بتاريخ 2005/10/17 (غير منشور)

بتطبيق المدعية من زوجها طليقة بائنة للضرر " علما أن الاعتماد على الحكم الجنائي كوسيلة لإثبات الضرر لا بد من أن تكون له حجية الشئ المقضي به أمام المحكمة المدنية، فتثيره من تلقاء نفسها، وفي حالة لم يصل هذه الدرجة جاز للمحكمة الاستئناس به كقرينة من بين قرائن أخرى يتعين توافرها لإثبات الضرر كما هو واضح من قرار محكمة الاستئناف بوجدة¹ الذي جاء فيه " وحيث أن الضرر قد اثبتته الزوجة بمقتضى القرار الاستئنافي الجنحي الذي أذان المستأنف من أجل الاتجار في المخدرات وعقابه لمدة 18 شهرا حسا نافذا " كما يشترط لاعتماد الحكم الجنائي وسيلة للإثبات أن تكون الوقائع المستندة إليها الزوجة في دعوى التطبيق هي ذاتها موضوع الدعوى الجنائية².

كما تم الاعتماد على الشهادة الطبية كوسيلة يتم من خلالها إثبات الضرر اللاحق بالزوجة، حيث جاء في حكم صادر عن ابتدائية وجدة³ أنه " بعدما اعتدى عليها بالضرب و الجرح بواسطة السلاح الابيض تسبب لها بذلك في عاهة مستديمة وسلمها الطبيب شهادة طبية مدة العجز بها 60 يوما... مما تكون معه دعوى المدعية مؤسسة و ينبغي الاستجابة لها " غير أن ما يثير التساؤل بشأن وسيلة الإثبات هاته (الشهادة الطبية) هو ما إذا كانت هذه الأخيرة قاطعة في الدلالة على نسبة الاصابة اللاحقة بالزوجة إلى الزوج؟ ألا يمكن أن تكون آثار الضرب التي يتم إثباتها بالشهادة الطبية ذات مصدر آخر غير الزوج؟.

الرأي فيما نعتقد أنه يمكن أن تثار في الواقع اشكالات من هذا القبيل، غير أنها نادرة والنادر لا حكم له خصوصا على ضوء المقتضيات التي جاءت بها مدونة

1. قرار محكمة الاستئناف بوجدة الغرفة الشرعية رقم 734 بتاريخ 2005/10/19 (غير منشور)

2. اشرف مصطفى كمال: قوانين الأحوال الشخصية معلقا على نصوصها، دون ذكر مكان الطبع الطبعة السادسة، ص 226

3. حكم صادر عن ابتدائية وجدة رقم 336 بتاريخ 2006/10/24 في الملف رقم 758/04 (غير منشور)

الأسرة بشأن التطليق والتي تضع بيد الزوجة مساطر مختلفة تمكنها من طلب التطليق لغير الضرر دون حاجة إلى اللجوء إلى شهادة طبية مزورة، هذا إضافة إلى أن الشهادة الطبية تثبت الحالة دون أن تتعدها لغير ذلك، وفي موضوعنا هذا تثبت الشهادة حالة الزوجة المضرورة دون أن تتعدها لإثبات المتسبب في الضرر. كما تم الاعتماد على إقرار الزوج وذلك باعترافه بتصريحات المدعية¹ دون المنازعة فيها²، فضلا عن اعتماد الحكم الأجنبي كدليل كتابي في إثبات الضرر³، حيث جاء في قرار محكمة النقض⁴ على أن " المحكمة قد استبعدت هذا الحكم بعلّة أن الضرر المبرر للتطليق بفرنسا ليس هو الضرر المبرر للتطليق في المغرب لاختلاف الدين والعادات، في حين لا يمكن تجزئته على النحو المذكور بالقرار وبالتالي فإن المحكمة باستبعادها الحكم الأجنبي المذكور لإثبات دعوى الطالبة تكون قد خالفت مقتضيات الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود " وبناء على مقتضيات هذا القرار فالحكم الصادر عن محكمة أجنبية بالتطليق للضرر يعتبر ذا حجية مطلقة أمام المحاكم المغربية، وهو موقف ايجابي للاجتihad القضاء المغربي وحسننا فعلت محكمة النقض لو أنه يستقر على هذا الإتجاه لما

1. حكم قسم قضاء الأسرة بمكناس رقم 116 في الملف رقم 04/2116 بتاريخ 2016/1/10 (غير منشور) كما جاء في حكم آخر عن المحكمة الابتدائية بفاس " وكذلك الأمر بالنسبة لزوجها الذي اعتدى عليها بالضرب أمام خاله في حين أقر الزوج بذلك ... مما يكون معه الطلب مؤسسا و يتعين الاستجابة له " حكم رقم 2117 بتاريخ 2005/6/16 (غير منشور)
2. قرار محكمة الاستئناف بالناظور الغرفة الشرعية رقم 122 في الملف 03/452 بتاريخ 2006/3/22 (غير منشور)
3. حكم قسم قضاء الأسرة بالحسيمة رقم 125 في الملف عدد 142/05 صادر بتاريخ 2006/2/2 (غير منشور)
4. قرار محكمة النقض عدد 452 بتاريخ 2003/10/15 في الملف الشرعي عدد 2002/152/257 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61 ص 153

يحققه ذلك من مصالح وتسير لفائدة الجالية المقيمة بالخارج، انسجاما مع روح مقتضيات مدونة الأسرة وفلسفتها انطلاقا من مقتضيات المواد 14 و 15 و 128. وكذا اعتماد قواعد الإثبات أخرى كإجراء البحث من طرف المحكمة¹، وهكذا فإن وسائل الإثبات المستند إليها في ظل مدونة الأسرة صارت متعددة وتتمتع فيها الزوجة بهامش من الحرية في إختيار أنسب الوسائل، الأمر الذي أدى إلى تضاؤل أهمية الشهادة، كما أن المحكمة أصبح لها دور ايجابي في إثبات الضرر، إذ أن الزوجة تكتفي بمجرد إثبات الوقائع أما تكليفها فقد صار من اختصاص المحكمة التي لها الحرية الكاملة في تقدير مدى جدية ادعاء الزوجة. وإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية لم تستطيع الأخذ بالتعويض بصريح نصوصها، فإن مدونة الأسرة عكس ذلك، حيث جاءت أكثر انفتاحا على قواعد المسؤولية المدنية خاصة في مجال التعويض عن الضرر، وهو ما يتجلى في تقرير امكانية التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، وكذا الزواج المقترن باكراه أو تدليس، فضلا عن الضرر الذي قد يلحق بأحد الزوجين نتيجة إنحلال الرابطة الزوجية.

فالضرر المترتب عن العدول عن الخطبة² يمكن إثباته بجميع الوسائل، مادام أنه واقعة مادية إذ أنه للطرف المتضرر أن يستعين بكل وسائل الإثبات خاصة الشهود و القرائن التي يمكن للمحكمة أن تستخلص منها الضرر اللاحق

1. قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالناظور الغرفة الشرعية عدد 69 في الملف رقم 156/ بتاريخ 2006/3/1 (غير منشور)

2. حسب الفقرة الأولى من المادة الخامسة من مدونة الأسرة فإن الخطبة هي تواعد رجل وامرأة على الزواج. وبالتالي فإن الخطبة هي طلب الرجل التزوج من امرأة معينة لا يحرم الشرع أن يتزوجها. وإذا تمت الخطبة بين رجل وامرأة فإنها لا تعدو أن تكون تواعدا متبادلا بينهما على عقد زواجهما في المستقبل دون أن يكون ذلك التواعد ملزما. محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة الجزء الأول الزواج م س ص 125

بأحد الزوجين¹ كاطول مدة الخطبة مثلاً²، إلا أنه ليس كل ضرر ينتج عن العدول يستوجب التعويض إذ أنه على الرغم من كون الضرر يترتب حتماً عن مجرد العدول، إلا أنه لا يخول الحق في التعويض إلا إذا كان تعسفياً لأن المادة السابعة من مدونة الأسرة نصت على أن مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض.

ومن بين الإشكالات التي يطرحها الموضوع إدعاء أحد الطرفين بالخطبة؟. تجدر الإشارة إلى أنه متى ثار نزاع بشأن الخطبة وأكدها أحد الطرفين صح لمن يدعيها أن يثبتها بكافة الوسائل، طبقاً للقاعدة الأصولية التي تقضي بأن البينة على المدعي، ذلك أن رضائية الخطبة تفرض استعمال كافة الوسائل الثبوتية، وفي مقدمتها الاقرار و الكتابة وشهادة الشهود و القرائن القوية واليمين، علماً أن اثبات الخطبة سوف يصبح ذا شأن بسبب أن المشرع قد أقر بأن حمل المخطوبة من الخاطب في فترة الخطوبة يثبت به النسب³ بشروط حددتها المادة 156 من مدونة الأسرة.

وإذا كانت الأحكام السابقة تطبق في حالة فشل الخطبة، فإنه حتى وإن تكلفت الخطبة بالنجاح وتم إبرام عقد الزواج قد يجد التعويض تطبيقاً له، إذا

1. لقد وقع التساؤل من جانب الفقه حول امكانية رفع دعوى التعويض من طرف المتضرر من الطرفين في إطار المبادئ العامة للمسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة الاضرار بالغير بدون وجه حق. وباعتبار أن المشرع المغربي قرر أن الخطبة مجرد تواعد بالزواج وليست بزواج، لم يحسم في مسألة من الأهمية بمكان وهي هل الخطبة عقد أم ليست بعقد، وإذا كانت عبارة عن عقد فهل تخضع للمبادئ العامة للتعاقد أم هي عقد من طبيعة خاصة تترتب عليها آثار من نوع خاص؟ ونظراً لسكوت المشرع المغربي، فإنه في القانون الفرنسي فقد قيل في البداية بالطابع التعاقدية للخطبة، وترتب عن ذلك أن إنهاء الخطبة يترتب مسؤولية عقدية. غير أن هذا الموقف لم يستمر طويلاً، حيث تحول الفقه والقضاء عنه إلى الطابع التصريحي، وفي القانون المصري إستقر الفقه والقضاء منذ بداية طرح المشكل على أن الخطبة ليست مبدئياً بعقد، وأنه يمكن في حالات معينة أن تترتب على إنهاءها المسؤولية التصريفية. محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول الزواج، م س ص 140/139.

2. يونس الزهري: أثار الخطبة على ضوء مدونة الأسرة، مجلة المنتدى العدد الخامس يونيو 2005 ص 92

3. محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة الجزء الأول الزواج، م س ص 146

شاب هذا الزواج إكراه أو تدليس¹، وباعتبار الإكراه و التدليس واقعتين ماديتين فإنه يمكن إثباتهما بكل وسائل الإثبات، و هكذا فقد ذهب قسم قضاء الأسرة بوجوده في حكم له إلى فسخ عقد زواج مشوب بتدليس و تحميل الزوجة تعويضا قدره عشرون ألف درهم و استأنست في إثبات التدليس بشهادة إدارية و رسم طلاق خلعي صادر عن قنصلية المملكة المغربية ببوردو²، وفي نفس السياق جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالرباط³ و حيث إن المحكمة باطلاعها على الوثيقة العدلية المؤمأ إليها تبين أن (الزوجة) قبلت الزواج بأستاذها تحت اكراهه اياها ولو لا ذلك ما قبلت، كما أن شهود اللفيف أفادوا بأنهم يسمعون أن زوجها كان تحت الإكراه من أستاذها، وحيث أنه استنادا إلى ما ذكر وكذا إلى البحث الذي أجرته المحكمة مع بعض أفراد الاسرتين الذين وإن جاءت تصريحاتهم متباينة، فإن اتفاقهم على أنه تم التغلب في البداية على احتواء الموقف يجعل إدعاء المدعية راجحا، و يؤكد أيضا قرينة تأخير الدخول إلى الأمد المذكور و قرينة لجونها إلى إنهاء العلاقة الزوجية بالفسخ قصد إنصافها دون وسيلة أخرى كالشقاق، مما يدل على أن إرادتها إبان الزواج كانت معيبة فعلا بإكراه زوجها آنذاك لها، و يعتبر معه بالتالي طلبها مؤسسا ويتعين قبوله " ولعل ما يمكن ملاحظته على هذا الحكم اعتماد وسائل عدة في الإثبات منسجما بذلك مع روح

1. تنص المادة 12 من مدونة الأسرة على أنه تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام

المنصوص عليها في المادتين 63 و 66

2. حكم عدد 105 / 2005 صادر بتاريخ 2005 / 5 / 9 أورده محمد الكشور و اخرون: التطبيق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة 11 الطبعة الأولى 2006 مطبعة النجاح الجديدة ص 262

3. حكم في الملف الشرعي رقم 101/2005 صادر بتاريخ 2005/1/14 منشور بمجلة المناهج عدد مزدوج 9 / م س ص 265

المدونة في هذا المجال لإنصاف الزوجة المكرهة، إذ نجده قد جمع بين وسائل موضوعية وشكلية وأعمل بالفعل ما تنص عليه المدونة من اعتماد سائر وسائل الإثبات.

وإذا كانت المسؤولية قد تقوم قبل إبرام عقد الزواج أو أثناءه فإنها قد تنقلم أيضا عند انحلاله خاصة في حالة التطبيق للشقاق، بحيث خول المشرع للطرف المتضرر امكانية المطالبة بالتعويض بمقتضى المادة 97¹ من مدونة الأسرة، غير أنه إذا كان الشقاق في حد ذاته لا يحتاج إلى إثبات، فإنه على العكس من ذلك فالضرر المدعى به لا يمكن التعويض عنه إلا إذا تم إثباته، ورغم أن وسائل الإثبات متعددة إلا أن المحكمة غالبا ما تعمل بالقرائن، وهذا ما يتضح من مجموعة من الأحكام من بينها ما ذهب إليه قسم قضاء الأسرة بالناظور² حيث جاء فيه " أن المحكمة وبعد دراستها للوقائع أعلاه تبين لها أن الزوجة تتحمل جانبا من مسؤولية سبب الفراق وأنها بذلك الحققت ضررا بالمدعى وهو محق في طلب التعويض " وجاء في حكم آخر عن قسم قضاء الأسرة بقلعة السراغنة³ تقديم الزوجة لطلبها الرامي إلى التطبيق للشقاق وإصرارها على ذلك رغم المساعي و الجهود التي بذلتها المحكمة والحكمين، وكذا إبداء الزوج استعدادة في سائر مراحل البحث والصلح والاستجابة لكل مطالبها بغية الحفاظ على كيان أسرته وإبنه، وثبوت وجود نزاعات بين الطرفين منذ حوالي أربع سنوات كما هو ظاهر من وثائق الملف

1. تنص المادة 97 من مدونة الأسرة على أنه " في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطبيق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و 84 و 85 أعلاه مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر
يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب"
2. حكم عدد 1157 في الملف /124 بتاريخ 2006/6/30 (غير منشور)
3. حكم في الملف رقم 2004/5536 بتاريخ 2004/12/21 منشور بمجلة قضاء الأسرة العدد الأول يوليو 2005 منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية ص 98

وثبت استمرار تواجد الزوجة خارج بيت الزوجية رغم الاحكام الصادرة في حقها من أجل الرجوع إلى بيت الزوجية، فضلا عن ذلك سابق تنازل الزوجة عن جميع الواجبات المترتبة عن الطلاق الذي أدلت به أثناء جلسة البحث " وما يلاحظ بشأن إثبات الضرر المترتب عن الشقاق، فإنه يمكن القول بأن المحاكم تعتمد بدرجة كبيرة على أعمال القرائن في إثباته، إلا أن هذه القرائن كثيرا ما تكون مخالفة للمنطق القانوني، إذ أن المحكمة اعتمدت على تقديم الطلب الرامي إلى التطبيق للشقاق قرينة على مسؤولية الزوجة في الضرر لكنه لا يمكن التسليم بذلك، لأن اللجوء إلى مسطرة الشقاق هو حق بمقتضى القانون لا يترتب تعويضا إلا إذا ثبت التعسف في استعماله، كما أن الاعتماد على وجود النزاع بين الزوجين منذ مدة معينة يثير الغرابة، لأن المحكمة حملت المسؤولية فيه للزوجة دون إثبات، بالإضافة إلى ذلك فإن المحكمة قد اعتبرت تنازل الزوجة عن جميع الواجبات المترتبة عن الطلاق قرينة على مسؤوليتها في الفراق، الأمر الذي يستوجب تحميلها التعويض ونظن بأن الأخذ بهاته القرينة قد تم في غير محله، إذ كيف يمكن اعتبار التنازل تصرفا يوجب التعويض؟.

المطلب الثاني : إثبات ونفي النسب

نظرا لأهمية النسب في صيانة العلاقات بينى الآباء و الأبناء وحفظ حقوقهم، أولاه التشريع السماوي و الوضعي اهتماما بالغا من خلال التأكيد على ضرورة التوفيق بين ثبوت النسب من جهة وصيانة نقائه من جهة أخرى، وبذلك فإن مسألة إثبات ونفي النسب تعتبر منطلقا في حماية هذه العلاقات و الحقوق، لذلك بينت مختلف التشريعات أحكامه من هذه التشريعات نجد مدونة الأسرة

إذ جعلت المادة¹ 158 من بين وسائل إثبات النسب كل من الفراش والاقرار والبينة ونصت على اللعان كوسيلة من وسائل نفيه².
ويقصد بالفراش³ الزواج سواء كان صحيحا أو ما أحققه به الشرع استثناءا كالزواج الفاسد⁴ والاتصال عن طريقة الشبهة⁵ بخصوص ثبوت النسب⁶، وقد اشترط له (الفراش) الفقه مجموعة من الشروط منها البلوغ، حيث لا يعقل الحاق نسب بشخص لم يبلغ بعد، إلا أن الاشكال المطروح مدى امكانية الحاق النسب بشخص عقيم؟ وفي هذا ذهبت محكمة النقض⁷ إلى أن قاعدة الولد للفراش لا يجوز دحضها إلا بالوسائل المقررة شرعا لنفي النسب وذلك عن طريق اللعان ولا يجدي لنفيه الاستناد على الخبرة الطبية لإثبات عدم قابلية الزوج للإخصاب. وموقف محكمة النقض هو تجسيد لما قرره الفقه الاسلامي من ربط ثبوت النسب في حالة الفراش بإمكانية الوطء، إلا أن هذا الأمر لا يستقيم و المنطق مادام التناسل لا يتم إلا بالتفاعل الايجابي بين مني الذكر وبويضة الأنثى، وفي

1. تنص المادة 158 من مدونة الأسرة على أنه "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببينة السماع وبكل الوسائل الاخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة الطبية"
2. تنص الفقرة الثانية من المادة 153 من مدونة الأسرة على أنه "يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع"
3. يقصد بالفراش لغة ما يبسط للنوم أو الجلوس عليه ويطلق عادة على المرأة المستمتع بها من طرف زوجها. احمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني الطبعة الأولى مطبعة المعارف الجديدة الرباط 1994 ص 6. أما اصطلاحا فهو العلاقة الزوجية القائمة بين رجل و امرأة وما يتصل منها من أولاد ينسب إليهما والفراش بهذا المعنى لا يتحقق إلا بالزواج الصحيح والذي توفرت فيه أركانه وشروط صحته. أستاذنا ادريس الفاخوري الزواج والطلاق في مدونة الأحوال الشخصية، م س، ص 38
4. تنص الفقرة الأولى والثانية من المادة 154 من مدونة الأسرة على أنه "يثبت نسب الولد بفراش الزوجية إذا ولد لستة أشهر وأمكن الاتصال سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا"
5. تنص المادة 155 من مدونة الأسرة على أنه "إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل وولدت المرأة بين أقل مدة الحمل وأكثرها ثبت نسب الولد من المتصل"
6. محمد الكشبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني م س، ص 234
7. قرار عدد 96 في الملف الاجتماعي عدد 92299 بتاريخ 1982/2/9 أورده الحسن البوعيسي: م س، ص 35

حالة عقم الزوج فإن هذا التفاعل لا يتصور رغم امكانية الوطء¹، وإلى جانب هذا يعاب على محكمة النقض عدم اعتبار العقم وسيلة لدحض قاعدة الولد للفراش، لأنه العقم يمس الغاية من اشتراط البلوغ.²

وهناك شرط آخر في الفراش وهو امكانية التلاقي بين الزوجين، وقد اختلف الفقه الإسلامي بصدد هذا الشرط، بين من يرى بأن مجرد العقد كاف لثبوت النسب دون اشتراط ثبوت الاتصال بين الزوجين وتلاقيهما، لأن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا و لأنه مظنة للاتصال³، أما الإتجاه الثاني فيرى بأنه لا يلحق النسب إلا في حالة امكانية الاتصال، لأن الإتصال هو السبب الحقيقي للحمل عندهم⁴، في حين ذهب رأي آخر أنه يلزم للحقوق النسب أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً⁵، وفي هذا الصدد نجد القضاء المغربي يأخذ أحيانا برأي الحنفية ويكتفي بمجرد العقد حيث جاء في قرار لمحكمة النقض⁶ على أنه إذا ثبت الفراش كان الولد لصاحبه وكون الزوج في النازلة قد أصيب بمرض عقلي ونقل إلى مسقط رأسه بعيدا عن زوجته لا يؤثر في شيء على لحقوق نسب الولد به

1. استاذنا الحسين بلحساني قواعد إثبات النسب والتقنيات الحديثة، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون العدد 2002/6 ص 102

2. وهذا ما تنبه له المشرع الكويتي حينما نص في المادة 168 من قانون الأحوال الشخصية على أنه "لا يثبت النسب من الرجل إذا ثبت أنه غير مخصب أو لا يمكن له أن يأتي بالولد لمانع خلقي أو مرضي"

3. هذا الرأي خاص بالفقه الحنفي. محمد ابو زهرة: الأحوال الشخصية، مطبعة دار الفكر العربي، طبعة 1957 ص 453

4. هذا التوجه هو ما تبنته المذاهب السنية الثلاثة من مالكية وشافعية وحنبلية. وبالمفهوم المخالف لهذا التوجه، فإذا لنتفى التلاقي بين الزوجين وجاءت الزوجة بولد لم يثبت نسبه من الزوج لأن شروط الفراش لم تكتمل. محمد الكشهور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني م س ص 250

5. محمد محمد ابو زيد: دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق العدد الأول السنة العشرون مارس 1996 ص 236

6. قرار المجلس الأعلى في الملف عدد 6826 بتاريخ 1987/6/16 أورده الحسن البوعيسي: م س، ص 197

ما دامت الزوجية قائمة، في حين جاء في قرار آخر¹ عكس ذلك إذ جاء فيه أن الزوجة التي وضعت بعد 16 شهرا من غيبة الزوج و استحال الاتصال ولم يثبت أنها في ريبة فالولد غير لاحق، هو ما سار عليه قسم قضاء الأسرة بمراكش حينما ذهب إلى أن غياب الزوج عن بيت الزوجية لمدة ست سنوات واعترافها بالزنا مع اشخاص متعددين ينفي النسب عن الزوج.²

وهكذا يتبين أن ما سار عليه القضاء ناتج عن عمومية النصوص القانونية، سواء بالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية (الفصل 85) أو مدونة الأسرة في مادتها 154 حينما تحدثت فقط عن إمكانية الاتصال لا عن تحققه فعلا، مادام الإتصال الجنسي بين الزوج و زوجته مما لا تطلع عليه الناس عادة³، علما أن الزوج الذي ينفي الإتصال هو المكلف بإثبات ذلك حيث جاء في قرار لمحكمة النقض⁴ على أنه "مادام أن المطلوب في النقض يسلم بأن الطاعنة وضعت حملها في غشت من سنة 1990 وأن عقد زواجه بها بتاريخ 1989/12/21 ولم يثبت واقعة عدم اتصالها بها إلى أن طلقها بتاريخ 1989/12/28 حسب رسم الطلاق المدلى به من طرفه، فإن واقعة الخلوّة بينها وبينه تعتبر ثابتة لأنها في هذه الحالة هي الأصل، أما ما ادعاه من عدم إمكانية اتصالها بها إلى أن طلقها هو خلاف الأصل وبناء على هذه المقدمة فإن نسب البنات التي وضعتها الطاعنة في غشت 1990 بعد أكثر من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج، يكون ثابتا طبقا للفصول 89/84/76⁵ من المدونة"

1. قرار استئنافية اكادير عدد 252 في الملف رقم 94/28 بتاريخ 1995/6/2 أورده الحسن البوعيسي: م س ص 199

2. حكم عدد 1307 في الملف عدد 192 / 2004/8/ صادر بتاريخ 2004/5/6 منشور بمجلة المناهج عدد 10/9 م س ص 155

3. محمد الكشور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني م س، ص 251

4. قرار بتاريخ 1999/2/16 منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 55 ص 123

5. لقد حلت محل هذه الفصول المواد 155/135/134 من مدونة الأسرة

وهكذا يتبين أن محكمة النقض طبقت موقف الاحناف وذلك حينما يكتفي فقط بإثارة امكانية الاتصال دون إتاحة المجال للزوج لإثبات عدم الاتصال. وعلى الرغم من ما يمكن أن يترتب عن تكليف الزوج بإثبات عدم التلاقي من صعوبة، مادامت هذه الواقعة سلبية إلا أنها ليست مستحيلة، ومن ثم فإنه على القضاء أن يبدي نوعاً من التساهل لصالح الزوج في إثبات عدم التلاقي، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الأمر هنا يتعلق بإثبات النسب الذي يجب أن يحتاط في إثباته قدر المستطاع صوناً للأعراض وحماية للأولاد من الضياع¹.

والشرط الثالث في الفراش يتمثل في أمد الحمل المحدد في ستة أشهر كحد أدنى وسنة كحد أقصى²، علماً أن ستة أشهر تحتسب ابتداءً من تاريخ إبرام عقد الزواج لا من تاريخ الدخول³، و بالمقابل فإن أي مولود إزداد داخل أجل أقل من ستة أشهر من تاريخ العقد لا يلحق بهذا العقد⁴، وفي جميع الأحوال فإنه يلزم إثبات تاريخ الولادة لإثبات النسب بالفراش⁵ أو نفيه. وبذلك فإن الولد الذي يأتي لستة أشهر فأكثر من تاريخ إبرام العقد ودخل سنة من تاريخ الفرقة يلحق نسبه بالزوج⁶، وازدياد الولد خارج هذه المدة سواء الدنيا أو القصى فلا ثبوت

1. محمد محمد أبو زيد: دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، م. س. ص 242
2. تنص المادة 154 من مدونة الأسرة على أنه: " يثبت نسب الولد بفراش الزوجية 1- إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد...".
3. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، م س ص 243
4. قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1991/10/22 عدد 1303 الملف الشرعي رقم 89/65/96 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46 ص 165
5. قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 1998/10/28 في الملف الشرعي رقم 92/6263 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 52 ص 126
6. عبد الكريم يوسكسو: إثبات النسب بالخبرة الطبية في مدونة الأسرة الجديدة، مجلة المنتدى العدد الخامس يونيو 2005 ص 181

لنسب بالفراش¹، علما أن المشرع المغربي لم يبين المقصود بأقصى أمد الحمل هل السنة القمرية أم السنة الشمسية، حيث أن الفرق كبير بين السنتين (إحدى عشر يوما)² وقد إعتمدت محكمة النقض في إحدى قراراته السنة الشمسية³.

تأسيسا على ما سبق، فإن من يرفع دعوى إثبات النسب و حتى يستفيد من المقتضيات التشريعية التي تحدد أقل مدة الحمل وأقصاها، عليه أن يحدد بدقة تاريخ إبرام العقد في الحالة الأولى وتاريخ وقوع الطلاق في الحالة الثانية، بالإضافة إلى تاريخ الولادة والمسألة القانونية تخضع لرقابة محكمة النقض⁴ الذي جاء في إحدى قراراتها⁵ " أن النسب المدعى به لا بد فيه من تحديد تاريخ ازدياد المستأنف بدقة حتى يمكن القول بأنه ازداد داخل أو خارج المدة المعتبرة شرعا للحقوق النسب، وأن هذا الأمر غير ثابت بأي سند قطعي يثبت يوم وسنة ازدياد المستأنف، وأن الشهود المستمع إليهم ابتدائيا عجزوا عن تحديد تاريخ الازدياد وأن الحجة عدد 318 لا تحدد بدقة يوم ازدياد المستأنف وأن رسم الازدياد عدد 34 يشير فقط إلى السنة بالتقريب الشيء الذي يفيد أن كافة الحجج المدلى بها غير قطعية في ثبوت النسب المدعى به مما يجعل الوسيلة بفروعها غير جديرة بالاعتبار الأمر الذي يستلزم رفض الطلب "

1. قرار صادر عن محكمة النقض عدد 36 بتاريخ 2 ذي القعدة 1391 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 25 ص 140

2. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني م س، ص 245

3. قرار صادر بتاريخ ثاني ذو القعدة 1391 منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى (مادة الأحوال الشخصية 1989-1965) عدد 25 ص 194

4. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني م س، ص 247

5. قرار صادر بتاريخ 1997/10/28 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55 ص 155

بالإضافة إلى الفراش فإن النسب يثبت كذلك بالإقرار¹ الذي يعني إدعاء الرجل بأنه أب لغيره²، ومن شروطه أن يكون المقر عاقلا، وذلك لأن الإقرار يعتبر تصرفا قانونيا صادرا بإرادة منفردة يخضع سواء من حيث صحته أو من حيث آثاره لما تخضع له كافة التصرفات الانفرادية عموما، وهو ما يفرض أن يكون المقر بالنسب عاقلا³ ومن الشروط أيضا ألا يكون المقر به معلوم النسب أي مجهول النسب، والذي هو الشخص الذي لا يعرف له أب في البلد الذي ولد فيه ولا في البلد الذي وجد فيه إن جد في بلد آخر⁴، كما أنه لا يجب أن يصرح المقر قبل أو أثناء إقراره أن الولد المراد استلحاقه قد كان ثمرة زنا، لأنه لا يجتمع حد ونسب كقاعدة عامة، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض⁵ على أن " ... البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه ولو أقر ببنتها وكانت من مائه لأنها بنت زنا وابن الزنا لا يصح الإقرار ببنته ولا استلحاقه لقول الشيخ خليل إنما يستلحق الإبن مجهول

1. لقد نظم المشرع المغربي في مدونة الأسرة الإقرار وسماه كذلك بالاستلحاق من خلال المواد 160 و 161 و 162.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي نظم أحكام الإقرار في قانون الالتزامات والعقود ضمن وسائل الإثبات، وبالخصوص في الفصول من 405 إلى 415، غير أن الأمر في قانون الالتزامات والعقود يتعلق بالحقوق المالية وسواء أكانت حقوقا شخصية أم حقوقا عينية، والنصوص أعلاه لا تنطبق على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية عموما والنسب على وجه الخصوص، حيث لا مناص في هذه الحالة من الرجوع لأحكام مدونة الأسرة، وعند إنعدام النص يجب الرجوع لأحكام الفقه المالكي تطبيقا لمقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة الجزء الثاني، م س ص 255

2. عبد القادر لطفي: الحالة المدنية وإثبات النسب، مجلة الدفاع العدد الثالث فبراير 2002 ص 49

3. ويقصد بالعقل أن يكون المقر بالنسب كامل الأهلية (كمال الأهلية في التشريع المغربي يتحدد في 18 سنة كاملة وفقا للمادة 209 من مدونة الأسرة) فلا يكون صبيا أو مجنونا أو معتوها أو مكرها، ويصح من الناحية الفقهية إقرار السفه بالنسب لأن السفه الذي يؤثر في التصرفات المالية للشخص لا أثر له من الناحية القانونية على إدراكه وتمييزه طبقا للقواعد العامة. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة الجزء الثاني، م س، ص 257

4. محمد مصطفى شلي: أحكام الأسرة في الإسلام م س، ص 464

5. قرار صادر بتاريخ 1983/3/30 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39 ص 109

النسب" علما أن من أقر بنسب مجهول النسب إليه غير ملزم بإثبات سبب البنوة، لأن الأصل حمل الناس على الصلاح دائما ولمن يدعي خلاف ذلك عليه أن يثبت ما يدعيه¹. كما أن المقر بالنسب غير ملزم بتعيين أم للولد المستلحق، وذلك على ما يستفاد من مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 160 من مدونة الأسرة.

وأن لا يكذب المقر عقل أو عادة، وهو منطوق سليم كأن يكون المقر و المقر به في نفس السنة أو بينهما فرق بسيط في السن، لأنه يستحيل عمليا أن يولد أحدهما الآخر لأن المنطق والواقع يكذبان مثل هذا الاقرار²، ومما تكذبه العادة أن يقر رجل بنسب ولد من بلد لم سبق له مطلقا أن زاره أو أن يثبت أن المقر لم يسبق له مطلقا أن تزوج أو أنه خصي أو محبوب³، و من الشروط أيضا أن يوافق المستلحق إذا كان راشدا حين الاستلحاق، وأما إذا كان قاصرا فله رفع دعوى نفي النسب عند بلوغه سن الرشد⁴.

وإذا كانت هذه الشروط لا تثير اشكاليات، فإن الاجتهاد القضائي في بعض قراراته أساء التعامل مع بعضها ومنها أساسا ما يتعلق بشرط ألا يكذب المقر عقل أو عادة، حيث ذهبت محكمة النقض إلى أن من أقر بالنسب لا يمكنه فيما بعد أن ينفيه بدعوى اكتشاف أنه عقيم⁵، وبالتالي فإن هذا القرار ينطوي على خرق لشرط ألا يكذب المقر عقل و لا عادة، فرغم أن العقم لم يتبين للزوج إلا بعد إقراره، فإنه كان على المحكمة أن تبطل رسم الاقرار لا أن تناقش طلب نفي

1. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، م. س، ص 259

2. محمد الكشيبور: م. س، ص 259

3. الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثالث دار احياء التراث العربي بيروت 1997 ص 228

4. المادة 160 من مدونة الأسرة

5. قرار المجلس الأعلى عدد 492 في الملف الشرعي رقم 2005/1/2/293 صادر بتاريخ 2005/10/26 مجلة

المناهج عدد مزدوج 2006/ 10/9 ص 223

النسب، لأن النسب في هذه الحالة لا يثبت أصلاً طالما أن الطالب لم يستوفي شروط الاقرار، إذ لا يعقل الأخذ باقرار صادر عن شخص عقيم. ومن بين الاشكالات المطروحة حول مدى اعتبار التقييد في سجلات الحالة المدنية اقراراً؟.

لقد ذهبت محكمة النقض¹ في هذا الصدد إلى أنه لا تتمتع تقييدات الحالة المدنية بأية حجية بشأن ثبوت النسب، وفي ذلك قرر بأن إقرار الزوج ببنوته الولد بتسجيله في دفتر الحالة المدنية يعتبر اقراراً غير صحيح لتصادمه مع ازدياد الولد قبل المدة المعتبرة شرعاً، وفي نفس الإتجاه صدر قرار آخر عن محكمة النقض² اعتبرت فيه أن التقييد بالحالة المدنية بمقتضى حكم حائز لقوة الأمر المقضي حجية على ثبوت تاريخ الازدياد فقط.

ومن بين الاشكالات التي يطرحها الموضوع حول موقع البصمة الوراثية من الاقرار، فأيهما يقدم عن الآخر في إثبات النسب؟.

يجيب الأستاذ خليفة علي الكعبي³ على هذا السؤال بقوله بأنه بالإطلاع على مؤلفات العلماء المعاصرين فيما يخص البصمة الوراثية، يثبت أنهم مجمعون على تقديم الاقرار على البصمة الوراثية باعتباره -أي الإقرار- حجة شرعية تدين المعترف على نفسه بما عليه أو في ذمته من حقوق، ومن ثم فإن إقرار الأب ببنوة ابنه يغني عن اللجوء إلى الخبرة الطبية ما لم يكن هناك نزاع كما لو انكرت الأم

1 قرار المجلس الأعلى عدد في الملف عدد 1045 في الملف عدد 87/6355 صادر بتاريخ 1997/9/10 أورده

عبد القادر لطفي: م س، ص 61

2. قرار المجلس الأعلى عدد 41 في الملف الشرعي رقم 2005/1/2/535 بتاريخ 2006/1/18 أورده عبد

القادر لطفي: م س، ص 241

3. خليفة علي الكعبي: البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة

الجديدة للنشر الاسكندرية طبعة 2004 ص 135

ذلك، إذ في هذه الحالة يمكن اللجوء إلى الخبرة لتأكيد إقرار الأب المقر أو تصديق الأم المنكرة لذلك.

وهناك وسيلة ثالثة لإثبات النسب وهي البينة الشرعية، سواء كانت شهادة عدلين أو بينة سماع¹ وقد نصت عليها مدونة الأسرة في المادة 158 وكرسها القضاء حيث ذهبت ابتدائية البيضاء² إلى أن الشريعة الإسلامية توجب التحري في إثبات النسب وذلك إما بالفراش أو بالإقرار أو بشهادة عدلية أو بينة السماع بأنه ولد على فراشه، علما أن البينة ليست وسيلة مستقلة ولكنها لا تنصرف إلا إلى إثبات السبب الحقيقي للنسب وهو الفراش³.

وإذا كان المشرع المغربي قد نظم القواعد الموضوعية للشهادة في قانون الالتزامات والعقود⁴ ونظم الاجراءات المسطرية الخاصة بها في قانون المسطرة المدنية⁵، ففيما يخص إثبات النسب عن طريق الشهادة بالخصوص إنما يتمثل مرجعه في فقه الإمام مالك⁶ على ما يتضح من الاحالة المضمنة في المادة 400 من

¹. يقصد بشهادة السماع من الناحية الفقهية إخبار الشاهد أمام القضاء أنه قد سمع سماعا فاشيا أن واقعة ما قد تحققت، وفي مجالنا الخاص هذا أن يشهد أنه قد سمع سماعا فاشيا أن فلانا ابن فلان أو أن فلانا أب لفلان. وإذا كانت شهادة السماع كافية لإثبات النسب فقد إشتراط الفقه المالكي لصحتها وبالتالي ترتيب أثارها خمسة شروط أساسية أولها الاستفاضة (أي أن يكون من نقلت عنه الشهادة غير معين ولا محصور العدد) وثانيتها السلامة من الريبة (أي الاحتراز من غلط الشاهد أو كذبه أو سهوه) وثالثتها أداء اليمين تزكية لها ورابعا طول الزمن وأخيرا ألا يتعلق الأمر بنقل شهادة (أي ألا يسمي الشهود المسموع منهم وإلا كان نقل شهادة فلا تقبل إذا كان المنقول عنهم غير عدول) لتوسع أكثر راجع ميارة الفاسي: شرح على تحفة الحكام، مطبعة دار الفكر ص 85

2. حكم عدد 11317 في الملف الشرعي رقم 4422 صادر بتاريخ 1984/7/17 أورده الحسين البوعيسي: م س، ص 196

3. يوسف وهابي تحاليل البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب قراءة في مواقف القضاء والتشريع، مجلة الملف العدد الثامن مارس 2006 ص 21

4. الفصول من 443 إلى 448 من قانون الالتزامات والعقود

5. الفصول من 74 إلى 84 من قانون المسطرة المدنية

6. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني م س، ص 269

مدونة الأسرة، وتعتبر الشهادة حجة كافية في إثبات النسب¹ بل وتعتبر شهادة الشهود كوسيلة للإثبات في هذا المجال أقوى من الإقرار، فالشهادة حجة متعدية إلى الغير لأنه إذا تعارض الإقرار و الشهادة في دعوى النسب رجحت هذه الأخيرة على الإقرار²، وأساس ذلك القاعدة الفقهية التي تجعل البيئة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة³، وبالتالي فلو كان هناك ولد ليس له نسب معروف فأخذه رجل وادعى نسبه وتوفرت شروط الإقرار السابقة و ثبت نسبه بذلك الإقرار، فلو جاء رجل آخر وادعى نسبه وأقام بيئة صحيحة على أنه ابنه كان أحق به من المقر، لأن النسب وإن ثبت في الظاهر بالإقرار، إلا أنه غير مؤكد فإحتمل البطلان بالبيئة لأنها أقوى منه⁴.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن يتم استدعاء الشاهد إلى مجلس القضاء بالطرق القانونية ليؤكد ما رآه أو ما سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى بعد تأديته لليمين القانونية⁵، وسواء من الناحية الشرعية أو القانونية ليس هناك ما يمنع الشاهد من أن يكتفي -استثناء- بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف الدعوى لكي ينظر القاضي في مضمونها فيأخذ بها متى اطمأن ضميره إليها، ويستبعد ما متى تأكد له غير ذلك وكل ذلك يحتاج إلى تعليل مقنع⁶، علما أنه لا يصح للشاهد أن يشهد بنسب شخص إلى آخر حتى يحصل له بذلك العلم القاطع لا العلم الظني⁷.

1. محمد الكشور: م س، ص 269

2. محمد مصطفى شلي: م س، ص 705

3. احمد بن الشيخ محمد الزرق: شرح القواعد الفقهية، مطبعة دار القلم دمشق سوريا 1998 ص 395

4. محمد مصطفى شلي: م س ص 705

5. الفصل 74 من قانون المسطرة المدنية

6. محمد الكشور م س، ص 271

7. ابن فرحون: تبصرة الأحكام في أصول الأفضية ومناهج الاحكام المكتبة العامرية بمصر 1031 السنة

تجدد الإشارة إلى أنه سواء تعلق الأمر بإثبات النسب بواسطة الشهادة أو بواسطة بيئة السماع، فقد جرى العمل على الاستعانة بالإثبات عن طريق اللفيف، أي أن يأتي المشهود له باثنى عشر رجلا على حسب شهادتهم ويضع أسماءهم عقب تاريخه ثم يكتب رسما آخر أسفل الرسم نفسه ثم يضع عدلان امضاءهما في أسفل الرسم الثاني¹، تقبل شهادة اللفيف في إثبات النسب عموما لأنها ما جرى به العمل في مذهب الامام مالك².

وإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية الملقاة لم تكن تتضمن أية إشارة صريحة إلى الاعتماد على الخبرة الطبية لإثبات أو نفي النسب، خصوصا في جانبها المعتمد على الهندسة الوراثية والذي اثبتت نجاعتها في الوقت المعاصر، وبالمقابل لم تكن نصوصها تتضمن أية إشارة إلى إستبعادها بل إن بعض الفقه³ ذهب إلى أنه يجب تفسير عبارة الوسائل المقرر شرعا الواردة في الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية تفسيرا واسعا، من شأنه أن يستوعب كل الوسائل المقررة في الإثبات ومنها الخبرة الطبية التي اعتمدها المشرع في مدونة الأسرة، وبالتالي فأيهما يرجح في حالة تنازعها مع الوسائل التقليدية؟.

تجدد الإشارة إلى أنه بصدور مدونة الأسرة نصت صراحة على اعتماد وسيلة إثبات أخرى يمكن اللجوء إليها لإثبات أو نفي النسب ويتعلق الأمر

1 عمر بن عبد الكريم الجيدي: اثر القاضي عياض في فقه العمليات، مجلة ندوة الامام مالك العدد الثالث ص 497

2. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة الجزء الثاني، م س، ص 274

3. استاذنا ادريس الفاخوري: نفي وإثبات النسب بالتحاليل الطبية، مجلة رسالة الدفاع العدد الثالث السنة 2002 ص 37

محمد الكشيبور: الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الخامسة 2003 ص 565

بالخبرة الطبية¹، والتي يقصد منها الاستشارة الفنية التي يستعين القاضي بها في مجال الإثبات لمساعدته في المسائل الفنية التي لا علاقة لها بالقانون وتحتاج إلى دراية علمية².

والخبرة الطبية تعتبر وسيلة قطعية في مجال إثبات نفي النسب، وذلك عن طريق إجراء فحص للحمض النووي الذي يحمل صفات وراثية خاصة بكل فرد والتي تظل ملازمة له مدى الحياة³، إذ أصبح فحص البصمة الوراثية دليلاً مؤكداً على إثبات البنوة ونفيها بطريقة لا تقبل الشك، علماً أن القضاء المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية المملوغة كان يستبعد الأخذ بالخبرة الطبية كوسيلة لإثبات النسب ونفيه، ولعل ذلك راجع إلى التفسير الضيق لنصوص مدونة الأحوال الشخصية خصوصاً عبارة "الوسائل المقرر شرعاً"⁴ حيث جاء في قرار لمحكمة النقض⁵ على أنه "يلجأ إلى التحليل الطبي لمعرفة ما في الرحم علة أو حملاً إذا بقيت الريبة في الحمل بعد انقضاء السنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ولا يلجأ

1. عرف هذا الموضوع من الناحية العلمية تطوراً ملحوظاً. فقد استقر في البداية على أن فحص الدم قد يعطي نتائج صحيحة تفيد في الحصول على نفي قاطع للنسب لكنها لا تفيد في الحصول على إثبات مؤكد. محمد محمد أبو زيد: م س ص 223. وذلك لأن دم الإنسان يتنوع إلى فصائل، وأن لكل فصيلة خصائصها المحددة وبالتالي فإن الزوج قد يكون الأب الحقيقي وقد لا يكون، ذلك أن الفصيلة الواحدة قد يشترك فيها أناس كثيرون يحتمل أن يكون المدعي عليه أحد منهم. لكن على إثر اكتشاف حمض معين في جسم الإنسان أمكن في ذات الوقت اكتشاف جزء معين في تركيب هذا الحمض، ويتميز هذا الجزء بأنه يحمل الصفات الوراثية الخاصة بكل إنسان والتي تظل ملازمة له مدى حياته، ولقد سميت هذه الصفات بالبصمة الوراثية لأنه لا يتشابه أبداً فيها إنسان مع آخر. محمد محمد أبو زيد: م س ص 224

2. عبد الكريم يوسكسو: إثبات النسب بالخبرة الطبية في مدونة الأسرة الجديدة، م س ص 185

3. استاذنا ادريس الفاخوري: نفي وإثبات النسب بالتحليل الطبية مقارنة تشريعية وقضائية وفقهية، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون العدد 40 ص 57

4. الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية

5. قرار عدد 527 في الملف الاجتماعي عدد 91217 بتاريخ 15/9/1981 أورده الحسين البوعيسي: م س،

إلى هذه الوسيلة في نفي النسب" كما جاء في قرار¹ آخر أن "الاعتماد على دراسة الدم و تحليله لنفي نسب البنت عن المدعى عليه مخالفا لمقتضيات الفصل 76 من مدونة الأحوال الشخصية "

وهكذا لم يعد المشرع المغربي في إطار مدونة الأسرة يحيل في مجال الإثبات عموما وإثبات النسب على وجه الخصوص على أحكام الفقه الاسلامي أو على البيئة الشرعية كما كان الحال في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فهو كثيرا ما يشير إلى وسائل الإثبات عامة وفي مجال إثبات النسب بالخصوص، ثانيا فهو يشير كذلك إلى الخبرة أو إلى الخبرة القضائية علما أن المشرع لم يشير إلى البصمة الوراثية وإنما أشار من خلال نصوص المدونة إلى الخبرة الطبية، وهي من باب الكل الذي يتضمن الجزء².

ونتيجة لذلك ولتجاوز الإتجاه السلبي الذي كرسه القضاء المغربي جاءت مدونة الأسرة لتنص صراحة على الأخذ بالخبرة الطبية حيث نصت المادة 158 على أنه "يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو ببينة السماع و بكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية" كما نصت الفقرة الثانية من المادة 153 على أنه "يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تنفيذ القطع" و بهذا فإن مدونة الأسرة قد أخذت بالخبرة الطبية سواء في مجال إثبات النسب أو نفيه، غير أنه بالنسبة للنفي اشترطت ضرورة إدلاء المعني بالأمر بدلائل قوية على إدعائه، كأن يدلي بشواهد طبية تثبت عقمه أو بمحاضر

1. قرار عدد 658 في الملف التشريعي عدد 2003/2/556 صادر بجمعيع الغرف بتاريخ 2004/12/30 أورده ادريس بالمحجوب: قرارات المجلس الاعلى بغرفتين أو بجمعيع الغرف الجزء الثالث الطبعة الأولى مطبعة الامنية الرباط 2005 ص 223

2. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني م س، ص 310

للشرطة القضائية تفيد أن زوجته تتعاطى بكيفية اعتيادية للخيانة الزوجية أو يتأكد أن الغير اتصل بها عن طريق الشبهة أو يتضح للمحكمة أن أقل مدة الحمل أو اقصاها غير مضبوطة، وعليه ففي ظل غياب الدلائل القوية يمنع اللجوء إلى الخبرة لنفي النسب المستند إلى فراش صحيح ويبقى أن فكرة الدلائل القوية هذه مسألة واقع لا مسألة قانون، وإن كانت تحتاج إلى تعليل منضبط¹ بالإضافة إلى صدور أمر قضائي بهذه الخبرة².

ونتيجة لما قرره مدونة الأسرة أخذ القضاء المغربي بالخبرة الطبية كوسيلة لإثبات ونفي النسب وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض³ حيث جاء في قرار لها على أنه "كان على المحكمة أن تبحث بوسائل الإثبات المعتمدة شرعا ومنها الخبرة التي لا يوجد نص قانوني صريح يمنع المحكمة من الاستعانة بها" كما جاء في قرار آخر⁴ على أن "الفراش الصحيح حجة قاطعة على ثبوت النسب ولا يمكن نفيه إلا عن طريق اللعان أو الخبرة الطبية إذا توفرت شروطها"

إلا أن الاشكال المطروح في حالة التعارض بين الخبرة الطبية والوسائل التقليدية سواء فيما يتعلق بوسائل الإثبات أو النفي؟

فيما يخص وسائل الإثبات فإن تعارض الخبرة الطبية مع الفراش لم يستقر القضاء المغربي على رأي موحد فقد ذهبت محكمة النقض في قرار لها إلى تغليب الفراش على الخبرة الطبية⁵، في حين ذهب في حكم آخر إلى اعمال الخبرة الطبية

¹ محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني م س، ص 313/312

² المادة 153 من مدونة الأسرة

³ قرار عدد 150 صادر بغرفتين في الملف الشرعي 2003/1/2/215 بتاريخ 2005/3/9 أورده ادرس بالمحجوب: م س، 269

⁴ قرار عدد 4 في الملف رقم 2004/1/2/547 بتاريخ 2006/1/4 أورده محمد الكشيبور: م س، ص 306

⁵ قرار عدد 658 في الملف الشرعي عدد 2003/2/556 صادر بجميع الغرف بتاريخ 2004/12/30 سبقت الإشارة إليه

مع اختلال شروط الفراش¹، وهكذا يتبين أن القرار الأول لم يجانب الصواب إذ غلب الفراش على الخبرة الطبية رغم أن الزوج في هذه الدعوى قد أدلى بدلائل قوية تفيد إنعدام رابطة الدم بينه وبين البنت، أما فيما يخص الحكم الثاني فإن المحكمة اصدرت حكماً تمهيدياً بإجراء خبرة طبية رغم أن الولد مزاد خارج أمد الحمل، إذ في هذه الحالة نظن بأن المحكمة قد خالفت النص القانوني الذي يحصر أسباب لحقوق النسب في الفراش و الأقرار والشبهة، مما يعني أنها وقعت في خلط بين أسباب للحقوق و وسائل الإثبات، وبذلك فالمحكمة في هذه النازلة لم تكن في حاجة للجوء للخبرة الطبية مادام النسب غير لاحق أصلاً.

أما فيما يخص التعارض بين الخبرة مع الأقرار فقد قرر الفقه الإسلامي أنه لا يجوز الرجوع في الأقرار حيث جاء في جواهر الأكليل² أنه متى استلحق رجل ولد و أقرا له بنسبه وثبت هذا النسب وصح الأقرار فلا يملك المقر الرجوع فيه وهو ما سايره الاجتهاد القضائي حينما لم يعتد بالخبرة الطبية التي تفيد العقم لنفي النسب المقر به³، إلا أنه في هذه الحالة يجب تغليب الخبرة الطبية لأنها تدخل في إطار إحدى شروط الأقرار وهو ألا يكذب المستلحق عقل أو عادة. غير أنه في غياب الدلائل القوية التي يجب أن تبرزها المحكمة من خلال تعليلها فلا تقبل البصمة الوراثية لهدم الأقرار بالنسب⁴

1 . حكم عن قضاء الأسرة بابي الجعد عدد 6/33 في الملف رقم 5/2 بتاريخ 2006/2/16 وزارة العدل

مجلة قضاء الأسرة العدد 3 دجنبر 2006 ص 130

2 . صالح عبد السميع الأبى الأزهري: جواهر الأكليل، شرح مختصر العلامة خليل في مذهب الإمام مالك إمام دارالتنزيل، المجلد 2 دار الفكر بيروت ص 140

3 .قرار محكمة النقض عدد 492 في الملف الشرعي عدد 2005/1/2/293 صادر بتاريخ 2005/10/26

سبقت الإشارة إليه

4 . محمد الكشور : شرح مدونة الأسرة الجزء الثاني، م س، ص 318

وبالنسبة لتعارض الخبرة مع وسائل نفي النسب فإن ذلك يثار في حالة تعارضها مع اللعان وبشأن هذه الاشكالية يذهب الفقه¹ إلى أنه يمكن للقاضي إجراء الملائعة مع الاستجابة لطلب إجراء خبرة طبية، واعتبار أن الملائعة تعتبر إجراء للتفريق بين الزوجين وإجراء الخبرة لمعرفة ما إذا كان الزوج الملائع أباً للولد إذ أنه إذا جاءت نتيجة الخبرة لتؤكد نفي النسب فإنه في هذه الحالة لا يوجد أي إشكال حيث يتم التفريق بين المتلاعنين وينتفي النسب، أما في حالة ثبوت النسب بالخبرة فإنه يتم التفريق بين الزوجين كأثر من آثار اللعان، في حين ينسب الولد لأبيه بناء على ما افادت به الخبرة حيث لا لزوم بين اللعان ونفي النسب.²

وما تجدر الإشارة إليه أنه رغم القوة الثبوتية للخبرة في نفي النسب، فإنه لا يجب التفاضي عن مسطرة اللعان كمسطرة شرعية لها أثارها الخاصة، كما أن عدم اعمالها سيؤدي إلى تعطيل نص قطعي في كتاب الله³، بل أكثر من ذلك هناك من يرى⁴ أن الخبرة وسيلة احتياطية لا يمكن اللجوء إليها إلا في حالة عدم سلوك مسطرة اللعان، وهذا ما خالفه قسم قضاء الأسرة بالدار البيضاء⁵ حينما لجأت المحكمة إلى الخبرة الطبية ولم تقف على طلب اللعان، ولم تسلك مسطرته مادام المدعي قد أدلى بشواهد طبية صادرة عن عدة أطباء والذين أكدوا عقمه.

1. أستاذنا ادريس الفاخوري: م س، ص 73

محمد محمد ابو زيد: م س، ص 290

2. وفي هذا الاطار عرضت قضية على القضاء المصري تتعلق بنفي نسب بنت حيث تم اللعان بين الزوجين بناء على طلب الزوج، وبعد ذلك اجابت المحكمة الزوجة بإحالة الطفلة على الطب الشرعي الذي اثبت نسب البنت من الزوج، وعرضت القضية على دارالافتاء المصرية فقررت هذه الاخيرة ما يلي:

أ- يفرق بين الزوجين المتلاعنين بحيث لا يجتمعان أبداً

ب- يثبت نسب الطفلة إلى والدها الملائع.

قضية رقم 635 لسنة 1995 شمال القاهرة أورده محمد الكشيبور: م س، ص 315

3. خليفة الكعبي: م س، ص 300

4. محمد الكشيبور: شرح مدونة الأسرة الجزء الثاني، م س، ص 316

5. حكم رقم 06/95 في الملف عدد 4/3/623 بتاريخ 2006/1/3 مجلة قضاء الأسرة، العدد الثالث م س،

خاتمة

تأسيسا على كل ما سبق يتضح أن مدونة الأحوال الشخصية ومعها العمل القضائي الأسري، اختار لنفسه أسلوب التضييق من وسائل الإثبات، وذلك من خلال حصر هذه الأخيرة في الغالب الأعم في شهادة الشهود التي كانت تؤدي أما العدلين، رغم مخالفة ذلك للمقتضيات القانونية خاصة ما يتعلق بإثبات عقد الزواج والضرر الموجب للتطليق وكذا إثبات النسب، مقيدا بذلك بنصوص مدونة الأحوال الشخصية التي كانت تسعفه في اعتماد أي أسلوب يطمئن إليه ضمير القاضي.

وهذا الاتجاه السلبي، هو الذي دفع بالمشروع الاسري إلى اعتماد عبارات أكثر وضوحا عند صياغته لنصوص مدونة الأسرة، وذلك من خلال استعماله لعبارة سائر وسائل الإثبات في أكثر من موضوع فضلا عن منح المحكمة دورا ايجابيا في البحث والتحري عن الحقيقة.

كما أنه سمح بصفة صريحة للقضاء في اعتماد الخبرة الطبية في الإثبات، ولعل مسعى المشروع المغربي هذا لقي استجابة من طرف القضاء حيث أصبح ينهج إتجاه التوسيع و التسهيل في مجال الإثبات مع بعض الاستثناءات.

الزواج المختلط في العلاقات الدولية الخاصة

عبد المجيد المعروف
طالب باحث في سلك الدكتوراه
بكلية الحقوق بوجدة

مقدمة :

يعرف الزواج بصفة عامة على أنه ارتباط بين رجل وامرأة يحكمه القانون ويرتب عليه آثارا معينة تختلف باختلاف نظام الزواج من دولة إلى أخرى، إلا أن الزواج المختلط يتميز عن هذا التعريف بكونه يعتبر رابطة تنعقد بين شخصين ينتميان إلى جنسيتين مختلفتين، وهذا الاختلاف قد يكون معاصرا للزواج وقد يطرأ في مرحلة لاحقة له كما لو اتحدت جنسية الزوجين عند إبرام عقد الزواج ثم اكتسب احدهما بعد ذلك جنسية أخرى، ويعتبر الزواج المختلط وسيلة ومعيارا تقليديا لإدماج المهاجر في المجتمع الأجنبي، قد يؤدي إلى الذوبان في هذا المجتمع واستيعاب كل تقاليده وقيمه بمزاياها ومساوئها¹، "والزواج المختلط قد تترتب عليه آثار هامة بالنسبة لجنسية كل من الزوجين إذ قد يكون سببا لاكتساب الجنسية كما قد يؤدي إلى زوالها. فإذا تزوجت الوطنية من أجنبي مثلا فإن هذا الزواج قد يؤدي إلى زوال جنسيتها بل إن جنسية المرأة الوطنية قد تزول عنها رغم

¹ وزارة العدل، مجلة قضاء الأسرة العدد الأول 2005 ص 120.

زواجها من وطني وذلك في حالة ما إذا اكتسب هذا الأخير جنسية دولة أجنبية بعد انعقاد الزواج، هذا فضلا عن الظواهر الاجتماعية المتزايدة من حين لآخر . فالإنفتاح وفتح الحدود على مصراعيها بين الدول قد ساهم إلى حد كبير في استفحال الظاهرة و إن كانت قد ظهرت لها مؤخرا أسباب إضافية أخرى، من ورائها الفقر والجهل اللذان يرميان بالشباب إلى السقوط في أحضان أية امرأة أجنبية¹.

إن للزواج المختلط مشاكل متعددة خصوصا إذا كان مبنيا على مصالح محددة إذ سرعان ما يكشف عن ضعف هذه البنية وهشاشتها، فقد ينتهي في أغلب الأحيان إلى الإنقضاء أو الإنحلال، وما ينتج عنه من آثار قانونية على الصعيد العائلي بين الأسرة، كمصير الأبناء وخصوصا حضانتهم التي تنشئ الكثير من المشاكل والتداعيات ومدى تمتع الأبناء بجنسية الأب أم بجنسية الأم. إضافة إلى الأموال المكتسبة بين الزوجين في حالة انتهاء الرابطة الزوجية، كما قد تثار مسألة تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة القانونية والتي تتعلق بعلاقة دولية خاصة أي علاقة ذات عنصر أجنبي (الزوج أو الزوجة) وكيف يتصور تطبيق أكثر من قانون وتزاحم القوانين الممكن تطبيقها على هذا النحو، لأجل ذلك فإن الأمر يتطلب فض مظاهر التنازع هذه عن طريق اختيار أكثر القوانين المتزاحمة مناسبة لحل النزاع المطروح بين الزوج والزوجة والكشف عن النزعة الوطنية للقاضي المختص في النزاع.

والزواج بهذا الشكل قد يكون زواجا حقيقيا بحيث إن الطرفين - الزوج والزوجة - يسعيان من ورائه إلى تكوين أسرة يتحملان المسؤولية كاملة داخلها على

¹ الدكتور محمد الكبشور ، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، الطبعة الرابعة 1999 ، ص 75

الوجه المطلوب شرعا وقد يكون زواجا صوريا أو كما يطلق عليه الزواج الأبيض والغاية من عقده الحصول على وثائق إدارية تؤهل الزوج بالخصوص في هذا الزواج الى تسوية وضعيته القانونية في البلد الأجنبي¹.

ونشير إلى ان هذا الزواج حسب جمهور الفقهاء هو صحيح من الناحية الشرعية بدليل قوله تعالى "والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ..."².

وإذا كان الزواج المختلط وسيلة للهجرة من بلد الى آخر بكيفية قانونية فهو ناتج عن رغبة المغاربة في الإستقرار في أوربا³ مما يفسح المجال أمام تطور العلاقات بين البلدان المطلة على حوض البحر الأبيض المتوسط أي ما يطلق عليها الأورو متوسطية أو توترها خاصة في ظل الهجرة غير الشرعية نحو هذه البلدان وكذلك الطابع الإسلامي الذي يطبع هذه المجتمعات في ظل ما يوصف بمحاربة الإرهاب او مكافحته، فهذه العوامل لم تمنع الشباب المغربي من التوق أو السعي الى الخروج من أتون الأوضاع الإقتصادية والإجتماعية التي يعيشونها داخل بلدانهم، والسعي إلى حياة أفضل على حد زعمهم بغض النظر عن إختلاف هوية المجتمعات فلا غرابة في أن يندفع شباب هذه المجتمعات تحت وطأة الوضع المزري من جهة وتحسين وضعيته من جهة أخرى الى الزواج من أجنبية لا تمت لدينه ولهويته الشخصية أو لمجتمعه بصلة.

لكن من الغريب أن هذه الظاهرة أضحت تشكل في الوقت الحاضر سلوكا مقبولا داخل كل المجتمعات المغربية التي استحوذ اليأس على أغلب شبابها

¹ محمد الكبشور م. س ص 75 .

² سورة المائدة الآية 5.

³ د. محمد نظيف، المجلة المغربية للدراسات الدولية عدجد خاص ، أكتوبر 2003 ص 104.

الذين وجدوا أنفسهم مضطرين للإرتقاء في أحضان الدول الأوروبية للتخفيف من حدة الفقر والتخلف الذي يعيشون فيه مهما كان الثمن، مقبلين على هذا النوع من الزواج لتسوية أوضاعهم داخل البلدان الأوروبية .

وعليه ولدراسة هذه الإشكالية وغيرها ارتأينا تناول الموضوع من خلال
الوجهة التالية :

المبحث الأول : الأحكام العامة للزواج المختلط في القانون الدولي الخاص .
المبحث الثاني : تداعيات الزواج المختلط في العلاقات الدولية الخاصة .

المبحث الأول : الأحكام العامة للزواج المختلط في القانون الدولي الخاص .
يشكل الزواج المختلط مادة دسمة لتنازع القوانين وذلك لاختلاف قواعده من بلد لآخر، و أيضا من مجتمع لآخر وغالبا ما تتجه تشريعات الدول إلى وضع قواعد إسناد يتم اللجوء إليها لتمييز شروطه الموضوعية والشكلية (المطلب الأول). إلى جانب ذلك، عالجت مجموعة من القوانين والاتفاقيات الدولية هذا الموضوع وسعت إلى تأطيره تأطيرا محكما نظرا لارتباطه بالنظام العام لكل دولة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : كيفية انعقاد الزواج المختلط
لابد لانعقاد الزواج المختلط من توافر شروط جوهرية لا تقوم للزواج قائمة بدونها (الفقرة الأولى) و أخرى شكلية تختلف باختلاف التشريعات المنظمة (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : الشروط الموضوعية للزواج المختلط :

أخضعت المادة 08 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب الشروط الموضوعية للزواج المختلط لقانون كل من الزوجين، حيث تنص على أنه : " يخضع الحق في إبرام الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين"، مما يعني أن الزواج المبرم

بين طرف مغربي وآخر أجنبي لا يكون صحيحا في المغرب إلا إذا كان مطابقا لمقتضيات القانونين معا أي المغربي والأجنبي، وينتج عن ذلك أن الزواج المبرم بين رجل مغربي مسلم متزوج بامرأة سابقة لم يطلقها بامرأة فرنسية لا يعتبر صحيحا لأن قانون هذه المرأة لا يسمح لها بأن تتزوج بشخص مازال مرتبنا برابطة زوجية سابقة، ونفس الشيء ينطبق على زواج الفرنسي غير اليهودي بامرأة مغربية يهودية، حيث يعتبر الزواج باطلا، لأن النظام العام الداخلي للزوجة المغربية لا يسمح به، وهو ما سارت عليه محكمة الاستئناف بالرباط، حيث جعلت الزواج المبرم بين زوج مغربي وامرأة أجنبية في بلاد أجنبية بالصيغة المدنية فقط باطلا، وذلك لخرقه قانون الحالة الشخصية وبالتالي خرقه للنظام العام الداخلي بالمغرب، حيث جاء في إحدى حيثيات قرار هذه المحكمة : "....حيث إن كل خرق لقانون الحالة الشخصية يعد خرقا للنظام العام الداخلي ينتج عن ذلك أن الزواج المبرم في بلاد أجنبية بكيفية مخالفة لقانون الحالة الشخصية للطرف المغربي باطل..."¹.

وهنا نستدرك لنلفت الانتباه إلى أن ظهير 04 مارس 1960 المنظم للزواج المختلط قد جاء بأحكام مغايرة، حيث ينظر الى صحة الزواج من منظار مطابقته لقانون الزوج المغربي دون الإكتراث بالقانون الاجنبي، وبذلك يعتبر الزواج صحيحا للزوجين معا².

ويبدو أن المشرع المصري قد سار على نهج ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب و إن أورد زيادة عليه، من حيث الاعتماد على قاعدة إسناد، وهو ما أكدته المادة 12 من القانون المدني المصري التي

¹ قرار صادر عن محكمة الإستئناف بالرباط، الغرفة الأولى، بتاريخ 18 مايو 1962، قرار غير منشور أشار إليه الأستاذ محمد الشافعي في كتابه الاجانب بالمغرب، الجزء الاول، طبعة 2006، المطبعة والوراقة الوطنية، الصفحة 122.

² سوسي عبود، الوجيز في القانون الدجولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي - البيضاء - الطبعة الاولى 1994، الصفحة 240.

تنص على أنه "يرجع في الشروط الموضوعية بصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين".

ونقصد عموما بالشروط الموضوعية للزواج الأهلية والرضى والولي، وهو ما ذهب إليه المشرع المصري، بل وعمد إلى توسيع شروط الزواج لتعم أحكام الشريعة المسيحية واليهودية فضلا عن أحكام الشريعة الإسلامية¹.

بيد أن بعض التشريعات سارت على هدي مخالف لما ذهب إليه المشرع المصري، حيث أكدت مدونة الأسرة في مادتها 25 على حق المرأة الرشيدة في أن تزوج نفسها بنفسها دون حضور وليها، وهو نفس الطرح الذي تبناه المشرع التونسي في الفصل 03 من المجلة التونسية والذي جاء فيه: "لا ينعقد الزواج إلا برضى الزوجين"، وهو ما يدل على حق الزوج والزوجة في إبرام عقد الزواج بأنفسهما.

وهو ما أكدته الفصل 09 أيضا من المجلة التونسية حيث جاء فيه: "أن للزوج والزوجة ان يتوليا زواجهما بأنفسهما...".

ومن خلال الفصول السابقة يظهر أن المشرع التونسي والمغربي سعيا إلى تسوية وضعية الرجل والمرأة عند إبرام الزواج وذلك بشكل يتوافق مع مقتضيات الإتفاقيات الدولية والسياسات التشريعية للدول الأوروبية.

ودائما ونحن بصدد الشروط الموضوعية نشير إلى أنه قد ثار جدل فقهي وصل حد الخلاف وذلك فيما يتعلق بالشهادة، هل تعتبر شرطا موضوعيا أو شكليا لعقد الزواج، وهنا قطع المالكية الشك باليقين حين أجازوا صحة عقد الزواج بدون الشهادة، وهو ما يدل على اعتبار هذه الأخيرة من الشروط الشكلية، ونحن بدورنا نشاطر رأي الأستاذ إبراهيم أحمد إبراهيم حين أقر أن الاصل في العقود هو

¹ إبراهيم احمد إبراهيم، المجلة المغربية للدراسات الدولية، عدد خاص، أكتوبر 2003، الصفحة 43.

الرضائية وأن لزوم الشهادة من باب الإشهار، وإعلام الناس علاوة على أن الشريعة الإسلامية ليست هي الشريعة الوحيدة التي تطبق في مسائل الزواج المختلط¹.

الفقرة الثانية: الشروط الشكلية للزواج المختلط:

يقصد بالشروط الشكلية ذلك الشكل الذي يجب اتباعه لصحة الزواج، بمعنى آخر تلك الإجراءات التي ينبغي اتباعها لإثبات عقد الزواج وإشهاره أو إعلانه.

ففي المغرب اشترط ظهير 04 مارس 1960 أن يتم الزواج المختلط أمام ضابط الحالة المدنية على أن المادة الثانية من هذا الظهير تحث على انعقاد النكاح في مثل هذه الاحوال بعد الإشهاد به طبقا لما هو منصوص عليه في مدونة الاحوال الشخصية.

وقد اعتبر منشور لوزارة العدل² أن الهدف من هذا الظهير هو: منح الإذن بصفة قانونية لضباط الحالة المدنية بعقد الزواج المختلط وتصحيح الانكحة السابقة المعقودة على يد ضابط الحالة المدنية اذا كانت مطابقة للشروط المنصوص عليها في مدونة الاحوال الشخصية، وفي حالة ما إذا كانت تلك الانكحة غير ممنوعة في قانون الزواج المغربي فإنها تعتبر صحيحة³.

وتجدر الإشارة هنا الى أن الزوجين يكون لهما الإختيار بين شكلين من أشكال الزواج، يكون أحدهما إلزامي والآخر اختياري، فالأول هو الذي يتم حسب بنود مدونة الأسرة المطبقة على الزوج المغربي - بمعنى آخر الزواج الشرعي أو

¹ إبراهيم احمدج إبراهيم، المرجع السابق، الصفحة 43.

² منشور لوزارة العدل عدد 12 160 الصادر بتاريخ 28 أبريل 1960، أشار إليه الدكتور محمد الشافعي، المرجع السابق، الصفحة 143 و 144.

³ خالد البرجاوي، القانون الدولي الخاص في مادة الاحوال الشخصية، دراسة تطبيقية مقارنة في الروابط الدولية الخاصة للمغاربة، الطبعة الأولى، طبع ونشر دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط 2001 ص 188.

العبري - وهو شكل يعتبر صحيحا بالنسبة للقانون المغربي، أما الشكل الإختياري فهو الذي يتم لدى ضابط الحالة المدنية وهو ما يستفاد من الفصل الأول من ظهير 04 مارس 1960¹.

وفي نفس السياق أكد المنشور عدد 95/6 الصادر بتاريخ 13 يوليوز 1995 على ضرورة الحصول على إذن من الوكلاء العامين للملك في كل حالات الزواج المختلط التي يكون أحد أطرافها مغربيا، وقد عدد هذا المنشور الوثائق التي ينبغي الإدلاء بها للحصول على الاذن بالزواج المختلط وهي :

- ❖ نسخة من عقد الولادة بالنسبة لكلا الخاطبين مطابقة لحالتهما المدنية.
- ❖ نسخة طبق الأصل من عقد اعتناق الإسلام، أو ما يفيد أن الطرف الأجنبي أسلم، أو أن المرأة المراد الإرتباط بها كتابية إن لم تكن مسلمة .
- ❖ نسخة من موافقة ولي المخطوبة على إقامة عقد الزواج، إذا كانت المخطوبة دون سن الرشد.
- ❖ نسخة من عقد الزواج أو الطلاق، أو حكم نهائي بالتطليق، إن تعلق الأمر بزواج سابق .

❖ شهادة الكفالة في الزواج تتضمن البيانات المنصوص عليها في المنشور رقم 229²، أو شهادة الموافقة على إقامة ثبوت الزوجية عند الإقتضاء وذلك بالنسبة للطرف الاجنبي تسلم من سفارة أو قنصلية بلده بالمغرب³.

أما في مصر فالمرجع هناك ميمز ما بين إبرام عقد الزواج داخل التراب المصري وبين إبرامه خارج مصر، ففي الحالة الاولى إما أن يتم إبرام عقد الزواج أمام

¹ موسى عبود، المرجع السابق، الصفحة 242.

² منشور صادر عن وزارة العدل، عدد 229 بتاريخ 8 أبريل 1982، أشار اليه الدكتور محمد الشافعي.

المرجع السابق، الصفحة 150 و 154.

³ منشور الوزارة رقم 854 بتاريخ 17 ماي 1979، أشار الدكتور محمد الشافعي، م.س، ص 147، 148.

مأذونين شرعيين اذا تعلق الأمر بزواج المسلمين وذلك وفقا للمادة 11 من لائحة المأذونين الصادرة في يناير 1955 التي تنص على أنه " لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد الزواج اذا كان أحد الطرفين فيه غير مسلم أو أجنبي الجنسية ". وهو ما أبقى عليه المشرع في قانون 629 لسنة 1955 لما فيه من التيسير والقرب من المواطنين، أما المصريين غير المسلمين فيتم توثيق عقود زواجهم لدى موثقتين منتدبين وذلك شرط اتحادهم في الطائفة والملة، وبالنسبة للأجانب غير المسلمين وغير المتحدين في الطائفة والملة فتتولى مكاتب التوثيق إثبات عقود زواجهم، وهذا النوع من أشكال الزواج يمكن الاحتجاج به داخل مصر¹.

أما إبرام الزواج خارج التراب المصري فيمكن للمصريين أن يتزوجوا في الخارج وفق الشكل المقرر في قانون محل إبرام العقد وذلك شريطة أمرين:

1- احترام الشريعة الاسلامية في هذا الزواج، وذلك في حالة ما إذا كان الزوجين مسلمين أو الزوج مسلما، أما إذا كان هذا الزواج خارجا عن دائرة الشريعة الاسلامية فإنه يعتبر باطلا وفقا لأحكام هذه الأخيرة، أما بالنسبة للمسلمين المصريين فيجوز لهم إبرام عقد زواجهم في الشكل المحلي حتى ولو لم تتوفر فيه الشروط الإسلامية.

2- يمنع على المسلمين الزواج في غير الشكل الديني الإسلامي، ويمكن لهؤلاء المسلمين الزواج في الشكل المدني بمعنى عدم اتباع أي طقوس أو إجراءات دينية وذلك طالما توافر في هذا الشكل الأمر الأول، أما غير المسلمين من المصريين طبعا فيمكنهم اتباع الشكل المقرر في بلد محل الإبرام².

¹ ابراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، الصفحة 50.

² ابراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، الصفحة 51.

وفي ليبيا تم التنصيص على بعض الإجراءات المتعلقة بزواج الأجانب بأطراف لبيين فيها، وهكذا نصت المادتان 1 و 2 من القانون رقم 15 لسنة 1984 على منع زواج الليبيين بالأجانب ما عدا في الأحوال المسموح بها من قبل اللجنة الشعبية العامة للأمن الخارجي أما زواج الليبيين بالعرب عامة فهو جائز بشرط الحصول على إذن من اللجنة الشعبية للضمان الاجتماعي في البلدية التي يقيم في دائرتها طالب الإذن وهو ما نصت عليه المادة 03 من القانون أعلاه¹.

وعلاوة على ذلك فقوانين كل من الجزائر (المادة 22 من قانون الأسرة والمادة 72 من الحالة المدنية) تنص على ضرورة تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية لإثباته، بل تعاقب بعض الدول المغاربية على مخالفته كتونس مثلاً التي تفرض غرامة مالية بالنسبة للعدول الذين تم الزواج أمامهم (الفصل 33 من المجلة التونسية) ولعقوبة سجنية بالنسبة للزوجين (الفصل 36 من المجلة).

وأخيراً نشير إلى أن الزواج المختلط في فرنسا يتم أمام ضابط الحالة المدنية المختص طبقاً للقانون الفرنسي وهو ما تؤكدته المواد من 165 إلى 171 من القانون المدني الفرنسي - نقصد هنا بالزواج المختلط، الزواج الذي يكون أحد طرفيه مغربياً والآخر فرنسياً، ويسجل هذا الزواج لإضفاء الشرعية تجاه القانون المغربي من طرف الموظفين القنصليين المغاربة المختصين وذلك بعد التثبت من إقامته².

¹ خالد البرجاوي، المرجع السابق، الصفحة 192.

² محمد الكشور، المجلة المغربية للدراسات الدولية، عدد خاص من أكتوبر 2003، ص 81.

المطلب الثاني : الزواج المختلط بين القوانين المنظمة والاتفاقيات الدولية ذات الصلة :

بالموازاة مع واقع تعقيد إجراءات الزواج المختلط وتشابك مساطره عمدت مجموعة من التشريعات الى وضع آليات قانونية لتأطير هذا الموضوع، الذي بلغ حدا من التعقيد وصل إلى الهلامية، ولم يقتصر الأمر على سن القوانين فقط، وإنما أصبحت الدول تنتهج منهجا آخر هو الانضمام الى الاتفاقيات الدولية المنظمة لهذا الموضوع، وعليه سوف نحاول ملامسة جوانب هذا الموضوع على ضوء القوانين المنظمة له (الفقرة الأولى) والاتفاقيات ذات الصلة به (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : القوانين المنظمة للزواج المختلط :

كما سبقت الإشارة إلى ذلك فقد نظم ظهير 12 غشت 1913 في مادته الثامنة الزواج المختلط حيث نص فيها على أن إبرام الزواج يتم طبقا للقانون الوطني لكل من الزوجين، في حين ذهب ظهير 24 أبريل 1959 (ذو طبيعة مسطرية) إلى إسناد الإختصاص في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين سواء كانوا مغاربة أو أجانب إلى المحاكم الشرعية، ومن ثم كان القاضي الشرعي لا يطبق إلا مقتضيات الشريعة الإسلامية¹، وتبعاً لذلك كانت الأحوال الشخصية للأجنبي خاضعة هي الأخرى للشريعة الإسلامية، وبهذه الكيفية أصبح الزواج المختلط خاضعاً للشريعة الإسلامية متى كان الطرف الأجنبي مسلماً وذلك بصرف النظر عن القانون الوطني لذلك الأجنبي².

إلا أن أهم ما استقر عليه التشريع المنظم للزواج المختلط في المغرب هو ظهير 04 مارس 1960 الذي يذهب إلى ضرورة احترام المبادئ الدينية المستقرة،

¹ الحسين بلحساني الموجز في القانون الدولي الخاص المغربي، مطبعة الجسور وحده، طبعة 2006. الصفحة 132.

² موسى عبود، المرجع السابق، ص: 239.

ومن ثم يمنع بكيفية مطلقة إبرام عقد زواج مغربية مسلمة بأجنبي غير مسلم مثلا، وعليه فالمبادئ الدينية هي الفيصل في الزواج المختلط حسب هذا الظهير، كما يؤكد هذا الأخير على ضرورة إبرام عقد الزواج المختلط أمام العدلين المنتصبين للإشهاد، أو أمام ضابط الحالة المدنية حسب اختيار الزوجين، علاوة على تأكيد هذا الظهير على صحة الزواج المختلط الذي تم قبل صدوره - أي قبل 4 مارس 1960 - وروعت بشأنه الأحكام الشرعية المتضمنة في مدونة الأحوال الشخصية الخاصة بالزوج المغربي بالخصوص¹.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه - وحسب هذا الظهير - فإن الزواج الذي تم طبقا لقانون الأحوال الشخصية لا ينظر فيه إلى مقتضيات القانون الوطني للأجنبي وإنما يعتد بقانون الأحوال الشخصية نفسه، ومن ثم فالزواج إما أن يكون زواجا شرعيا أو زواجا عبريا، ففي الحالة الأولى يجوز للرجل المسلم أن يتزوج الكتابية، وفي الحالة الثانية لا يجوز للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم، أما في الزواج العبري فإنه يمنع على الذكر أو الأنثى إذا كان يهوديا أن يتزوج بشخص من غير دينه، وعليه لا يمكن للحبر اليهودي إبرام زواج من هذا النوع.

ولا يفوتنا في الأخير أن نشير إلى أن هذا الظهير وسع من دائرة شروط قانون الأحوال الشخصية المطبقة على الزوج المغربي لتشمل أيضا الزواج لدى ضابط الحالة المدنية، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل الثاني من الظهير².

¹ محمد الكبشور، المرجع السابق، ص 78.

² موسى عبود، المرجع السابق، ص 241.

الفقرة الثانية، الزواج المختلط على ضوء الإتفاقيات الدولية ذات الصلة :

تتعدد الإتفاقيات المنظمة لموضوع الزواج المختلط وتختلف، حيث تعالج كل واحدة منها على حدة موضوعا يرتبط بالزواج المختلط، أو تابعا له، وسوف نعرض لهذه الإتفاقيات بإسهاب وتفصيل على الشكل التالي :

أولا = الإتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981 :

أبرمت المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية اتفاقية دولية تتعلق أساسا بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي في 10 غشت 1981 بمدينة الرباط، وقد صادق المغرب على هذه الإتفاقية بظهير صادر في 14 نوفمبر 1986 في حين صادقت عليها فرنسا قبل ذلك بمقتضى قانون 10 يونيو 1982 ودخلت حيز التنفيذ في 13 مايو 1983.

وقد هدفت هذه الاتفاقية الى حل بعض المشاكل التي ظهرت مؤخرا بحكم التقارب والتداخل الحضاري كحالة الإنفصال الجسماني والتفريق البدني، والأخذ بنظام الزواج المدني، وهو ما نص عليه الفصل 12 من الاتفاقية المذكورة، في حين نص الفصل السادس على أنه: "ينعقد الزواج بين مغربي وفرنسية فوق التراب الفرنسي أمام ضابط الحالة المدنية المختص طبقا للقانون الفرنسي "

وأمام هذين الفصلين يتضح أن القانون المرجح هو قانون الأحوال الشخصية للزوجة الأجنبية وذلك على حساب قانون الزوج المغربي، وهنا يرى بعض الفقه المغربي بأن السبيل للخروج من هذه الجدلية وتلافي هذا التشابك هو اعتماد الآية الكريمة " واهجروهن في المضاجع"¹، لأن هذا الوضع يخلق تعارضا بين النظام العام المغربي والنظام العام الفرنسي، وذلك بالرجوع الى الأصل بمعنى أن يكون الطلاق بيد الزوج الذي يستعمله دون تعسف وفي المقابل يكون للزوجة حق طلب التطبيق

¹ سورة النساء الآية 34.

للضرب، علاوة على ذلك فالإجتهد القضائي المغربي قد قرر ترتيب الآثار المدنية للزواج الواقع بالنسبة للأبناء في حالة وجود موانع شرعية كزواج يهودية بمسيحي فمثل هذا الزواج يعتبر زواجا باطلا لتنافيه مع الشريعة العبرية وتناقضه مع النظام العام المغربي، لأن الديانة العبرية لا تجيز لليهودية أن تتزوج بشخص من غير ديانتها، وتعتبر ذلك زنى محضا والأولاد "أولاد سفاح" وعليه لا تتمتع الزوجة بأي حق من حقوق الزوجات على أزواجهن¹، ولا تتحول هذه العلاقة إلى علاقة مشروعة رغم ادعاء الزوجة اعتناق الديانة المسيحية، وهذا ما أكدته المحكمة الإقليمية (الابتدائية حاليا) بالدار البيضاء بحكمها الصادر بتاريخ 13 يناير 1970 حيث جاء في إحدى حيثيات هذا الحكم " ... حيث ان المدعي التجأ إلى القضاء بهذه الدعوى ليقرر بطلان عقد الزواج المبرم بينه وبين المدعى عليها استنادا الى قانون هذا الأخيرة الشخصي الذي يعتبر هذا الزواج باطلا، لكونه لم يسبقه زواج ديني، كما أن ديانتها لا تجيز لها أن تتزوج شخصا من غير الديانة اليهودية²." لذلك حكمت هذه المحكمة بعدم شرعية عقد الزواج من حيث الأصل، وأيدتها محكمة الاستئناف في ذلك³.

ثانيا = الاتفاقية المغربية الاسبانية :

والتي تم توقيعها بمدير في 30 ماي 1997 والمتعلقة بالتعاون القضائي والإعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في موضوع الحضانة وحق الزيارة وإرجاع

¹ الحسين والقيد، رؤية وطنية في دراسة المصطلحات القانونية، الطبعة التاسعة 2005 ص 45.46.
² حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء تحت عدد 1279 ملف عدد 23306 صادر بتاريخ 13 يناير 1970 حكم أشار إليه الدكتور الحسين والقيد في كتابه "مجموعة الاجتهادات في مادة القانون الدولي الخاص" الطبعة السابعة 2003، الصفحة 87 وما بعدها.
³ قرار هذه المحكمة أشار إليه الدكتور الحسين والقيد م س، الصفحة 93 وما بعدها.

الأطفال، وقد حددت أهداف هذه الإتفاقية في المادة الأولى منها على الشكل التالي:

1 - ضمان رجوع الاطفال المنقولين أو المحتفظ بهم بصفة غير قانونية في إحدى الدولتين المتعاقبتين .

2 - الحصول على الإعتراف بالمقررات القضائية المتعلقة بالحضانة وحق الزيارة الصادرة فوق تراب إحدى الدولتين المتعاقبتين، وتنفيذها فوق تراب الدولة الأخرى .

3- تسهيل حرية ممارسة الزيارة فوق تراب الدولتين¹.

ولا يفوتنا أن نذكر في هذا المقام بوجود اتفاقيات بين الدول الاورو متوسطية تهم هذا الموضوع ومن بينها =

• اتفاقية التعاون القضائي في مجال الاحوال الشخصية وحالات الأشخاص بين المملكة المغربية وجمهورية مصر العربية المؤرخة في 27 مايو 1998 .

• اتفاقية المغرب مع تونس المؤرخة ب 9 دجنبر 1964 .

• الاتفاقية المبرمة ما بين المغرب وليبيا بتاريخ 27 ديسمبر 1995².

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الإتفاقيات هي مجموع ما يهم الدول الأورو متوسطية دون إغفال عدد كبير من الاتفاقيات الأخرى ذات الصلة بموضوع الزواج المختلط كإتفاقية "مونتفيدو" واتفاقية "نيويورك" وغيرهما.

¹ ابراهيم زعيم، الزواج المختلط ضوابطه وأشكالته مجلة المحاكم المغربية عدد 96. 2002، الصفحة 53.
² أنظر النص الكامل لهذه الاتفاقيات وغيرها في كتاب "الأجانب بالمغرب" للدكتور محمد ج الشافعي، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2006، ص 174 وما بعدها.

المبحث الثاني : تداعيات الزواج المختلط على العلاقات الدولية الخاصة :

يقصد بتداعيات الزواج المختلط تلك الآثار المترتبة على هذا الزواج، والتي يمكن ان تتمخض عنه وذلك من خلال مستويين إثنيين: آثار قانونية تهم بالأساس القانون الواجب التطبيق ومجال تطبيق قانون الجنسية، وآثار اجتماعية تهم الطلاق وما يترتب عنه من نفقة وحضانة الأبناء وغيرها (المطلب الاول) وآثار دينية تعالج دور الدين والعقيدة في الزواج المختلط، وكيف أن اختلاف الدين يؤثر على صحة الزواج أو بطلانه، وذلك تبعا للنظام العام لكل دولة على حدة، يضاف إلى ذلك الآثار المالية، بمعنى انعكاس الزواج على أملاك الزوجين سواء كانت عقارية أو منقولة، وهل لهذا الزواج أي تأثيرات أو آثار على العلاقات المالية فيما بين الزوجين (المطلب الثاني).

المطلب الاول : الآثار القانونية والاجتماعية للزواج المختلط :

يترتب على الزواج المختلط آثارا تتباين بين ما هو قانوني وما هو اجتماعي، على أننا سوف نكتفي في دراسة الآثار القانونية على دراسة موضوع الجنسية وارتباطه بالزواج المختلط وكذا إشكالية القانون الواجب التطبيق (الفقرة الأولى)، في حين سنخصص الفقرة الثانية للآثار الاجتماعية.

الفقرة الأولى، الآثار القانونية :

كما سبقت الإشارة إلى ذلك فإننا سنتطرق لموضوع الآثار القانونية للزواج المختلط من خلال دراسة هذه الآثار على الجنسية والقانون الواجب التطبيق، كما سيأتي بيانه .

أولا : آثار الزواج المختلط على الجنسية :

إن زواج الأجنبية من مغربي قد يؤدي الى اكتساب الزوجة الأجنبية للجنسية المغربية ويمكن لها فضلا عن ذلك أن تحتفظ بجنسيتها الوطنية¹، وهذا ما أكده الفصل العاشر من قانون الجنسية المغربي المعدل بمقتضى القانون رقم 62/06 حيث نص على أنه " يمكن للمرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي بعد مرور خمس سنوات على الأقل على إقامتهما معا في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة أن تتقدم أثناء قيام العلاقة الزوجية إلى وزير العدل بتصريح لإكتساب الجنسية المغربية وفي المقابل يحق للمرأة المغربية المتزوجة من أجنبي أن تكتسب جنسية هذا الأخير طبقا لقانونه مع حقها في الإحتفاظ بجنسيتها الأصلية ما لم تعبر عن إرادتها في التخلي عن جنسيتها المغربية وجددير بالذكر أنه في عهد الحماية كانت المرأة المغربية التي تتزوج في فرنسا وتكتسب طبقا للقانون الفرنسي الجاري به العمل وقت إبرام الزواج جنسية زوجها، تعتبر من طرف المحاكم الفرنسية من الرعايا الفرنسيين، وعندما يحصل نزاع بين القانون المغربي والقانون الفرنسي في الموضوع كانت المحاكم الفرنسية تعتبر وحدها هي المختصة في مادة الجنسية، وتصدر هذه المحاكم قراراتها باسم الجمهورية الفرنسية والسلطات المغربية². ومع صدور قانون الجنسية المغربي بتاريخ 06 شتنبر 1958 بقي مبدأ الخضوع الدائم للدولة المغربية مكتسبا للطابع الديني، فقد احتفظ بهذا المبدأ وصاغه في قالب جديد، حتى وإن كان المشرع قد أعطى للفرد حق الخروج من الجنسية المغربية، إلا أنه أخضع هذا الخروج

¹ ذ فارسي يعيش، الآثار القانونية للزواج المختلط في ضوء التشريع المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية الحقوق، مراكش، السنة 2003 - 2004 الصفحة 88.

² السعدية بلمير الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1988، الصفحة 32.

للسلطة التقديرية للحكومة¹، وهذا ما أكدته المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في قرارها رقم 1279، حيث جاء في إحدى حيثيات هذا الأخير، "حيث من الثابت أن المشرع المغربي يأخذ بقاعدة الولاء الدائم، ولا يمكن للشخص ان يتخلص تلقائيا من جنسيته المغربية إلا إذا وافقت الدولة على ذلك..."².

وبخصوص آثار الزواج المختلط على جنسية الأبناء فيمكن في أن المشرع المغربي كان يقيم في السابق قبل التعديل الأخير لقانون الجنسية تمييزا واضحا بين الرجل والمرأة في نقل جنسيتها لأولادهما على اعتبار ما نص عليه الفصل السادس قبل التعديل حيث جاء فيه: "يعتبر مغربيا الولد المنحدر من أب مغربي... مما يعني أنه إذا كانت الزوجة مغربية والزوج أجنبيا فلا تنتقل جنسية الأم إلى أبنائها عن طريق النسب.

لكن بسن القانون رقم 62/06 أصبح للأم المغربية الحق في نقل جنسيتها إلى أولادها بقوة القانون، وهذا ما أكده الفصل السادس المعدل حيث نص على أنه: "يعتبر مغربيا الولد المولود من أب مغربي أو ام مغربية.

أما في القانون المصري فلازالت لحد الآن الأم المصرية المتزوجة بأجنبي تعاني من مشكل عدم إسناد جنسيتها لأبنائها³ بحيث يعتبرون أجنبيا رغم ولادتهم بمصر، بل واستقرارهم بها⁴ وهذا بخلاف قانون الجنسية الفرنسي الذي

¹ محمد تكمنت، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مطبعة الجسور، وجدة طبعة 1999، ص 56.

² حكم تحت عدد 1279، ملف عدد 23306 صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 13 يناير 1970 (حكم غير منشور أشار إليه الدكتور الحسين والقيد، المرجع السابق، ص 89).

³ المادة 02 من القانون رقم 26 لسنة 1975 بشأن الجنسية المصرية.

⁴ <http://legal-agenda.com/article.php?id=3958> (27/01/2019 13:05)

يسير في نفس اتجاه قانون الجنسية المغربي المعدل، حيث لا يميز بين الرجل والمرأة في إسناد الجنسية لابنائهما¹.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق:

يخضع الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص للقانون الشخصي، وتحديد القانون الشخصي جعل الفقه الفرنسي مثلا يقر في حالة كون الزوجين من جنسيتين مختلفتين بضرورة تحديد قانون وحيد يطبق على العلاقة الزوجية، ذلك أن القاضي الفرنسي كان غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي إلا إذا اتفق الأطراف على ضرورة تطبيقه، أما في القانون الدولي الخاص المغربي فإنه لم يأخذ بمبدأ وحدة قانون الزوجية، فيما يخص آثار الزواج المختلط، وهناك استثناء وحيد يتعلق بالنظام المالي للزوجين، وفق ما ينص عليه الفصل 15 من الظهير المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في حالة عدم وجود عقد منظم للعلاقات المالية بين الزوجين، ففي هذه الحالة يخضع الأمر للقانون الوطني للزوج اعتمادا على تاريخ إبرام الزواج وذلك بهدف إعطاء نوع من الاستقرار للنظام المالي للزوجية. هذا المبدأ تبناه المشرع الإيطالي أيضا في القانون المدني لسنة 1942 في فصله 18، وكذلك تم التمسك به في مشروع سنة 1966 بشأن تعديل الظهير المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب².

أما المشرع المصري فقد اعتمد بشأن آثار الزواج من حيث القانون الواجب التطبيق على قانون جنسية الزوج وذلك لضرورة وحدة القانون الذي يحكمها، وتبعاً لذلك لا يعتد بجنسية الزوجة إذا اختلفت عن جنسية الزوج، وذلك من

¹ <http://www.mohamoon-montada.com/Default.aspx?Action=Display&ID=31702&Type=3>
(27/01/2019 13:55)

² السعدية بلمير، المرجع السابق، ص 32.

منطلق أن الزوج هو رب الأسرة والعبارة عند المشرع هي بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، فإذا غير الزوج جنسيته قبل الزواج فإنه يعتد بجنسيته الجديدة، أما إذا حصل التغيير في الجنسية بعد الزواج فلا مجال للاعتداد بهذا التغيير، ومن ثم تبقى آثار الزواج خاضعة لقانون جنسيته القديمة وهذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون المدني المصري حيث جاء فيها: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج"¹.

الفقرة الثانية = الآثار الاجتماعية للزواج المختلط :

يكتسب الزواج المختلط حساسية إجتماعية لا سيما عند انحلاله، حيث يؤدي إلى طرح العديد من المشاكل الإجتماعية، لكن وقبل الحديث عن هذه المشاكل سنتطرق للقانون الواجب التطبيق أثناء انحلال الرابطة الزوجية، وكذا القانون المطبق على آثاره، زد على ذلك إشكالية تذييل أحكام الطلاق الناتجة عن الزواج المختلط بالصيغة التنفيذية.

ففيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الرابطة الزوجية أثناء انحلالها، يتعين على القاضي القيام بتحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية وذلك إذا كان أحد طرفي العلاقة الزوجية من مواطني الدولة التي يعرض النزاع عليها².

ولأن المشرع المغربي يرجح اعتماد قانون الجنسية فإن هذه القوانين تتبع الأشخاص أينما وجدوا أخذاً بمبدأ شخصية القوانين، وعلى هذا الأساس اتجهت عدة تشريعات إلى إخضاع العلاقات الزوجية إلى قانون واحد، فمثلا المشرع

¹ إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 53.

² شايل لطيفة، ظاهرة الزواج المختلط أسبابها ونتائجها على الأسرة، مجلة البحوث، العدد الأول مارس 2002 الصفحة: 188.

المصري أخضع الطلاق الناتج عن الزواج المختلط لقانون الزوج، ونفس الاتجاه سار عليه القانون الأردني، إلا أن هذا الأمر لا يعد قاعدة عامة فقد ترد عليه استثناءات من قبيل ما حكمت به محكمة تمييز دبي برفض طلب التطبيق وفقا للقانون الهندي الواجب التطبيق لعدم توافر مبرراته.

وأما في المغرب فالاجتماع منعقد على أن القانون الوطني الذي يخضع له الزوج في الطلاق أو الانفصال الجسماني هو القانون الوطني الجاري به العمل في تاريخ إقامة الدعوى¹.

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على آثار الطلاق فقد استقر الاجتهاد القضائي على ضرورة الرجوع الى كل قانون من القانونين الوطنيين للزوجين على حدة²، أي قانون الزوج وقانون الزوجة وعند الاختلاف يرجح قانون الزوج.

بقي أن نشير إلى أن الأحكام المتعلقة بالطلاق تجد صعوبة في تذييلها بالصيغة التنفيذية، إذ يبقى النظام العام مع ما يمثله من خصوصيات وقدسية، يضاف إليه إجراءات التذييل والوثائق المتعلقة بالتذييل عقبه كؤود في طريق تذييل هذه الأحكام بالصيغة التنفيذية، مع ما لهذا من خطورة اجتماعية³.

غير أن كل ما قيل سلفا لا يعدو أن يكون النذر اليسير من مجموع المشاكل التي تثور بعد انحلال الزواج المختلط مع ما يترتب عن ذلك من مشاكل عويصة كحضانة الأطفال والنفقة على رعايتهم.

¹ أحمد زوكاغي، تنازع القوانين في الزمان، دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى (دون ذكر تاريخ الطبع) منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، الصفحة: 253.

² أحمد زوكاغي، م. س، ص 26.

³ جمال الطاهري، النظام العام المغربي كقيد على فاعلية الأحكام القضائية الأجنبية بانحلال الزواج المختلط، المجلة المغربية للدراسات الدولية، عدد خاص أكتوبر 2003 ص 93.

فبخصوص الحضانة يؤدي الاختلاف في مرجعيات القوانين بين ما هو ديني وآخر لائكي إلى اختلاف شروط إسناد الحضانة إلى أحد الطرفين وإسقاطها عن الطرف الآخر، وهو ما يسمح لكل من الطرفين أن يحصل في دولته على أحكام قضائية مناقضة للأحكام التي يحصل عليها الطرف الآخر في موطنه، مما يجعل الأمر محفوفًا باستخدام العنف كالخطف والمنع من الزيارة مما يؤثر سلبًا على نفسية الأطفال، وهنا صدر عن المجلس قرار يقضي بتسليم الطفلين إلى أمهما مخافة ما قد يلتصق بهما من أمراض نفسية، إذ جاء في إحدى حثيات هذا القرار: "... حيث يؤخذ من عناصر الملف والقرار الصادر عن محكمة الاستئناف بوجدة ذكر فيه أن المدعى عليه المذكور قد انتزع الطفلين "مهدي" و"انيسة" من أمهما بفرنسا وقام بنقلهما إلى المغرب بعيدا عنها، مما يهدد حياتها ويعرضها لأمراض نفسية خطيرة"¹.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن مختلف التشريعات سعت إلى تأطير الحضانة بدقة ومرونة، ومن ذلك ما قرره المشرع المصري حيث اشترط هذا الأخير أن تكون هذه الحضانة موزعة حسب مراحل السن، هذا بالإضافة إلى أن المشرع المصري لم يقيد الحاضنة بأن تكون على دين محضونها و أراد فيها البلوغ والقدرة والأمانة²، ونظرا لأهمية الحضانة فانه ثار الجدل حول القانون الواجب التطبيق بصدها، انتهاء إلى تحديد ضابط الإسناد الذي يحدد القانون المطبق على الحضانة، وللخروج من هذا الجدل يمكن القول بأن قانون جنسية الطفل، أو قانون موطنه هو الواجب التطبيق طبقا للمصلحة الفضلى للطفل والتي نصت عليها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، وهو نفس الإتجاه الذي سار فيه المشرع المغربي حيث

¹ قرار صادر من المجلس الأعلى عدد 1258 المؤرخ في تاريخ 2000/11/30 ملف عدد 98/1/2/206 أشار

إليه الدكتور محمد الشافعي، المرجع السابق، الصفحة 109.

² حمدي عبد الرحمان، المجلة المغربية للدراسات الدولية، عدد خاص أكتوبر 2003 ص 71.

أسند الحضانة للأم ثم الأب ثم الأم طبقا لمقتضيات المادة 171 من مدونة الأسرة وبذلك فإنه لا يعتد بحق المحضون في الإختيار إلا بعد مضي 15 سنة للذكر والأنثى طبقا للمادة 166 من م.الاسرة، هذا ونشير إلى أن الحضانة تسقط إذا كان هناك خوف على تربية المحضون خصوصا إذا كانت الأم أجنبية غير مسلمة، حيث إن الزوجة اليهودية تصبغ بيتها وأطفالها بصبغتها¹.

وغني عن البيان أن التشريعات المقارنة في سياق تأطير الحضانة قد سمحت بالسفر بالمحضون إذا توافرت ضمانات الحماية وإمكانية إرجاعه.

أما بالنسبة لموضوع النفقة فقد ثار جدل كبير لعدم تلاؤم تنظيمه مع الواقع الاجتماعي والاقتصادي²، ونعني بالنفقة ذلك المبلغ المالي الذي يسلم على فترات منتظمة قصد الغذاء والعلاج والكسوة وغيرها من الضروريات ولا يفوتنا أن نذكر أنه بصدد النفقة تثور إشكالية القانون المختص بالنظر في النفقة، وعلى هذا الأساس ذهب المشرع المغربي إلى أن القانون الوطني هو المختص في هذا الموضوع، وهو ما قضت به محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر في 17 يونيو 1953 حيث أقرت بأحقية الزوجة التركية بالنفقة إستنادا إلى قانونها الوطني، وهو ما قررته المادة 144 من القانون المدني التركي³ هذا ونشير إلى أن النفقة تكتسي الصفة الاستعجالية، وهو ما أكدته المادة 190 من مدونة الأسرة.

وأخيرا لم يبق لنا إلا أن نشير إلى إشكال ملاً المحاكم وشغل بال المشرعين وهو مصير الأطفال الناتجين عن علاقة غير شرعية، فالقوانين الأوروبية تعترف بهم إستنادا إلى طبيعتها العلمانية، أما القوانين الوطنية ذات الطبيعة الدينية فلا

¹ عبد المجيد العلومي، مشاكل أطفال الزواج المختلط، مجلة الاحياء عدد 23 سنة 2004 الصفحة 206.

² احمد الخميشي، التعلق على قانون الاحوال الشخصية الجزء الثاني دار النشر المعرفة، طبعة 1993 الصفحة 181.

³ موسى عبود، م س، ص 158.

تعترف إلا بما يتم داخل سياق الزوجية الشرعي، مما ينتج عنه عديد المشاكل الاجتماعية تضطر معها الدولة جاهدة لتحملها وعندما تتفاقم الأوضاع تترك الباب مشرعا أمام الحلول الفردية، مما يؤدي إلى تفاقم المشاكل، وتراكم الحالات.

المطلب الثاني: الآثار الدينية والمالية للزواج المختلط :

بعد الحديث عن الآثار القانونية والاجتماعية للزواج المختلط في المطلب الأول سنخصص هذا المطلب للكلام عن الآثار الدينية (الفقرة الأولى) والمالية (الفقرة الثانية) المترتبة عن الزواج المختلط.

الفقرة الاولى: الآثار الدينية للزواج المختلط :

إن اختلاف الدين يعتبر من الموانع المؤقتة في الزواج على مستوى جميع الديانات السماوية، ولم يكن الإسلام بدعا في ذلك فقد سارت على ذلك جميع التشريعات الإسلامية للأحوال الشخصية ومن بينها التشريع المغربي، حيث نصت مدونة الاسرة في المادة 39 (فقرتها الخامسة) على أن : "من الموانع المؤقتة زواج المسلمة بغير المسلم والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية".

فمن خلال هذا النص يتضح لنا جليا أنه يحرم على المسلم أن يتزوج المرأة التي لا تدين بدين سماوي، وعلى خلاف ذلك يجوز للرجل المسلم أن يتزوج امرأة كتابية¹. وهكذا يبدو ظاهريا أن النص قد حسم في الأمر ولم يعد ثمة ما يقتضي البحث فيه، غير أن العمل قد طرح في الحقيقة إشكالات تستدعي التوقف عندها من بينها : الإشكال الذي يطرح في حالة ما إذا أقدمت المرأة المغربية المسلمة على التزوج بأجنبي معتنق للإسلام ثم بعد إبرام هذا العقد يرتد هذا الأخير عن الإسلام، فبالرغم من المساطر الإستثنائية التي خص بها المشرع المغربي زواج

¹ عمر سليمان الأشقر، احكام الزواج في الكتاب والسنة، دار النقائس للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الثالثة 2004، الصفحة 99.

معتنقي الإسلام والأجانب¹. فإن هناك بعض الحالات يتبين فيها أن هذا الاعتناق كان لازماً وذلك من أجل تحقيق أهداف ومقاصد معينة ليس إلا وجلها مصالح شخصية ضيقة، بالإضافة إلى ذلك فإنه بالرغم من أن الدين الإسلامي يبيح زواج المسلم بالكتابية نصرانية أو يهودية كما سبقت الإشارة إليه، إلا أنه وأمام شيوع العلمانية في القوانين الغربية وتصريح الأغلبية بأنها لا تؤمن بأي دين، وفي هذا الصدد أصبح الإشكال يطرح حول صلاحية استعمال هذه الرخصة من عدمها، وباعتبار أن الأطفال يتبعون دين أبيهم فإنه يسعى إلى أن يربي أبناءه على القيم الإسلامية غير أن الزوجة الأجنبية ترفض ذلك، إذ ترى أن الطفل بعد أن يصبح راشداً له الحق في أن يعتنق أي دين وإذا استسلم الأب فإن أبناءه لن يتعرفوا على الإسلام الصحيح².

علاوة على ذلك فإن المشاكل المترتبة عن وفاة الزوج المسلم في الزواج المختلط تطرح عدة تساؤلات من قبيل مشكل الإرث نفسه، فمن الواضح والمعلوم أن قواعد الإرث في الشريعة الإسلامية لا تسمح بالتوارث بين المسلم وغير المسلم وهذا ما أكدته المادة 232 من م. الأسرة، إذ في هذه الحالة الأبناء وحدهم يرثون أباهم ولا تترث أمهم، في حين أن قانون الأحوال الشخصية للزوجة الأجنبية يعطي الإرث للأولاد وأصول الزوجة، إذ لا يرث أخوة الزوج في التركة خارج المغرب إذا خلف

¹ هذه المساطر الخاصة نقصد بها المناشير الصادرة عن وزارة العدل من جهة والوزير من جهة ثانية والتي تخص هذا الموضوع وهي :

منشور رقم 64/04/ق ر ع /2/ م ح بتاريخ 27 يونيو 1975 والذي خصص لموضوع زواج المغربيات بالأجانب معتنقي الإسلام

منشور 17 ماي 1979 رقم 854 حول زواج معتنقي الإسلام.

منشور عدد 229 بتاريخ 8 أبريل 1982 والذي يهم زواج الأجانب المسلمين بنساء مغربيات .

منشور 14526/2 بتاريخ 7 أكتوبر 1993 حول زواج معتنقي الإسلام والأجانب المسلمين بمغربيات.
² شائل لطيفة، م س، ص 187.

المتوفي إناثا مثلا، ففي هذه الحالة تخضع التركة الموجودة في بلاد المهجر إلى قانون الموطن المشترك ويطبق القانون المغربي على التركة الموجودة في المغرب. ويبقى أن نشير إلى أن الشريعة الاسلامية تمنع زواج المسلم بامرأة لا دينية (المشركة) مصداقا لقوله تعالى: " ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مومنة خير من مشركة..."¹، وعلة هذا التحريم تكمن في انعدام مقاصد الزواج عند اقتران المشتركة بالمسلم.²

الفقرة الثانية: الآثار المالية للزواج المختلط:

إن النظام المالي للزواج المختلط هو مجموعة من القواعد القانونية والاتفاقيات المنظمة للروابط المالية بين الزوجين من حيث التملك أو الحيازة أو إدارة الأموال الثابتة أو المنقولة العائدة لكل من الزوجين، أو لأحدهما، فجل التشريعات تسمح للزوجين بإبرام عقد ينظم العلاقات المالية بينهما، ويخضع لمجموعة من القواعد القانونية التي تنظم هذه العلاقات حيث يلجأ إليها الأطراف عند عدم اتفاقهما على طريقة تنظيم علاقتهما المالية، إلا أنه في حالة عدم إبرام هذا العقد فإنه آنذاك يتم اللجوء إلى نظام الفصل في الأموال في القانون المحلي المغربي وذلك في حالة ما إذا كان أحد طرفي الرابطة الزوجية مغربيا مسلما، وهو ما يستدعي تطبيق القانون الوطني في ما يخص نظامه المالي، وفي هذا الصدد يثار إشكال إبرام الزواج بدون عقد ينظم العلاقات المالية في الخارج، حيث اعتبرت المحاكم الفرنسية أنها مختصة لتحديد النظام المالي طبقا للقانون الدولي الخاص الفرنسي، وعليه فإن النظام المالي للزوجين موكل لإرادتهما.³

¹ سورة البقرة الاية 221.

² بدران أبو العينين، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشريعة الاسلامية واليهودية والمسيحية والقانون، طبعة 1980، دار النهضة العربية ص 66.

³ السعدية بلخير، م س، ص 36.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فلم تتضمن مدونة الأحوال الشخصية المملوغة نصا يقضي بالإتفاق على إبرام عقد ينظم طريقة تدبير الأموال المشتركة التي تكتسب أثناء قيام العلاقة الزوجية، لكن بعد صدور مدونة الأسرة سمحت المادة 49 منها في الفقرة الثانية للزوجين إبرام عقد منظم لتدبير الأموال المكتسبة، إلا أنه وبالرغم من عدم تنصيب مدونة الأحوال الشخصية على أي مقتضى يجيز إبرام عقد تدبير الأموال المكتسبة فان أطراف الزواج المختلط كانوا يلجؤون الى الفصل 12 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب لسنة 1913 لإبرام عقد منظم للعلاقات المالية للزوجين حيث ينص هذا الفصل على " أن العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين يكون صحيحا من حيث الشكل إذا أبرم حسب قواعد القانون الوطني لكل من الزوجين أو عند انعدامها اذا أبرم حسب القواعد التي يفرضها القانون الفرنسي على الفرنسيين بفرنسا".

وتطبيقا لذلك، فقد قرر المجلس الأعلى أن الدعوى المرفوعة من طرف الزوج الأجنبي أمام المحكمة المغربية للمطالبة باقتسام الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج لا يطبق بشأنها القانون الأجنبي بل القانون الوطني مادام قد ثبت للمحكمة من أوراق الملف أن الزوجة تحمل الجنسية المغربية وذلك عملا بمقتضيات الفقرة 3 من المادة 2 من مدونة الأسرة التي تنص على سريان أحكامها على العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا، ومادام أن الأصل هو ذمة كل واحد من الزوجين أن تكون مستقلة عن ذمة الآخر، حيث لم يثبت للمحكمة وجود أي اتفاق مبرم بين الزوجين بشأن اقتسام الأموال التي ستكتسب أثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما طبقا لما تستوجبه المادة 49 من مدونة الأسرة، فإن قضاءها بعدم قبول طلب الزوج في هذا الشأن يكون مرتكزا على أساس¹.

¹ قرار المجلس الأعلى عدد 310 الصادر بتاريخ 31 ماي 2011 في الملف الشرعي عدد 2010/1/2/431 غير منشور.

وهكذا فإنه بتنصيب مدونة الأسرة على المقتضى الجديد المذكور تكون قد خففت نوعا ما من الانعكاسات السلبية التي كان يثيرها النظام المالي للزوجين بالنسبة للزيجات المختلطة التي يعقدها المغاربة بالخارج ذلك أن الأنظمة الأوروبية تأخذ بمبدأ وحدة الذمة المالية كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي.

خاتمة :

من نافلة القول أن نشير الى أن الزواج المختلط بلغ حدا من التشابك والتعقيد، الأمر الذي أوقع التشريعات والقوانين في تنازع دائم ومستمر، ويبدو أنه لا مناص من هذا التنازع مادامت التشريعات الوطنية والدولية تختلف في مرجعياتها بين اللائكية والإسلامية، وهو أمر يضع أطراف الرابطة الزوجية على محك حقيقي بين الخضوع لمقتضيات الشريعة الإسلامية وبالتالي النظام العام الوطني، وبين الخضوع لقوانين علمانية لا تقيم للدين وزنا، بيد أنه تبقى للواقع وللظروف الإجتماعية المعاشة كلمتها الفصل في مثل هذه الأمور، وهنا نشير إلى أنه بالرغم من القوانين والتشريعات المسنة لتنظيم هذا الزواج الخاص و أيضا الإتفاقيات المبرمة بين العديد من الدول الأورومتوسطية بالخصوص، والتي سعت إلى توحيد قوانين الأسرة أو تليينها وإلى تنظيم أمور الحضانة والنفقة، ناهيك عن تقنين موضوع الجنسية و تأطيره تأطيرا محكما، تبقى الظروف الإجتماعية بكل تداعياتها أصل الداء، وعليه سيبقى موضوع الزواج المختلط ذا راهنية قانونية وقضائية بحكم إرتفاع وتيرة الهجرة نحو الدول التي تعرف نهضة إقتصادية، وإقدام الكثيرين على الزواج من الدول المستضيفة لهم رغبة في الإندماج في مجتمعات الدول المضيفة، مما يفرض على قضاء الدول الأصلية الإتصاف بنجاعة المعالجة، وهو أمر لا يتأتى إلا بمراكمة الخبرات والإطلاع على التجارب المقارنة والإحترافية العالية .

"الإطار التعاقدى لتدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي"

فيروز بجدادي

إطار بمديرية الوكالة القضائية للمملكة

بوزارة الاقتصاد والمالية

طالبة باحثة في سلك الدكتوراه

بخلاف الوضع الذي كان ساريا في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، أقرت المادة 49 من مدونة الأسرة إمكانية الاتفاق على استثمار الأموال المكتسبة خلال الزواج وتوزيعها، فالخطاب المتضمن في هذه المادة يقوم على فكرة التراضي بين الزوجين على وضع جل الشروط التي تضمن لهما حفظ حقوقهما والاطمئنان على مصير مكتسباتهم.

وهذا ما يقتضي معالجة مسألة الاتفاق المالي بين الزوجين من خلال الوقوف على الوضع القانوني لهذا الاتفاق، ورصد الإشكالات التي تواجه مسألة اقتسام الأموال المكتسبة بين الزوجين.

وعليه، سنقسم هذه الدراسة على الشكل التالي:

المطلب الأول: التدبير التعاقدى لأموال الزوجين.

المطلب الثاني: الممارسة القضائية للمادة 49 من مدونة الأسرة.

المطلب الأول: التدبير التعاقدي لأموال الزوجين

يخول العقد المالي المبرم بين الزوجين الاتفاق حول مآل الثروة المكتسبة من عملهما المشترك، فهو عقد ذو طبيعة خاصة، يضمن في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج تحكمها إرادة الزوجين.

ومما لاشك فيه، أن هذا الاتفاق المالي بين الزوجين يحسم النزاع في حالة وقوع أي خلاف بينهما لما يحمله من خصائص، سواء أثناء إبرامه أو تنفيذه (الفقرة الأولى)، غير أن الإشكال يطرح بالأساس عندما يتعلق الأمر بالعلاقات المالية ذات العنصر الأجنبي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: خصائص العقد المالي المبرم بين الزوجين

أجاز المشرع المغربي في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها، حيث ترك الأمر لإرادة الزوجين من أجل اختيار ما يتناسب مع خصوصية كل أسرة، ومقابل ذلك قام المشرع بتحديد موضوع هذا الاتفاق والمتمثل في استثمار وتوزيع الأموال المكتسبة بفعل مساهمة الزوجين.¹

ونظرا للطبيعة التعاقدية لهذا الاتفاق، التي تجعل منه تصرف رضائي لا علاقة له بالنظام العام، فإنه يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما تؤكد ذلك مقتضيات الفصل 230 من ق.ل.ع، مع العلم أن أهمية العقد المالي لا تقتصر فقط على دوره كوسيلة لإثبات ملكية الأموال بعد انحلال ميثاق الزوجية، بل تتجلى أيضا من خلال دوره الوقائي في توقيح النزاعات المالية بين الزوجين.

فالعقد المالي بين الزوجين عقد ذو صفة خاصة لا يمكن إبرامه إلا من طرف زوجين، كما أنه في الوقت ذاته عقد مستقل عن عقد الزواج، فهو عقد مدني

¹ سعيد الروبيو، تدبير الأموال المكتسبة أثناء الزواج. مرجع سابق ص.274.

يخضع للقواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود، مع مراعاة بعض الاستثناءات والخصوصيات التي تفرضها طبيعته الخاصة.¹

وإذا كانت غالبية التشريعات المقارنة قد أقرت إمكانية اختيار نظام للاشتراك يشمل كل الأموال المكتسبة بعد الزواج،² فإن الوضع يختلف في التشريع المغربي الذي اختار أن يكون الاتفاق المالي المبرم بين الزوجين شكليا من خلال إقراره ضرورة تضمين هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن رسم الزواج، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 49 من مدونة الأسرة التي جاء فيها على أنه: "يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج".

فهذا الاتفاق قد يضمن في وثيقة رسمية يحررها عدلان أو موثق، وقد يضمن في وثيقة عرفية يكتبها الطرفان أو ينوب عنهما الغير في ذلك، مع الإشهاد الرسمي على التوقيع أو عدم الإشهاد عليه.³

لذلك، ألزم المشرع المغربي على العدلين ضرورة إشعار الطرفين عند إبرام عقد زواجهما، بإمكانية الاتفاق على تدبير أموالهما المكتسبة خلال الزواج بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 49 من مدونة الأسرة.

¹ محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص. 517 و518

² يراجع في هذا الصدد:

François TERRE- Dominique FENOUILLET, Droit civil: les personnes, la famille, les incapacités, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1996, P.375 et 376.

André COLOMER, Droit civil: Régimes matrimoniaux, 11^{ème} édition, Litec, Groupe Lexis- Nexis, Paris, 2002, P.25.

Claire FARGE, Fonctionnement du régime matrimonial de participation aux acquêts", Droit patrimonial de la famille, sous la direction de Michel Grimaldi, 3^{ème} édition, Impression Brocharge, Imprimerie Chirat, Dalloz, France, Juin 2008, P.99.

³ محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص. 518 و519.

محمد الشافعي، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، مرجع سابق، ص. 182.

وفي نفس السياق، ينص المشرع التونسي في الفقرة الأولى من الفصل 7 من القانون عدد: 91 المؤرخ في 9 نونبر 1998 والمتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين على ما يلي:

"يجب على المأمور العمومي المكلف بتحرير عقد الزواج أن يذكر الطرفين بأحكام الفصلين الأول والثاني من القانون، وأن ينص على جوابهما بالعقد".

غير أن الاختلاف يتمثل في أن القانون التونسي -على غرار القانون الفرنسي - يخول للزوجين حق اختيار نظام الاشتراك في الأملاك بينهما أثناء إبرامهما لعقد الزواج مع التنصيص عليه في صلب العقد، وأن عدم التنصيص عليه يؤكد أن الزوجين اختارا نظام التفرقة في الأملاك عملا بمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 7 من القانون المؤرخ في 9 نونبر 1998 الذي أكد على أن الزواج المبرم دون تنصيص على رأي الزوجين في نظام الأملاك الزوجية بمثابة اختيار لنظام التفرقة في الأملاك.¹ ويدخل ضمن العقد المالي جميع الاتفاقات ذات الطابع المالي، ومن ذلك على سبيل المثال:

- 1 - أن يتفق الزوجان بشأن ما سيتم اكتسابه مستقبلا مع مراعاة تفاوت مدخول ومردود كل واحد منهما وتحملاته.²
- 2 - أن يتفق الزوجان على كيفية تقسيم العائد الناتج عن عمل مشترك بينهما، وتحديد النسب العائدة لكل واحد منهما.³

¹ جلال الدين بوكتيّف، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، منشور بمجلة القضاء والتشريع، العدد: 8، السنة 41، مركز الدراسات القانونية والقضائية، أكتوبر 1999، ص.75.
ينص الفصل 1 من القانون المؤرخ في 9 نونبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين على ما يلي:

"نظام الاشتراك في الأملاك هو نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق، وهو يهدف إلى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة".

² الحسين الملكي، من الحقوق المالية للمرأة: نظام الكد والسعاية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص.56. وإن كان يصعب القول بالاتفاق على طريقة لاستثمار الأموال التي سيتم اكتسابها مستقبلا.

³ عبد الكبير العلوي المدغري، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، مرجع سابق، ص.79 و86.

ويبدو مما سبق ذكره، أن المشرع المغربي لم يفرض طريقة معينة لاستثمار الأموال المكتسبة أثناء الزواج، وإن كان بإمكان الزوجين الاتفاق على توسيع نطاق العقد المالي ليتجاوز مسألة تحديد ملكية الأشياء وتقسيمها إلى تنظيم وتوزيع الأعباء المالية التي تفرضها الحياة الزوجية.¹

لكن الإشكال المطروح في هذا الصدد، يتعلق بالجزاء القانوني المترتب عن عدم الوفاء بالعقد المالي المبرم بين الزوجين، وبالتالي ألا يعتبر تأخير تنفيذ أحد طرفي العلاقة الزوجية التزاماته المالية تجاه شريكه ضررا مبررا للتطبيق عملا بمقتضيات المادتين 98 و99 من مدونة الأسرة؟

تنص الفقرة الأولى من المادة 99 من مدونة الأسرة على أنه:

"يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا للتطبيق".

وهكذا، قد لا يرقى الإخلال بهذا الاتفاق الإرادي بين الزوجين أو تأخير تنفيذ بعض بنود العقد المالي إلى مرتبة الضرر بالمفهوم المحدد في هذا النص التشريعي.² والجدير بالذكر، أن العقد المالي يصبح ملزما للزوجين إذا نشأ صحيحا، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق جديد يبرم بينهما،³ مع العلم أنه قد يصعب تنفيذه في حالات قيام ظروف معينة يصبح معها التنفيذ العيني لذلك العقد مرهقا

¹ محمد أفاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: الأسرة والطفولة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، ظهر المهرز، فاس، السنة الجامعية: 2005-2006، ص.90.

² حفيظة الشافعي، تنفيذ العقد المالي المبرم بين الزوجين، مقال منشور بمجلة القصر، العدد: 26، 2010، ص.97.

³ تعرض الدكتور عبد النبي ميكو إلى فكرة نظام الاشتراك في الأموال واعتبر أن هذا النظام يمكن أن يعدل عنه الزوجان ويتفقا على خلافه.

انظر في ذلك:

- عبد النبي ميكو، الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص.364.

- فاتحة الطلحاوي، تدبير المال المكتسب في فترة العلاقة الزوجية وفق المادة 49 من مدونة الأسرة، منشور في مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الإجهادات القضائية، منشورات مجلة العلوم القانونية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2015، ص 113 وما بعدها

أو مستحيلا، وفي هذه الحالة يمكن الاستناد إلى مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 48 من مدونة الأسرة التي جاء فيها على أنه:

"إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله، مادامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه".

وعليه، يتبين أن المشرع المغربي لم يحدد طبيعة هذا العقد المالي ولم يعالج أحكامه بشكل تفصيلي، والحال أن ليس هناك مانع من أن يكون هذا الاتفاق المالي مضمنا في سجل المحافظة العقارية في الحالة التي تكون فيها الأموال المكتسبة عبارة عن عقارات خاضعة لنظام التحفيظ العقاري، كما هو وارد في الفصل 13 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون 07-14 والذي جاء فيه على أنه:

"يقدم طالب التحفيظ تصريحاً للمحافظ على الأملاك العقارية، مقابل وصل يسلم له فورا، مطلباً موقعا من طرفه أو ممن ينوب عنه بوكالة صحيحة، يتضمن لزوما مايلي :

1 - اسمه الشخصي والعائلي وصفته ومحل سكنه وحالته المدنية وجنسيته وإن اقتضى الحال إسم الزوج والنظام المالي للزوج أو كل اتفاق تم طبقا لمقتضيات الفصل 49 من مدونة الأسرة، ويتضمن في حالة الشيعاء نفس البيانات المذكورة أعلاه بالنسبة لكل شريك مع التنصيص على نصيب كل واحد منهم،....

.....

6 - بيان الحقوق العينية العقارية المترتبة على الملك مع التنصيص على أصحاب هذه الحقوق بذكر أسمائهم الشخصية والعائلية، وصفاتهم، وعناوينهم

وحالتهم المدنية وجنسيهم و إن اقتضى الحال اسم الزوج والنظام المالي للزوج أو كل اتفاق تم طبقا لمقتضيات الفصل 49 من مدونة الأسرة...."¹

يتضح من خلال هذا المقتضى التشريعي أنه لم يركز على الأسس القانونية التي يقوم عليها النظام المالي للزوجين، وإذا كان يعنى به الاتفاق المالي المبرم بين الزوجين، فهل يمكن الاعتماد عليه في إطار المادة 49 من مدونة الأسرة الحالية حتى يتم ضمان الحقوق المالية للزوج حسن النية؟

اكتفى التشريع المغربي بالسماح للزوجين بإبرام مثل هذا الاتفاق المالي في إطار مقتضيات مدونة الأسرة في غياب توضيح حدود هذا الاتفاق، بالإضافة إلى أنه لم ينظم بالشكل الكافي لضمان حقوق الزوجين والأغيار كذلك.²

مع الإشارة إلى أن الاتفاق على تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين لا علاقة له بأحكام الميراث، أي أن الزوج الباقي على قيد الحياة يحتفظ بنصيبه من الأموال المكتسبة، بالإضافة إلى منابه من الإرث في تركة الزوج المتوفى.

وبخصوص أثر التصرفات المبرمة من طرف أحد الزوجين في حالة اختيارهما الاتفاق على الإشارك في تدبير الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية، فيبقى ضروريا توافر أحد الزوجين على إذن وموافقة الزوج الآخر على تفويت المال المكتسب تحت طائلة رفض تقييد عقد البيع بالرسم العقاري من قبل المحافظ،

¹ تجاوز القانون المغربي الغموض الذي جاء في عبارة "نوع نظام الزوجية المالي" الواردة في الفصل 13 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري وتم استدراك ذلك في قانون رقم 14.07 المعدل والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري .

² نورة بوطاهر، العلاقات المالية بين الزوجين بين محدودية النص وتطور الواقع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: في المهن القضائية والقانونية، جامعة محمد الخامس، السويدي، الرباط، السنة الجامعية: 2007-2008، ص.150

على اعتبار أن ما تم الاتفاق عليه بين الزوجين هو مال مشترك بينهما اكتسب أثناء العلاقة الزوجية.¹

تلك هي الخصائص التي يمتاز بها العقد المالي المبرم بين الزوجين، مادام أن هذا العقد يتعلق بتنظيم الأموال والحقوق ذات الطبيعة المالية والتي اكتسبت من جانب الزوجين معا، فهو لا يتضمن إثراء لأحدهما على حساب الآخر، وتتجلى أهميته على الخصوص في حماية الحقوق المالية للزوجين - خاصة الزوجة - في الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية، تفاديا لما قد يثار من نزاعات حول الممتلكات المحصلة أثناء حياتهما الزوجية.

ومما لاشك فيه، أن التدبير التعاقدي لأموال الزوجين يختلف في الحالة التي يكون فيها أحد أطراف العلاقة أجنبيا، أو في الحالة التي يقيم فيها الزوجين المغربيين في دولة أجنبية يختلف قانونهما المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين عن النظام المغربي، هذا ما سأحاول معالجته ضمن الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: الروابط المالية بين الزوجين في إطار القانون الدولي الخاص

تخضع القواعد المنظمة للعلاقات المالية بين الزوجين في إطار القانون الدولي الخاص عند معظم التشريعات إلى نوعين من القواعد:

1. النظام المالي القانوني

2. النظام المالي التعاقدي.

بالنسبة للنظام المالي القانوني، فإنه يعين مجموعة القواعد التي تطبق على العلاقات المالية للزوجين.

¹ حسن فتوخ، أثر النظام المالي للزوجين على صحة التصرفات القانونية، بحث منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد المزدوج: 128-129، نونبر- دجنبر 2010، ص. 10 و 11.

ينص الفصل 15 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب على ما يلي:

"إذا لم يبرم عقد منظم للعلاقات المالية بين الزوجين، فإن آثار الزواج على أموال الزوجين من أصول ومنقولات تخضع لقانون الدولة التي كانت ينتسب إليها الزوج بتاريخ إبرام الزواج، ولا يؤثر على نظام تلك الأموال تغيير الزوجين أو أحدهما فيما بعد".

يتضح من خلال هذا الفصل أنه في الحالة التي لا يكون فيها للزوجين عقد ينظم علاقتهما المالية، فإن القانون المنظم للأحوال الشخصية للزوج يوم إبرام الزواج هو الذي ينظم العلاقات المالية بين الزوجين.¹

وإذا أبرم العقد أثناء قيام الزواج، رجع إلى القاعدة العامة المعتمدة فيما يرجع لباقي مواد الأحوال الشخصية للأجانب، أي احترام القانون الوطني لكل من الزوجين، سواء فيما يخص الشروط الشكلية أو الجوهرية لصحة العقد،² وفي هذه الحالة يسمى "بالنظام المالي التعاقدي"، والذي نظمه المشرع المغربي من الناحية الشكلية من خلال الفصل 12 من الظهير المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، بينما تناول الجانب الجوهري للعقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين في الفصل 14 من نفس الظهير.

ينص الفصل 12 من الظهير المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب على ما يلي:

¹ موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، أكتوبر 1994، ص.245.

² السعدية بلخير، الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، المعهد الوطني للدراسات القضائية، شركة بابل، 1988، ص.51.

"إن العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين يكون صحيحا شكلا إذا تم إبرامه حسب القانون الوطني لكل من الزوجين أو عند انعدامها وفقا للقواعد الشكلية للقانون الفرنسي إذا أبرم حسب القواعد التي يفرضها القانون الفرنسي على الفرنسيين في فرنسا."¹

ولهذا، إذا كان الزوجان ينتميان لجنسية واحدة فقانونهما الوطني هو الذي يطبق على مستوى الإجراءات الشكلية للعقد. وعندما يكون الزوجان من جنسيتين مختلفتين، فيجب استعمال شكل يجيزه قانون كل منهما، فإن نص كلا القانونين على إمكانية إبرام العقد بالشكل العرفي جاز استعمال ذلك، وإن لم يتفقا على شكل معين، وجب تطبيق قواعد القانون الفرنسي، ويقضي هذا الأخير بأن يكون العقد موثقا،² ولذلك وجب أن يبرم العقد لدى موثق مغربي معين في إطار القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.

وفي حالة اتفاق الزوجين على إقرار قانون معين فإن الأمر يرجع إلى القانون الذي اختار الطرفان الخضوع له صراحة أو ضمنا، فإن لم يتم تحديد القانون الواجب تطبيقه بمقتضى العقد المبرم بينهما خاصة إذا كان للزوجين جنسيتين مختلفتين، فإنه يخضع لقانون مكان إبرام العقد، وهذا ما نص عليه الفصل 13 من ظهير المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب الذي جاء فيه ما يلي:

"تعين الشروط الجوهرية للعقود وأثارها بمقتضى القانون الذي قصد الأطراف صراحة أو ضمنا الخضوع له. وفي حالة سكوت الطرفين إذا لم يتبين القانون الواجب تطبيقه لا من طبيعة العقد ولا من وضعية المتعاقدين ولا من موقع

¹ محمد الشافعي، الأجانب بالمغرب، الجزء الثاني، سلسلة البحوث القانونية . 17 الطبعة الأولى المطبعة

والوراقة الوطنية مراكش 2009 ص 37.

² موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص.247.

الأموال تمسك القاضي بقانون موطنهما المشترك فإذا لم يكن لهما موطن مشترك فبقانونهما الوطني المشترك وإن لم يكن لهما لا موطن مشترك ولا قانون وطني مشترك فبقانون مكان إبرام العقد".

وألزمت مدونة التجارة على الزوج التاجر - الأجنبي - بضرورة التصريح في السجل التجاري إلى النظام المالي للزوجين،¹ وأن من ضمن ما يجب إدراجه من أجل التقييد في السجل التجاري، المقررات القضائية و المحررات التي تمس النظام المالي للزوجين بالنسبة للتاجر الأجنبي.²

ولقد أثارَت مقتضيات الفصل 14 من الظهير المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب إشكالا يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق.

فإذا كان العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين الذي أجري بتاريخ إبرام الزواج يخضع لقانون الزوج، فإن أي تغيير قد يحدث ويغير بمقتضاه الزوج جنسيته فيما بعد لا يؤثر على العقد المالي بين الزوجين، بل يبقى خاضعا من حيث آثاره لقانون الدولة التي كان يحمل الزوج جنسيتها في تاريخ إبرام الزواج.

المطلب الثاني: الممارسة القضائية للمادة 49 من مدونة الأسرة

أفرزت المادة 49 من مدونة الأسرة مجموعة من الإشكالات على مستوى التطبيق السليم لمقتضياتها، والذي من شأنه أن يضمن للزوجين حقوقهما المالية.

الأمر الذي يطرح التساؤل حول تقييم هذه الممارسة القضائية لهذه المادة (الفقرة الأولى) وعن دور القضاء في حماية الأموال المكتسبة بين الزوجين (الفقرة الثانية).

¹ المادة 42 من مدونة التجارة المعدلة والمتممة بالقانون رقم 89.17.

² المادة 43 من مدونة التجارة المعدلة والمتممة بالقانون رقم 89.17.

الفقرة الأولى: مدى تفعيل المادة 49 من مدونة الأسرة على مستوى القضاء الأسري

جاءت المادة 49 من مدونة الأسرة بمقتضى قانوني جديد يتعلق بحفظ الحقوق المالية بين الزوجين حتى لا تضيع هدرًا، وحتى يستطيع الزوجين الاستفادة من مآل الأموال المكتسبة، فالهدف من هذه المادة السالفة الذكر ضبط العلاقة الزوجية بأسس محكمة من خلال تدبير الأموال المحصلة، بدءًا من تاريخ الزواج للعمل على دوام الروابط الأسرية، غير أن تفعيل هذه المادة على أرض الواقع يطرح أزمة حقيقية، خاصة وأن العمل القضائي لم يصل إلى المستوى المطلوب في التطبيق العملي لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، فلا يزال القضاء الأسري لم يحقق بعد الهدف الذي ابتغاه مشرع المدونة من مواجهة مشكل تنازع الزوجين بخصوص الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية،¹ وهذا ما يعزى إلى غياب الفهم الدقيق لمضمون المادة 49 من مدونة الأسرة.

وبالإطلاع على مجموع رسوم الزواج خلال الفترة الممتدة من سنة 1998 إلى سنة 2007، نجد أن عدد هذه الرسوم عرف تطورًا ملحوظًا وصل إلى 297660 حالة زواج، أي بنسبة تغييرٍ قدرت بـ 9,04%، بخلاف عدد وثائق الاتفاق على استثمار الأموال خلال الحياة الزوجية الذي لم يتجاوز 900 حالة اتفاق سنة 2007.² وهنا، نلمس التفاوت الحاصل بين رسوم الزواج وعدد الاتفاقات المبرمة بين الزوجين في إطار المادة 49 من مدونة الأسرة، ويرجع ذلك بالأساس إلى الخلفية

¹ خالد كتاري، التطبيق القضائي لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة بتوزيع الأموال المكتسبة بين الزوجين، منشور بمجلة قضاء الأسرة العدد: 4، فبراير 2009، ص.72.

Fatna Sarhane, Les relations patrimoniales de la famille dans le nouveau code, revue Marocaine de droit et d'économie de développement, N° 50, Casablanca, 2004, P.29.

² وردت هذه الإحصائيات في مجلة قضاء الأسرة، العدد: 4، فبراير 2009، الجداول رقم: 5 و6، ص.313.

الثقافية والسلوكية للمقبلين على الزواج، لكون هذه الاتفاقات غير مألوفة عند الغالبية من المواطنين، وفي الغالب الأعم لا تمارس تحت ذريعة افتراض الثقة بين الزوجين.

وفي غياب وجود معايير يستند إليها للتطبيق السليم لمقتضيات هذه المادة، فإن القضاء الأسري يقع أمام تضارب واضح في الأحكام أو القرارات القضائية التي يصدرها.

فبعض محاكم الموضوع تتعامل مع النص تعاملًا سطحيًا، مما يترتب عنه الرفض وعدم الاستجابة إلى طلب الزوجات في استحقاق نصيب من أموال الزوج.¹ وفي هذا الصدد، قضت المحكمة الابتدائية بطنجة في حكم لها:² "حيث إن طلب المدعية يرمي إلى الحكم باستحقاقها نصف الفيلا الكائنة بالدرادب بمدينة طنجة.

وحيث أسست المدعية طلبها على كونها ساهمت ماديا ومعنويا إلى جانب زوجها في بناء العقار المذكور.

وحيث تقتضي المادة 49 من مدونة الأسرة بأنه في حالة عدم وجود اتفاق بشأن تدبير الأموال المكتسبة أثناء الزواج، فإنه يرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدم من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة.

¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش رقم: 249 بتاريخ 16 نونبر 2006، ملف شرعي رقم 06/25/173 (غير منشور). الملحق.

² حكم صادر بتاريخ 2 يناير 2008 في الملف رقم: 33-07-832 منشور في "المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة"، الجزء الأول، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، العدد: 17، فبراير 2009، ص. 61.

وحيث لئن أدلت المدعية تعزيزاً لدعواها بعقود قروض وكشوفات بنكية ثبت أنها اقترضت ما يقارب 27 مليون سنتيم، فإن الوثائق المذكورة لا تنهض حجة على صرفها تلك المبالغ في بناء الفيلا موضوع النزاع. وحيث إنه فضلاً على ذلك، فإن إتمام أشغال بناء الفيلا كان في بداية التسعينات حسب تصريح المدعى عليه، وهو الأمر الذي لم تعقب عليه المدعية، في حين أن أول قرض مؤرخ في أكتوبر 1999 حسب الثابت من الكشوفات البنكية الملقاة بالملف.

وحيث يبقى الطلب تبعاً لذلك غير مؤسس ويتعين رفضه¹.

وفي نازلة تتلخص وقائعها في كون الزوج في هذه الحالة هو الذي يطالب بنصيبه في الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية، إذ كان متزوجاً بسيدة ولم ينجب معها سوى البنات، وخوفاً من التعصيب وإرضاء لها كان يسجل جميع مشترياته في اسمها بما فيها العقارات، غير أنه فوجئ بضبطها في حالة خيانة زوجية، وسلكت المحكمة الابتدائية نفس المسار الذي اتخذته الحكم السابق حيث تمسكت بالقواعد العامة للإثبات، ورفضت طلب المدعي الرامي إلى الحصول على نصيبه في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، بعلّة أن الممتلكات العقارية مسجلة في اسم الزوجة، دون أن تقوم بإجراء بحث للتأكد من مساهمة الطالب، حيث قضت في حكمها¹ على أنه:

"وحيث مادام المدعي قد ادعى حقاً له على ما اكتسبته زوجته خلال فترة الزواج ولم يدل بما يثبت مساهمته في تنمية تلك الأموال، وأن الوثائق المدلى لها

¹ حكم صادر عن قسم الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 21 فبراير 2005، تحت عدد: 2004/1024 مشار إليه من طرف:

محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني: انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، مرجع سابق، ص. 523 و524.

من طرفه لا تنهض كحجة في إثبات ما يدعيه، وبذلك يبقى طلبه مخالفا لمقتضيات القواعد العامة في الإثبات، ويبقى غير مبرر ويتعين التصريح برفضه". وتم استئناف الحكم، وأصدرت محكمة الاستئناف قرارها الذي قضى بتأييده في رفض طلب الطاعن، وعند عرضه على المجلس الأعلى تم نقضه مرتكزا في ذلك على مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 49 التي تنص على ما يلي:

"إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

فأصدر المجلس الأعلى قراره على الشكل التالي¹:

"... والمحكمة لما عللت قرارها بأن ما تمسكه به الطاعن من أداء ديون في شكل أقساط لاقتناء قطعة أرضية وشقة بحساب بنكي في اسمه لا ينهض حجة كافية للقول بأن هناك اتفاقا لتدبير الأموال بينهما، أو أنه قدم مجهودا أو تحمل عبئا لتنمية أموال الأسرة، دون أن تقوم بإجراء بحث أو إجراء خبرة، للتحقق مما إذا كانت المبالغ المالية التي كانت تقتطع من حساب الطاعن قد ساهمت فعلا في تنمية أموال الأسرة أم لا، وفيما إذا كان قد استرجع هذه الأموال من قبل المطلوبة، وإن هي لم تفعل تكون قد خرقت مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة وعرضت بذلك قرارها للنقض".

وما يمكن إدراكه من خلال هذا القرار، أن وجود اسم أحد الزوجين في الرسوم العقارية لا يكفي ليكون حجة نهائية على أن هذه الممتلكات المكتسبة خلال الحياة الزوجية ملك خالص له، بل يجب على القضاء في إطار السلطة

¹القرار رقم 566 الصادر بتاريخ 3 دجنبر 2008، في الملف عدد: 2007/1/2/28، منشور في نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، غرفة الأحوال الشخصية والميراث. 4. مطبعة الأمنية، الرباط، ص.5.

التقديرية الممنوحة له تطوير العمل بالمادة 49 من مدونة الأسرة، من خلال الاستعانة بمجموعة من الأدلة تشكل آليات قانونية تستطيع من خلالها المحكمة إنصاف الزوجين أثناء اقتسام الأموال المكتسبة بجهدهما المشترك.¹ وعلى العموم، فإني أعتقد أنه بمرور ما يفوق سبع سنوات على تفعيل أحكام المادة 49 من مدونة الأسرة، بدأ يتأسس في أذهان الأزواج الإدراك الضمني بأن هناك صيانة للحقوق المالية للزوجين، إما عن طريق توزيع الأموال المكتسبة بينهما بمقتضى وثيقة مكتوبة مبرمة بينهما توضح نصيب كل منهما وكيفية توزيع الأموال المكتسبة، غير أنه في حالة عدم وجود اتفاق سابق بين الزوجين على تدبير أموالهما المكتسبة يتعين على القضاء توفير الحماية اللازمة للزوجين، وهذا ما سنعالجه في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: الحماية القضائية للأموال المكتسبة بين الزوجين.

يتدخل القضاء في حالة عدم وجود اتفاقات مسبقة بين الزوجين على تدبير أموالهما من خلال الاعتماد على معايير تسهل عليه ضمان حقوق المتقاضين، قد تكون انطلاقا من أمر المحكمة بإجراء خبرة باعتبارها وسيلة تقنية يستطيع من خلالها القاضي ربط النتائج التي توصلت إليها المحكمة بالمعطيات التي توصل إليها الخبير أو قد تعتمد المحكمة على نتائج البحث التي سيتم من خلالها الكشف عن المساهمة والمجهودات والأعباء التي تحملها كل طرف في تنمية الأموال المكتسبة.

¹ خالد كتاري، التطبيق القضائي لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة بتوزيع الأموال المكتسبة بين الزوجين، مرجع سابق، ص.77.
صالح اشطبي، الممارسة القضائية للمادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة باقتسام الأموال المكتسبة بين الزوجين، رسالة لنيل الماستر المتخصص في المهن القضائية والقانونية، جامعة محمد الخامس، السويدي، الرباط، السنة الجامعية: 2009-2010، ص.111 وما يليها.

ونشير في ذلك إلى قرار¹ لمحكمة الاستئناف بأكادير اعتمدت فيه على نتائج الخبرة الذي جاء فيه على أنه: "حيث ركزت المحكمة الابتدائية في الحكم المستأنف على أن الطاعنة لم تدل بما يفيد أن كدها وسعايتها أسفر على أملاك أخرى غير المذكورة في المقال.

وحيث إن الخبرة المنجزة من طرف الخبير المعين في المرحلة الابتدائية جاءت مستوفية لجميع العناصر الواقعية والقانونية، لأنه اعتمد في تحديد قيمة العقارات انطلاقاً من موقعها ومساحتها، لذلك فالحكم المستأنف لما عمل بمقتضيات الخبرة وقضى للطاعنة بالمبلغ المشار إليه يكون قد أصاب، ويتعين تأييده مع رد أسباب الطعن".

ولقد رفض المجلس الأعلى في قرار له² طلب الطاعنة بالنقض، حيث استند في ذلك على ضرورة إثبات المساهمة المادية والفعلية في العقار موضوع النزاع، وقد جاء فيه ما يلي: "...وثبت من رسم الزواج المؤرخ في 1968/5/1 ورسم الطلاق المؤرخ في 1998/11/11 وموجب للفيف عدد: 490 صحيفة 10 المؤرخ في 1996/10/18 المنجز من طرف المستأنفة لإثبات المساهمة في بناء الدار موضوع النزاع أن الطاعنة دون مهنة ومشرفة على بيتها وأن فاقد الشيء لا يعطيه، وأن موجب المساهمة المدلى به غير معتبر لعدم إثبات المشاركة المادية والفعلية لإنجاز المال المشترك، علاوة على خلوه من المستند الخاص في العلم وأن المستأنفة لم تدل بأي دليل يثبت مساهمتها المادية في ممتلكات المستأنف عليه.

¹ القرار رقم: 891 صادر بتاريخ 21 يونيو 2005، في الملف رقم: 05/157، مشار إليه من طرف: صالح اشطيبي، الممارسة القضائية للمادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة باقتسام الأموال المكتسبة بين الزوجين، مرجع سابق، ص.112.

² القرار رقم: 3064، صادر بتاريخ 18 أكتوبر 2006، ملف مدني عدد: 2005/4/1/3452، منشور بمجلة الإشعاع، العدد: 32، يونيو 2007، ص.245.

وثبت من جواب السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالقيطرة أن ثمن المبيع موضوع هذا العقار تم من جانب المستأنف عليه على أقساط، وكذا الشأن بالنسبة للأحداث الواقع عليه، وأن الزواج والطلاق لا يستتبع التملك على الشيعاء في مال الزوجين، وأن الخروقات المشتكى منها من لدن الطاعنة مجرد زعم غير معزز بأي دليل".

يتبين مما سبق، أن المشرع خول للقضاء السلطة التقديرية التي يستطيع من خلالها كشف اللبس عن النزاعات المطروحة أمام المحاكم في إطار المادة 49 من مدونة الأسرة، وهو ما يسعف الزوجة بالخصوص من الحصول على حقوقها المالية عند إنكارها.

وهكذا، يتضح أن النقص التشريعي المنظم لمسألة التدبير المالي للثروة المكتسبة بين الزوجين يلقي على عاتق القضاء مهمة صعبة، فمن الضروري تعديل مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة حتى يزول الغموض ويتمكن العمل القضائي من إصدار أحكام بصياغة جديدة تضمن إقرار مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة الذي نادى به مدونة الأسرة، وبالشكل الذي ينسجم فيه الجانب التشريعي والواقع الأسري.