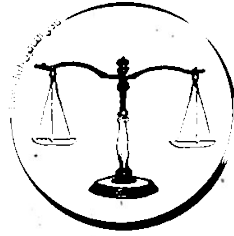


محمد الكشبود
دكتور في الحقوق



نادي الطلبة و الباحثين في

العلوم القانونية

www.club-droit-marocain.blogspot.com

الوسيط في شرع مدونة الأسرة

الكتاب الأول

عقد الزواج وأثاره

تقديم الطبعة الثانية

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وسيد الخلق
أجمعين، سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

﴿ ربنا عليك توكلنا، وإليك أنبنا، وإليك المصير ﴾

﴿ رب اشرح لي صدري ويسر لي أمري واحلل عقدة من لساني ﴾

أما بعد :

فكم يسرنا في هذا الشهر المبارك، أن نقدم للقراء الكرام المهتمين بالبحث
القانوني، الطبعة الثانية من كتاب « شرح مدونة الأسرة »، الذي سبق أن أصدرناه في
أواسط سنة 2006.

ومن الطبيعي جدا أننا - وكعادتنا دائما - لن نبقي على الطبعة الأولى كما هي،
وإنما سندخل عليها العديد من التعديلات والإيضاحات والإضافات حتى تكون أوفى
بالمطلوب، نظريا وعمليا.

لقد كان همنا، ونحن نضع مؤلفا بخصوص شرح مدونة الأسرة في شقيها
المتعلقين بالزواج وبانحلال ميثاق الزوجية وبمختلف الآثار التي تترتب عليهما، أن
نسد فراغا فقهيا يهيم تلك المدونة بعد صدورهما مباشرة، خاصة أنها أقامت الدنيا
ولم تقعد لها بعد، أو على الأقل وضع أداة عمل ودراسة تساعد الممارسين والباحثين
على استقصاء أحكامها.

والآن، وقد نفذت الطبعة الأولى من السوق، فقد عنّ لنا:

- ان نعيد النظر في بعض اللفوات، ومن بينها أخطاء مادية عديدة، سجلناها على أنفسنا.

- أن نتوسع فيما سبق أن أجملناه، إذ قد نستحضر مثلا نصا تشريعيا بدون تحليل، أو بتحليل يفتقر إلى العمق المطلوب على المستوى الأكاديمي، أو تحليل يحتاج إلى قضاء يسنده.

وهكذا، ستكون هذه الدراسة أكثر عمقا بعون من الله وتوفيق منه.

- أن نوظف الاجتهاد القضائي الذي جاء ليفك لغز ما غمض من بعض النصوص، أو على الأقل ليناقدش واقعا مستجدا لم يخطر على بال المشرع، مع العلم أن ذلك الاجتهاد هو المعبر بحق عن فقه القضاء، المكمل لسلطة المشرع. فنحن بدراستنا هذه نتوجه إلى الباحث وإلى الممارس.

- أن نرجع النصوص التشريعية إلى مصادرها الفقهية والوضعية، حتى تكون دراستنا هذه نظرية وتطبيقية في ذات الوقت.

وأخيرا، أن نحين النصوص التشريعية في ضوء ما استجد منها وما نسخ، ومن ذلك استحضار القانون رقم 16-03 المتعلق بخطة العدالة والذي حل محل القانون رقم 81-11 المنظم لذات المجال، وهو نص تشريعي يرتبط عن قرب بمدونة الأسرة، وخاصة في جانبها المتعلق بالإشهاد وبالتوثيق.

ولأن من شأن هذا العمل المصني أن يزيد في حجم الكتاب، فقد آثرنا أن نسميه بـ « الوسيط في شرح مدونة الأسرة »، الذي سيحتوي على عدة أجزاء، يتقدمها كتاب الزواج.

ومن الله نسأل العون والتوفيق والسداد

والسلام.

الدار البيضاء، في 25 رمضان 1429

الموافق 26 شتمبر 2008



نادي الطلبة و الباحثين في

العلوم القانونية

www.club-droit-marocain.blogspot.com

كلمة البداية

أولا - نظرة تاريخية :

1- صدرت مدونة الأحوال الشخصية الملفة غداة استقلال المغرب بواسطة خمسة ظهائر شريفة، كان أولها بتاريخ 22 نونبر 1957، وكان آخرها بتاريخ 3 أبريل 1958.

اعتمد وأضعوا هذه المدونة أساسا على المذهب المالكي - وهو المذهب الرسمي للمملكة - كمصدر رئيسي لها، غير أنهم رجعوا في بعض المسائل للمذاهب السنية الأربعة الأخرى، بالإضافة إلى المذهب الظاهري (1).

وقد قرر المشرع، أن ما سكتت عنه هذه المدونة، وقد احتوت على 297 فصلا، يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك.

مع بداية الثمانينات من القرن الماضي، بدأت سهام النقد الجارح تنهال على مدونة الأحوال الشخصية لأسباب متعددة. فقد قيل إنها غير دستورية، وقيل إنها لم تلتزم بالاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب والتي تخص حقوق المرأة، وقيل إنها تعتمد آراء فقهية تنهل من العادات والتقاليد البعيدة كل البعد عن روح الشريعة الإسلامية، وقيل إنها تتبع من أفكار متحجرة، وقيل إنها بعيدة عن روح العصر، وهكذا، بل وقيل أحيانا إنها أصل كل بلاء يساهم في الوضعية المزرية للمرأة المغربية.

(1) انظر حول الموضوع :

- المرحوم غلال الفاسي، التقريب (شرح مدونة الأحوال الشخصية - الكتاب الأول والثاني)، مطبعة الرسالة بالرباط، ص. 32 وما بعدها.

- أحمد الخليلشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، نشر المعرفة، 1994، ص. 16 وما بعدها.

- محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2003، ص. 26 وما بعدها.

- عبود رشيد عبود، الأحوال الشخصية، نشر وتوزيع مكتبة الرشاد، الدار البيضاء، 1965، ص. 59 وما بعدها.

- أحمد الخليلشي، وجهة نظر، أبحاث ومقالات تتناول موضوعات من مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1988، ص. 14 وما بعدها.

وقد جاءت هذه الانتقادات في عموميتها من جمعيات نسائية ذات توجه علماني، أو من بعض الأساتذة الجامعيين الذين تلقوا تعليمهم الأكاديمي بالغرب، والذين لا يعرف بعضهم الشريعة والفقه إلا بالاسم، أو من بعض الأحزاب السياسية المحسوبة تقليدياً على اليسار(2).

تم تعديل مدونة الأحوال الشخصية بالظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتمبر 1993 بطلب وإلحاح من جمعيات نسائية، وبتأييد من ملك البلاد آنذاك، الحسن الثاني رحمة الله عليه. وقد انصبت التعديلات خصوصاً على الفصول 5. 12. 41. 48. 92 مكرر. 99. 102. 119. 148. و156 مكرر(3).

غير أن هذه التعديلات التي تم التمهيل لها في البداية، سرعان ما أصبحت بدورها محلاً لانتقادات لاذعة، إذ أنها، في نظر المنتقدين، عبارة عن مجرد ذر للرماد في الأعين فقط، وأنها لا تسمن ولا تغني من جوع، وأن المطلوب في نظرهم إعادة النظر في مدونة الأحوال الشخصية بكيفية جذرية، تضع حداً لدونية المرأة في إطار علاقتها بزوجها أو بالرجال عموماً، غير أن هذه الجمعيات قد سجلت للتعديل أثراً إيجابياً وحيداً يتمثل في إزاحة الطابع القدسي عن تلك المدونة، إذ أضحت كأي قانون آخر قابلة للأخذ والرد(4).

2 - على إثر التصريح الحكومي المعلن عنه بتاريخ 17 أبريل 1998، والذي تقدم به الأستاذ عبد الرحمان اليوسفي الوزير الأول في حكومة التناوب، والتي كان يتقدمها الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية آنذاك، تم الوعد بإصلاح تدريجي لمدونة الأحوال الشخصية في إطار احترام قيم الدين الإسلامي الحنيف.

(2) وانظر حول الفكرة :

- محمد الكشور، الوسيط في مدونة الأحوال الشخصية، م.س.

(3) ظهير بمثابة قانون صادر في 10 شتمبر 1993، منشور بالجريدة الرسمية تحت عدد 4222 الصادرة في 29 شتمبر 1993.

وانظر حول جوانب تتصل بهذا التعديل:

- عبد الهادي بوطالب، التأصيل الشرعي والقانوني لمكاسب الأسرة في المدونة الجديدة، بحث منشور ضمن أعمال أشغال اليوم الدراسي الذي نظمتها الجمعية الوطنية للحسن (ت.غ.م) في موضوع : من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، أي جديد ؟ مطبعة النجاح الجديدة، 2005، ص. 25 وما بعدها.

- محمد الكشور، الوسيط، م.س، ص. 28 و29.

(4) د. إدريس الفاخوري، المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال نصوص مدونة الأحوال الشخصية، دار النشر الجسور، وجدة، 2002، ص. 14 وما بعدها.

وفي ذات الاتجاه، وضع مشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية الذي سهرت على إنجازه كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة - ويتعاون مع صندوق النقد الدولي - وقد كان على رأسها آنذاك الأستاذ سعيد السعدي المنتمي لحزب التقدم والاشتراكية(5)، وأستاذ الاقتصاد بكلية الحقوق بالدار البيضاء.

وقد أعلن عبد الرحمان اليوسفي (الوزير الأول سابقا، والمنتمي للاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية) رسميا عن مضمون الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية في مهرجان خطابي نظم بالرباط بمناسبة اليوم العالمي للمرأة، وكان ذلك في يوم 19 مارس 1999.

ودون الدخول في تفاصيل مشروع الخطة أعلاه - التي ترمي حسب واضعيها إلى الارتقاء بوضعية المرأة اجتماعيا واقتصاديا - نسجل فقط أن شقه المتعلق بالأحوال الشخصية قد أحدث رجة كبرى داخل المجتمع المغربي، حيث انبرى تيار مؤيد له بقوة وآخر معارض له بشدة(6).

يتمثل التيار المؤيد في الأحزاب السياسية اليسارية وفي مقدمتها حزب الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية وحزب التقدم والاشتراكية، بالإضافة إلى مختلف الجمعيات النسائية المنبثقة غالبا من تلك الأحزاب. وقد تمت بلورة هذا التأييد في مسيرة ضخمة نظمت بالرباط يوم 12 مارس من سنة 2000.

(5) حول الربط بين التصريح الحكومي والخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية، انظر: - د. محمد الصغير جنجار، النقاش العمومي حول خطة العمل لإدماج المرأة في التنمية، مكوناته وأبعاده ورهاناته، سلسلة شرفات، الكتاب 12، منشورات الزمن، 2004، ص. 59 وما بعدها.
- د. محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي، بين الثبات والتطور، سلسلة البحوث القانونية، العدد 8، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2004، ص. 39 وما بعدها.

(6) ولعل النقطة التي أفاضت الكأس هو ما جاء في النص الفرنسي للخطة: «إن الإحالة على التقاليد القانونية الإسلامية لن تكون مقبولة إلا إذا برهنت تلك التقاليد على قدرتها على التكفل بالتحولات الاجتماعية وشروط التنمية السوسيو - اقتصادية ومتطلبات الديمقراطية...». أشارت هذه العبارات ردود فعل عنيفة من جانب معارضي النموذج المدني أو العلماني لقانون الأسرة، وهو ما ينطبق على تقرير اللجنة العلمية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (15 ماي 1999) الذي رأى أن المصدر الإلهي للشريعة يجعلها فوق الأحوال والظرفيات، سواء كانت ذات بعد اجتماعي أو اقتصادي أو سياسي.

- محمد الصغير جنجار، م.س. بنفس الموضوع.

عليه، أما ما اختلف فيه فقد تم حسمه في الديوان الملكي - في إطار تحكيم ملكي -،
بكيفية تخدم غالبا مطالب الجمعيات النسائية بالأساس (10).

ومن الملاحظ أن : « أول ما أقدمت عليه اللجنة - الاستشارية الملكية - هو عملية
الإصغاء إلى تحاليل واقتراحات ما يفوق 80 جمعية نسائية أو مهنية ذات صبغة
وطنية أو جهوية، وهيئات ممثلة للمغاربة القاطنين بالخارج، ومنظمة حقوقية وحزب
سياسي وقطاع وزاري وممثلي رابطة علماء المغرب وخريجي كليات الشريعة ودار
الحديث الحسنية والقرويين والتعليم الأصيل والداراسات الإسلامية العليا... ». وقد
استغرقت عملية الإصغاء هذه حوالي ثمانية أشهر (11).

ثالثا - تقديم أهم مستجدات مشروع مدونة الأسرة :

أمام البرلمان بواسطة خطاب ملكي :

بمناسبة افتتاح الدورة البرلمانية الخريفية التي صادفت يوم 10 أكتوبر 2003،
ألقى صاحب الجلالة الملك محمد السادس خطابا هاما، قدم من خلاله أهم مستجدات
المشروع، المتعلق بمدونة الأسرة التي سوف تحل محل مدونة الأحوال الشخصية، جاء
في هذا الخطاب :

« أما بالنسبة للأسرة والنهوض بأوضاع المرأة، فإنني قد أبرزت
إشكاليها الجوهرية، غداة تعلمي الأمانة العظمى للإمارة المؤمنين
مسائلا في خطاب عشرين غشت لسنة 1999: « كيف يمكن الرقي
بالمجتمع، والنساء اللواتي يشكلن نصفه، تُهدر حقوقهن ويتعرضن
للحين واللعن والتهميش، في غير مراعاة لما خولهن ديننا الحنيف،
من تكريم وإنصاف ؟ ».

(10) حول الجو الذي كان سائدا داخل اللجنة الاستشارية الملكية لإصلاح مدونة الأحوال الشخصية، انظر:

- نزمة كسوس، مسار صياغة مدونة الأسرة، حصيلة وآفاق، مقال منشور ضمن كتاب ثورة هادئة، م.س.، ص. 91 وما بعدها.

- نجاة إخيخ، اللجنة الاستشارية لمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، مخاضات التعارض والتوافق داخل اللجنة
حول المدونة، بحث ضمن كتاب ثورة هادئة... م.س.، ص. 105 وما بعدها.

(11) نزمة كسوس، م.س.، بنفس الموضوع.

وفضلاً عما اتخذناه من قرارات ومبادرات، ذات دلالة قوية،
للنهوض بأوضاع المرأة وإنصافها؛ فإننا لم نتردد في تجنب المجتمع،
مفئة الفتنة حول هذه القضية، بتكوين لجنة استشارية متعددة
المشارب والاختصاصات، لاقتراح مراجعة جوهرية لمدونة الأحوال
الشخصية؛ عاملين على تزويدها بتوجيهاتنا السامية باستمرار، إلى
أن رفعت إلى نظرننا السيد مهيلة أعمالها.

وبهذه المناسبة، نود أن ننوه برئيسها وجميع أعضائها، معبرين
أن ما عرفت هذه اللجنة أمانة، من تباين في بعض القضايا، إنما هو
من قبيل كون اختلاف العلماء رحمة.

«لقد توخينا، في توجيهاتنا السامية لهذه اللجنة، وفي إبداء نظرننا
في مشروع مدونة الأسرة، اعتماد الإصلاحات الجوهرية التالية:

- أولاً: تبني صياغة حديثة بدل المفاهيم التي تمن بكرة
وانسانية المرأة. وجعل مسؤولية الأسرة تحت رعاية الزوجين،
وذلك باعتبار «النساء شقائق للرجال في الأحكام»، مصداقاً لقول جدي
المصطفى عليه السلام، وكما يروى: «لا يكرمهن إلا كريم ولا يهينهن
إلا لئيم».

- ثانياً: جعل الولاية حقاً للمرأة الرشيدة، تمارسه حسب اختيارها
ومصلحتها، اعتماداً على أحد تفاسير الآية الكريمة، القاضية بعدم
إجبار المرأة على الزواج بغير من ارتضته بالمعروف: ﴿ولا تعضلوهن
أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾. وللمرأة بمحض إرادتها
أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقالربها.

- ثالثاً: مساواة المرأة بالرجل بالنسبة لسن الزواج، بتوحيده
في ثمان عشرة سنة، عملاً ببعض أحكام المذهب المالكي، مع تخويل
القاضي إمكانية تخفيفه في الحالات المبررة وكذلك مساواة البنت
والولد المحضونين في بلوغ سن الخامسة عشرة للاختيار العاضن.

- رابعاً: فيما يخص التعدد، فقد راعينا في شأنه الالتزام بمقاصد
الإسلام السمحة في العرض على العدة، الذي جعل الحق سبحانه
يقيد إمكان التعدد بتوفيره، في قوله تعالى: ﴿فإن خفتن ألا تعدلوا

فواحدة *، وميثاقه تعالى نفى هذا العدك بقوله: ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾، فقد جعله نية ممتنع شرعا كما تبعا بحكمة الإسلام المتميزة، بالترخيص بزواج الرجل بامرأة ثانية، بصفة شرعية لضرورات قاهرة وضوابط صارمة، وبإذنت من القاضي، بدك اللجوء للتعدد الفعلي غير الشرعي، في حالة منع التعدد بصفة قطعية.

ومن هذا المنطلق فإن التعدد لا يجوز إلا وفق الحالات والشروط الشرعية التالية:

* لا يأذن القاضي بالتعدد إلا إذا تأكد من إمكانية الزوج في توفير العدك على قدم المساواة مع الزوجة الأولى وأبنائها في جميع جوانب الحياة، وإذا ثبت لديه المبرر الموضوعي الاستثنائي للتعدد.

* للمرأة أن تشترط في العقد على زوجها عدم التزوج عليها باعتبار ذلك مقالا لها، عملا بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «مقاطع الحقوق عند الشروط». وإذا لم يكن هنالك شرط، وجب استدعاء المرأة الأولى لأخذ موافقتها، وإخبار ورخص الزوجة الثانية بأن الزوج متزوج بغيرها. وهذا مع إعطاء الحق للمرأة المتزوج عليها، في طلب التطلق للضرر.

- خامسا : تجسيد إرادتنا الملكية، في العناية بأموال رعايانا الأعزاء، المقيمين بالخارج، لرفع أشكال المعاناة عنهم، عند إبرام عقد زواجهم. وذلك بتبسيط مسيرته، من خلال الاكتفاء بتسجيل العقد بحضور شاهدين مسلمين، بشكل مقبول لدى موطن الإقامة، وتوثيق الزواج بالمصالح القنصلية أو القضائية المغربية، عملا بحديث أشرف المرسلين «يسروا ولا تعسروا».

- سادسا : جعل الطلاق ملا لمتناق الزوجية يمارس من قبل الزوج والزوجة كل حسب شروطه الشرعية، وبمراقبة القضاء، وذلك بتفديد الممارسة التعنيفة للرجل في الطلاق، بضوابط تطبيقا لقوله عليه السلام: «إن أبغض الحلال عند الله الطلاق»، بتعزيز آليات التوفيق والوساطة، بتدخل الأسرة والقاضي. وإذا كان الطلاق، بيد الزوج،

فإنه يكون بيد الزوجة بالتعليك. وفي جميع الحالات، يراعى حق المرأة المطلقة في الحصول على كافة حقوقها قبل الإذن بالطلاق. وقد تم إقرار مسطرة جديدة للطلاق، تستوجب الإذن المبني من طرف المحكمة، وعدم تسجيله إلا بعد دفع المبالغ المستحقة للزوجة والأطفال على الزوج. والتنصيص على أنه لا يقبل الطلاق التفوي في الحالات غير العادية.

- سابعاً : توسع حق المرأة في طلب التخليق، لإخلاق الزوج بشرط من شروط عقد الزواج، أو للإضرار بالزوجة مثل عدم الإنفاق أو الهجر أو العنف، وغيرها من مظاهر الضرر، أخذاً بالقاعدة الفقهية العامة: «لا ضرر ولا ضرار»، وتعزيزاً للمساواة والإنصاف بين الزوجين. كما تم إقرار حق الطلاق الاتفاقي تحت مراقبة القاضي.

- ثانياً : الحفاظ على حقوق الطفل، بإدراج مقتضيات الاتفاقيات الدولية، التي صادق عليها المغرب. وهذا مع اعتبار مصلحة الطفل في الحضانة من خلال تخويلها للأم ثم للأب ثم للأم الأم. فإن تعذر ذلك، فإن للقاضي أن يقرر إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية. كما تم جعل توفير سكن لائق للمحضون واجباً مستقلاً عن بقية عناصر النفقة، مع الإسراع بالبث في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد.

- ثالثاً : حماية من الطفل في النسب، في حالة عدم توثيق عقد الزوجية لأسباب قاهرة، باعتماد المحكمة البيانات المقدمة في شأن إثبات البنوة، مع فتح مدة زمنية في خمس سنوات لحل القضايا العالقة في هذا المجال، رفعا للمعاناة والحرمان عن الأطفال في مثل هذه الحالة.

- عاشر : تخويل العفيدة والعفيدة من جهة الأم، على غرار أبناء الإبن، منهم في مهنتهم من تركه جدهم، عملاً بالابتنهاد والعدل في الوصية الواجبة.

- حادي عشر : أما في ما يخص مسألة تدبير الأموال المكتسبة،

من لدن الزوجين خلال فترة الزواج: نفع الاحتفاظ بقاعدة استقلال
الذمة المالية لكل منهما، تم إقرار مبدأ جواز الاتفاق بين الزوجين،
في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، على وضع إطار لتدبير أموالهما
المكتسبة، خلال فترة الزواج، وفي حالة عدم الاتفاق يتم اللجوء
إلى القواعد العامة للإثبات بتقدير القاضي لمساهمة كلا الزوجين
في تنمية أموال الأسرة.

محضرات السيدات والسادة البرلمانيين المحترمين؛

إن الإصلاحات التي ذكرنا أهمها، لا ينبغي أن ينظر إليها على
أنها انتهاء لفئة على أخرى، بل هي مكاسب للمغاربة أجمعين. وقد
حرصنا على أن تستجيب للمبادئ والمبررات التالية:

- لا يمكنني بصفتي أميرا للمؤمنين، أن أحل ما حرم الله وأحرم
ما أحله.

- الأخذ بمقاصد الإسلام السمحة، في تكريم الإنسان والعدل
والمساواة والمعايشة بالمعروف، وبوعدة المذهب المالكي والاجتهاد،
الذي يجعل الإسلام صالحا لكل زمان ومكان، لوضع مدونة عصرية
للأسرة، منسجمة مع روح ديننا الحنيف.

- عدم اعتبار المدونة قانونا للمرأة وحدها، بل مدونة للأسرة،
أبا وأما وأطفالا، والحرص على أن تجمع بين رفع الحيف عن النساء،
وحماية حقوق الأطفال، وصيانة كرامة الرجل. فهنا يرضى أممكم
بتشريد أسرته وزوجته وأبنائه في الشارع أو بالتعسف على ابنته أو
أخته؟

- وبصفتنا ملوكا لكل المغاربة، فإننا لا نشرع لفئة أو جهة معينة
وإنما نجسد الإرادة العامة للأمة، التي نعتبرها أسرتنا الكبرى.

ومحرصا على حقوق رعايانا الأوفياء المعتنقين للديانة
اليهودية، فقد أكدنا في مدونة الأسرة الجديدة، أن تطبق عليهم
أحكام قانون الأحوال الشخصية المغربية العبرية.

وإذا كانت مدونة 1957 قد وضعت، قبل تأسيس البرلمان، وعدلت سنة 1993، خلال فترة دستورية انتقالية، بظواهر شريفة، فإن نظرنا السيد ارتأى أن يعرض مشروع مدونة الأسرة على البرلمان، لأول مرة، لما يتضمنه من التزامات مدنية، علما بأن مقتضياته الشرعية هي من اختصاص أمير المؤمنين.

وإننا لنتظر منكم أن تكونوا في مستوى هذه المسؤولية التاريخية، سواء باحترامكم لقدسية نصوص المشروع، المستمدة من مقاصد الشريعة السمحة، أو باعتمادكم لغيرها من النصوص، التي لا ينبغي النظر إليها بعين الكمال أو التعصب، بل التعامل معها بواقعية وتبصر، باعتبارها اجتهدا يناسب مغرب اليوم، في انفتاح على التطور الذي نحن أشد ما نكون تمسكا بالسيرة عليه، بحكمة وتدرج.

وبهفتنا أميرا للمؤمنين، فإننا سننظر إلى عملكم، في هذا الشأن، من منطلق قوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ وقوله عز وجل: ﴿فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾.

وحرصا من جلالتنا، على توفير الشروط الكفيلة بحسن تطبيق مدونة الأسرة، وجهنا رسالة ملكية إلى وزيرنا في العدل، وقد أوضحنا فيها أن هذه المدونة، مهما تضمنت من عناصر الإصلاح، فإن تفعيلها يظل رهينا بإيجاد قضاء أسري عادل، وعصري وفعال، لا سيما وقد تبين من خلال تطبيق المدونة الحالية، أن جوانب القصور والخلل لا ترجع فقط إلى بنودها، ولكن بالأمرى إلى انعدام قضاء أسري مؤهل، ماديا وبشريا ومسطريا، لتوفير كل شروط العدل والانصاف، مع السرعة في البت في القضايا، والتعجيل بتنفيذها.

كما أمرناه بالإسراع بإيجاد مقرات لائقة لقضاء الأسرة، بمختلف محاكم المملكة، والعناية بتكوين أطر مؤهلة من كافة المستويات، نظرا للسلطات التي يفولها هذا المشروع للقضاء، فضلا عن ضرورة الإسراع بإحداث صندوق التكافل العائلي.

كما أمرناه أيضا، بأن يرفع إلى جلالتنا اقتراحات بشأن تكوين

لجنة من ذوي الاختصاص، للإعداد دليل عملي، يتضمن مختلف الأحكام والنصوص، والإجراءات المتعلقة بقضاء الأسرة، ليكون مرجعا موحدا لهذا القضاء، وبمطابقة مسطرة لمدونة الأسرة، مع العمل على تقليص الآجال، المتعلقة بالبت في تنفيذ قضاياها الواردة في قانون المسطرة المدنية الجاري به العمل...».

ومن الملاحظ أن هذا الخطاب ليست له مجرد قيمة تاريخية فحسب، إنما أصبح في الوقت الراهن، جزءا لا يتجزأ من مدونة الأسرة، إذ هو ديباجة لها، يكملها ويفسرهما ويبين أبعادها، بل ويؤصل - من الناحية الشرعية - أهم قواعدها. وعلى القاضي، كلما التبس عليه الأمر بخصوص مسألة من المسائل أن يستأنس بما تضمنه من تقارير.

رابعاً - مشروع مدونة الأسرة أمام البرلمان :

1 - بعد مصادقة المجلس الوزاري على مشروع مدونة الأسرة، تم عرض هذا الأخير تحت رقم 70-03 من طرف وزير العدل على لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان، والتي وافقت عليه بالإجماع مع تغييرات شكلية جد بسيطة. وكان ذلك بتاريخ 14 يناير 2004.

2 - عرض تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بعد ذلك على مجلس النواب.

وقد كان العرض في حقيقته مجرد تمجيد للمبادرة الملكية، وترديدا لفقرات من الخطاب الملكي وملخصا من تدخلات وتوضيحات كل من وزير العدل ووزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بخصوص المشروع، كل في حدود اختصاصاته(12)، واللذين لم يسبق لهما أن أبديا أي اعتراض ولو بسيط بشأنه.

(12) تجدر الإشارة في البداية إلى أن مشروع القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة قدم في شأنه على مستوى لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان ما يزيد على 160 اقتراح تعديل شملت أكثر من مائة مادة بالإضافة إلى الديباجة وعنوان أحد الأبواب. وقد قدمت هذه التعديلات من طرف الفرق والمجموعة النيابية التالية :

- فرق الأغلبية والمجموعة النيابية لجهة القوى الديمقراطية وتتكون هذه الفرق من: الفريق الاشتراكي، والفريق الاستقلالي للوحدة والتعادلية، والفريق الحركي، وفريق التجمع الوطني للأحرار، وفريق التحالف الاشتراكي، وفريق الاتحاد الديمقراطي. وقد تقدمت بـ 51 اقتراح تعديل قبل منها 53 اقتراح تعديل وتم سحب اقتراح تعديل واحد.

3 - صادق مجلس النواب بالإجماع على مشروع مدونة الأسرة يوم 16 يناير 2004.

4 - صادق على المشروع بعد ذلك مجلس المستشارين يوم 23 يناير 2004، بدون أي تعديل.

5 - وفي 3 فبراير 2004 استقبل الملك رئيسي مجلسي البرلمان اللذين سلماه القانون رقم 70-03 المتعلق بمدونة الأسرة التي تمت المصادقة عليه بإجماع ممثلي الأمة.

وهكذا، سوف نتحول عن طريق القانون رقم 70-03 من مدونة للأحوال الشخصية إلى مدونة للأسرة.

خامسا - صدور القانون رقم 70-03 :

بعد موافقة البرلمان بغرفتيه على القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة، صدر ظهير شريف تحت رقم 22-04-1 بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 موافق 3 فبراير 2004 يقضي بدخول ذلك القانون إلى حيز التنفيذ بسرعة تمثل سابقة غير مألوفة في القانون المغربي، بل وشرع في تطبيق مدونة الأسرة في وقت لم يكن القضاة قد توصلوا بعد بنسخة منها.

- فريق العدالة والتنمية تقدم بـ 43 اقتراح تعديل وافقت اللجنة من بينها على أربعة، ورفضت ثمانية، وتم سحب 12 اقتراح تعديل.

- المجموعة النيابية لحزب اليسار الاشتراكي المودد تقدمت بـ 48 اقتراح تعديل وافقت اللجنة من بينها على اقتراح تعديل واحد ورفضت 45 اقتراح تعديل، وتم سحب اقتراحي تعديلين اثنين.

وتتناول هذه التعديلات، بالإضافة إلى تصدير المشروع بديباجة تعكس ما جاء في الخطاب الملكي السامي حول مدونة الأسرة الذي توافقت عليه كل الفرق والمجموعات النيابية، إعادة صياغة بعض المواد أو إعادة تبويبها أو ملاءمتها مع النطق الملكي، وتعديل العديد من الإجراءات المسطرية بشكل يكسبها المزيد من الضمانات وغيرها من القضايا الجوهرية التي أتى بها المشروع والتي توجد تفاصيلها بعده في صلب تلك التعديلات.

وفي الجلسة العمومية التي خصصت لمناقشة هذا المشروع أعاد فريق العدالة والتنمية والمجموعة النيابية لحزب اليسار الاشتراكي المودد عرض اقتراحات التعديلات التي رفضتها اللجنة على المجلس والمبينة بعده، وكلها رفضت من طرف المجلس بعد تقديمها والاستماع إلى موقف الحكومة منها وإلى الرأي المعارض والمؤيد لها.

وفي الأخير، عرض مشروع القانون رقم (70-03) بمشادة مدونة الأسرة على التصويت. كما صادقت عليه اللجنة ووافق عليه المجلس بالإجماع.

وقد نشر هذا القانون، الذي يحمل رقم 70-03، بالجريدة الرسمية عدد 5184 الصادرة يوم 5 فبراير 2004. ص 418، حيث دخل إلى حيز التطبيق ابتداء من صبيحة ذلك اليوم.

تحتوي مدونة الأسرة على أربع مائة (400) مادة، بالإضافة إلى بعض القرارات الصادرة عن وزير العدل بالخصوص. وما لم تتضمنه هذه المدونة، يرجع فيه إلى الفقه المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف (المادة 400).

سادسا - التوجهات العامة لمدونة الأسرة :

راهن المشرع المغربي - من خلال مدونة الأسرة - على احترام المبدأ الدستوري الذي يجعل الرجل والمرأة سواسية أمام القانون (13)، بالإضافة إلى مختلف الاتفاقيات الدولية التي تكرس تلك المساواة وتحرم كل أشكال العنف والتمييز ضد النساء (14)، بالإنسجام مع الحديث النبوي الشريف الذي يجعل «النساء شقائق الرجال» في الأحكام (15)، مع الاهتمام الكبير بحقوق الطفل (16).

وبالقراءة المتأنية لمدونة الأسرة، يتضح لنا بقوة أننا أمام مدونة تختلف في بعض جوانبها جوهريا عن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، مع الإشارة إلى أن هناك

(13) الفصلان 5 و8 من دستور المملكة.

(14) يتعلق الأمر أساسا بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 دجنبر 1948.

- وبالعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 دجنبر 1966. وقد صادق عليه المغرب بموجب ظهير 8 نونبر 1979.

ج.ر. عدد 3525 بتاريخ 21 يونيو 1980، ص. 634.

- وباتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 دجنبر 1979، وانضم إليها المغرب في 21 يونيو 1993، وصدر ظهير نشرها في 26 دجنبر 2000.

ج.ر. عدد 4866 بتاريخ 18 يناير 2001.

(15) يقول رسول الله ﷺ: «إنما النساء شقائق الرجال».

حديث خرجه أبو داود والترمذي والدارمي وأحمد بن حنبل.

(16) وذلك من خلال الاعتماد على الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989. وقد صادق عليها المغرب بتاريخ 14 يونيو 1993، وقد سبقت الإشارة إليها وإلى مراجعها.

أحكاما كثيرة لم يمسها أي تغيير، وهناك أحكام مسها بعض التغيير، وهناك بعض الأحكام الجديدة التي ضُمَّ أهمها بالكتاب الخاص بالزواج والكتاب الخاص بانحلال ميثاق الزوجية، إضافة إلى التغييرات التي طالت الصياغة والإجراءات. وتجب الإشارة إلى أن أغلب التعديلات التي عرفتتها مدونة الأسرة هي أحكام ذات طبيعة اجتهادية، تبنى في جزئها الأكبر على المصلحة، والمصلحة مناط للأحكام في الشريعة الإسلامية.

1 - الصياغة :

صيغت المدونة بأسلوب عصري بسيط، بعيدا كل البعد عن التعقيدات الفقهية، بكيفية تجعل قراءتها في متناول القارئ العادي ولو كان غير متخصص في المادة القانونية.

وقد تم الاستغناء عن بعض المصطلحات الشرعية التي رأى المشرع أنها قد لا تفهم فهما صحيحا فتسيء مثلا إلى شعور المرأة، وهكذا مثلا عوض مصطلح النكاح بمصطلح الزواج، ومصطلح الدخول بمصطلح البناء، ومصطلح الوطء بشبهة بالاتصال بشبهة أو بمجرد الشبهة، وكالئ الصدق بمؤخر الصدق، وعيوب الفرج بالعيوب المانعة من المعاشرة الزوجية. وفي هذا الإطار دائما، تم الاستغناء عن بعض الأحكام ذات الصياغة الفقهية المعقدة، التي كانت تتضمنها بعض النصوص، ومن ذلك مثلا ما نص عليه البند الأول من الفصل 29 بخصوص الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها وقد جاء فيه:

«الجمع بين امرأتين لو فرضت إحداها ذكرا حرم عليه التزوج بالأخرى...».

وهناك عبارات كثيرة يصعب فهمها من غير المتخصص مثل: وطء العاقد في العدة ولو بعدها» و«تعلق حق الغير بزواج أو عدة»، وهكذا.

2 - مركز القضاء :

نظرا لأهمية مدونة الأسرة، وارتباطها بمصالح أساسية داخل المجتمع، واتصالها العميق بفكرة النظام العام، تقرر أن تطبق تحت إشراف ومراقبة القضاء، سواء الواقف أم الجالس، مع التذكير هنا بما جاء في الخطاب الملكي المتعلق بتقديم مشروع مدونة الأسرة أمام البرلمان:

...ومرحبا من جلالتنا على توفير الشروط الكفيلة بحسن تطبيق مدونة الأسرة، وجرنا رسالة ملكية إلى وزيرنا في العدل، وقد أوضحنا فيها أن هذه المدونة، مهما تضمنت من عناصر الإصلاح، فإن تفعيلها ينطج رحينا بإيجاد قضاء أسري عادل وعصري وفعال، لا سيما وقد تبين من خلال تطبيق المدونة العالية، أن جوانب القصور والخلل لا ترجع فقط إلى بنودها، ولكن بالأحرى إلى انعدام قضاء أسري مؤهل، ماديا وبشريا ومسطريا، لتوفير كل شروط العدل والانصاف، مع السرعة في البت في القضايا، والتعجيل بتنفيذها...»

وهكذا، فالنص التشريعي قد يكون جيدا فتفسده الممارسة، وقد يكون سيئا فيحسنه التطبيق القضائي.

أ - القضاء الواقف :

يقصد بالقضاء الواقف ذلك الذي يعمل في إطار النيابة العامة.

تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا التي ترمي إلى تطبيق نصوص مدونة الأسرة. وبالإضافة إلى ذلك، تسمح لها العديد من النصوص بأن تلعب دورا ولائيا كبيرا (17)، ومن ذلك البحث عن عنوان أحد الزوجين أو رد من طرد من بيت الزوجية إلى البيت، أو القيام بتبليغ الجهات المعنية مقرر منع السفر بالمحضون إلى الخارج (18)، أو طلب إسقاط الحضانة ممن أسندت إليه ولكنه يسيء استعمالها.

(17) المادة 3 من مدونة الأسرة.

مع العلم أن هذه القاعدة لا تنسب أن المشرع قد اعتبرها - أي النيابة العامة - طرفا منضما في قضايا الأسرة على ما يتضح من الصياغة الصريحة للفصل 9 من قانون المسطرة المدنية.

ومما إشكال سوف نفصل فيما بعد.

(18) انظر حول هذه الاختصاصات :

- محمد عبد النبي، دور النيابة العامة في قضاء الأسرة، بحث منشور ضمن أعمال الندوة التي نظمتها الجمعية الوطنية للحضن، م.س.، ص. 137 وما بعدها.

- حسن بيوض، صلاحيات النيابة العامة في تفعيل مدونة الأسرة، بحث منشور بمجلة الميعار، العدد 32، ص.

144 وما بعدها.

- سحان ادريوش، دور النيابة العامة في قضاء الأسرة، بحث منشور بمجلة القصر، العدد 9، ص. 83 وما

وحتى تقوم النيابة العامة بهذا الدور الأساسي الجديد، يجب أن تتوفر على العدد الكافي من الأطر الملمة بقواعد الفقه الإسلامي، إلى جانب ما يفرضه تكوينها القانوني الأصلي.

ب - القضاء الجالس :

يقصد بالقضاء الجالس، القضاء المكلف بإصدار الأحكام التي تفصل في مختلف النزاعات التي تعرض على المحاكم.

أسندت مدونة الأسرة لقضاء الحكم اختصاصات واسعة جديدة، إضافة إلى اختصاصات أخرى كانت مسندة في إطار مدونة الأحوال الشخصية لقضاة التوثيق أو للقاضي المكلف بشؤون القاصرين.

فقضاء الأسرة - وأعني قضاء الحكم - هو الذي يشرف على التعدد، وهو الذي يحكم بوجود أو عدم وجود الطلاقة الزوجية في حالة عدم توثيقها، ويأذن بالطلاق بكل أنواعه، ويجري مسطرة التصالح، ويحكم بالتطبيق بكل أسبابه، وينظر في دعاوى النسب، ودعاوى الحضانة، ودعاوى النفقة، ويحكم ببطلان الزواج وفساده وبوفاة المفقود، ويحكم بالحجر على القاصر ويرفعه عنه، وهو الذي يتولى مراقبة النيابة القانونية.

وفي إطار مدونة الأسرة، تم تفعيل غرفة المشورة، لاعتبارات لا تحتاج إلى بيان، وفي مقدمتها الحفاظ على أسرار الزوجين. وأحدث المشرع مؤسسة قاضي الأسرة (19) إلى جانب كل من مؤسسة قاضي

(11م) تنص الفقرة الثانية من الفصل 179 من ق.م.م. على أنه:

"يمارس مهام قاضي الأسرة المكلف بالزواج قاض من المحكمة الابتدائية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار لوزير العدل".

وانظر حول مؤسسة قاضي الأسرة:

- امحمد العسري، مؤسسة قاضي الأسرة المكلف بالزواج بين النظرية والتطبيق، مقال منشور ضمن أعمال الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، العدد الخاص بقضايا الأسرة، مطبعة الأمانة بالرباط، 2007، ص. 55.

التوثيق(20) والقاضي المكلف بشؤون القاصرين(21)، مع إمكانية تدخل قاضي الأمور المستعجلة بدوره في هذا المجال(22).
وأخيراً، تم تعديل العديد من النصوص المضمنة في قانون المسطرة المدنية حتى تنسجم مع الإجراءات المضمنة في المدونة الجديدة(23).

3 - مصادر مدونة الأسرة :

بالتنمّن الجيد في أحكام مدونة الأسرة، وتتبع أحكامها نصاً بعد نص، يتضح

(20) ينص الفصل 10 من مرسوم 18 أبريل 1983 بشأن تعيين العدول ومراقبة خطة العدالة وحفظ الشهادات وتحريرها وتحديد الأجور:

«يكلف وزير العدل بمقتضى مقرر قاضيا أو أكثر في كل محكمة ابتدائية بشؤون التوثيق. يوضع حد لهذا التكليف بنفس الطريقة كلما استوجب الأمر ذلك».

(21) ينص الفصل 182 من ق.م.م. على أنه:

«يمارس مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين قاض من المحكمة الابتدائية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار لوزير العدل».

ويوجد إلى جانب المؤسسات القضائية أعلاه، والمنظمة بنصوص تشريعية، قاض للاتصال un juge de liaison وهو من اجتهاد وزارة العدل، حيث تم تنظيم وظيفته بمذكرة صادرة عن الكتابة العامة تحمل رقم 2525.

تم تعيين قاض للاتصال بكل من فرنسا وإسبانيا. وطبقا للمذكرة أعلاه:

«فقاضي الاتصال ينشط ويتواصل ويزيل العقبات ويبسط السبل ويعمل على تداول المعلومة ويسرع وثيرة الانجاز. سيما فيما يرتبط بالآجال المسقطة. ومجال تحركه لا حدود له، ما دام يتم في دائرة مجالات التعاون الذي يجمع البلدين، وفي نطاق المتعارف من القواعد والأعراف التي تنظم العلاقات الدولية المبنية على المساواة والمعاملة بالمثل والاحترام والتقدير المتبادل وفق ما تقتضيه السيادة والالتزام باستقلال القضاء».

فالمهام التقليدية للتعاون في المجال المدني وكذا ما له صلة بالأسرة (نفقة، زيارة، حضانة، إرجاع الأطفال، اعتراف بالزواج، الطلاق) والمجال الجنائي (تعاون قضائي، تسليم المجرمين، نقل المعتقلين المحكوم عليهم) كلها مهام تعتبر قطب التعاون، إذ على قاضي الاتصال أن يقف وراء تنفيذ كل محتوياته وأن يجد مع السلطات الأخرى التأويل المنشود الذي يرومه طرفا التعاون.

إلى جانب هذا قد ينشأ بين البلدين تعاون تقني في نطاق خطة عمل وتمويل معين وعلى قاضي الاتصال أن يساهم في التمهيد له والمشاركة في التوافق عليه وتفعيله ومواكبة كل مراحله.

وفضلا عن ذلك، فإن قاضي الاتصال يعتبر وسيطا يسهل تبادل التجارب ويعرف بالاجتهادات الصادرة عن المحاكم العليا وأهم ما يرافقها من نقاش، وفي ذات الوقت يعرف بمضامين التشريع الوطني ومساطر بلاده وما ترتبط به مع دول أخرى من اتفاقيات....».

(22) راجع مثلا الفقرة الثالثة من المادة 179 من مدونة الأسرة.

(23) وللوقوف على جوانب خاصة تتصل بالإجراءات المسطرية في إطار مدونة الأسرة، انظر :

- عبد اللطيف الحاتمي، المستجدات المسطرية في مدونة الأسرة بخصوص انحلال ميثاق الزوجية ومدى تحقيقها لمبدأ المساواة بين الزوجين، بحث منشور ضمن أشغال اليوم الدراسي الذي نظّمته الجمعية الوطنية، الحضر، م.س.، ص. 71 وما بعدها.

ببقيين انها حافظت غالبا على المرجعية الفقهية، غير انها طعمت تلك المرجعية باحكام جديدة مستقاة بالأساس من القانون الوضعي، سواء في شقه المدني أو الجنائي، مع انفتاح واسع على الاتفاقيات الدولية، التي تهتم حقوق المرأة وحقوق الطفل على وجه التحديد.

أ - المصادر الشرعية :

اعتمدت مدونة الأسرة، في سن أحكامها الموضوعية، مثلها في ذلك مثل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، على المذاهب السنية الأربعة، إلى جانب المذهب الظاهري، من خلال تقارير الفقيه الكبير ابن حزم، صاحب كتاب المحلى.

غير أن هذه المذاهب لم تبقى في أماكنها كما كانت في المدونة الملغاة، إنما لوحظ تحول في بعض مواقعها. وهكذا مثلا فقد أخذت مدونة الأحوال الشخصية بالمذهب المالكي - الموافق لموقف الجمهور - في مجال الولاية في الزواج، واعتنقت مدونة الأسرة عوضه المذهب الحنفي، وأخذت مدونة الأحوال الشخصية بالمذهب الشافعي فيما يخص كمية اللبن الموجب للتحريم، ورجعت مدونة الأسرة عوضه إلى المذهب المالكي، والشروط الإرادية في مدونة الأسرة تكريس للمذهب الحنبلي. وتخلت مدونة الأسرة عن المذهب المالكي فيما يتعلق بالتمييز في الزواج الفاسد لعقده بين الزواج المجمع على فساده والزواج المختلف في فساده وأخذت بالمذهب الحنفي الذي يميز بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، مثلا. وأخذت بالمذهب الظاهري بخصوص منح المتعة للمطلقة في كافة الأحوال، وهكذا.

وسكتت مدونة الأسرة عن بعض الأحكام الشرعية مثل الطلاق السني والطلاق البدعي، واستحدثت أخرى مثل الطلاق بسبب الشقاق والطلاق الاتفاقي، وضعفت أخرى مثل مؤسسة الرجعة في الطلاق الرجعي التي أصبحت متوقفة على قبول الزوجة، وقيدت أخرى مثل التعدد الذي أصبح من الصعب جدا تحقيقه، حيث تحول من القاعدة إلى الاستثناء الذي تحتاج ممارسته إلى مبرر.

ويبقى أن من أغرب ما أخذت به مدونة الأسرة إضفاء الشرعية على حمل المخطوبة من خاطبها متى تحققت شروط معينة، مع العلم أن الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج. ورغم ذلك فالصياغة التي صيغت بها المادة 156 في هذا المجال قد قربت الخطبة كثيرا من الزواج، بل وتبدو بمثابة زواج لم يوثق لأسباب قاهرة.

والظاهر أن كل ما جاءت به مدونة الأسرة من مستجدات بالإمكان تأصيله (24) بالمصلحة، والمصلحة تبنى عليها الأحكام في الشريعة الإسلامية، متى تحققت شروط (25) حددها الفقهاء، ومن أبرزها ألا تصطدم بنص قطعي الدلالة والثبوت ضمن بالكتاب أو بالسنة أو بالاجماع.

وأخيراً، نشير إلى المادة 400 منها بخصوص ما لا نص فيه في مدونة الأسرة، التي فتحت باب الاجتهاد في إطار الفقه المالكي وكذلك الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف، وكلها مصطلحات من السهل تأصيلها بنصوص من كتاب الله عز وجل وبنصوص من سنة نبيه الكريم صلى الله عليه وسلم.

ب - المصادر الوضعية :

لم تعد مدونة الأسرة مدونة فقهية صرفة، إنما قد استعانت بالعديد من القواعد الوضعية - دون المساس بالثوابت الشرعية -، ومن ذلك أن الإثبات في إطارها لم يعد مقتصرًا على البيئة الشرعية وحدها، وإنما على وسائل الإثبات كلها من موضوعية وإجرائية، وبما في ذلك الخبرة الطبية في أكثر من مجال. وتم الأخذ بقواعد المسؤولية المدنية على أكثر من مستوى، بل وتم الأخذ أحياناً بالمسؤولية الجنائية كذلك. واعتمدت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على نطاق واسع، حيث نجد تطبيقاتها في مجال منع التعدد، وفي مجال تدبير الأموال المشتركة، وفي مجال الطلاق بالاتفاق، وفي مجال التطليق للإخلال بشرط من شروط عقد الزواج. ونبه المشرع القضاء إلى أنه يمكن

(24) انظر لمزيد من الإيضاح حول الموضوع :

- عبد الهادي بوطالب، م.س.، بنفس الموضوع.

- أحمد الخليلي، كلمة حول تأصيل المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة، بحث منشور ضمن سلسلة شرفات، 12، م.س.، ص. 125 وما بعدها.

- محمد الكشور، أحكام الزواج والانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى، بحث منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 50، ص. 91 وما بعدها.

(25) وانظر حول مفهوم المصلحة وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية منها:

- د. حسين حاد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المنتبي، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1981.

- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني من المجلد الأول، ت.غ.م. ص. 3 وما بعدها.

اعتماد عيوب الرضا من إكراه وتدليس لفسخ عقد الزواج، كما نبه إلى أنه يمكن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في مجال الشروط (المادة 48)، رغم أن المشرع لم يأخذ بها بنص عام لا في قانون الالتزامات والعقود ولا في باقي فروع القانون الخاص الأخرى، كمدونة التجارة ومدونة الشغل.

وتنسجم مدونة الأسرة في عموميتها مع مختلف الاتفاقيات الدولية التي تحمي حقوق المرأة وحقوق الطفل المادية والمعنوية على حد سواء⁽²⁶⁾، وهو ما سبقت الإشارة إليه.

وفي النهاية، وحتى نساهم بدورنا - ومن خلال هذا الكتاب - بالارتقاء بهذه المدونة إلى المستوى المطلوب، وفهمها فهما جيدا، وإصلاح ما يمكن إصلاحه منها في المستقبل - إن شاء رب العزة - سوف نبدي بشأنها العديد من الملاحظات، منها ما يتعلق بالشكل ومنها ما يتعلق بالجوهر، فنؤيد ونصوب وننتقد، مع العلم أننا بدورنا قد نصيب إذ لا كمال إلا لله ولا عصمة إلا لشريعته. وحتى نقف على عمق التعديلات التي جاء بها المشرع في المدونة الجديدة، كثيرا ما سنقوم باستحضار أحكام المدونة الملقاة، فتكون دراستنا هذه مقارنة، والمقارنة تشد الذهن وتبين إيجابيات النصوص ونواقصها.

ومن البديهي - وفي هذا الإطار دائما - أن نرجع بين الفينة والأخرى إلى بعض القوانين المقارنة توضيحا للقواعد التي نوردتها.

ولن نهمل العمل القضائي الذي يمثل الجانب العملي والتطبيقي للنصوص التشريعية والشرعية المرتبطة بمدونة الأسرة، والذي كثيرا ما يسد الفراغ التشريعي.

والسلام

الدار البيضاء، في 10 رمضان 1429

الموافق 11 شتبر 2008

(26) وانظر من أجل التوسع:

- عبد الخالق أحمديون، الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وقوانين دول المغرب العربي والاتفاقيات الدولية، طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى، 2006، ص. 61 وما بعدها.



نادي الطلبة و الباحثين في

العلوم القانونية

www.club-droit-marocain.blogspot.com

مدخل عام

تمهيد :

ينطلق عقد الزواج بحسب الأصل من تعاقد شرعي بين رجل وامرأة، يشهد عليه ويوثقه عدلان منتصبان للإشهاد، موضوعه تأسيس أسرة يقومان معا برعايتها، على ما يستفاد من المادة الرابعة من مدونة الأسرة الصادرة بالقانون رقم 70-03.

وداخل الأسرة، يتم إنجاب الأطفال - وهم زينة الحياة الدنيا - عادة، يتربون ويتهيئون ليقوموا بدورهم كاملا داخل المجتمع، فيساهمون في تقدم هذا المجتمع وارتقائه، ومن ثمة كان الزواج مؤسسة تسمو على التأقيت.

وفي الوقت الحالي، فإن القانون هو الذي يحكم أوضاع الأسرة تأسيسا وآثارا، أي حقوقا والتزامات، سواء فيما بين الأزواج أو فيما بينهم وبين أبنائهم، بل وهو الذي يحكم انتهاءها كذلك، بالطلاق أو بالتطليق أو بالوفاة، أو بالفسخ، حسب الأحوال.

وتمثل القانون من حيث مفهومه العام والشامل في مجموعة القواعد الاجتماعية الملزمة التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد. فهو يبين حقوقهم ويحدد التزاماتهم، بالإضافة إلى أنه هو الذي يحفظ بعض المراكز القانونية الخاصة بهم.

والقانون بمفهومه هذا قد يجد مصادره الأصلية في التشريع أو العرف أو مبادئ الفقه الإسلامي، أو في مصادره الاستثنائية المتمثلة في القضاء والفقه مبدئيا، ما لم يقض المشرع بنص صريح بخلاف ذلك.

وقد دأبت الدراسات الأكاديمية منذ زمن بعيد على تقسيم القانون إلى عام وخاص (1).

(1) راجع كتب المدخل لدراسة القانون.

ويجمع الكل على أن القانون المدني يمثل أهم فرع من فروع القانون الخاص على الإطلاق، مع العلم أن الفقه المالكي يحتل مركزاً متميزاً في رحاب ذلك القانون.

وتهتم قواعد القانون المدني في عموميتها بتنظيم العلاقات الخاصة التي تنشأ بين الأفراد داخل المجتمع - وسواء أكانوا طبيعيين أو معنويين - أو بينهم وبين الدولة أو من يقوم مقامها في أحوال معينة، عدا ما يتناوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص، كمدونة التجارة وقانون الشركات ومدونة الشغل، على سبيل المثال.

والأصل أن قواعد القانون المدني تحكم نوعين من الروابط: روابط تستهدف تداول الأموال بين أفراد المجتمع، وروابط تستهدف إنشاء أسرة وتنظيم العلاقات غير المالية التي تنشأ بين أعضائها.

تصنف الروابط الأولى عادة ضمن ما يسمى بالأحوال العينية (le statut réel)، بينما تصنف الروابط الثانية ضمن ما يسمى بالأحوال الشخصية (le statut personnel)، وجانب من هذه الروابط الأخيرة هي التي تهمنا في هذا المجال.

فقرة أولى - مبادئ أولية :

أولاً - مضمون القانون المدني (3) في دول أوروبا الغربية:

تجمع التقنيات المدنية Les codes civils لدول أوروبا الغربية بين دفتيها عادة الأحكام المتعلقة بالعلاقات المالية التي تنشأ بين مختلف الأفراد، وسواء ما يعرف منها بالحقوق الشخصية أو ما يعرف منها بالحقوق العينية، بالإضافة إلى الأحكام التي تهتم بتنظيم العلاقات الأسرية، والتي يصطلح على تسميتها عادة بقوانين الأحوال الشخصية.

(2) حول هذا التصنيف، راجع كتب القانون المدني، وراجع بالخصوص :

- عبد الرزاق أحمد السهموري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1964، ص. 115 وما بعدها.

(3) يرادف القانون المدني في دلوله العام القانون الخاص، وهو ما نقصده عندما نتحدث عن تنظيم العلاقات المدنية.

ويقتصد بالقانون المدني في مفهومه الخاص، جميع القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الخاصة باستثناء ما يحكمه القانون التجاري أو قانون الشغل.

ولعل السبب الرئيسي في ذلك - أي في تنظيم الحقوق المالية إلى جانب الحقوق الأسرية - دون تمييز هو أن تلك التشريعات - وبخلاف الوضع عندنا - اتخذت العلمانية مذهباً لها، ففصلت مبكراً، بين الدين والدولة (+)، حيث انعكس ذلك بصفة جلية ومباشرة على القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين أفراد مجتمعاتها، بل وانعكس ذلك بالخصوص حتى على مصادرها المادية، بل وعلى مواقف قضائها كذلك (5).

وكنتيجة حتمية لذلك الانفصال، ظهرت في القوانين المدنية الغربية - وخاصة ما يتصل منها بمجال الأحوال الشخصية - مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم بعض

(+) فمثلاً ينص الفصل الثاني من الدستور الفرنسي الصادر في 4 أكتوبر 1958، على أن فرنسا تعد دولة لائكية وديمقراطية واجتماعية، وهي تسهر على تحقيق المساواة أمام القانون دون تمييز في الأصل أو العرق أو الدين، ثم إنها تحترم جميع المعتقدات.

— “La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine. Elle respecte toutes les croyances...”.

وعلى الرغم من ذلك، فإن المساواة التي يتحدث عنها الدستور الفرنسي لم تحترم قضائياً في قضية الحجاب. انظر موقف ابتدائية باريس الصادر في 2 يونيو 1991 المتعلق بقضية الحجاب والمعروفة بقضية خرواعة ومن معها، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 66، ص. 237.

وهو حكم أعادت التأكيد عليه محكمة النقض الفرنسية (الغرفة الكبرى) بالقرار الصادر عنها بتاريخ 10 نوفمبر 2005، مشار إلى مراجعه بالنشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، العدد 17، ص. 26.

ولأخذ فكرة شاملة عن موقف الدساتير الأوروبية الأخرى حول الموضوع، انظر بالخصوص:

— Maurice Duverger, “Constitutions et documents politiques”, Thémis P.U.F, 1987.

(5) وهكذا، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بباريس أن النظام العام الفرنسي يمنع تطبيق القانون الأجنبي ذي الطبيعة الدينية الذي لا يعترف بحرية الزواج.

— “L'ordre public français s'oppose aux obstacles de nature religieuse qu'une loi étrangère (loi marocaine) établit à l'encontre de la liberté matrimoniale...”.

— Paris, 9 janvier 1995. D. 1996, Somm. 171, obs. Audit.

وتقتصر محكمة النقض الفرنسية لتكريس نفس الموقف أعلاه باستعمال عبارة «تخالف المفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي...».

— “... Est contraire à la conception française de l'ordre public international...”.

— Civ. 1ère, 9 octobre 1991, Bull. civ. I, n° 249.

— Civ. 1ère, 10 février, 1993, Bull. civ. I, n° 64.

وانظر من أجل التوسع:

— A. Chapelle, “Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, thèse, Paris, 1979.

الأوضاع أو تنظم بعض الحقوق التي لا تعترف بها الديانات السماوية عموماً والشرعية الإسلامية على وجه الخصوص، ومن ذلك مثلاً إباحة الدعارة كمظهر من مظاهر الحرية الإنسانية(6)، والعلاقات الجنسية الحرة Le concubinage، والحقوق التي يتمتع بها الأولاد الطبيعيون في علاقتهم بأبيهم البيولوجي، ومسألة التبني، والوصية للخليلة، والتلقيح الاصطناعي خارج الإطار الشرعي، وكراء الأرحام، وتخزين الحيوانات المنوية، إلى غير ذلك من الأوضاع الشاذة الأخرى كالإنجاب عن طريق الأنابيب بدون ضابط شرعي.

وفي الوقت الراهن، يكاد الغرب كله - وتحت شعار الحرية - يعترف بزواج المثليين، وهو زواج خارج الناموس الطبيعي.

بل، ولقد بدأت منذ مدة ليست بالقصيرة في دول الغرب، وبالأخص في الولايات المتحدة الأمريكية وفي بعض الدول الأوروبية، تتضح معالم مسألة نكاح المحارم، وهو الاتصال الجنسي الذي يتم بين أفراد الأسرة الواحدة، وخصوصاً بين الآباء والأبناء(7)، وهذه ممارسة تنفر منها حتى الكثير من الحيوانات، وهي تترجم إلى حد ما مدى الاستهتار بالمبادئ الأخلاقية والدينية داخل مجتمعات الغرب، وهي مجتمعات قطعت شوطاً بعيداً في مجال التقدم العلمي المادي.

ويضاف إلى هذا وذاك، ما تناولته وسائل الإعلام الغربية مؤخراً من أن القضاء الأمريكي قد قبل النظر في الدعوى التي رفعتها طفلة أمريكية تبلغ من العمر أربعة عشر سنة، والتي طلبت من خلالها أن يوضع حد نهائي لعلاقتها بأبويها البيولوجيين، مفضلة العيش مع أبويها بالتبني. والغريب أن القضاء الأمريكي قد لبى طلبها بكل سهولة ويسر(8)، وهذا يفيد أن قواعد النسب عندهم بدورها لم يعد لها أي وزن يذكر.

(6) ولمزيد من الإيضاح حول ظاهرة المعاشرة الحرة والأطفال الطبيعيين بفرنسا، انظر :

— J. Rubellin - Devichi, "La condition juridique de la famille de fait en France", la semaine juridique, 1986, I, 3241.

وانظر للاطلاع على جواب من الموضوع :

— محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، 2001.

(7) لأخذ فكرة شاملة عن الجوانب الأخلاقية للموضوع انظر :

— Jean Bernard, "De la biologie à l'Éthique", Buchet - Chastel, 1990

(8) جريدة «أنوال»، ع. 1154، الأربعاء 25 غشت 1993، ص. 10.

وأخيراً، فإن من أغرب القواعد التشريعية التي تتضمنها المدونة المدنية الفرنسية تلك التي تنظم الزواج بالميت (9) Le mariage posthume والميت جماد بلا روح، عديم الشخصية القانونية وبالتالي عديم الأهلية وعديم الذمة. ومن أغرب القواعد التشريعية كذلك ما تبناه البرلمان الهولندي مؤخراً بأغلبية كبيرة، ويتعلق الأمر بقانون يسمح بزواج مثليي الجنس وتبني الأطفال من قبل أبوين من جنس واحد (10)،

(9) ينص الفصل 171 من القانون المدني الفرنسي كما تم تغييره سنة 1959 على ما يلي :
" يمكن لرئيس الجمهورية أن يرخص لأسباب خطيرة في إبرام الزواج في حالة ما إذا توفي الخاطب بعد إتمام الإجراءات الرسمية التي تعبر بدون التباس عن رضا بالزواج ».

— " Le président de la république peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement des formalités officielles marquant sans équivoque son consentement.

Dans ce cas, les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux.

Toutefois, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession ab intestat, au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux".

فالحربان العالميتان الأولى والثانية، وبالإضافة إلى حرب الهند والصين والجزائر، خلفت عددا كبيرا من القتلى في صفوف الفرنسيين، مما أدى إلى ترك العديد من الفرنسيات في حالة حمل. ولتفادي المشاكل الناتجة عن هذا الوضع، أصدر المشرع الفرنسي آنذاك عدة نصوص أضفى بواسطتها الصفة الشرعية على الأطفال المزدادين بعد وفاة آبائهم.

وبتاريخ 2 يناير 1969 انهار سد مالباستي Malpasset بشمال فرنسا، حيث خلف العديد من الضحايا من بينهم فتاة حامل من خاطبها الذي لقي مصرعه في هذا الإنهيار، وهو بصدد محاولة إنقاذه لأبويه، وقد كان بصدد إبرام زواجه من خطيبته بعد أسبوعين فقط.

وأثناء زيارة رئيس الجمهورية للمنكوبين قدمت له المخطوبة طلباً تلتمس من خلاله السماح لها بالزواج من خاطبها المتوفى.

والغرض من هذا الزواج إضفاء الصفة الشرعية على المولود الناتج عن الاتصال الجنسي بين الخاطب والمخطوبة أثناء فترة الخطوبة.

وكان هذا هو السبب لوضع المقتضيات أعلاه.

ولمزيد من الإيضاح حول هذا النوع من الزواج انظر :

- محمد الشافعي، الزواج بالميت في القانون الفرنسي، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 23، ص. 41 وما بعدها.

— Ph. Malaurie, "Droit civil. La famille", éd. Cujas, Paris, 1993.

وانظر كذلك :

— G. Marty et P. Raynaud, "Droit civil. Les personnes", éd. Sirey, Paris, n° 95 et suiv.

(10) يقول الله تعالى بشأن اللواط وهو يخاطب قوم لوط عليه السلام: ﴿ أتأتون الذكران من العالمين وتخزون ما خلق لكم ربحهم من أزواجهم بل أنتم قوم عادون ﴾.

وهي وضعية بدأت في الانتشار حتى داخل بعض الدول ذات التقاليد المسيحية مثل إيطاليا وإسبانيا وبريطانيا (11).

وهذا قليل من كثير.

ومن المستجدات الغريبة عن تقاليدنا أن واقعة الزوج لزوجته بدون رضاها في فرنسا هو اغتصاب لها، تطبق بشأنه أحكام الاغتصاب المعروفة في القانون الجنائي والقانونيين الفرنسي والمغربي (12).

ثانيا - مضمون القانون المدني في الدول العربية :

لقد ابتليت الدولة العربية بالاستعمار الأوروبي البغيض، نتيجة للضعف الذي اعتراها بعد القوة والعز. وقد حاول المستعمر، من ضمن ما حاوله، القضاء المبرم على هويتها المسلمة، وذلك عن طريق التشويش على تطبيق قواعد الفقه الإسلامي بهذه الكيفية أو بتلك، تحت ذريعة أن تلك القواعد لا تتسجم مع العقلية الأوروبية «المتحضرة».

- الآيتان 165 و166 من سورة الشعراء.

وجاء في حديث لرسول الله ﷺ بشأن السحاق: «سحاق النساء بينهن زنا». رواه الطبراني وأبو يعلى عن وائلة بن الأسقع. قال الهيثمي رجاله ثقات.

(11) أفادت مصادر صحفية أن النواب الهولنديين أقرّوا بأغلبية 49 صوتا مقابل 21 صوتا معارضا حق مثليي الجنس في عقد زواج مدني. أما القانون المتعلق بتبني شخصين من الجنس نفسه لأطفال فقد أقر بأغلبية 47 صوتا مقابل 28 صوتا معارضا.

وكان النواب قد أقرّوا القانونين في 12 شتبر 2000، وبحسب وزارة العدل الهولندية ستدخل القوانين الجديدة حيز التنفيذ في شهري مارس وأبريل المقبلين.

واعتبارا من هذا التاريخ، سيتمكن مثليو الجنس من عقد زواج مدني تماما كما يفعل الرجل لعقد قرانه على امرأة وهي سابقة عالمية. وحتى الآن، تسمح بعض الدول لمثليي الجنس بالعيش المشترك فقط ومنها السويد والدانمارك وفرنسا والمجر.

ويسمح قانون التبني الجديد لزوجين من الجنس نفسه بتبني أطفال شريطة أن يحملوا الجنسية الهولندية تجنباً لمشكلات قضائية معقدة مع الدول التي لا تطبق مثل هذه القوانين.

- جريدة «الأحداث المغربية»، عدد 21 دجنبر 2000، ص. 3.

(12) عرّف المشرع المغربي جريمة الاغتصاب في الفصل 486 من القانون الجنائي كما يلي:

«الاغتصاب هو واقعة رجل لمرأة بدون رضاها، ويعاقب عليه بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات.

غير أنه إذا كان سن المجنس نسيبا نفل عن ثمان عشرة سنة، أو كانت عاجزة أو معاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية أو حاملا، فإن الجاني يناب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة».

وقد نظم المذمّر الفرنسي جريمة الاغتصاب بواسطة المادة 332 من القانون الجنائي.

وبينما ظلت هذه الدول تخضع للعلاقات القانونية التي تنشأ بين أفرادها - وبصفة تلقائية - إلى أحكام الفقه الإسلامي عموماً، اضطرت في النهاية، وتحت ضغط المستعمر، وبإيعاز منه في الغالب، إلى إخضاع تلك العلاقات إلى قوانين مدنية وضعية مقتبسة شكلاً من النظم القانونية الأوروبية، وإن ظل جوهرها لا يتنافى كقاعدة عامة مع المبادئ العامة لجوهر ذلك الفقه (13).

ولم تتأثر الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية - مبدئياً - بتلك الأنظمة القانونية، إذ ظلت وأمست ذات أصل إسلامي، تصطبغ غالباً بمذهب من المذاهب السنية الكبرى المعروفة، بل ومنها ما تمذهب أحياناً بأحد المذاهب الشيعية كالْمذهب الجعفري على سبيل المثال.

وهكذا، فإننا نلاحظ في كل الدول العربية تقريباً، وجود قانون مدني ينظم الحقوق الشخصية، والحقوق العينية، إلى جانب وجود قانون للأحوال الشخصية أو للأسرة. الأول يجنح نحو التوفيق بين الأحكام المدنية التي تبنتها التشريعات الأوروبية والمبادئ العامة للفقه الإسلامي، والثاني يقف عند حدود أحكام الشريعة والفقه لا يكاد يتجاوزهما إلا لماماً (14).

ولم تحدد المملكة المغربية عن تلك القاعدة.

ففي عهد الحماية، تعهدت السلطات الفرنسية باحترام الدين الإسلامي، سواء تعلق الأمر بجانب العبادات أم بجانب المعاملات، من خلال الفصل الأول من معاهدة فاس المبرمة مع المغرب في 30 مارس 1912 (15).

(13) هذا مع العلم أن بعض التشريعات المدنية العربية قد حاولت أن تظل وفية لأحكام الفقه الإسلامي (العراقي مثلاً) وبعضها الآخر حاول أن يستفيد جزئياً من تلك الأحكام كما هو الأمر بالنسبة للقانون المدني المصري والتشريعات المدنية العربية الأخرى التي سارت في نهجه.

(14) فبالإضافة إلى الفصول 82 و 172 و 216 و 297 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، نصت المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه:

« كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف ».

(15) ينص الفصل الأول من هذه الاتفاقية على ما يلي :

« إن جلالة السلطان ودولة الجمهورية الفرنسية قد اتفقا على تأسيس نظام جديد بالمغرب يشتمل على الإصلاحات الإدارية والتعليمية والاقتصادية والمالية والعسكرية.

ومما النظام يكون يحترم حرية السلطان وشرعه الحادي وكذلك الحالة الدينية وتأسيسها والمعايشة الإسلامية وخصوصاً تأسيسات الأديان، كما يكون هذا النظام محتوياً على تنظيم مخرن شريف مصبوط... ».

...
 ...
 ...
 ...
 ...

: "المؤمنون" - آيات

...

...
 ...
 ...
 ...
 ...

...

...
 ...
 ...
 ...
 ...

1 - قانون الالتزامات والعقود :

وضع قانون الالتزامات والعقود بظهير 12 غشت 1913 (18)، وهو يشتمل على 1250 فصلا وينقسم إلى كتابين رئيسيين، كتاب يتناول أحكام الالتزامات أو الحقوق الشخصية بوجه عام، وكتاب يتناول أحكام مختلف العقود المسماة وما يتصل بها. وقد اقتبس هذا القانون مباشرة من مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي وضعت سنة 1906، والتي تجنح كقاعدة نحو التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامي ومختلف القواعد المضمنة في بعض القوانين الأوروبية آنذاك، وبعض مبادئ القانون الروماني (19) - Digest .

ولم يكن قانون الالتزامات والعقود في الأصل ينظم إلا العلاقات التي تنشأ بين الفرنسيين والأجانب، بحيث لم يكن يطبق على المغاربة إلا في أحوال جد استثنائية، إلى غاية صدور قانون 26 يناير 1965 والمعروف بقانون مغربة القضاء وتوحيده وتعريبه (20)، حيث أصبح قانون الالتزامات والعقود يمثل أهم جانب من

ويعتبر القانون 99-37 بخصوص الحالة المدنية والذي دخل حيز التنفيذ بظهير 3 أكتوبر 2002 بدوره من مكونات القانون المدني.

ويضاف إلى ذلك المستجدات المتعلقة بالتوثيق الإلكتروني.

انظر حول الموضوع:

- ظهير رقم 129-7-1 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والذي غير مقتضيات عديدة في قانون الالتزامات والعقود. (18) ختم هذا الظهير بمراكش في 12 غشت 1913 وصدر الأمر بتنفيذه في 30 غشت 1913 ونشر بالجريدة الرسمية رقم 46 بتاريخ 12 شتبر 1913، ص. من 78 إلى 112.

نشر هذا الظهير في وقته باللغة الفرنسية وبدون ترجمة إلى اللغة العربية، ربما لأنه لم يكن يهم آنذاك إلا الفرنسيين والأجانب، ولم يكن مطبقا إلا من طرف المحاكم الفرنسية. وقد نقل إلى اللغة العربية سنة 1965 بعد صدور قانون مغربة القضاء وتوحيده.

(19) لأخذ فكرة عن الموضوع، انظر بالخصوص :

- أحمد أدريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، أطروحة لنيل دكتوراه الحولة في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالرباط سنة 1992.

— Paul Decroux, "origine et originalité du Dahir formant code des obligations et contrats. G.T.MI, 1958, p. 275.

— J. Monéger, Biographie du D.O.C. "De la reception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain", R.M.I.D.E.D., n° 7, p. 15 et suiv.

(20) هذا القانون تقدم بمبادرته مجلس النواب وصوت عليه بتاريخ 2 يونيو 1964 ووافق عليه مجلس المستشارين بتاريخ 17 يونيو 1964 وصدر الأمر بتنفيذه بالمرسوم الملكي الصادر في 26 يناير 1965.

- ج.ر. عدد 2727 الصادرة بتاريخ 3 فبراير 1965.

جوانب القانون المدني المغربي (21)، بل شريعة عامة يلتجئ إليها القاضي لسد الفراغ العالق ببعض فروع القانون الخاص الأخرى كالقانون التجاري وقانون الشغل ومختلف القوانين العقارية، بل والقانون العام في بعض الأحيان (مثلا الفصلان 79 و 80 من ق.ا.ع).

وباعتبار أن قانون الالتزامات والعقود قد وضع بالأساس لكي يطبق على الفرنسيين والأجانب، فإنه قد تضمن العديد من الأحكام الخاصة بالعلاقات الأسرية، أي التي لها ارتباط بقانون الأحوال الشخصية عموما (22)، ومن ذلك على سبيل المثال ما جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 229 من ق.ا.ع وقد نصت على أنه :

«إذا رفض الورثة التركية، لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها وفي هذه الحالة ليس للدائنين إلا أن يباشروا ضد التركية حقوقهم».

فمن البديهي أن هذا المقتضى ينسجم مع مقتضيات المادة 774 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه:

“Une succession peut être acceptée purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire”.

والمعتمد عندنا، في الوقت الراهن، هو مقتضى المادة 329 من مدونة الأسرة وتنص على ما يلي:

(21) ينص الفصل الثالث من هذا القانون على ما يلي :

«إن النصوص الشرعية والعبرية وكذلك القوانين المدنية والجنايئة الجاري بها العمل حاليا تصبح إلى أن تتم مراجعتها مطبقة لدى المحاكم المذكورة في الفصل الأول».

- القانون 3-64 (26 يناير 1965) بشأن توحيد المحاكم.

- ج.ر. عدد 2727 (3 فبراير 1965)، ص. 209 وما بعدها.

وقد صدر مرسوم ملكي بتاريخ 31 دجنبر 1965 يبين المقصود من القوانين المدنية، وقد أشار من بينها إلى قانون الالتزامات والعقود.

ولأخذ فكرة عامة عن هذا القانون والظروف التي لا بدت وضعه وتطبيقه، راجع :

- عبد الهادي بوطالب، قانون 1965 حول مغربة وتوحيد وتعريب القضاء، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 10، ص. 15 وما بعدها.

(22) راجع مثلا الفصول المتعلقة بالأهلية (3 إلى 13) والنصوص الخاصة بحوالة مجموعة حقوق أو حوالة النمة (209 و 210) والفصل 229 بخصوص آثار العقد بالنسبة لأطرافه وللخلف العام والخاص، وهكذا.

«أسباب الإرث كالزوجية والقرابة أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية، فليس لكل من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث ولا التنازل عنه للغير».

فالمادة 329 من مدونة الأسرة تكرر مقتضى شرعيا، يتصل بصميم النظام العام.

2- التشريع العقاري : مدونة الصّوق العينية (2011)

يتكون التشريع العقاري المغربي من ظهير 12 غشت 1913 المنظم لمسطرة التحفيظ العقاري وظهير 2 يونيو 1915 المتضمن للأحكام الموضوعية التي تطبق على العقارات المحفظة، بالإضافة إلى بعض النصوص التشريعية الأخرى المتناثرة هنا وهناك (23).

ويشتمل هذان الظهيران في الواقع على ما يمكن أن نطلق عليه أحكام الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات المحفظة بالمملكة المغربية، مادامت القاعدة العامة عندنا أنه يتمتع امتناعا - مبدئيا - تطبيق هذه الأحكام على العقارات غير المحفظة (24).

ولقد جرى عمل القضاء المغربي - ويتزعمه المجلس الأعلى بهذا الصدد - ومنذ عهد الحماية وإلى اليوم على تكملة التشريع العقاري إما بقواعد الفقه الإسلامي، وخاصة في الأحوال التي تحيل عليه بعض نصوصه (25)، وإما بقواعد قانون الالتزامات والعقود (26).

(23) ومن ذلك مثلا النصوص الخاصة بالاستثمارات الفلاحية، والنصوص الخاصة بضم الأراضي، والنصوص الخاصة بأراضي الجموع، والنصوص الخاصة بنظام نزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت والنصوص المتعلقة بالأحباس.

(24) جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط:

— “La loi applicable aux litiges intéressant la propriété d'un immeuble non immatriculé est la loi musulmane...”

— R.A.C.A.R. arrêt du 19 juillet 1945. T. XIII, p. 154.

وجاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بخصوص نازلة مغربية:

— “La législation foncière du protectorat est d'ordre public...”

— Arrêt du 26 juin 1932, cité par Maurice Jaquet, “Du droit applicable aux immeubles non immatriculés”, Rec. Penant, 1931, p. 1 et suiv.

(25) راجع مثلا الفصول 30 (تزامم الشفعاء) و75 (الأحباس) و197 (الحقوق العرفية الإسلامية) من ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة، وكلهما نصوص تحيل على قواعد الفقه الإسلامي، المتمثل عندنا في المذهب المالكي والأعراف المحلية.

(26) جاء مثلا في قرار للمجلس الأعلى:

ولأن هذا القانون قد استهدف من حيث هدفه الأساسي الأول خدمة مصالح الفرنسيين والأجانب، فإنه قد احتوى على قواعد قانونية لا علاقة لها بهويتنا المسلمة، ومن ذلك مثلاً أن حقوق المرأة المتزوجة يمكن أن تسجل بناءً على طلب من أحد أصدقائها(27).

3 - الفقه المالكي :

ينسب المذهب المالكي إلى مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي - نسبة إلى ذي أصبح وهي قبيلة باليمن - إمام دار الهجرة وفقيهها ومحدثها الأشهر(28)، ولد

« إن قواعد الفقه الإسلامي لا تطبق على العقارات المحفوظة إلا في حالة عدم وجود نص في قانون الالتزامات والعقود... ».

- قرار 18 أكتوبر 1978، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 67 وما بعدها.
راجع لمزيد من الإيضاح بهذا الخصوص:

- محمد الكشور، التنازع بين قانون الالتزامات والعقود والفقه المالكي في مجال العقارات غير المحفوظة، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 7، ص. 41.

- محمد الكشور، بيع العقار بين الرضائية والشكل، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1997، ص 35 وما بعدها.

(27) فقد نص الفصل 79 من ظهير التحفيظ العقاري على ما يلي :

« تسجل حقوق المرأة المتزوجة بطلب من زوجها وإلا فبطلب منها أو من أقاربها أو أصدقائها ».

ومن البديهي أنه لا يمكن الحديث في الشرع الإسلامي عن أصدقاء المرأة وإن كان يصح الحديث عن صديقاتها.
(28) انظر ترجمة الإمام مالك في القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، طبعة الأوقاف، ج. 1، ص. 104 وما بعدها.

و« المذهب المالكي هو عبارة عما أصله الإمام مالك من أصول مجتهدا في اعتمادها، وما درج عليه أصحابه، ومتبعوه، ولو خالفوه في الفروع المبنية على تلك الأصول، إذ الاعتبار أن يدور اجتهداهم مقبدا بأصول الإمام مالك. وبعبارة أخرى:

« المذهب المالكي هو ما ذهب إليه الإمام مالك من الأحكام الاجتهادية مراعيًا في ذلك أصولًا معلومة وأخرى مخصوصة، وما درج عليه أصحابه ومتبعوه في الفروع المبنية على تلك الأصول ».

وهذا ما أكدته غلال الفاسي بقوله :

« ومن مجموع اجتهاد المجتهدين، وأقوال تلامذتهم تكونت هذه المدارس الفقهية التي نسميها بالمذاهب ».

فمذهب الإمام مالك هو جميع أقوال وترجيحات مالك، وتلامذته، وفقهاء مذهبه... ».

- محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1996، ص 100 و 101.

والنتيجة هي أن مذهب الإمام مالك هو ما اختص به هذا الإمام من حيث الأحكام الشرعية الاجتهادية على مستوى الفروع، أما الأحكام المجمع عليها من جميع الأئمة والتي ليست محل خلاف كوجوب الصلاة والصوم والزكاة ونحو ذلك، فلا يمكن إدراجها في إطار خصوصيات المذاهب الفقهية عمومًا.

- محمد رياض، م.س، ص 89.

بالمدينة المنورة سنة 93 هـ وتوفي بها سنة 179 هـ عن عمر يناهز 86 سنة. وقد اختار المغاربة هذا المذهب ورجحوه على ما عداه من المذاهب الفقهية الأخرى منذ العهد المرابطي على وجه التحديد، على الرغم من أن أمراء الموحدين قد حاولوا إبعاده بحد السيف والنار أحيانا (29).

يقوم المذهب المالكي على الكتاب والسنة ولو ثبتت عن طريق الآحاد. كما أنه يعتمد على عمل أهل المدينة، ويقدمه على القياس وخصوصا في الأشياء المادية المحسوسة مثل المعايير والمكاييل وكيفية الوضوء وكيفية الصلاة، كما يعتمد كثيرا على المصالح المرسلة وعلى العرف.

ويأخذ الإمام مالك كغيره من الأئمة بالإجماع. غير أنه ينفرد بأن الإجماع عنده يكفي فيه إجماع أهل المدينة لأنهم أدري من غيرهم بالسنة وبالناسخ والمنسوخ. وقد كان هذا الإجماع عنده مقدم على القياس، بل وحتى على الحديث الصحيح لأنه من باب العمل المتوارث فعله عن رسول الله ﷺ (30).

وقد ضعف مركز هذا الفقه بعد بسط الحماية الفرنسية على المغرب سنة 1912، وبالخصوص بعد إدخال تقنية وضع التشريعات الوضعية المستمدة من قوانين الغرب، عن طريق إصدار الظهائر والقرارات الوزارية والقرارات المديرية والقرارات المقيمة التي توضع في صورة قواعد قانونية تضع عادة حلا لمشكل قانوني أو تنظم وضعية ما.

(29) راجع في هذا الصدد بالخصوص :

أبو العباس أحمد بن خالد الناصري، الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى، الجزء الأول، دار الكتاب بالدار البيضاء، 1964، ص. 136 وما بعدها.

وقد اختلف المؤرخون حول موقف الموحدين هذا، وما إن كان يشكل انتصارا للمذهب الظاهري على حساب المذهب المالكي السائد آنذاك، أم أن الأمر يتعلق بفتح باب الاجتهاد في وجه الفقهاء (محمد بن الحسن الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص. 196، وما بعدها). وحسب البعض، فإن اضطهاد الموحدين للفقهاء المالكية كان بسبب موقفهم السياسي المعارض للموحدين. (عباس الجراري، وحدة المغرب المذهبية، دار الثقافة، الدار البيضاء، 1976، ص. 21).

(30) انظر للتوسع حول هذه الفكرة :

عبد اللطيف هداية الله، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1996، ص. 209 وما بعدها.

وانظر أيضا القاضي عياض، ترتيب المدارك، م.س. ص. 47 إلى 59. ففيه يفرق بين أوضاع مختلفة من عمل أهل المدينة ومدى دحيته كأصل من أصول المذهب المالكي.

وفي الوقت الحالي، يعرف الفقه المالكي والذي يمثل وجها من أهم أوجه النظام العام، تطبيقات عديدة بالمغرب. فبالإضافة إلى أن بعض النصوص التشريعية المضمنة في قانون الالتزامات والعقود، كما أسلفنا (31)، وبعض النصوص الأخرى المضمنة في التشريعات العقارية تحيل على أدكاهه بصفة صريحة أو ضمنية (32)، فإن قواعد هذا الفقه هي الواجبة التطبيق كلما تعلق النزاع بحقوق عينية تتصل بعقارات غير محفظة أو عقارات في طور التحفيظ على ما استقر عليه العمل القضائي منذ عهد الحماية هنا كذلك (33)، بل وهو الواجب التطبيق بالنسبة لبعض العقود المدنية غير المنظمة في قانون الالتزامات والعقود، كما هو الحال بالنسبة للهبة والصدقة والعمرى والتصيير (34).

وبالإضافة إلى ما سبق، فإن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة قد أذالت بشأن ما لا نص فيه على الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من فقه الإمام مالك. وقد اقتضت مدونة الأسرة التي حلت محلها على الإحالة على الفقه المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف، وهو موضوع سنرجع إليه في حينه بتفصيل.

(31) ومن ذلك مثلا ما يتعلق ببيع المريض مرض الموت (الفصل 479) وما يتعلق بالإبراء في مرض الموت (الفصلان 344 و 345) وما يتعلق بالمقاصة بين المسلمين (الفصل 357) وما يتعلق ببطلان بيع الأشياء المعتبرة من النجاسات (الفصل 484) وما يتعلق بمنع القرض بفائدة بين المسلمين (الفصل 870) وما يتعلق ببطلان الشركة بين مسلمين إذا كان محلها مما تحرمه الشريعة الإسلامية (الفصل 986) وما يتعلق بتحريم المقامرة والرهان (الفصل 1092). ويضاف إلى ذلك أن المشرع المغربي قد سكت عن تنظيم العديد من العقود التي كان من المفروض أن يتضمنها قانون الالتزامات والعقود، ومن ذلك الهبة والصدقة والعمرى والتصيير، وقد استقر عمل القضاء المغربي على إخضاعها لقواعد الفقه المالكي.

(32) راجع مثلا الفصول 32 و 75 و 197 من ظهير 2 يونيو 1915 الخاص بالتشريع العقاري.

(33) جاء مثلا في قرار للمجلس الأعلى:

«حيث إن العقار المتنازع فيه كان عند إبرام العقد لا يزال في طور التحفيظ وأنه في هذه الحالة وإلى أن يتم تحفيظه بصفة نهائية يظل خاضعا لقواعد الفقه الإسلامي والأعراف المحلية الجاري بها العمل...».

- قرار 26 يناير 1973، منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 13 و 14، ص 119 وما بعدها.

ولتحقيق البحث حول هذه النقطة، وللتوسع حول موقف القضاء المغربي حول المسألة انظر:

- محمد الكشور بيع العقار بين الرضائية والشكل، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1997.

(34) راجع حول الموضوع:

- محمد الكشور، عقد التصيير، بحث منشور بمجلة المناهج، العدد 2، ص 131 وما بعدها.

4 - مدونة الأحوال الشخصية :

أ - وضع مدونة الأحوال الشخصية الملغاة :

لم يعرف المغرب في عهد الحماية تشريعا مدونا خاصا بالأحوال الشخصية، لا بالنسبة للمغاربة المسلمين أو اليهود، ولا بالنسبة للفرنسيين والأجانب، حيث ساد آنذاك مبدأ شخصية القوانين في هذا الصدد.

فالمغاربة المسلمون كانوا يخضعون فيما يخص تنظيم علاقاتهم الأسرية إلى الأحكام المدونة في كتب الفقه المالكي، وخصوصا متن الشيخ خليل وتحفة ابن عاصم الغرناطي والشروح المرتبطة بهما ومختلف كتب النوازل الفقهية مثل المعيار للونشريسي ونوازل العلمي، ونوازل المهدي الوزاني، ويتقاضون بشأنها لدى القضاء الشرعي. والمغاربة اليهود كانوا يخضعون لقانون الأحوال الشخصية العبري فيما يخص تنظيم مثل تلك العلاقات، ويتقاضون بشأنها لدى المحاكم الإسرائيلية التي تطبق عليها القانون العبري، بالإضافة إلى ظهير 23 أبريل 1918 بشأن التوثيق الإسرائيلي.

أما الفرنسيون والأجانب الأوروبيون بالخصوص، فقد كانوا في هذا الصدد يخضعون لقوانينهم الوطنية للأحوال الشخصية تطبيقا للمقتضيات المضمنة في ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، والذي مازال يمثل - وإلى اليوم - العمود الفقري للقانون الدولي الخاص المغربي، وكانوا يتقاضون بشأن ذلك لدى القضاء الفرنسي المنبث بالمغرب، إلى غاية صدور قانون المغربية والتعريب والتوحيد(35).

(35) وبالإضافة إلى ما سبق، ساد القضاء العرفي فيما كان يسجى قبل الحماية بمناطق « السبية البربرية » وكان من اختصاص الجماعة التي تطبق على النزاعات المطروحة أمامها الأعراف البربرية. وهو في حقيقته أقرب إلى نظام التحكيم القبلي منه إلى القضاء. ولأمر ما، اقتضت مصلحة سلطات الحماية الفرنسية تركه على ما هو عليه.

ولقد حاول المقيم العام الفرنسي تنظيم هذا القضاء بمجموعة من المنشائر والتعليقات في بداية الأمر. ولم يتدخل المشرع المغربي بصفة مباشرة في هذا الموضوع إلا بمقتضى الظهير البربري الصادر في 16 ماي 1930 الذي حاول وضع تنظيم قضائي بمناطق العرف.

وكانت المحاكم العرفية تنظر في النزاعات الخاصة بالأحوال الشخصية، حيث كانت تطبق الأعراف المحلية، وهي أعراف فيما ما هو مخالف للشريعة الإسلامية كحرمان المرأة من الإرث مثلا.

ولما ولى عهد الحماية الفرنسية سنة 1956 على إثر اتفاقية إكس لبنان Aix-les-bains، تشكلت لجنة فقهية من بعض كبار العلماء المغاربة لكي تنسهر على وضع قانون للأسرة المغربية(36)، على غرار ما قامت به بعض الدول العربية الأخرى. وقد انطلقت تلك اللجنة من مشروع تم تهيئته من طرف وزارة العدل آنذاك، اشتمل في البداية على 269 فصلا، وانطلاقا من عمل تلك اللجنة، أصدر المشرع المغربي الظهائر الخمسة الآتية :

1 - ظهير 22 نونبر 1957 بشأن الزواج وانحلال ميثاقه.

2 - ظهير 18 دجنبر 1957 بشأن الولادة ونتائجها.

(36) أحدثت هذه اللجنة بالظهير الشريف الصادر في 19 غشت 1957، وقد جاء في مقدمته ما يلي: « وحيث إن مادة الفقه الإسلامي بقرارتها ودقتها وتشعبها يمكن أن يؤدي النظر فيها إلى تأويلات عديدة.

» وحيث إنه أصبح من الضروري التأكيد جمع أحكام الفقه الإسلامي في مدونة تيسر وتسهل إجراء العمل به وتطبيق مقتضياته، ورعا لما في ذلك من الفائدة للمتحاكمين والنتيجة الحسنة لسير القضاء». وتطبيقا لهذا الظهير صدر مرسوم 21 غشت 1957 يحدد أعضاء اللجنة المذكورة وهم:

1 - سيدي محمد بن العربي العلوي.

2 - سيدي المختار السوسي.

3 - سيدي غلال الفاسي.

4 - سيدي محمد داود.

5 - سيدي أحمد البدراوي.

6 - سيدي عبد الرحمان الشفشاوني.

7 - مولاي المهدي العلوي.

8 - مولاي عبد الواحد العلوي.

9 - سيدي الحسين بن البشير.

10 - سيدي حماد العراقي.

وانظر للزيادة في الإيضاح حول هذا الموضوع :

دباد العراقي، الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية، توزيع مكتبة الرشاد بالدار البيضاء (ت.ط.ع.م)، ص 119 وما بعدها.

- عبود رشيد عبود، الأحوال الشخصية، نشر وتوزيع مكتبة الرشاد، الدار البيضاء، فاس 1965، ص 59 وما بعدها.

ولم يكن عمل هذه اللجنة مقتصرا في الأصل على وضع مدونة للأحوال الشخصية، وإنما كان الهدف وضع مدونة للمعاملات في الفقه الإسلامي، وهو ما لم يتحقق.

راجع حول الموضوع:

- عبد الإلاه فونتير، م.س. الجزء الأول، ص. 238 وما بعدها.

- غلال الفاسي، دفاع عن الشريعة، الطبعة الأولى، 1966، ص. 17 وما بعدها.

3 - ظهير 25 يناير 1958 بشأن الأهلية والنيابة الشرعية.

4 - ظهير 20 فبراير 1958 بشأن الوصية.

5 - ظهير 3 أبريل 1958 بشأن الميراث.

ومن مجموع هذه الظواهر الخمسة تكونت مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملفاة، وقد احتوت على 297 فصلا.

وفي الوقت الراهن، فإن مسألة وضع التشريعات التي تحكم مجال الأسرة من المفروض أن تدخل ضمن المجال التشريعي الذي يختص به البرلمان وحده، طبقا لأحكام الفصل 46 من دستور المملكة المراجع سنة 1996، باعتبار مدنية ذلك المجال (37).

على أنه يتضح من الكيفية التي تم بها تغيير وتنظيم مدونة الأحوال الشخصية بالظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتمبر 1993، ولطابعها الإسلامي، يظل مجالا محفوظا لجلالة الملك باعتباره أميرا للمؤمنين (38). وهو ما تؤكد من الخطاب الملكي - أي التغيير والتنظيم - الذي قدم لجلالة الملك من خلاله مشروع مدونة الأسرة، ومما جاء فيه:

(37) وفي الحقيقة، فبرجعنا إلى الفصل 46 من الدستور، نجد أنه لا يحتوي على مقتضيات صريحة تفيد التشريع في مجال الأسرة، وقد اكتفى المشرع بالإشارة في صيغة عامة إلى الالتزامات المدنية والتجارية، مع العلم أنه لا يمكن تكييف العلاقة بين الزوج والزوجة إلا بالعلاقة المدنية.

(38) جاء في مطلع الفصل 19 من الدستور:

«الملك أمير المؤمنين...».

وإمارة المؤمنين هي التي تعطي للملك سلطة الميمنة على الحقل الديني بالمغرب. وانظر حول الاختصاصات الدينية للملك:

- محمد أشركي، الظهير الشريف في القانون العام المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1983، ص. 164 و165.

يقول جانب من الفقه في هذا الصدد أن من صلاحيات الملك «ما هو غير منصوص عليه في الوثيقة الدستورية ولكنه مستند إلى الفصل 19، كما هو الشأن بالنسبة للمجال الديني، ومجال المبادرة في تعديل مدونة الأحوال الشخصية، وهي مجالات يستند في تسويقها إلى مبدأ إمارة المؤمنين باعتبارها المرجعية العليا للمشروعية الملكية».

- عبد اللاه فونتيير، م.س.، الجزء الثالث، ص. 14.

ولعل دما له ارتباط بالموضوع أن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية هي الوزارة الوحيدة المنظمة بظهير (12 أبريل 1976) خلافا لباقي الوزارات الأخرى التي تنظم عادة بمرسوم.

- محمد أشركي، م.س.، بنفس الموضوع.

«وإذا كانت مدونة 1957 قد وضعت، قبل تأسيس البرلمان، وعدلت سنة 1993، خلال فترة دستورية انتقالية، بظواهر شريفة، فإن نظرنا السديد ارتأى أن يعرض مشروع مدونة الأسرة على البرلمان، لأول مرة، لما يتضمنه من التزامات مدنية، علما بأن مقتضياته الشرعية من اختصاص أمير المؤمنين».

وقد فهم من هذا الخطاب أنه يجب التمييز بين مجالين: المجال الديني وهو مجال خاص بجلالة الملك باعتباره أمير المؤمنين، والمجال المدني وهو مجال يمكن للبرلمان أن يتدخل فيه.

ب - تغيير وتنظيم بعض أحكام مدونة الأحوال الشخصية :

صدر الظهير بمثابة قانون تحت رقم 347-93 المؤرخ في عاشر شتمبر 1993 يغير ويتم بعض فصول قانون الأحوال الشخصية (39).

وقد انصبت التغييرات أعلاه على المواضيع التالية:

- 1 - حضور الزوجة عند إبرام عقد الزواج وتوقيعها عليه (الفصل 5).
- 2 - إلغاء ولاية الإجماع على المرأة (الفصل 5 و 12).
- 3 - إمكانية زواج اليتيمة الرشيدة بدون ولي (الفصل 12).
- 4 - إذن القاضي لمن يريد أن يعدد زوجاته (الفصل 41).
- 5 - الإدلاء بشهادة طبية من طرف الراغبين في الزواج (الفصل 41).
- 6 - إذن القاضي لمن يريد أن يطلق (الفصل 48).
- 7 - مراعاة الضرر الذي أصاب المطلقة عند تقدير المتعة (الفصل 52 المكرر).
- 8 - تحديد السن الذي تنتهي فيه الحضانة (الفصل 102).
- 9 - تخويل الحضانة للأب بعد سقوطها عن الأم مباشرة (الفصل 99).
- 10 - تقدير النفقة عن طريق الخبرة (الفصل 119).
- 11 - إعطاء الولاية للأم بعد موت الأب أو فقد أهليته (الفصل 148).

(39) الحريّة الرسّمية تحت عدد 4222 الصادرة في 20 شتمبر 1993.

12 - إحداث مجلس للعائلة (الفصل 156 مكرر) وقد تم تنظيمه بواسطة

مرسوم(41).

انطلقت اللجنة العلمية التي هيأت مشروع تعديل مدونة الأحوال الشخصية من طلبات انبثقت عن جمعيات نسائية قدمت إلى جلالة الملك الحسن الثاني بقصره بالرباط(41).

على أن هذه التغييرات، ورغم أهميتها، لم تقنع أولئك الذين طالبوا بها. وهم طمعوا فيما بعد في تغييرات أخرى يكون لها أثر أوضح على وضعية المرأة المغربية داخل المجتمع، وهذا ما يتضح جليا من خلال مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة

(40) وبالفعل، فقد صدر هذا المرسوم في 26 دجنبر 1994 (الجريدة الرسمية عدد 4292 الصادرة في فاتح فبراير 1995 ص 212).

(41) وللتاريخ والمقارنة، فإن اللجنة العلمية التي عدلت وتجمت مدونة الأحوال الشخصية، تكونت من الآتية أسماءهم.

- 1 - محمد حكم،
- 2 - طاهر البعاج،
- 3 - عبد العلي العبودي،
- 4 - عبد الكريم الداودي،
- 5 - محمد ميكو،
- 6 - شبيها حمداتي،
- 7 - عز الدين السقاط،
- 8 - محمد اليوسوفي،
- 9 - محمد البراوي،
- 10 - محمد بن معجوز المزغراني،
- 11 - حسن السايح،
- 12 - أحمد الخمليشي،
- 13 - عبد الوهاب التازي سعود،
- 14 - مولاي ادريس العلوي العبدلاوي،
- 15 - محمد العثماني،
- 16 - أحمد أفزاز،
- 17 - أحمد بن سودة،
- 18 - عبد الهادي بوطالب،
- 19 - مولاي مصطفى بلعربي العلوي،
- 20 - عبد الكبير العلوي المدغري.

في التنمية والذي أشرفت على تهيئته كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة بتعاون مع البنك الدولي، وقد سبقت الإشارة إلى بعض حيثياته في مقدمة هذا الكتاب.

ج - وضع مدونة الأسرة بالقانون رقم 70 - 03 :

لقد سبقت الإشارة في مقدمة هذا الكتاب إلى تعيين لجنة علمية، يهيمن عليها الطابع الفقهي والقضائي، لصياغة مشروع أولي لقانون جديد ينظم العلاقات الأسرية داخل المملكة.

وبعد انتهاء اللجنة العلمية من عملها، عرض جلالة الملك لأهم المستجدات التي جاء بها المشروع الأولي في يوم عاشر أكتوبر 2003، بمناسبة افتتاح الدورة البرلمانية الخريفية، موضحا المرجعيات والثوابت الإسلامية التي تم الارتكاز عليها، والتي يمكن ردها إلى ثلاثة:

أ - مبدأ عدم تحريم ما أحله الله ولا تحليل ما حرمه.

ب - الأخذ بمقاصد الإسلام من تكريم الإنسان والعدل والمساواة والمعايشة بالمعروف وبوحدة المذهب المالكي والاجتهاد، لوضع مدونة عصرية للأسرة منسجمة مع تعاليم الشريعة الإسلامية.

ج - عدم اعتبار المدونة قانونا للمرأة وحدها، بل مدونة للأسرة أبا وأما وأطفالا، والحرص على أن تجمع بين رفع الحيف عن النساء وحماية حقوق الأطفال وصيانة كرامة الرجل.

وقد عرض المشروع الأولي على مجلس وزاري انعقد خصيصا له يوم 12 دجنبر

2003.

وأخيرا عرض المشروع على البرلمان بغرفتيه، حيث تمت المصادقة عليه بالإجماع بعد إدخال تغييرات طفيفة عليه، لا تمس الجوهر غالبا، بالقانون رقم (70-03) الذي صدر بتنفيذه ظهير شريف بتاريخ 3 فبراير 2004 (42) وتم

(42) ظهير شريف رقم 1404-22 في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون 70-03

بمقتضى مدونة الأسرة.

رابعاً - نطاق تطبيق مدونة الأسرة من حيث الأشخاص:

1 - الوضع بالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة وقانون الجنسية

قبل تعديله :

لم يبين المشرع المغربي، وهو بصدد سن مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة، نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص الملزمون بأحكامها. وكان لابد من انتظار صدور قانون الجنسية الصادر بظهير 6 شتمبر 1958 لتحديد ذلك المجال من خلال فصله الثالث، وقد نص على ما يلي:

«يطبق قانون الأحوال الشخصية والميراث الخاص بالمغاربة المسلمين على جميع المواطنين باستثناء المغاربة المعتقدن الديانة اليهودية، فإنهم يخضعون لقانون الأحوال الشخصية المغربي العبري.

غير أن مقتضيات الآتية فيما بعد تطبق على المغاربة الغير المسلمين وغير اليهود:

- 1 - يحرم عليهم تعدد الزوجات.
 - 2 - لا تطبق عليهم القواعد المتعلقة بالرضاع.
 - 3 - يجب أن يصرح بتطليقهم، بطريقة قضائية بعد إخفاق محاولة التوفيق بين الزوجين وإجراء بحث حول أسباب طلب الفراق.
- وفي حالة الخلاف يرجح قانون الزوج أو الأب».
- يستفاد من هذا النص أن هناك أصنافاً ثلاثة من المغاربة:
- أ - المسلمون المغاربة ويخضعون لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة.
 - ب - اليهود المغاربة ويخضعون لقانون الأحوال الشخصية العبري.

(43) الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004).

ج - المسيحيون المغاربة ويخضعون لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة والخاصة بالمغاربة المسلمين (44).

ولم يعد للمققتضى أعلاه محل لاعتبارين:

أ - لأنه قد ألغي بالقانون رقم 62-06 المعدل والمتمم لقانون الجنسية المغربي، والذي دخل حيز التنفيذ بالظهير رقم 80-07-1 المؤرخ في 3 مارس 2007 (45).

ب - لأن مدونة الأسرة قد حددت مجال تطبيقها من حيث الأشخاص، خلافا لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

2 - الوضع بالنسبة لمدونة الأسرة:

حددت مدونة الأسرة مجال تطبيقها الشخصي من خلال المادة الثانية منها، وقد نصت على أنه:

«تسري أحكام هذه المدونة على:

1 - جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى.

2 - اللاجئيين بمن فيهم عديمو الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة بـ 28

يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضع اللاجئين.

3 - العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا.

4 - العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية

المغربية».

وبمقارنة أحكام هذه المادة مع الأحكام المضمنة بالفصل الثالث (الملغى) من

قانون الجنسية نستنتج ما يلي:

- يتفق الفصل الثالث من ظهير 6 شتمبر 1958 الملغى مع المادة الثانية

من مدونة الأسرة على الإعلان عن وجود مدونتين للأسرة بالمغرب، إحداها خاصة

بالمغاربة المسلمين وأخرها خاصة بالمغاربة اليهود (46)، أما غير المسلمين وغير

(44) للتعمق حول هذا النص انظر:

- محمد الكشور، الوسيط، م.س. ص 29 وما بعدها.

(45) الجريدة الرسمية، عدد 5513 بتاريخ 2 أبريل 2007، ص. 1116.

(46) راجع في هذا الصدد قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 6 يونيو 2000، منشور بمجلة قضاء المجلس

الأعلى، العدد المزدوج 57 و58، ص. 140 وما بعدها.

وكذلك قرار محكمة الاستئناف بمراكش الصادر بتاريخ 26 فبراير 2001، منشور بمجلة الدناج، العدد المزدوج

3 و4، ص. 211 وما بعدها.

اليهود من المفاربة - أي المسيحيين - فإنهم يخضعون كقاعدة لمدونة الأسرة الخاصة بالمسلمين.

ب - وينفرد الفصل الثالث من ظهير 6 شتمبر 1958 بوضع قيود تخص تطبيق مدونة الأحوال الشخصية التي حلت محلها مدونة الأسرة على المسيحيين الذين حصلوا على الجنسية المغربية، خلافا لما قرره مدونة الأسرة، حيث جاءت مقتضيات المادة الثانية من مدونة الأسرة مطلقة غير مقيدة بأي قيد، وهي قاعدة لا تخضع للمنطق القانوني المجرد.

ج - وتتفرد مدونة الأسرة بالتوسع في مجال تطبيقها حيث تطبق - وبالإضافة إلى المفاربة المسلمين - على المفاربة الذين يحملون جنسية أخرى، وعلى اللاجئيين (47)، وعلى الزيجات التي يكون أحد أطرافها مغربيا مسلما، وعلى الزيجات المختلطة، وهي حالات سكت عنها النص الملغى.

د - أخذت المادة الثانية من مدونة الأسرة من أجل الخضوع لأحكامها بمعيار الجنسية (البند 1 و3) وبمعيار الإسلام (البند 4).

خامسا - فكرة عن قانون الأحوال الشخصية المغربي العبري:

إن قانون الأحوال الشخصية المغربي الذي ينظم العلاقات الأسرية بين المفاربة اليهود، هو قانون يمتاز بخاصيتين، فهو قانون ذو طبيعة دينية، وهو قانون غير مدون باللغة العربية.

ويتكون قانون الأحوال الشخصية العبري عموما من بعض التفاسير الفقهية التي انصبت بالخصوص على الكتب الخمسة الأولى من الثوراة، بالإضافة إلى ما يعرف بـ «الميشنة» وهي عبارة عن عمل فقهي للحبر جودا حدوشن والذي رأى النور في السنة 218 بعد الميلاد.

وقد كان الميشنة محلا لعدة تفاسير كونت في مجموعها ما يسمى عند اليهود بالتلمود.

ولعل من أهم الأعمال القانونية المعروفة في هذا الصدد ما يعرف بتقنين يوسف كارو، والذي وضع بإسبانيا خلال القرن الرابع عشر.

(47) ذلك أن الفصل 12 من اتفاقية جنيف (Geneve) المؤرخة في 28 يوليوز 1951 يفضي بأن اللاجئ يخضع

لقانون الأحوال الشخصية للبلد الذي اتخذ موطن له.

- راجع في الموضوع قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الصادر في 16 دجنبر 1980، منشور بالمجلة المغربية للقانون (R.A.D)، العدد الأول، ص. 19 وما بعدها.

وتضاف إلى هذه التفسيرات والقوانين، بعض الأعراف وبعض التعاليم الصادرة عن الأبحار المغاربة، من خلال اجتماعاتهم السنوية، والتي ترمي إلى مواجهة الواقع المتجدد والمتغير (48).

وفي الوقت الراهن، يوجد سبعة قضاة مغاربة يهود، موزعين بين ثلاث مدن هي الدار البيضاء ومراكش وطنجة (49)، والوزارة هي التي تعين الهيئة التي تتكفل بفض النزاع، ابتدائيا واستئنافيا وعلى مستوى الطعن بالنقض (50)، مع العلم أن الأحكام والقرارات تصدر في هذا الصدد باللغة العربية إذ هي لغة القضاء بالبلاد.

ويعين القضاة المغاربة اليهود بقرار لوزير العدل بعد اقتراح من رئيس الجالية اليهودية بالمغرب وتزكية من جلالة الملك. وهم يتلقون تكوينهم العلمي والقضائي بالمدرسة التلمودية بالدار البيضاء تحت إشراف الخاخام الأكبر.

يطلق على عقد الزواج عند اليهود مصطلح "كيتوبا". وهو يكتب بخط جميل جدا بواسطة قلم من قصب أو ريشة طير بحيث يداكي الكيفية التي يكتب بها الثوراة عادة. ولا يختلف الزواج عند اليهود عن الزواج عند المسلمين إلا بخصوص الصداق الذي يكون ضخما جدا، يبدأ عندهم بـ «ستة وعشرين مليون» (51) أو ضعفه، أو

(48) P. Decroux, "Droit privé". (Tome 1er. Sources de droit), édit. La Porte. 1963. p. 31.

ويقرر د. محمد الشافعي أنه يجب التفرقة في هذا الإطار بين نظامين:

« 1 - النظام القشتالي :

كان هذا النظام يسري على اليهود المهاجرين من الأندلس (صيفوراشيم) بعد سقوط غرناطة المسلمة إبان محاكم التفتيش بإسبانيا والذين تركزوا بشمال المغرب (طنجة، تطوان، شفشاون، فاس، مكناس، الرباط، الدار البيضاء...). ويعتبر هذا النظام لبراليا بالمقارنة مع الديانة الموساوية لأنه أدخل عدة تعديلات على وضعية المرأة والأولاد داخل الأسرة كإدخال نظام اشتراك الأموال بين الزوجين عند انحلال الزواج بالموت وإلغاء تعدد الزوجات.

2 - النظام الموساوي التقليدي (المستقى من التلمود والأعراف المحلية):

كان هذا النظام يسري على اليهود المحليين (التوشابيم)، كما هو الشأن بالنسبة لليهود جنوب المغرب (دمنات، تنانت، مراكش، الصويرة...). فاليهود المغاربة يخضعون حاليا للنظام الأول نظرا لما يتسم به هذا النظام من مرونة وعدالة...».

- د. محمد الشافعي، قانون الأسرة بين الثبات والتطور، م.س.، ص. 124.

وانظر من أجل التوسع حول الفكرة:

- H. Zafrani, "Les juifs du Maroc. Vie sociale, économique et religieuse", Paris, 1972

(49) فهناك خمسة قضاة بالدار البيضاء وواحد بمراكش، وواحد بطنجة.

(50) فالوزارة تختار مثلا بالنسبة للقضاء الجماعي ثلاثة قضاة، غير أنها تعين ثلاثة آخرين متى عرضت نفس القضية على أنظار محكمة الاستئناف.

(51) وحففة ستة وعشرين جاءت من أن أسماء الله الحسنى في الثوراة عدديها ستة وعشرون.

ضعفه(52)، ولا تأخذ منه الزوجة شيئا، إنما ينص عليه في عقد الزواج، وتأخذ الزوجة حين طلاقها، ما لم تتنازل عنه كلاً أو بعضاً.

ويطلق على عقد الطلاق عندهم مصطلح "كيط".

والطلاق في الشريعة اليهودية بيد الزوج، ولكنه يحتاج إلى قبول من الزوجة. إذا امتنعت الزوجة عن قبول الطلاق، وأصرّت على ذلك الامتناع، وظهر للقضاء أنها متعسفة في موقفها، يمنح استثناء للزوج إذن بالزواج بأخرى، وهي حالة نادرة الوقوع في الحياة العملية.

والطلاق كالزواج في قانون الأحوال الشخصية العبري تصرف شكلي، أي يجب أن يدون وبدقة، وأبسط الأخطاء، ولو المادية، تقتضي إعادة كتابته. ونشير إلى أن القانون المغربي يزخر بأبحاث فقهية(53) تتناول مواضيع تتصل بقانون الأحوال الشخصية العبري، أنجز بعضها من طرف يهود مغاربة وأنجز بعضها الآخر من طرف غيرهم.

وأخيراً، يستفاد ضمناً من الفصل الثالث من قانون الجنسية المغربي، ومن المادة الثانية من مدونة الأسرة، ومن الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية أن خرق القانون العبري لقانون الأحوال الشخصية يفتح باب الطعن بالنقض، خلافاً لما سبق أن قرره البعض انطلاقاً من الفصل 54 من ظهير 27 شتمبر 1957 المؤسس للمجلس الأعلى ومواقف هذا الأخير نفسه تؤكد ذلك.

فقرة ثانية - تعريف الأحوال الشخصية وتكييف مسائلها:

درج فقهاء الشريعة الإسلامية على تقسيم الأحكام الشرعية العملية إلى قسمين رئيسيين:

* قسم العبادات :

وهي تتضمن الأحكام التي تنظم علاقات الإنسان بربه، كالإيمان به وبملائكته

(52) أي ينتقل من 26 إلى 52، ثم إلى 104 مليون سنتيم، وهكذا.

(53) ومن هذه الأبحاث :

- A. Chouraqui. "La condition juridique de l'Israélite marocain". 1951.
- A. Zagouri. "Du mariage en droit hébraïque". 1960.
- A. Zagouri. "Le divorce chez les marocains de confession israélite". 1957.
- A. Zagouri. "Le régime Successoral des israélites marocains". 1959.
- Malka. "La femme dans le droit hébraïque". 1950.
- El Kaïm, "Le droit d'aînesse. Son application au Maroc" 1952.

- رهور الحر، الأحوال الشخصية للعبريين المغاربة، مجلة الملحق القضائي، الأعداد 2 و 3 و 4 و 5.

وبرسله وبكتبه والقدر خيره وشره، والقيام بما يفرضه من شهادة وصلاة وصوم وزكاة وحج.

* قسم المعاملات :

وهي تتضمن الأحكام التي تنظم العلاقات بين الأفراد، وتنضم المعاملات المدنية والتجارية والمناكحات والعقوبات من حدود وقصاص وتعازير. ويندرج تحت مصطلح المناكحات كل ما يتصل بالزواج وبالطلاق وبآثارهما، وهي الأمور التي تدخل عادة ضمن ما يصطلح على تسميته في الوقت الراهن بالأحوال الشخصية (54).

ومصطلح الأحوال الشخصية Le statut personnel هو مصطلح إيطالي، تسرب إلى التشريعات العربية عن طريق القانون الفرنسي (55).

أولاً - تعريف الأحوال الشخصية :

1 - في القانون المصري :

لم يبين المشرع المغربي لا في قانون الأحوال الشخصية ولا في مدونة الأسرة، ولا في غيره من القوانين المغربية الأخرى، المقصود من مصطلح «الأحوال الشخصية»، علماً أن غياب التعريف في هذا الصدد قد يطرح أمام القضاء مشاكل قانونية على مستوى تكييف بعض النزاعات بالخصوص، نظراً لما لذلك التكييف من أثر قانوني بالغ الأهمية.

(54) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، 1977، مطبعة دار النهضة العربية بلبنان، بيروت، ص 14 وما بعدها.

(55) معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986، ص 11. فمصطلح الأحوال الشخصية اصطلاح لم يكن معروفاً عند الفقهاء، ولا يوجد له ذكر في كتب الفقه. ولكنه اصطلاح «رد في الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر وقت أن كان هذا الفقه يبحث مشكلة تنازع قانونين كانا قائمين وقتذاك، هما القانون الروماني باعتباره القانون العام الذي يحكم كل إقليم إيطالي، والثاني القانون المحلي الذي كان يحكم حدود إقليم معين. وقد سمى الفقهاء الإيطاليون الأول منهما «قانون» والثاني «حال»، ويجمع على أحوال.

وقد قسمت هذه الأحوال فيما بعد إلى فسمين، أحدهما أحوال تتعلق بالأشخاص وثانيهما أحوال تتعلق بالأموال وتحكم الروابط المالية. ثم استقر الاصطلاح الأول وسمي الأحوال الشخصية، أما الاصطلاح الثاني فقد سمي بالأحوال العينية. وقد شاع الاصطلاحان حالياً في قانون كل دولة من الدول. فؤاد جاد الكريم محمد، م.س. ص 99 و 100.

وفي القطر المصري، بذلت محاولات كثيرة قضائية وتشريعية لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية تمييزا لها عن الأحوال العينية⁽⁵⁶⁾. ولعل أول هذه المحاولات تلك الصادرة عن محكمة النقض المصرية في 21 يونيو 1934 من خلال قرار شهير يقضي بما يلي:

«الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية ككونه ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيد بها بسبب من أسبابها القانونية.

أما الأمور المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية. وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية. غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية. وكلها من عقود التبرعات. تقوم غالبا على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية الأمر الذي يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحتوي عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شيء مما تختص به من تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداية مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها»⁽⁵⁷⁾.

ورغم العيوب الكثيرة العالقة بهذا التعريف⁽⁵⁸⁾، فإنه على الأقل قد أثار الانتباه إلى أهمية المسألة ودقتها، ولذلك فقد تدخل المشرع المصري من خلال الفصل 13 من قانون نظام القضاء الصادر سنة 1949 فنص على أنه:

«وتشمل الأحوال الشخصية... المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر

(56) ويرجع سبب اهتمام القانون المصري بتعريف الأحوال الشخصية إلى وجود محاكم شرعية مختصة بالنظر في النزاعات الخاصة بها، إلى جانب محاكم مدنية تنظر في النزاعات المالية.
(57) أشار إليه سمير عبد السيد تناغو في مؤلفه حول النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1973، ص 274.

(58) وأهم ما يؤخذ على هذا التعريف أنه غرض الطرف عن المسائل الخاصة بالمواريث بالإضافة إلى كونه قد ربط بين الاختصاص القضائي. في وقت كانت للاختصاص القضائي أهمية في مصر. وبفهم الأحوال الشخصية.

والدوطة (59) ونظام الاموال بين الزوجين والتطبيق والتفريق والبنوة والإقرار بالابوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والبنني والولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة وبالعقبة واعتبار المفقود ميتا، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت (60).

ويلاحظ أحد الفقهاء المصريين أن: «التعريف الذي وضعه المشرع المصري يتفق مع تعريف محكمة النقض في التعبير عن نفس الاتجاه، وإن كان أكثر منه تفصيلا، وربما أكثر انضباطا» (61).

(59) الدوطة La dot نظام مسيحي خالص يتمثل في مال تقدمه المخطوبة أو أبوها أو أحد أقاربها إلى الخاطب قصد المساهمة في تحمل الأنباء الزوجية. والدوطة قد تتخذ صورة مبلغ من النقود غالبا، وإن كان لا مانع يمنع من أن تتخذ صورة أي مال آخر منقولا كان أو عقارا. جاء في القاموس القانوني الفرنسي :

— "Dot:

1 - ...

2 - Désignait naguère, sous le régime dotal, les biens apportés par la femme en se mariant et dont le mari avait l'administration et la jouissance en vue de subvenir aux charges du mariage (civ., a. 1540 ancien)..."

وفي فرنسا، فإن نظام الدوطة قد ألغي بالقانون رقم 570. 65 الصادر في 13 يوليوز 1965. صحيح أن هناك بعض النصوص المغربية التي تتحدث عن نظام الدوطة، ومن ذلك مثلا الفصل 163 من التشريع المطبق على العقارات المحفظة وقد جاء فيه:

«الرهن الإيجاري هو المخول بحكم قضائي بدون رضى المدين ولا يخول إلا في الحالات الآتية: أولا : للقاصرين والمحجورين لضمان أوليائهم على أملاك هؤلاء الأولياء. ثانيا : للزوجة على أملاك زوجها ضمانا لما أتت به في مهرها. الدوطة...».

وفي الحقيقة، فإن هذا النص يخاطب الأزواج الفرنسيين والأجانب ولا علاقة له بالمغاربة المسلمين الذين يتزوجون على الصداق كما تنظمه أحكام الشريعة الإسلامية وكما نظمها المشرع المغربي حاليا بالمواد من 26 إلى 33 من مدونة الأسرة.

والظاهر أن اهتمام المشرع المصري بالدوطة نابع من أن المجتمع المصري يحتوي على جالية مسيحية كبيرة (الأقباط).

(60) لقد ألغي هذا القانون بقانون السلطة القضائية لسنة 1965 وآخر لسنة 1972، وعلى الرغم من ذلك، فكثيرا ما يقع الاستئناس بنص المادة 13 منه من جانب الفقه المصري، ولادظ أن هذا النص يشير إلى بعض المبادئ ذات الطابع المسيحي كنظام الدوطة ونظام الأموال المشتركة، ولا غرابة في ذلك، مادام أن الشعب المصري يحتوي على جالية مسيحية كبيرة. كما أسلفنا. وأن المشرع يضطر في بعض الأحيان إلى إدخال تلك الجالية في الاعتبار عند وضعه لبعض النصوص القانونية.

(61) سمير عبد السيد تناغوا، المرجع السابق، ص 276.

٥٥ يؤكد هذا المصحة فيما جرح إليه إء ان هناك اختلافاً جوهرياً بين التعريف القضائي والتعريف التشريعي المصريين من حيث إن التعريف الأول قد أخرج المسائل المالية من نطاقه، وإن كانت من آثار عقد الزواج، بخلاف التعريف الثاني الذي أدرجها في مجال الأحوال الشخصية.

ورغم كل ما سبق بيانه، فقد ثار جدل في الفقه المصري حول قبول أو عدم قبول مصطلح الأحوال الشخصية باعتباره من مخلفات الامتيازات الأجنبية التي يجب أن تتمحي من الدولة المصرية(62).

2 - في القانون المغربي :

إذا كان المشرع المغربي قد سكت عن تعريف الأحوال الشخصية في القانون الملغى وفي مدونة الأسرة الحالية، فإننا نستطيع على الأقل، وانطلاقاً من المواضيع التي نظمتها هذه المدونة الأخيرة أن نحصر نطاقها فيما يلي:

- 1 - الزواج.
- 2 - انحلال ميثاق الزوجية.
- 3 - الولادة ونتائجها.
- 4 - الأهلية والنيابة الشرعية.
- 5 - الوصية.
- 6 - الميراث.

وعليه، فإن قانون الأحوال الشخصية في نظرنا يتمثل في مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الزواج والطلاق والولادة ونتائجها والأهلية والنيابة الشرعية والوصية والميراث(63) (مدونة الأسرة) بالإضافة إلى كل من قانون الحالة المدنية، وقانون الجنسية، اللذين ينظمان بدورهما مسائل تتعلق بحالة الأشخاص.

(62) عبد الخالق أحمدون، م.س.، ص. 50.

(63) وفي فرنسا، يتحدث الفقه عن نظام الأحوال الشخصية، وهو حسب جانب من الشراح كل ما يحكم حالة الشخص الطبيعي:

... "Statut personnel"

وهكذا، يكون قانون الأحوال الشخصية في مفهومه العام والشامل أوسع نطاقاً من مدونة الأسرة.

ويرى المجلس الأعلى، انطلاقاً من الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية(64):

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

وحيث إن النزاع في هذه النازلة يقتصر على النفقة وتوابعها وأن الطاعن لا ينكر الزوجية مع المطلوبة في النقص ولا الأولاد المطالب بنفقتهم، مما تكون معه القضية غير متعلقة جوهرياً بالأحوال الشخصية، وبالتالي غير خاضعة لتطبيق الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية...»(65).

2 - Dans l'expression "statut personnel", ensemble des règles gouvernant la condition civile des personnes physique et comprenant (en général), l'état et la capacité des personnes au sens de l'a. 3, al. 3, du C. civ. (y compris les relations de famille) en tant qu'objet de rattachement (ex. le statut personnel des français... est régi par la loi française)...

— G. Cornu, op. cit., p. 781.

(64) ينص هذا الفصل قبل تعديله بالقانون رقم 72-03 على أنه :
«يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية :

1 - ...

2 - القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية والنيابات القانونية.

3 - القضايا المتعلقة بفاقدى الأدلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائباً أو مؤازراً لأحد الأطراف.

4 - القضايا التي تتعلق وتهم الأشخاص المفترضة غيبتهم...».

(65) قرار 16 مارس 1977، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 126، ص. 143.
قرار 12 أبريل 1983، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 132، ص 142 وما يليها.
وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى:

«المقصود بقضايا الأحوال الشخصية فيما يخص تبليغ النيابة العامة بها عملاً بالفصل 9 من ق.م.م. أن يوجد نزاع جوهري في الحالة الشخصية مثل إنكار الزوجية أو إنكار النسب. فالحكم بإيقاف النفقة ضد الزوجة الناشئة تدبير مؤقت، وإن المحكمة بما لها من سلطة في التقدير اعتبرت أن الظروف التي كانت قد اتخذت فيها ذلك التدبير قد زالت...».

— قرار صادر بتاريخ 21 ماي 1977، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 26، ص 127.

والظاهر أن التكييف الذي أورده المجلس الأعلى اعتماداً على الفصل 9 من ق.م.م. يساير إلى حد ما اجتهاد محكمة النقض المصرية الصادر في 21 يونيو 1934، وهو موقف لا نوافقه عليه إطلاقاً، ذلك أنه لا أحد من الفقهاء يخرج بعض العلاقات الأسرية ذات الطابع المالي من مجال الأحوال الشخصية، ومن ذلك مثلاً الصداق والنفقة والخلع والميراث، ما دامت في جوهرها تمثل شرطاً أو حكماً أو آثاراً لعقد الزواج أو لانتهائه، خاصة أن التحديد الذي أورده المشرع المغربي في الفصل 9 السالف الذكر، هو في نظرنا تحديد على سبيل المثال فقط (66).

ومن الناحية الموضوعية، فقد نصت المادة 194 من مدونة الأسرة على أنه:

«تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء...».

ولعل ما يؤكد وجهة نظرنا أن المشرع نفسه قد نص في الفقرة الأولى من الفصل 179 مكرر من ق.م.م. على أنه:

«يبت في طلبات النفقة باستعجال وتنفيذ الأوامر والأحكام في هذه القضايا رغم كل طعن...».

والفصل 179 مكرر من ق.م.م. قد ورد ضمن المساطر الخاصة بالأحوال الشخصية، مما يفيد أن المشرع نفسه يعتبر النفقة داخلة ضمن مباحث قانون الأحوال الشخصية، لا الأحوال العينية، ضمناً، على خلاف الموقف الذي تبناه المجلس الأعلى في قراره السابق.

والظاهر أن المشرع قد اقتنع بوجهة النظر هذه، حيث استبدل عبارة قضايا الأحوال الشخصية بقضايا الأسرة.

ولمزيد من الإيضاح حول الموضوع انظر:

- نور الدين الشرقاوي الغزواني، تدخل النيابة العامة في الدعاوى المدنية، طبعة المعارف الجديدة بالرباط، 1995، ص 152 وما بعدها.

(66) لأخذ فكرة عن موقف الفقه المغربي، راجع بالخصوص:

- أستاذنا أحمد الخليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مكتبة المعارف، 1987، ص 11

وما يليها.

ينص الفصل 9 من ق.م.م. بعد تعديله على ما يلي:

«يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية:

1 - ...

2 - القضايا المتعلقة بالأسرة...».