جامعة محمد الخامس
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
أكدال – الرباط

وحدة التكوين و البحث:
القانون المدني المعمق

حق الكد و السعاية
محاولـــة في التأصيل

بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة
في القانون الخاص

من إعداد الطالب
عمر المزكلدي

تحت إشراف الدكتور:
سعيد الدغيمر

أعضاء لجنة المناقشة :

الدكتور : سعيد الدغيمر	رئيسا
الدكتور :	عضوا
الدكتور :	عضوا

السنة الجامعية: 2005–2006

مقدمة

تعتبر الأسرة[1] كمؤسسة اجتماعية واقتصادية، الخلية الأولى، واللبنة الأساس التي يتشكل منها المجتمع الإنساني؛ فهي في نهاية المطاف ليست سوى صورة مصغرة تعكس هوية المجتمع وواقعه بكل أبعاده الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية.

والأسرة كذلك، ليست إلا استجابة لضرورة إنسانية اقتضتها مشيئة الله سبحانه وتعالى لاستمرار النوع البشري، وتعاقبه إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، وهي إلى جانب ذلك كله، تمثل ضرورة اجتماعية تعكس طبيعة الإنسان الميالة إلى الارتباط والاجتماع بالآخر، فالإنسان كما يقال: عاجز بنفسه مستطيع بغيره.

بيد أن هذه المؤسسة ترتكز في نشوئها واستمرارها على ثنائية مركزية يتقاسمها مقومان أساسيان: مقوم إنساني اجتماعي، ومقوم اقتصادي مالي.

فالأسرة من جهة، لا يمكن أن تقوم أو تستمر إلا بوجود علاقة إنسانية واجتماعية مميزة، يطبعها الود والاحترام، والتعاون والتكافل، فبدون هذه المشاعر الإنسانية، والأبعاد الاجتماعية،لاتستقيم لها حياة، ولذلك شددت الشريعة الإسلامية السمحة على أن تكون العلاقة الزوجية — باعتبارها الخطوة الأولى في طريق إنشاء الأسرة — علاقة تطبعها المودة والرحمة، وتحكمها قيم التعاون والمعاشرة بالمعروف.

ومن جهة أخرى، فمؤسسة الأسرة إلى جانب هذا البعد الإنساني والاجتماعي الذي تقوم عليه، ترتكز على مقوم آخر، هو المقوم الاقتصادي والمالي؛ ذلك أن تكوينها وضمان استمرارها والمحافظة عليه، يتطلب احترام مجموعة من الالتزامات والحقوق من جهة، ومراعاة بعض الضوابط المحددة للعلاقات المالية بين أفرادها من جهة أخرى.

فإقامة العلاقة الزوجية على وجه شرعي بين رجل وامرأة، يتطلب تقديم مهر للزوجة، طلبا لودها، وتعبيرا عن الرغبة في الزواج منها، وهو التزام مالي يعتبر ركنا في عقد الزواج[2].

---

[1] - على الرغم من أن الأسرة تعتبر مؤسسة ضاربة في القدم والتاريخ، إلا أنها مع ذلك لا تزال من حيث مفهومها ودلالتها غامضة، وهو ما يفسر تباين التعاريف التي صاغها العلماء – باختلاف انتماءاتهم العلمية – حول مفهوم هذه المؤسسة، وهو ما يفسر أيضا تعدد التصنيفات التي ينطلق منها الباحثون كأساس لدراستها، حيث يتم التمييز بين عدة أنماط :

- الأسرة الأبوية.
- الأسرة الأمية.
- الأسرة البنيوية.
- الأسرة الشرعية.
- الأسرة الطبيعية.
- الأسرة النووية أو الزوجية.
- الأسرة الممتدة.
- الأسرة المركبة.
- (حول تعدد التعاريف والتصنيفات التي صيغت بشأن مؤسسة الأسرة، راجع على الخصوص : -عبد القادر القصير : الأسرة المتغيرة في مجتمع المدنية العربية، دراسة ميدانية في علم الاجتماع الحضري والأسري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر – بيروت – الطبعة الأولى 1999م، ص : 33 وما بعدها.)

على أن الأسرة التي ستكون محورا لهذا البحث هي الأسرة الممتدة، التي لا تقتصر من حيث شكل امتدادها على الزوجين والأبناء فقط، كالأسرة النووية، وإنما تنسحب على كافة أفراد الأسرة الذين يجمعهم العيش المشترك.

كما أن استمرار الأسرة والحفاظ على تماسكها، يفرض على الزوج الالتزام بأداء النفقة على أفرادها، أبناء وزوجة، وآباء وأقارب[3]، بل إن انتهاء رابطة الزوجية بطلاق أووفاة، ينتج مجموعة من الحقوق والالتزامات المالية، ومن بينها حق الزوجة في متعة الطلاق، وحق الورثة في التركة.

وإلى جانب هذه الالتزامات والحقوق الاقتصادية التي ترتكز عليها مؤسسة الأسرة، فإن العلاقات المالية بين أفرادها — كما تحددها الشريعة الإسلامية — تخضع لمبدإ أساسي يعرف بمبدأ الذمة المالية المستقلة، ومفاده: أن كل فرد من أفراد الأسرة، سواء كان ذكرا أوأنثى، صغيرا أو كبيرا، بعيدا أو قريبا، زوجا أو زوجة، يبقى كل منهم محتفظا بذمته المالية المستقلة عن الآخرين؛ فالزوجة تتمتع بحقها في إدارة أموالها بالطريقة التي تقررها، وبالمقابل، فإن الزوج يستقل بأمواله إدارةً وتصرفاً من دون تَدَخُّلِ الزوجة، إلا فيما تقرر لها من حقوق شرعية مترتبة على أموال زوجها، و هكذا بالنسبة لكافة أفراد الأسرة.

ويرجع أصل هذا المبدأ، إلى أن الشريعة الإسلامية — على عكس القوانين الغربية[4]— لا تعرف إلا نظاما أحاديا لضبط العلاقات المالية بين أفراد الأسرة، ألا وهو نظام فصل

---

[2] -عرّفت المادة 26 من مدونة الأسرة – يقابلها الفصل 16 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة – بقولها: « هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية».

- المادة 26 من الظهير الشريف رقم 1.04.22، صادر في 12 ذي الحجة 1424 هـ / 3 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة، الأسرة الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد 5184، 14 ذي الحجة 1424 هـ /(5 فبراير 2004م) ص : 423.

والصداق بهذا المعنى يعتبر ركنا في عقد الزواج، بحيث لا يجوز الاتفاق على إسقاطه مطلقا، وإلا فسد العقد، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 13 من مدونة الأسرة – يقابلها الفصل 5 (الفقرة 3) من مدونة الأحوال الشخصية – بقولها : «يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

1- .....
2- عدم الاتفاق على إسقاط الصداق.
3- .....
4- .....
5- .....»

- الجريدة الرسمية، عدد 5184 – 14 ذي الحجة 1424 هـ / 5 فبراير 2004م، ص : 422.

[3] - راجع المادة 187 إلى المادة 204، من مدونة الأسرة، يقابلها الفصل 115 إلى الفصل 132 من م.أ.ش. الملغاة.

[4] - يرتكز النظام المالي للزوجين في قوانين الدول الغربية على وجود مجموعة من الأنظمة المالية، تتضمن مجموعة من القواعد والمبادئ التي تضبط المصالح المالية للزوجين، سواء من حيث تكوين تلك الأموال أوتقسيمها، أو من حيث تحديد سلطات الزوجين على تلك الأموال وطرق إدارتها وعلاقة الغير بذلك.

فالقانون الفرنسي على سبيل المثال، يضم أربعة أنظمة مالية مختلفة وهي :

1. نظام الاشتراك القانوني Le régime de la communauté légale
2. نظام الاشتراك الاتفاقي .Le régime de la communauté conventionnelle
3. نظام فصل الأموال Le régime de la séparation des biens
4. نظام المساهمة في المكتسبات Le régime de la participation aux acquêts

- وللتوسع حول مضمون هذه الأنظمة وقواعدها المختلفة في القانون المدني الفرنسي انظر :

- COLOMER ANDRE : Droit civil, régimes matrimoniaux, litec, éd du juris classeur, -paris 11ème éd., 2002, p : 233et s.

الأموال؛ هذا النظام الذي يقوم على فكرة إخضاع العلاقات المالية داخل مؤسسة الأسرة، إلى نفس الضوابط العامة التي تخضع لها جل التصرفات المالية الواقعة خارج هذه المؤسسة، حيث الأصل السائد هو استقلال الذمم المالية.

والقانون المغربي — كجل القوانين العربية الإسلامية — كرس نفس المبدأَ، وتحديدا في مجال العلاقات المالية بين الزوجين؛ حيث قرر في إطار المادة 49 من مدونة الأسرة، الفقرة الأولى، أن « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر...»[5]، وفي نفس السياق نصت المادة 29 منها على أن « الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، و لا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقها إياه »[6].

كما أن المشرع تدخل في إطار المادة 34 من نفس المدونة وحسم في مسألة الجهاز والشوار الذي أتت به الزوجة، واعتبره ملكا لها، وأكد أن المنازعة الزوجية بخصوص أمتعة المنزل الأخرى، تخضع للقواعد العامة للإثبات، وفي حالة تعذر ذلك، أخضعها لأحكام خاصة[7].

وهذه المقتضيات، هي نفسها التي كان يكرسها المشرع المغربي في إطار م.أ.ش الملغاة[8].

لكن، إذا كان نظام فصل الأموال من الناحية النظرية يحقق المساواة المالية بين أفراد الأسرة الواحدة، وحرية كل عضو فيها بالتصرف في أمواله والتمتع باستقلال ذمته المالية دون وصاية أو تدخل من أحد، فإن متطلبات الحياة الأسرية المشتركة من الناحية الفعلية، غالبا ما تدفع أفراد الأسرة إلى المساهمة بجهدهم المادي والمعنوي في سبيل الحفاظ على مصالحها المالية، وضمان استمرارها، وقد يتطور الأمر إلى حد المساهمة في تكوين ثروتها المالية أو تنميتها، وهو ما يؤدي في كثير من الحالات، إلى خلق نوع من الاتحاد الفعلي للأموال بين أعضائها،[9] ويطرح بالتالي إشكالية الحفاظ على الاستقلال المالي لأفراد الأسرة من الناحية الفعلية.

– MALAURIE PILIPPE et AYNES LAURENT : Droit civil, les régimes matrimoniaux, defrénois, éd juridiques associées – paris – 2004, p : 125 et s.

[5] - الجريدة الرسمية، عدد 5184- 14 ذي الحجة 1424 هـ / 5 فبراير 2004م، ص: 425.

[6] - الجريدة الرسمية، نفس العدد، ص: 423.

[7] - جاء بالمادة 34 ما نصه : « كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها.

إذا 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، والزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه، مالم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له»

- الجريدة الرسمية، نفس العدد، ص: 424.

[8] - انظر: مدونة الأحوال الشخصية الملغاة:

- الفقرة الرابعة من الفصل 35.
- الفصل 18.
- الفصل 39.

- ظهير شريف رقم 1.57.343 كعح تطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الأول والثاني المتعلق أولهما بالزواج وثانيهما بانحلال ميثاقه، الجريدة الرسمية (باللغة العربية)،عدد 2354- 13 جمادى الأولى1337(6 دجنبر1957)

إلا أن أهم سؤال يطرحه هذا الوضع، يتمثل في مدى إمكانية الاعتراف بالحقوق المالية لأفراد الأسرة في الثروة المنشأة بفعل مساهمتهم وكدهم، خاصة وأن هذه الثروة من الناحية العملية، غالبا ما تكون في ملكية الأب — وغيره كالزوج أو العم أو الأخ — وتحت تصرفه، نظرا لطبيعة مركزه في هرم الأسرة، باعتباره القائم بأعمالها والمدبر لأحوالها —على الأقل في المفهوم الثقافي والاجتماعي السائد — وكذا لوجود هذه الثروة مسجلة باسمه (أشرية، رسوم عقارية) ومُعَمِّرَةً لذمته.

وبما أن الإطار القانوني والشرعي[10] الذي يحدد العلاقات المالية داخل مجال الأسرة يحكمه نظام فصل الأموال؛ فإن ذلك — إن لم يتم الاعتراف بحقوقهم أو إثباتها من قبلهم حسب القواعد العامة — سوف يؤدي إلى إجحاف هؤلاء بخصوص حقوقهم المالية المتعلقة بأموال الأسرة التي ساهموا في تكوينها أو تنميتها بسعيهم وكدهم، مما يطرح السؤال حول إمكانية إيجاد صيغة، أو صيغ قانونية لحل هذا الإشكال، يتم من خلالها التوفيق بين احترام مبدأ استقلال الذمة المالية لأفراد الأسرة من جهة، وضمان استيفاء الحقوق المالية للمساهمين في تكوين أوتنمية الثروة الأسرية من جهة أخرى.

الحقيقة أن الفقهاء المغاربة — وتحديدا المغرب الأقصى — وإلى ما يربو عن ستة قرون، (القرن الثامن الهجري)[11]، قد تصدوا إلى هذا السؤال، وأفتوا بناء على العرف الذي

ص:2634ومابعدها.

9 - ليس المقصود بالاتحاد الفعلي للأموال، اتحاد الذمم المالية لأفراد الأسرة وصيرورتها ذمة مالية واحدة، وإنما المراد بذلك: أن مساهمة أفراد الأسرة في تنمية أموالها أو تكوينها، يجعلهم بحكم الواقع، مشتركين في تلك الأموال بفعل مساهمتهم، وإن كانت تلك الأموال تبقى خاضعة لتصرف رب الأسرة على ماهو شائع.

[10] - مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أنه سوف يتم استخدام مصطلح "الشرعي" و "القانوني" بشكل متكرر في البحث، ولذلك فإنه لا بد من توضيح المقصود بهما.

فالأول يستخدم للتعبير عن مقتضيات الشريعة وأحكام الفقه الإسلاميين.

أما الثاني فهو للتعبير عن مقتضيات القانون الوضعي المغربي.

[11] - هذا التحديد التاريخي لظهور العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية، إنما هو مبني على تحديد تاريخ الفتاوى الصادرة في الموضوع، والتي كانت رائجة ما بين القرن الثامن والثاني عشر للهجرة، إذ لم أعثر على دراسة أو بيان تاريخي يؤرخ لظهور هذا النوع من الحقوق.

وبصفة عامة، فالشائع أن ظهور هذا الحق كان مرتبطا بفتاوى الفقهاء بالشمال، ومنهم أبو القاسم بن خجو المشهور بالقوري، وأحمد بن عرضون صاحب الفتوى المشهورة في هذا المجال، وكذا أخيه محمد بن عرضون وغيرهم.

وقد انتشر العمل بمقتضيات هذا الحق في منطقة غمارة، وامتد إلى بعض المناطق المجاورة مثل سبتة وأنجرة بتطوان، وإلى حدود فترة استعمار المغرب، حيث تشهد بعض الوثائق والرسوم العدلية المحررة إبان فترة الاستعمار بجريان العمل به في هذه المناطق.

(انظر : المختار الهراس: المرأة والملكية في أنجرة إبان فترة الاستعمار، مجلة مقاربات، سلسلة بإشراف عائشة بلعربي، نشر الفنك، مطبعة النجاح الجديدة – الرباط- طبعة 1996، ص : 12 وما بعدها).

لكن العمل بمقتضياته تراجع بهذه المناطق، فلم يعد العرف جاريا به، بحيث لا تجد لهذه القضايا أي ذكر على مستوى محاكم تلك المنطقة و لا بين أهلها.

وبالموازاة لمنطقة الشمال، فقد جرى العمل بهذا الحق أيضا في منطقة سوس، حيث اشتهر الفقهاء السوسيون به من خلال مجموعاتهم ونوازلهم الفقهية، إذ قلما تجد فقيها سوسيا لم يتعرض إلى بيان هذا الحق وأحكامه.

انظر : - امحمد العثماني : ألواح جزولة والتشريع الإسلامي، دراسة لأعراف قبائل سوس في ضوء التشريع الإسلامي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية – مطبعة فيد بيرانت، الطبعة الأولى، 1425 هـ / 2004 م، ص : 70

- الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس فضايا وأعلام، من القرن التاسع إلى القرن الرابع عشرالهجري، منشورات كلية الشريعة بأكادير، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء – الطبعة الأولى 1420هـ-1999م، ص: 416.

ويذكر المرحوم محمد المختار السوسي في كتابه المعسول، أن قضاة جزواة (وهي من بلاد سوس) كانوا يحكمون بالسعاية للمرأة في كل مايدخل إلى الدار بقدر سعايتها.

جرى به العمل، أن كل شخص ساهم في تكوين الثروة الأسرية أو إنمائها — شرط أن يكون منتميا لهذه الأسرة — له الحق في أن يأخذ نصيبا من تلك الثروة على وجه الشركة، يوازي قدر مساهمته وسعيه فيها، وهو ما يسميه فقهاء النوازل[12]" **بحق الكد والسعاية** " الذي سيكون إن شاء الله موضوعا للبحث في هذه الرسالة.

والكَدُّ في اللغة، مأخوذ من فعل كَدَّ يَكِدُّ كَدّاً، أي الشدة في العمل وطلب الرزق[13]، أما السعاية، فأصلها من فعل سَعَى يَسْعَى سَعْـْـْياً[14]، يقول ابن منظور: سعى إذا عمل، والسعي أي الكسب، وقال الزجاج: أصل السعي في كلام العرب، التصرف في كل عمل[15].
والتعبير عنه بالحق، إشارة إلى كونه يمثل مقابلا عما يبذله السعاة من كد وسعاية في سبيل تنمية مال الأسرة أو تكوينه.
وعلى العموم، فدلالة مصطلح الكد والسعاية من الناحية اللغوية، كلها تدورحول معاني العمل وبذل الجهد في التحصيل والإنتاج.
أما في الاصطلاح، فالفقهاء المغاربة القدامى – خلافا لبعض للمعاصرين[16] – لم يتعرضوا بالتعريف لهذا الحق، إلا ما كان من بعض الإشارات المجملة التي قد تحمل تعريفا

- محمد المختار السوسي: المعسول، ج17، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء- طبعة 1380هـ/ 1961م، ص: 42.
وما زال هذا الحق متداولا إلى يومنا هذا، حيث تعرف محاكم هذه المنطقة رواجا لمثل هذه القضايا، ولذلك كان الاعتماد في هذا البحث بالنسبة للعمل القضائي منصبا على الأحكام والقرارات الصادرة بهذه المنطقة على الخصوص.

[12] - المقصود بفقهاء النوازل، الفقهاء الذين اهتموا واشتغلوا بالإفتاء في النوازل والحوادث التي تطرح أمامهم للإفتاء فيها، وهذه النوازل تصنف إلى أربعة أنواع :

1 .نوازل وقعت في الماضي وأجيب عنها، كالنوازل التي حدثت في زمن النبي صلى الله عليه وسلم، أوزمن الصحابة، أو التابعين، وتم الإجابة عنها، ثم عاد السؤال عنها مرة أخرى لأي سبب من الأسباب (مثلا : مسألة الطلاق الثلاث التي اجتهد فيها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه).

2.نوازل أخبر الرسول (ص) عن وقوعها في المستقبل، فيجتهد الفقهاء في إسقاط مضمونها على الواقع.

3 .نوازل افتراضية لم تقع في الواقع، لكن الفقهاء تحدثوا عنها وأفتوا فيها على سبيل الافتراض.

4 .نوازل مستجدة يطرحها الواقع المعيش فيتصدى الفقهاء للإفتاء بشأنها، (وحق الكد والسعاية يدخل ضمن هذا الإطار).

- انظر : عبد الناصر موسى أبو البصل : المدخل إلى فقه النوازل، مقال منشور في إطار ندوة جامعة الحسن الثاني، كلية الآداب الدار البيضاء- بعنوان «النوازل الفقهية وأثرها في الفتوى والاجتهاد»، مطبعة المعاريف الجديدة- الرباط- ص : 12-13.

ومن بين كتب النوازل المشتهرة بالفقه المالكي :

- أجوبة ابن سحنون.
- نوازل ابن رشد.
- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقيا والأندلس والمغرب لأحمد بن يحيى الونشريسي.
- النوازل الكبرى للشريف أبو عيسى المهدي الوزاني.
- النوازل الصغرى لمحمد المهدي بن محمد الوزاني.

[13] - جمال الدين محمد ابن منظور : لسان العرب، باب كدَّ، المجلد رقم 3، دار صادر للطباعة والنشر، دار بيروت للطباعة والنشر- بيروت- طبعة 1388هـ / 1968 م، ص : 377.

[14] - انظر : مجد الدين الفيروزآبادي : القاموس المحيط، باب الواو والياء، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة، طبع مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى 1406 هـ / 1986م، ص : 1670.

[15] - جمال الدين محمد ابن منظور : لسان العرب، باب سعى، المجلد رقم 14، م.س ، ص : 376.

[16] - ويبقى أهم تعريف للفقه المعاصر في هذا الإطار، تعريف الأستاذ أحمد إد الفقيه، حيث يعرفه بأنه – أي حق الكد والسعاية - « مقابل السعي والكد، أي مقابل العمل، سواء من أجل إيجاد رأس مال حال كون هذا الأخير غير موجود إطلاقا، أو لتنمية رأس مال قائم مملوك للسعاة أنفسهم أو لغيرهم، وذلك بقصد تنميته والزيادة فيه والاستفادة منه، ويطلق على الرأسمال المستثمر في اصطلاح الفقهاء المهتمين بموضوع السعاية اسم "الدّمنة"».

مقتضبا له، « حيث سئل الفقيه سيدي محمد بن إبراهيم المزوار عن معنى السعاية فقال : **معنى السعاية ما استفادوه من المال بعملهم** »[17].

وإجمالا: يمكن تعريف حق الكد السعاية بأنه: « **حق شخصي، يقوم على أساس مساهمة السعاة في إطار شركة عرفية على تنمية الثروة الأسرية أو تكوينها، مقابل استحقاقهم جزء من المستفاد، يتناسب وقدر مساهمتهم حين إجراء القسمة، وكل ذلك يتم وفق مقتضيات العرف المحلي وقواعده** »[18].

وعلى الرغم من تعدد المصطلحات التي يستعملها الفقه للتعبير عن مضمون هذا الحق [19] فمنهم من يسميه **"بحق الجراية"** أو**"بحق الشقا"**[20]، ومنهم من يطلق عليه مصطلح **"الكد"**[21] أو **"السعاية"** فقط[22]، وقد يُعبَّر عنه بمصطلح **"تامازّالت"** كما في اللغة الأمازيغية[23]، إلا أن استخدام مصطلح حق الكد والسعاية يبقى الأنسب لعدة اعتبارات :

- أحمد إد الفقيه : إشكالية الشغل النسوي : وضعية المرأة العاملة في إطار القانون الاجتماعي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس- الرباط- السنة الجامعية: 1409 هـ / 1989 م، ص : 83.

[17] - انظر : محمد بن قاسم السجلماسي : شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي، ج1 ، طبعة حجرية (د.ذ.ت.ط)، ص:255.

[18] - سيتم الاعتماد على هذا التعريف كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية خلال هذه الدراسة، على أن تحليل عناصره سوف يكون لها حيزها الخاص ضمن هذا البحث عند مناقشة إشكالية المفهوم.

[19]- انظر: - عبد اللطيف الأنصاري: مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها في الفقه المالكي والقضاء المغربي، مجلة الملحق القضائي، العدد 39، دجنبر2005، ص: 140-142.

[20]- هذا التعبير كان سائدا لدى أهل الجبال في الشمال، انظر:

- عمر الجيدي: ابن عرضون الكبير: حياته وآثاره- آراؤه وفقهه، منشورات عكاظ، مطبعة النجاح الجديدة -الدار البيضاء-، الطبعة الأولى 1407هـ/1987م، ص:205.

ويطلق عليه أيضا " حق الحريق" تعبيرا عن الخدمة الشاقة المرتبطة بالعمل اليدوي إلى درجة أن اليد تتأذى بذلك العمل، انظر:

- رجاء ناجي مكاوي: قضايا الأسرة بين عدالة التشريع، وفرة التأويل، قصور المساطر، تباين التطبيق، سلسلة اعرف حقوقك رقم 3، طبع دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط -(د.ذ.ت.ط)، ص:102.

[21]- استعمله بعض الفقهاء بسوس، ومنهم عبد الواحد الآمزوري في قول له عبر عنه نثرا ونظما.

فأما المنظوم فقوله :

وبين أهل الكد نصفا أقسمــا * كلا بقدر كده لتكرمــا**

وأما المنثور فقوله:

"إذا استفاد أهل البيت من دمنتهم وكدهم فإنهم يقسمونه أنصافا" انظر:

-الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي :" العمل السوسي في الميدان القضائي، نظم أبي زيد عبد الرحمان بن عبد الله الجشتمي، ج1، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط- الطبعة الأولى 1404هـ/1984 م، ص:284-285.

[22]- من ذلك ما جاء في أجوبة العباسي لما « سئل عن امرأة مات زوجها وادعى ورثته أنها لا سعاية لها في متخلف زوجها، مع أنها تنقي الزرع وتقليه وتطحنه، وتخدم الطعام والصوف، وتلتقط الهرجان في المراح في داخل الدار، ويغيب عنها زوجها شهرا أو أكثر، وتستقي المرأة للدار، ألها سعايتها في ذلك أم لا؟

فأجاب رضي الله عنه، للمرأة التي تثبت أنها تخدم في الأشغال الشاقة سعايتها في المستفاد بقدر عملها »

- أجوبة العباسي: (مخطوط) أورده أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي: م.س، ص:83.

[23]- « **" تامزالت"** كلمة أمازيغية، قد تكون مشتقة من فعل أزل...بمعنى سعى وجرى، ومنه تازلا... أي الجري والسعي، ويقال ألى الآن في بعض مناطق سوس: أيلي- د- يوزل...أو أيلى – د- توزل... ويعني مقابلسعيه أو مقابل سعيها ». انظر:

- الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، نشر وتوزيع مكتبة دار السلام – الرباط- طبعة 2002، ص: 18.

1. لكون مصطلح "حق الكد والسعاية" يستجيب لفكرة الحق في ذاته؛ فبما أن الحق — وبغض النظر عن الاختلافات الفقهية المرتبطة بتحديد مفهومه [24]— حسب التعريف المقبول به، يعتبر سلطة يقررها القانون لشخص معين بالنسبة لفعل معين، فإن حق الكد والسعاية : هو حق يقرره العرف — الذي هو مصدر من مصادر القانون — لفائدة الساعي، ويخول له بموجبه المطالبة باستحقاق جزء من المستفاد الناتج عن مساهمته في تنمية الثروة الأسرية أوتكوينها، ولو قضاءً.

2. لكون المصطلح يتضمن ما يفيد فكرة المساهمة وبذل العمل والجهد بكافة الوسائل، سواء بالمباشرة الفعلية من قبل السعاة، أو بغيرها من الأعمال التي يتولى العرف تحديدها على ما سيأتي لاحقا من خلال فصول هذا البحث.

3. لكون الصياغة الفقهية، والقضائية المشتهرة للتعبير عن هذا النوع من الحقوق، تطلق عليه اسم **"حق الكد والسعاية"**.

ثم إن حق الكد والسعاية كموضوع للدراسة والبحث، يستمد أهميته من الوجهتين العملية والعلمية.

فمن الناحية العملية، يشكل حق الكد والسعاية — كعرف محلي — مدخلا متميزا لحل بعض صور النزاعات المرتبطة بالعلاقات المالية داخل مجال الأسرة، بل إن ابتداع العرف المحلي لهذا الحق، ومحاولة الفقهاء تأصيل أحكامه وتكريس مشروعيته، إنما كان بناء على دوره الفاعل في معالجة تلك النزاعات المالية، خصوصا الواقعة بين الزوج وزوجته؛ فهو بهذا المعنى يمثل آلية قانونية مهمة لتحقيق الإنصاف الاقتصادي للمساهمين في تكوين الثروة الأسرية أو تنميتها.

كما أن ارتكازه على مقتضيات الشركة وأحكامها — على ما سيتضح ذلك لاحقا عند مناقشة الطبيعة القانونية لحق الكد والسعاية — يجعله منسجما مع طبيعة العلاقة الخاصة التي تحكم أفراد الأسرة، بالنظر إلى كونها علاقة شراكة وتعاون على جلب المصالح ودفع

---

[24]- أثار تعريف الحق على المستوى الفقهي نقاشا وجدلا كبيرين، ويرجع ذلك إلى تباين وجهات النظر حول تعريف جامع ومانع للحق يستوعب من خلاله كل أنواع الحقوق باختلاف أشكالها وطبيعتها، وقد نتج عن هذا التباين ظهور اتجاهات متعددة في تعريف الحق، أهمها الإتجاه الشخصي، ثم الإتجاه الموضوعي، ثم الإتجاه المختلط، وأخيرا نظرية دبان (DABIN) الحديثة.

- **بالنسبة للإتجاه الشخصي**، يرى أن الحق سلطة أو قدرة إرادية يخولها القانون للشخص، إذ العنصر الجوهري في الحق هو أرادة صاحبه.

- **بالنسبة للإتجاه الموضوعي**، فيرى أن الحق يجب أن ينظر إليه من زاوية محله وموضوعه، إذ الحق ليس سوى مصلحة يحميها القانون.

- **بالنسبة للإتجاه المختلط**، فيذهب إلى الجمع بين فكرة المصلحة والإرادة، ويرى أن الحق هو سلطة إرادية ، وفي نفس الوقت مصلحة يحميها القانون.

- **أما بخصوص نظرية الفقيه البلجيكي دبان**، فهو يرى أن الحق عبارة عن استئثار شخص بقيمة معينة، استئثارا يحميه القانون، عن طريق التسلط والإقتضاء، بغية تحقيق مصلحة لهذا الشخص يراها المجتمع جديرة بالحماية.

- وللتوسع حول مقتضيات هذه الإتجاهات والإنتقادات الموجهة لها، انظر:

- BASIL MINEL : Essai la nature juridique des droits réeles et des droits decrèance, thése pour le doctora, université de paris, faculté de droit ; 1912, p : 206 et s

المضار، وهذا ما يُمَكّنُ من تجاوز فكرة الاستخدام التي لا تتلاءم وطبيعة هذه الأخيرة[25]، ويساعد على تقبل هذا الحق بالنسبة لأفراد الأسرة الواحدة.

أضف إلى ذلك، فالتطورات التي شهدتها وتشهدها الأسرة المغربية، بنية ووظيفة، تؤكد اتساع دور المرأة — وخصوصا الزوجة — في تنمية أموال الأسرة، من خلال ولوجها لكافة أوجه النشاط الاقتصادي، واقتحامها لميادين العمل بقوة، وهو مايطرح إشكالية الحقوق المالية للزوجة نتيجة مساهمتها في مراكمة الثروة الأسرية، ومدى إمكانية الاستناد إلى مقتضيات حق الكد والسعاية كحل ملائم لتجاوزها ؟.

وإلى جانب ذلك كله، فالموضوع طرح نقاشا وجدلا كبيرين على مستوى الساحة السياسية والثقافية، وظهر هذا النقاش بشكل جلي مع بروز مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية،[26] وما أثارته من مفاهيم ومقترحات كان من أهمها : موضوع تقسيم الثروة المنشأة بين الزوجين خلال الحياة الزوجية،[27] حيث طالبت الخطة آنذاك بضرورة مراعاة هذا المقترح في أي إصلاح مرتقب لم.أ.ش[28] وأصَّلَهُ مؤيدوها بما قرره الفقهاء المغاربة بخصوص موضوع حق الكد والسعاية .

بل إن هذا النقاش انتقل أيضا إلى اللجنة الاستشارية لمراجعة مدونة الأحوال الشخصية[29]، والذي تجسد من خلال المذكرات التي كانت ترفعها الجمعيات النسوية إليها،[30]

---

[25] ـ ذلك أن العلاقة التي تربط بين أفراد الأسرة، إنما هي علاقة مبنية في أصلها على مفهوم التعاون والتشارك، سواء فيما هو مادي أو معنوي، ولذالك فارتكاز مقتضيات هذا الحق على أحكام الشركة يساعد على قبوله وتقبله داخل المجال الأسري، خلافا لفكرة الإستخدام المبنية على أحكام إجارة الخدمة بما تقتضيه من وجود تابع ومتبوع، ومرَاقب وُمراقب.

[26]- وهي الخطة التي أعدتها كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الإجتماعية والأسرة والطفولة، حيث كان الإعلان الرسمي عنها في 15 مارس 1999، وكان الهدف من هذه الخطة حسب واضعيها، النهوض بالمرأة وتحسين مركزها الإجتماعي، والإقتصادي، والقانوني، داخل الأسرة والمجتمع.

[27]- يتعلق الأمر بالمقترح التاسع المرتبط بمجال التمكين الذاتي للنساء والذي جاء في الصيغة التالية: « توزيع ممتلكات الزوجين بعد الطلاق: احتراما لمبدأ العدالة كمبدإٍ مؤسس للإسلام، واعترافا بتضحيات المرأة طول الحياة الزوجية، على القاضي الذي يعلن الطلاق أن يفصل في توزيع الممتلكات التي ساهمت فيها سواء من خلال عملها داخل البيت أو عن طريق عمل مأجور».

ـ وثيقة مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية، ص : 130.

[28]- انظر وثيقة مشروع خطة العمل الوطنية، م.س، ص: 127- 128

[29] ـ وهي اللجنة الاستشارية التي أعدت مدونة الأسرة المغربية، حيث كان تنصيبها من قبل جلالة الملك محمد السادس في 27 أبريل 2001.

وقد تكونت هذه اللجنة من 15 عضوا بالإضافة إلى رئيس اللجنة، وهم على التوالي:

1- رئيس اللجنة: الأستاذ امحمد بوستة والذي عوّ ض الأستاذ إدريس الضحاك.

2- الأعضاء:

- ذ. محمد التاويل.
- ذ. مصطفى بن حمزة.
- ذ. محمد بن معجوز المزغراني.
- ذ. أحمد الخمليشي.
- ذ. إبراهيم بن صديق.
- ذ. اشبيهنا حمداتي ماء العينين.
- ذ. محمد الأزرق.
- ذ. الحسن العبادي.
- ذ. محمد الدردابي.
- ذ. محمد الصقلي.

أو من خلال المناقشات التي دارت بين أعضاء اللجنة نفسها، والتي تمخض عنها الإقرار بالمادة 49 من مدونة الأسرة [31]

أما من الناحية العلمية، فالموضوع يوفر أرضية خصبة لمقاربة نوع قديم جديد من أشكال تدبير العلاقات المالية داخل مجال الأسرة، ومحاولة تأصيله من الناحية القانونية والشرعية، والبحث في إمكانية القبول به في إطار النظام القانوني المغربي، خاصة وأن القواعد الضابطة لهذا الحق، تبقى مبنية على الخصوصية العرفية المرتبطة بعادات وأعراف بعض المناطق التي يجري العمل فيها بحق الكد والسعاية.

وعليه، فالموضوع من حيث أهميتُه العلمية، يُـُمَكّنُ من إعمال الفكر القانوني بقصد معالجة الإشكالات التي يطرحها، في أفق الوصول إلى إجابات مقنعة بشأنها، تكون معبرة عن الصورة الحقيقية لمفهوم هذا الحق ومشروعيته من جهة، ومحددة لقواعده التنظيمية وطبيعته القانونية من جهة أخرى.

على أن تناول موضوع مثل حق الكد والسعاية، لا يخلو من مخاطر وصعوبات جمة؛ ذلك أنه وككل البحوث التي تنتمي إلى موضوعات الفقه الإسلامي، فقد واجهتُ صعوبة في الوصول إلى مضامين الموضوع المترامية في أطراف المصنفات والمؤلفات الفقهية، وهو ما كان يتطلب — وبالضرورة — تفحص كل أجزاء المؤلف الفقهي، بقصد الوصول إلى تلك المضامين، خاصة وأن تعرض الفقهاء لموضوع حق الكد والسعاية، لم يكن من الناحية المنهجية مُوحدا؛ فمنهم من تناوله داخل مبحث الشركة، ومنهم من ناقشه في إطار باب النكاح، و آخرون تعرّضوا له في باب الإجارة، أو المغارسة، أو القضاء... إلى غير ذلك من الأبواب، ناهيك عما يطبع هذا التناول من إيجاز واقتضاب شديدين لا يتيحان المجال للوقوف على كل مفردات الموضوع بدقة وشمولية.

أضف إلى ذلك، فارتباط البحث في تناوله بموضوعات مختلفة ومتشعبة (موضوعات تتصل بأصول الفقه، والنفقة، والمتعة، والعلاقة الزوجية، ونظام الإرث، والحقوق العرفية الإسلامية، والملكية الشائعة، وعقد إجارة الخدمة، وعقود الشركة بمختلف أنواعها، ووسائل الإثبات...) زاد الأمر صعوبة؛ من حيث إن ذلك يتطلب الوقوف على تلك الموضوعات بدقة وأناة، وبحث أوجه علاقتها بموضوع حق الكد السعاية، والنفاذ إلى تحديد طبيعة تلك العلاقة واستخدامها في وجهها الذي تقتضيه، وهي في الجملة عمليات تتطلب رَوِيَّةً ووقتا زمنيا معتبرا من جهة، وجهدا مضاعفا من جهة أخرى.

- ذ. محمد الأجراوي.
- ذ. عبد العالي العبودي.
- ذة. زهور الحر.
- ذة. نزهة جسوس.
- ذة. رحمة بورقية.

[30]- انظر على سبيل المثال: - ربيع المساواة: مذكرات الجمعيات النسائية من أجل تغيير شامل لمدونة الأحوال الشخصية، مطبعة المعاريف الجديدة - الرباط – طبعة 2002.

[31]– راجع الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 49 من مدونة الأسرة المغربية (غير منشورة).

ولذلك فإن اقتحام مثل هذا الموضوع، تحفه دائما صعوبات ومخاطر المغامرة الأولى، وقد يكون الخطأ فيه أكثر من الصواب، ولكن قَدر الباحث هوالمحاولة، فإن أصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر واحد.

واضح إذن من خلال هذا الإطار التاريخي والموضوعي لحق الكد والسعاية، أن الإشكال الذي يطرحه الموضوع على مستوى التناول القانوني، **يتمثل في التساؤل عن إمكانية تبني حق الكد والسعاية، والقبول به في إطار النظام القانوني المغربي، وما إذا كان من شأن هذا التبني أن يشكل حلا متميزا لمعالجة الإشكالات المرتبطة بتدبير العلاقات المالية داخل مجال الأسرة، وتحديدا ما يتعلق منها بضمان الحقوق المالية لأفرادها الذين ساهموا في تكوين أو تنمية ثروتها ؟**

وعلى ضوء هذه الإشكالية واعتمادا على مقاربة تأصيلية ينطلق البحث من فرضية أن حق الكد والسعاية يظل حقا شخصيا مرتبطا بالعرف المحلي وخاضعا لمقتضياته ابتداء وانتهاء، وجودا وعدما، وهو ما يشكل عائقا أمام تبنيه وتعميم العمل بمقتضياته.

ولتوضيح ذلك، سوف تتم معالجة الموضوع، انطلاقا من تقسيم ثنائي، يخصص فيه **الباب الأول** لبيان مدى ارتباط مفهوم ومشروعية حق الكد والسعاية بالعرف المحلي، على أن يتم تخصيص **الباب الثاني** لتوضيح مظاهر خضوع القواعد الضابطة لحق الكد والسعاية لمقتضيات هذا الأخير — العرف المحلي —

وعلى ذلك، فمخطط البحث سوف يرتسم على الشكل التالي:

*** الباب الأول: ارتباط مفهوم ومشروعية حق الكد والسعاية بالعرف المحلي.**

*** الباب الثاني: خضوع القواعد الضابطة لحق الكد والسعاية للعرف المحلي.**

الباب الأول:

ارتباط مفهوم ومشروعية حق الكد والسعاية بالعرف المحلي.

يعتبرالعرف مصدرا مهما من مصادر القانون،[32] فإليه يرجع الحكم والفصل في الكثير من القضايا التي يستجد بها الواقع المعاش، وتفرزها دورة الحياة اليومية.

وهو إلى جانب كونه يشكل مصدرا مستقلا من مصادر القانون الوضعي، فهو يحتل مركزا متميزا في إطار الفقه الإسلامي،[33] حيث يدرجه الفقهاء المسلمون — إذا تحققت شروطه المعتبرة — ضمن مصادر التشريع، إلى جانب كل من الإجماع والقياس والمصالح المرسلة... وغيرها من المصادر الأصلية والتبعية.

والعرف بهذا المعنى، يتطلب التمييز بين ما إذا كان عاما أو خاصا،[34] فالأول يسري نطاق تطبيقه على مستوى الامتداد الجغرافي للبلاد كلها، وبين جميع الناس، أما الثاني

---

[32]- جرى الفقه على تعريف العرف – كمصدر من مصادر القانون- بأنه: « درج الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الإجتماعية زمنا طويلا، ثم اعتقادهم بإلزامها، وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي.»

- إدريس العلوي العبدلاوي: أصول القانون، ج1: نظرية القانون، مطابع دار القلم-بيروت- طبعة 1391ه/1971م، ص: 569.

والعرف بهذا المعنى يتطلب ركنين أساسيين:

• **ركن مادي**: يرتبط بضرورة اعتياد الناس ودأبهم على سلوك معين زمنا طويلا، وهو مايعرف عند القانونيين بالعادة.

• **ركن معنوي**: ينصرف إلى اعتقاد الناس وشعورهم بأن هذه القواعد التي درجوا على سلوكها زمنا طويلا، هي قواعد ملزمة لهم، وأن مخالفتها تستوجب توقيع الجزاء.

وبهذين الركنين يصبح العرف مصدرا من مصادر القانون.

للتوسع راجع : - إدريس العلوي العبدلاوي: م.س، ص: 575 ومابعدها.

[33]- يعرف العرف بالفقه الإسلامي عادة بأنه « ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، بشرط ألا يخالف نصا شرعيا».

- عمر الجيدي: العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، نشر صندوق إحياء التراث الإسلامي، مطبعة فضالة –المحمدية- طبعة 1404ه/ 1984م، ص: 149.

والعرف المعتبركمصدر من مصادر التشريع بالفقه الإسلامي، أخذت به جميع المذاهب الفقهية، وخصوصا المالكية والحنفية منهم.

فالمالكية اعتبروا بالعرف وأخذوا به، حيث يقول الإمام القرافي في الفروق: « فمهما تجد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولاتجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده وأجره عليه، وأفته به دون عرف بلدك، والمقررفي كتبك، فهذا الحق الواضح والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين...».

- شهاب الدين أبي العباس القرافي: الفروق، ج1، دراسةوتحقيق مركز الدراسات الفقهية و الإقتصادية، دار السلام – القاهرة- الطبعة الأولى 1421ه/ 2001م، ص:314.

والحنفية أخذو بالعرف أيضا، حيث يقول ابن نجيم: « إن إعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلا.». – زين العابين ابن نجيم: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق عبد الكريم الفضيلي،المكتبة العصرية- بيروت- الطبعة الأولى 1418ه/ 1998م، ص: 115.

ويقول ابن عابين: **والعرف في الشرع له اعتبار *** لذا عليه الحكم قد يدار**

- محمد أمين عابدين الدمشقي: رسائل ابن عابدين، ج2، (د.ذ.ت.ط) ص: 114.

كما أن الشافية أخذوا بالعرف في كثير من المواطن، وهو مافصله الإمام السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر، حيث أكدعلى أن العرف معتبر في مذهب الشافعي.

- انظر جلال الدين عبد الرحمان السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية –بيروت- الطبعة الأولى 1399ه/ 1979م، ص: 89 ومابعدها.

كما أن الحنفية قضوا بالعرف في كثير من القضايا، وهوما أورد له الإمام ابن قيم الجوزية عدة أمثلة تقر بجريان الحكم فيها طبقا للعرف. انظر:

- ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين رب العالمين، ج3، دار الفكر – بيروت- (د.ذ.ت.ط) ص: 62 ومابعدها.

[34]- بخصوص التمييز بين العرف العام والعرف الخاص انظر: - عمر الجيدي: العرف والعمل، م.س، ص: 89-99

فيرتبط إعمال مقتضياته بحدود منطقة معينة، دون أن يمتد إلى غيرها، وهو ما يطلق عليه "بالعرف الخاص أو المحلي".

وإذا كانت مكانة العرف ودوره في تنظيم العلاقات القانونية، تتباين من مؤسسة إلى أخرى، وتختلف من مجال إلى مجال؛ فإنه في بعض الحالات قد يشكل المصدر الأساسي والوحيد الذي يقوم عليه نظام بعض المؤسسات، ومن أبرزها حق الكد والسعاية، حيث يعتبر العرف المحلي (العرف الخاص) مصدرا أساسيا له، ليس فقط بالنسبة لضوابطه ومفرداته التنظيمية، وإنما أيضا أساسا لمفهومه ومرتكزا لمشروعيته؛ ذلك أن العناصر التي يقوم عليها مفهوم حق الكد والسعاية في جلها، وإن لم تكن وليدة العرف المحلي وخليقته، فهي على الأقل تنضبط لمقتضياته وتسري تبعا لقواعده، ولذلك كان من الضروري احترام هذا الأخير — العرف المحلي— في صياغة وبسط أي تعريف لحق الكد والسعاية (**الفصل االأول).**

بل والأكثر من ذلك، فمشروعية هذا الحق، تبقى مرتبطة بالعرف المحلي وجودا وعدما، وهو ما سيتضح من خلال مناقشة الاتجاهات الفقهية التي تأرجحت في تناولها لهذه النقطة بين الرفض والقبول(**الفصل الثاني**).

• الفصل الأول:

ارتكاز مفهوم حق الكد والسعاية على مقتضيات العرف المحلي.

يعتبر حق الكد والسعاية — كآلية قانونية عرفية تضمن للأفراد المساهمين في تكوين الثروة الأسرية أو تنميتها (شرط الانتماء إلى هذه الأسرة) إمكانية المطالبة بحقوقهم المالية المترتبة عن مساهمتهم في تلك الثروة — من المفاهيم القانونية التي بدأت تعرف اهتماما ملحوظا من قبل العديد من المنشغلين بقضايا الأسرة ونظامها المالي.
وعلى الرغم من أن هذا المفهوم كان مكرسا على مستوى الممارسة العرفية المرتبطة ببعض مناطق المملكة — وإن كانت هذه الممارسة العرفية قد تقلصت من حيث امتدادها المكاني — ومنذ زمن غير يسير، إلا أنه مع ذلك ظل مفهوما ضبابيا يكتنفه الكثير من الغموض.
ففي ظل غياب نص تشريعي يحدد مقتضيات هذا الحق، ويبين ضوابطه التنظيمية، وفي ظل ارتباط مقتضيات هذا الأخير بممارسة عرفية محلية محصورة ببعض المناطق، جعل من مسألة تحديد مفهومه أمرا صعبا للغاية، وهو ما تجلى بشكل واضح في بعض المحاولات التي رامت تعريف هذا الحق وضبط مفهومه، وهي محاولات في جملتها ظلت قاصرة عن بلوغ هدفها في الوقوف على المفهوم السليم لحق الكد والسعاية وضبط عناصره التعريفية المستندة في جلها على مقتضيات عرفية محلية. (**الفرع الأول**).
ولذلك كان من الضروري البحث عن صيغة تعريفية سليمة ومنسجمة مع المفهوم الحقيقي لهذا الحق، بحيث تتضمن مختلف عناصره التعريفية المميزة له والكاشفة عن طبيعته العرفية المحلية من جهة، وتتجاوز في نفس الوقت القصور الذي اعتور بعض االمحاولات الفقهية التي قصدت تحديد مفهومه من جهة أخرى. (**الفرع الثاني**)

• الفرع الأول:

قصور التحديد الفقهي في ضبط مفهوم حق الكد والسعاية.

تثير دراسة موضوع حق الكد والسعاية الكثير من الإشكالات، ليست فقط من حيث ضبط قواعده وتبين مشروعيته — على ما سيأتي لاحقا ضمن فصول هذه الدراسة — ولكن أيضا من حيث تحديد مفهومه؛ فارتباطه بمقتضيات العرف المحلي وإنبناء ضوابطه عليه، جعل من مسألة تحديد مفهومه وعناصر تعريفه مسلكا صعبا، وهو ما أدى إلى بروز اختلاف فقهي بخصوص ذلك، وأنتج في غالب الأحوال، إما مفاهيم ضيقة النطاق، اختزلت مفهومه في صورة حق للمرأة المتزوجة فقط، دون غيرها من أفراد الأسرة المساهمين، أو ربطت زمن استحقاقه بواقعة الطلاق أو وفاة الزوج لا غير.(**المبحث الأول**).

على أن هناك من اعتبر مقترح مشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية القاضي باقتسام الممتلكات بين الزوجين عند الطلاق، يمثل تبنيا في صيغة تشريعية لمفهوم حق الكد والسعاية، وهو ما يقتضي مناقشته (**المبحث الثاني**).

• المبحث الأول:

تبني مفاهيم ضيقة لحق الكد والسعاية.

على الرغم من وجود بعض المحاولات الفقهية المعاصرة، التي رامت تحديد مفهوم حق الكد والسعاية وضبطه، إلا أن ما يلاحظ عليها، أنها ظلت محاولات قاصرة، ارتكزت في مجملها على تبني مفاهيم ضيقة، لا تعكس المفهوم السليم لحق الكد والسعاية كما كرسته الأعراف وجرى به العمل، ويتجلى هذا القصور في مستويين:

الأول، يتمثل في اختزال بعض التعاريف، لمفهوم حق الكد والسعاية في صورة حق للمرأة المتزوجة فقط، دون مراعاة غيرها من السعاة المنتمين لنفس الأسرة، وهو تحديد قاصر لا ينسجم والمفهوم السليم لهذا الحق الذي يستفيد منه كافة أفراد الأسرة المساهمين في تكوين وتنمية ثروتها.(**المطلب الأول**)

أما **المستوى الثاني**، فيظهر في اتجاه بعض التعاريف أيضا، إلى قصر زمن استحقاق حق الكد والسعاية — كعنصر جوهري في تحديد مفهومه — في إطار واقعة الطلاق، أو وفاة الزوج، خلافا لما يقضي به العرف، وتجري عليه أحكام العمل (**المطلب الثاني**)

• المطلب الأول:

اختزال مفهوم حق الكد والسعاية في صورة حق للمرأة المتزوجة.

إن من أهم العناصر التي يقوم عليها مفهوم حق الكد والسعاية كعرف محلي، هو شمول نطاق تطبيقه لكافة السعاة المشاركين في تنمية ثروة الأسرة، من دون تمييز بين ذكر أو أنثى، ولا بين الزوج أو زوجته، ولا بين الأب وابنه، أو الأخ وأخته، ولا بين الأقارب والأباعد، فكل من سعى وكدَّ يأخذ حقه بمقدار مساهمته وسعيه، بشرط واحد فقط، هو الانتماء إلى الأسرة التي ساهم في تنمية أموالها.

فالفقهاء القدامى متفقون على أن حق الكد والسعاية غير مقصور على الزوجة فقط، وإنما هو حق ثابث لكل أفراد الأسرة الواحدة، [35] « فقد سئل الفقيه عيسى السكتاني عن رجل يتصرف مع أولاده وزوجته في أملاكه كعادة أهل سوس، إلى أن مات الرجل وترك زوجته وأولاده، فهل يقتسمون ما زاد على الأصل، كل واحد على قدره وكده من الأصاغر والأكابر، أم لا؟. فأجاب: بأنهم يقتسمون على قدر كدهم وسعيهم...»[36] أي أن « لا فرق بين الذكر والأنثى، ولا بين حياة الأب وموته، ولا بين الزوجة والإخوة وغيرهم، فكل من الشركاء بقدر عمله فيهما».[37]

وفي نوازل الورزيزي، « أن الأم إذا كانت تعمل مع أولادها مثل النسج والغزل ونحوهما، فإنها تكون شريكة فيما نشأ من خدمتهم، وخدمتهما أيضا بينهما، وكذلك الأخت مع إخوتها، والبنت مع أمها، والزوجة مع زوجها...».[38]

كما أن السعاية قد تكون بين الولد وأبيه؛ فقد ورد في المنهل العذب السلسبيل للأزاريفي أنه « إذا ادعى الولد على أبيه بكده وكسب يده في جميع ما عنده من المال وغلة الأصول، فعليه أن يَحلف أنه لم يقصد بخدمته البر والإحسان إليه، فيُعطى سعايته على حسب العادة والعرف...».[39]

فحق الكد والسعاية بهذا المعنى، يستفيد منه كل أفراد الأسرة المساهمين في ثروتها، فيدخل بالإضافة إلى ما ذكرناه، الأولاد مع أعمامهم،[40]والزوج مع زوجته،[41] وحتى البنت

---

[35]- انظر: الحسين رشيد: بعض المجالات المنظمة بالعرف الأمازيغي، مقال منشور في إطار أعمال الأيام الدراسية التي نظمها مركزالدراسات الأنتروبولوجية والسوسيولوجية بالرباط بعنوان " القانون والمجتمع بالمغرب" سلسلة الندوات والمناضرات رقم7- الرباط2005،ص:190 .

[36] - الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي: العمل السوسي في الميدان القضائي، ج1، م.س ، ص:281.

[37]- محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، شرح نظم أبي زيد الجشتمي لما لم يذكره الشيخان ابن عاصم وخليل، ج2، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء- الطبعة الأولى 1400هـ/1980م، ص:281.

[38]- الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى،ج6، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المملكة المغربية- طبعة 1419هـ/1998م، ص:540.

[39]- وقد نظمها الشيخ أبي زيد الجشتمي بقوله:

دعوى ابن أو بنت على أبيه — نصيب في كسب ما يحويه
مع اليميـن أنه لم يقصد — برا أو إحسانا بكسب مسعد.

- محمد بن أبي بكر الأزاريفي: م.س، ج 2، ص:236.

[40]- فقد ورد في كتاب فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك" ما قولكم في رجل له أولاد إخوة، ولهم طين زراعة، فاشتغل الأولاد والإخوة بالزراعة، والرجل بسداد مطاليب الديوان ودفع الخراج، واستمروا مدة على ذلك، ويأكلون مع بعض ولا

مع عمها[42]، و لهذا نجد الفقهاء يعبرون عن ذلك بقولهم: سعاية اليتيم، وسعاية الأخت، وسعاية الأخ، وسعاية الولد، ومن له عدة زوجات فلكل واحدة سعايتها[43].

على هذا يتضح من خلال هذه الفتاوى والنوازل، أن مفهوم حق الكد والسعاية يمتد ليشمل كل أفراد الأسرة المشاركين، ولا مجال لحصره في حدود كونه حقا للمرأة المتزوجة فقط[44].

ثم إن القضاء المغربي كرس نفس المفهوم — خصوصا القضاء الشرعي عندما تثار هذه المسألة — من خلال تأكيده على أن هذا الحق لا تمييز فيه بين الذكر والأنثى، إذ يشمل كافة أعضاء الأسرة كما جرى عليه العمل بالقطر السوسي؛ فقد نقض المجلس الأعلى قرارا لمحكمة الاستئناف بأكادير، لكونها أيدت الحكم الابتدائي الذي لم يراع أحكام قسمة المستفاد كما هي جارية على السنن المتبعة بالقطر السوسي، حيث تتم القسمة على نصفين، النصف للدِّمنة (أي الأصول المعتبرة بمثابة رأس مال)، والنصف الآخر للعاملين فيها، كل على قدر عمله، لا فرق بين الذكر والأنثى.[45]

محاسبة بينهم، ونشأ عن تلك الزراعة أموال وأمتعة، ثم إن إخوة ذلك الرجل طردوا أولاده ومنعوهم مما نشأ من الزراعة، فهل والحالة هذه للأولاد المقاسمة فيما حدث بحسب سعيهم وزراعتهم معهم، أفيدوا الجواب.

بما نصه: الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله، نعم للأولاد مقاسمة أعمامهم فيما حدث من الزراعة من الأموال والأمتعة بحسب سعيهم وزراعتهم معهم بقول أهل الخبرة بذلك، ويجب على الحاكم جبر الأعمام عليها إن امتنعوا منها، والله سبحانه وتعالى أعلم".

- محمد أحمد عليش: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، وبهامشه تبصرة الحكام للقاضي محمدابن فرحون، ج 2، الطبعة الأخيرة (د ذ.ت.ط) ص:148.

[41]- وعن حالة سعاية الزوج في مال زوجته راجع:

- .LAPANNE-JOINVILLE.J : Le régime des biens entre époux (dans Le rite Malékite) R.M.D, 1950, P : 405-406.

[42]- من ذلك أن امرأة كانت مع عمها على مائدة واحدة من قبيلة بني زجل، وتشتغل في داره كأي فرد من الأسرة، وخلال تلك المدة، اشترى عمها أشياء مما يتمول بها، ولما ماتت، قام ورثتها يطالبون بنصيبها مما استفادته معه، فأفتي بما يلي:«... وعليه حيث كانت فاطمة بنت المعلم يزيد البراثلي الغزاوي الدكالي مع عمها على مائدة واحدة، فما استفاده عمها من شراء أو كسب معز، أو بقر، أو دواب، أو غير ذلك، كله تشاركه فيه حسب ما ذكر، ولورثتها القيام بذلك، لأن من مات عن حق فلورثته، وهذا جلي لا إشكال فيه».

- انظر محمد الهبطي المواهبي: فتاوى تتحدى الإهمال في شفشاون وما حولها من الجبال: ج1 نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المملكة المغربية- مطبعة فضالة- المحمدية- طبعة 1419هـ/1998م ص: 163-164.

[43]- انظر: الحسن العبادي: عمل المرأة في سوس، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المملكة المغربية- مطبعة طوب بريس-الرباط- الطبعة الأولى 1425هـ/2004م، ص:23.

[44]- ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن امتداد نطاق حق الكد والسعاية إلى كافة المساهمين في تنمية أو تكوين الثروة الأسرية (شرط انتسابهم إلى هذه الأسرة) دون قصره على المرأة المتزوجة، لايجب خلطه مع ما يعرف بشركة المفاوضة الجارية بين أفراد الأسرة الواحدة، والتي تثبت بمجرد الإتحاد في المائدة والكانون،(انظر قرار المجلس الأعلى عدد572، المؤرخ في 12 يونيو 1961، الغرفة الشرعية، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 48-49 السنة 5، أبريل – ماي 1962، ص: 390.)

فإذا كان حق الكد والسعاية يثبت بمجرد مباشرة الساعي للكد في مال الأسرة، وهو ما قد يختلط في هذه الحالة مع شركة المفاوضة المومأ إليها أعلاه، إلا أن الفرق بينهما يظل قائما خصوصا على مستوى أهلية إبرام الشركة، حيث تقتضي شركة المفاوضة توفر أهلية التوكيل والتوكل بالنسبة لأطرافها، بينما لا يشترط ذلك بالنسبة للساعي في إطار حق الكد والسعاية.

[45]- قرار المجلس الأعلى عدد 177، ملف رقم 74469، مؤرخ في 1980/05/12، الغرفة الاجتماعية، أورده منشورا الحسين الملكي في كتابه: نظام الكد والسعاية، م.س، ص:68.

وقد أكدت المحكمة الشرعية بتزنيت ذلك أيضا من خلال تنصيصها على أن نساء البوادي لهنَّ حق السعاية والكسب بين السعاة الآخرين،[46] مما يفيد أن الزوجة ليست الشخص الوحيد الذي يستفيد من مقتضيات حق الكد والسعاية.

كما أن القاضي عندما يعمد إلى تحديد حق الكد والسعاية وفرزه ، دائما ما يراعي في ذلك عدد السعاة المشاركين في تنمية مال الأسرة، وما إذا كانوا مساهمين أم لا، فقد جاء في إحدى حيثيات محكمة الاستئناف بمراكش بأن « الثلث الذي منحه الحكم المستأنَف للمستأنِفة الفرعية كنصيبها في السعاية حسب تقرير وتقويم الخبير، يعتبر منطقيا ومنسجما مع العمل السوسي، لعدم إثبات وجود غير المستأنِف والمستأنِفة الفرعية في المنزل موضوع السعاية ،وليس بالملف ما يفيد أن والد ووالدة وبنت المستأنف يوجدان بالمنزل المذكور...».[47]

وفي نفس الإطار اعتبرت المحكمة الشرعية بتزنيت في حكم لها، أن من حق الزوج كذلك المطالبة بحق الكد والسعاية تجاه زوجته، جاء في حيثيات الحكم: «... للمدعي (الزوج) استحقاق الأشياء المعترف بها له المذكور في المرافعة الأخيرة، وأشير إليها آنفا، وأجرة خدام عشرة أيام البالغ قدره 500 فرنك، وعلى المدعى عليها [الزوجة] أن تمكنه وتؤدي له ذلك كله، وأن تحلف له على ما أنكرته له، وبأن الدار هي التي قامت بإصلاحها من مالها الخاص بها...».[48]

فمن خلال هذه القرارات والأحكام، يتبين أن المفهوم السليم لحق الكد والسعاية، لا ينحصر في كونه حقا للمرأة المتزوجة فقط، وإنما هو حق يستفيد منه كل عامل مساهم في تنمية ثروة الأسرة التي ينتمي لها، قلّت أو كثُرت، بحسب ما جرى به العرف.

لكن، إذا كان الفقه والقضاء — كما تقدم — متفقين على أن مفهوم حق الكد والسعاية يشمل كل عامل في نظام الأسرة، وكل مساهم في تكوين وتنمية ثروتها، — إلا الأجنبي، حيث يخضع في هذه الحالة إلى القواعد العامة، من إجارة الخدمة، أو عقد الشركة، أو المزارعة أو غيرها...[49]— فإن بعض الباحثين، غالبا ما يختزلون مفهوم حق الكد والسعاية في صورة حق للمرأة المتزوجة، فيعرِّفونه بأنه « **الحق الذي يخول للمرأة** حسب التقليد السائد من الحصول على نصيب بعد الطلاق أو وفاة الزوج، من أموال الأسرة التي ساهمت خلال الحياة الزوجية في توفيرها وتنميتها بكدها وجهدها»[50]، أو هو « **حق المرأة** في الثروة

---

[46]- حكم المحكمة الشرعية بتزنيت، ملف رقم 1960/261، مؤرخ في 1960/09/20، أورده منشورا الحسين الملكي، م.س، ص:220.

[47]- قرار محكمة الاستئناف بمراكش رقم 410، ملف عدد 1346/83، مؤرخ في 1984/03/30، - الحسين الملكي، م.س، ص:97. وانظر كذلك القرارات التالية:

- حكم المحكمة الشرعية بتزنيت، ملف رقم 1959/292 مؤرخ 1959/10/14 - الحسين الملكي، م.س، ص191.
- حكم المحكمة الشرعية بتزنيت، ملف رقم 1960/257 مؤرخ في 1960/09/20، - الحسين الملكي، م.س، ص217..
- حكم المحكمة الشرعية بتزنيت، ملف رقم 1959/369، مؤرخ في 1959/12/19، - الحسين الملكي، م.س، ص207.

[48]- انظر حكم المحكمة الشرعية بتزنيت، ملف رقم 1960/407، مؤرخ في 1961/02/11، أورده منشورا الحسين الملكي، م.س، ص196.

[49]- الصديق بلعريبي: السعاية، مجلة المرافعة، العدد6، يونيو 1997، ص:57-58

[50]- خالد برجاوي: إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب- وضعية المرأة نموذجا- دار القلم –الرباط- الطبعة الأولى (د ذ ت ط)، ص: 200، وهو نفس التعريف الذي تبناه في كتابه قانون الطلاق بالمغرب بين مدونة الأحوال الشخصية والجدل حول التغيير،سلسلة دليل قانون الأسرة بالمغرب، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط- الطبعة الأولى 2000 ص70. وانظر في نفس التعريف تقريبا:

التي يُنشئها ويُكونها الزوج خلال فترة الحياة الزوجية»[51]، أو هو « حق ينصرف مفهومه إلى جميع الحقوق التي **تضمن للمرأة** في المكسب المالي الذي يترعرع في مهده وينشأ بجهدها وكدها وسعايتها ليمتزج بطريقة عفوية وتلقائية في الذمة المالية للزوج في أثناء قيام الحياة الزوجية، مما يجعلها محقة في الاستئثار بجزء من هذا الكسب المالي، متى عمد الطرفان إلى حلِّ ميثاق الزوجية»[52]، فهذه التعاريف وغيرها[53]، تتجاهل المفهوم الأصيل لهذا الحق الذي لا ينحصر في مجال حقوق الزوجة دون بقية أفراد الأسرة الآخرين.

ثم إن هذه التعاريف قد أثرت حتى في بعض الأحكام القضائية[54]، التي عرَفته على أساس أنه حق للمرأة المتزوجة، دون أن تنتبه إلى أَن نطاقه من حيث الأشخاص يتسع لكل عامل في نظام الأسرة، ومشارك في تكوين وتنمية أموالها، طبقا لما جرى عليه العرف وقضى به العمل.

الخلاصة: أن هذه التعاريف لا تنسجم والمفهوم السليم لحق الكد والسعاية، باعتباره حقا يحمل مفهوما واسعا يشمل كل العاملين في النظام الأسري والمساهمين في بناء ثروته، ويبدوا أن ما ذهب إليه البعض من اختزال مفهوم حق الكد والسعاية في صورة حق للمرأة المتزوجة، إنما يرجع إلى أن النزاعات المثارة أمام القضاء، والمتعلقة بموضوع حق الكد والسعاية، في الغالب الشائع، ما تكون مثارة بين الزوج وزوجته، حيث تمثل المرأة المتزوجة

- إدريس الفاخوري: دور الإرادة في إبرام عقود الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة الجديدة، مجلة القصر، عدد9، شتنبر 2004، ص:17.

[51]- الحسين الملكي: من الحقوق المالية للمرأة: نظام الكد والسعاية، ج1 نماذج من العمل القضائي المغربي الحديث، مطبعة دار السلام، الطبعة الأولى1999، ص:9

وانظر في اعتماد نفس التعريف:

- مريم جراف: الحقوق المالية للمطلقة، حق الكد والسعاية، مقال منشور بجريدة الأحداث المغربية عدد 704، السبت 26 رمضان 1421 موافق 23 دجنبر 2000، ص5
- رشيد تباتي: قراءة في مستجدات مدونة الأسرة، دراسة مقارنة من خلال موقف الفقه والقانون القديم والمدونة الجديدة، بحث نهاية التمرين في المعهد العالي للقضاء، فوج 33، السنة الدراسية 2003-2005، ص70.

[52]- يوسف بنباصر: جديد مدونة الأسرة: المسار والتطلعات، قراءة تحليلة وتقييمية في مستجدات قانون الأسرة الجديد:03.70، سلسلة بنباصر للدراسات القانونية والأبحاث القضائية، السنة الثالثة، العدد الثامن، ص23-24.

[53]- في نفس الإطار، هناك من عرّف حق الكد والسعاية بأنه **"حق يسمح للمرأة** في أخذ جزء من الثروة التي أنشئت أثناء الحياة الزوجية، مقابل المجهود الذي بذلته أو ساهمت به في تكوين تلك الثروة" انظر:- الصديق بلعريبي: السعاية، م.س، ص56

وتعرفه الباحثة ربيعة بنغازي بقولها" **هو حق المرأة** في الحصول على منابها في أموال الزوج التي كانت لها نصيب في تنميتها بكدها أو جهدها المادي وتضحيتها المعنوية، خلال العشرة الزوجية في حالة حصول طلاق أو وفاة"

- ربيعة بنغازي: أحكام التطليق للضرر من خلال الاجتهاد القضائي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، أكدال- الرباط- السنة الجامعية 2000-2001، ص345.
- وانظر في نفس الاتجاه: أحمد زوكاغي: تعليق على القرار الصادر عن المجلس الأعلى يوم 5 مارس 1998 بشأن حق الكد والسعاية، منشور بمجلة المحاماة، العدد 17، مارس 2002 ص: 131.

ومما تجدر الشارة إليه في هذا الصدد، أن هناك من يميز في إطار مفهوم حق الكد والسعاية بين مفهومين ، مفهوم عام يشمل كل شخص ساع في نظام الأسرة، ومفهوم خاص يرتبط بشخص الزوجة فقط، انظر :

- عبد الطيف الأنصاري: مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها في الفقه المالكي والقضاء المغربي، م.س، ص: 139-140.

[54]- ويتجلى ذلك من خلال حكم ابتدائية أكادير، حيث عرّفت حق الكد والسعاية بقولها « وحيث إن الثابت فقها وقضاء أن الكد والسعاية، هو مقابل الشغل، وحق الجراية، ومعناه حق الزوجة في الثروة التي ينشئها ويكوّنها الزوج خلال فترة الزواج، بحيث تحصل على جرايتها مقابل ما بذلته من مجهودات مادية ومعنوية في تكوين هذه الثروة...» حكم رقم 1118، ملف عدد 99/385، مؤرخ في 12/26 /2002 (غير منشور)

الطرف الذي يرفع دعوى المطالبة بحق الكد والسعاية، ومع جريان النزاعات على هذا النحو، مقابل نذرة النزاعات المثارة بين أشخاص من غير الزوج والزوجة، تكرَّس لدى العديد، أن مفهوم حق الكد والسعاية مرتبط بالمرأة المتزجة، على الرغم من عدم صحة ذلك على ما تقدم بيانه.

• المطلب الثاني:

قصر استحقاق حق الكد والسعاية بواقعة الطلاق أو وفاة الزوج

إن من أهم التداعيات التي أنتجها اختزال مفهوم حق الكد والسعاية في صورة حق للمرأة المتزوجة، هو تأثيره على مستوى تحديد عنصر جوهري آخر من عناصر مفهوم هذا الحق، ألا وهو عنصر زمن استحقاق حق الكد والسعاية، حيث تجد بعض الباحثين — من خلال تعرضهم لمفهوم هذا الحق— كثيرا ما يربطون استحقاقه بواقعة الطلاق، أو وفاة الزوج ، مع العلم أن المفهوم السليم لحق الكد والسعاية لاينحصر في الحالتين، خصوصا وأنه يمتد ليشمل كافة المساهمين في تنمية مال الأسرةأو تكوينه.

ولقد عبَّر عن هذا المعنى العديد من الفقهاء المهتمين بموضوع السعاية والخبيرين به، فنقرأ في أجوبة العباسي أنه « سئل عن رجل له زوجتان تطالبانه في كل غلة بعزل سعايتهما منها، وهما في عصمته، هل لهما ذلك من غير فراق ولا موت؟.

فأجاب رضي الله عنه: **مجرد كونهما في العصمة لا يمنعهما من أخذ سعايتهما**...»[55]، ونقرأ كذلك في فتاوي الحكام للعمري السكدلتي، أنه « ... سئل عن السعاية في حق نساء القرى والبادية التي جرى بها العمل في قطر سوس ، فأجاب: وفي العتيبية والواضحة على ما نقله ابن زمنين في منتخب الأحكام، ما يقتضي أن السعاية في المال المستفاد، **ولا فرق بين الذكر والأنثى في سائر الأخوات، والأولاد والنبات، وفي حياة الأب وموته** »[56].

---

[55]- مخطوط أجوبة العباسي ، أورده أحمد إد الفقيه : إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص: 83.

[56]- فتاوى الحكم لأبي الحسن علي بن أحمد العمري السكدلتي، مخطوط غير مرقم الصفحات، أورده أحمد إد الفقيه، م.س ، ص: 86.

و انظر نفس الفتوى عند :

- محمد بن أبي بكرالأزاريفي : المنهل الهذب السلسبيل ، ج2، م.س ، ص: 238.

وفيما يتعلق بحق الزوجة في الكد والسعاية المرتبط محله بالغزل، فقد قرر الفقهاء أن مطالبة الزوجة لزوجها بمقابل غزلها، لا يرتبط بالطلاق أو وفاة الزوج، وإنما يكون لها ذلك حتى أثناء العصمة، ومع حياة الزوج[57].

أضف إلى ذلك، فالسعاية قد تجري بين الأب وابنه، أو الأخ وأخيه أو أخته، وفي هذه الحالات لا مجال لحصر استحقاق حق الكد والسعاية في واقعة الطلاق لأنها معدومة التصور، كما أنه ليس هناك ما يمنع مطالبة الابن — مثلا— أباه، أو أخاه، ولو لم تقع حالة الوفاة، والأمثلة التي شهدتها الممارسة العرفية وكرسها الفقه في فتاويه، والقضاء في أحكامه كثيرة.[58]

على هذا الأساس يتأكد أن حصر مفهوم حق الكد والسعاية من حيث عنصر استحقاقه بواقعة الطلاق أو وفاة الزوج، لا يتماشى والمفهوم الأصيل لهذا الحق، خصوصا وأن العرف الذي كانت تجري عليه أحكام الكد و السعاية، سواء في سوس أو مناطق جبالة، كان يسمح بأن تقع المطالبة حتى خارج واقعتي الطلاق و وفاة الزوج، ويظهر ذلك من خلال وثيقة تبين اعتراف الزوج لزوجته بحقها في الكد والسعاية — بمنطقة جبالة — مع العلم أن الزوج حي يرزق، والزوجة ما زالت داخل العصمة.

جاء في الوثيقة العدلية « أشهد على نفسه الطالب السيد أحمد.... من عين عنصر، أن الدار التي يسكنها بالمدشر المذكور، بناها هو وزوجته الأولى، فهي مشتركة بينهما أنصافا، وأن ماله من المعز والغنم والبقر والفرس نتج من خدمتهما معا، لأنه تزوج بها ولم يكن عنده شيء، وكذلك ما اشتراه من أطراف الأرض، والجميع مشترك بينه وبين زوجه الأولى

---

[57]- من ذلك ، فقد سئل عمران المشدالي « عمن أتى لزوجته بالصوف والكتان لتغزله على عادة البادية، ثم أرادت التكلم معه في ذلك، فأجاب :

لايخلو إما أن تفعله باسم الزوج، أو باسم نفسها ، فإن فعلته للزوج كما هو العرف ، فلا كلام لها في ذلك، ويكون للزوج ، وإن كانت عملته لنفسها، فإنها شريكة معه في ذلك في عملها . »

- عيسى بن علي الحسين العلمي : كتاب النوازل، ج1، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية - مطبعة فضالة – المحمدية - طبعة 1403هـ/1983م. ص 189.

ومنه كذلك أن أبا عبد الله القوري سئل عما يفعله نساء البوادي وغيرهن لأزواجهنّ من أنواع اللباس والخدمة، هل لها نصيب في ذلك أم لا ، وهل يمكنها المطالبة بذلك الحق، فأجاب:

« إن صرحت بالامتناع من الخدمة، إلا على وجه الشركة في الغزل والنسج أو فيهما، وأباح لها زوجها ذلك، فلا إشكال في إشتراكهما في ذلك المعمول، فإن سكتت وعملت ولم تصرح بوجه من الوجهين، ثم طلبت حظّها من العمل، وأنها لم تعمل إلا على وجه الشركة، أو الرجوع بقيمة العمل، و أنكر الزوج ذلك، حلفت أنها ما غزلت و لانسجت و لا عملت إلا لتكون على حظّها في المعمول، وإذا حلفت قوّم عملها في الكتان والصوف، وقوّم الكتان والصوف، فيكون الثوب بينهما على قدر ذلك، وكذلك الغزل..>>

- عيسى بن علي الحسين العلمي : م.س ، ج1، ص 188-198.

فهذه الفتاوى كلها مرتبطة بنزاع قائم بين زوجين مازالت العلاقة الزوجية قائمة فيما بينهما.

[58]- و انظر في بعض صور هذه المطالبات الواقعة خارج نطاق وفاة الزوج و الطلاق:

- محمد بن أبي بكر الأزاريفي : المنهل العذب السلسبيل، ج2 ، م.س ، ص 296.

- محمد أحمد عليش : فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج2، م.س، ص:148

- عبد العزيز الزياتي : الجواهر المختارة مما وقفت عليه من النوازل بجبال غمارة ، مخطوط المكتبة الوطنية بالرباط رقم 1698 د ، ص 161.

- مجموعة نصوص وأجوبة مختارة لجماعة من العلماء، مخطوط مجهول صاحبه،المكتبة الوطنية بالرباط رقم 1724 د، ص: 141

على النصف، لكون الجميع نشأ من كدَّيهما على عين أهل الجماعة الساكن فيها، حضرت زوجته وصدقته في ذلك، وقبلت منه النصف قي مقابل تعبها....»[59]، فمن خلال هذه الوثيقة، يتبين أن الجاري به العرف والعمل، كان مبنيا على أساس عدم حصر استحقاق حق الكد والسعاية بواقعة الطلاق أو وفاة الزوج، وهو نفس ما كان سائدا بمنطقة سوس[60].

ثم إن المحكمة الابتدائية بتارودانت، كانت موفقة في التعبير عن هذا المعنى ، حيث جاء في حيثيات حكمها: « وحيث إن العرف بمنطقة سوس —على خلاف منطقة فاس— جرى على أن المرأة تأخذ حظها الموازي لمقدار جريها فيما زاد على مال الزوج يوم دخلت عليه، ولا يؤثِّر في استحقاقها ذلك، لاموتها ولاموت زوجها، ولا استمرار أو انفصام عرى الزوجية بينهما، ومجرد بقاء الزوجة أو الزوجات في عصمة الزوج، لا يمنع من إثبات حقهن في السعاية ومن المطالبة به...»[61].

لكن، قد يتم الإعتراض على ما تقدم، انطلاقا من أن العديد من الفقهاء الذين تصدوا للفتوى بخصوص موضوع حق الكد والسعاية، كانوا يربطون استحقاقه بواقعة الطلاق أو وفاة الزوج أو هما معا، دون أن يبدو من إفتاءهم إطلاق زمن المطالبة بحق الكد والسعاية، ويتحصل من ذلك، أن مفهوم هذا الحق محصور بالواقعتين ليس إلا.

الحقيقة أن الاطلاع على بعض الفتاوى والنوازل، قد يفضي إلى القول بأن استحقاق حق الكد والسعاية مقرون بحالة وفاة الزوج،[62] أو حالة الطلاق،[63] أو هما معا[64]، لكن من

---

[59]- تسجيل الشهادات لعام 1361 هـ موافق 1938م ، المختلطة ، الناحية الجبلية ، رقم 8 ، العدد 82 ، أوردها المختار الهراس : المرأة والملكية في أنجرة إبان فترة الاستعمار : م.س ، ص 16.

وفي وثيقة أخرى أوردها محمد الهبطي المواهبي تتعلق برجل يشغل متاعه ومتاع زوجه ، وأراد أن يمنع عنها حقها في الربح، ولكن الإفتاء منعه من ذلك، من غير ربطها بالوفاة أو الطلاق، انظر:

ـ محمد الهبطي المواهبي : فتاوى تتحدى الإهمال ، ج 1 ، م س ، ص 163.

[60] - LAFOND.J: Les sources des droit coutumier dans le sous,le statut personnel et successoral ,éd imprimerie du sous ,. Agadir (D.I.N.C) p : 77.

[61]- حكم ابتدائي تارودانت (مركز أولاد تايمة)، ملف رقم 1991/7 مؤرخ في 1994/01/10 ، منشور بمجلة نظرات في الفقه والقانون عدد 4، ص 125.

[62]- من بين الفقهاء الذين ذهبوا في فتواهم إلى الحكم للزوجات الأرامل باستحقاقهنّ مقابل سعيهنّ في أموال أزواجهنّ بعد وفاتهن:

ـ سيدي محمد بن الحسن بن عرضون ، حيث سئل عن المرأة البدوية تخدم خدمة الرجال من الحصاد والدارس ثم يتوفى زوجها ، هل لها حق في الزرع لأجل خدمتها ، فأجاب مستندا إلى ما أفتى به الإمام الشيخ القوري وابن خجو بأن لها الشركة في الزرع بحسب خدمتها ، (ـ عيسى بن علي الحسين العلمي : كتاب النوازل ، ج2 ، م س، طبعة 1406هـ/1986م، ص : 101.

ـ ومنهم كذلك عيسى بن عبد الرحمان السكتاني، حيث سئل هو الآخر عن امرأة ذات يد وسعاية في مال زوجها الذي توفي عنها ، فهل لها من الحق في ذلك، فأجاب بأن لها حظها مما نتج من عملها بقدر عمل كل واحد (ـ أحمد الرسموكي: نوازل الرسموكي ، مخطوط امكتبة الوطنية بالرباط رقم 3566، ص 123.).

[63]- من ذلك ما جاء في فتاوى العباسي من أن « زوجة وجدت عند زوجها بهائم ومكثت عنده أربعة أعوام ، ثم فارقها ، فإنها تأخذ سعايتها فيما زادت من البهائم بقول أهل المعرفة .»

ـ الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي : العمل السوسي في الميدان القضائي،ج1، م.س ، ص 286.

ومن ذلك أيضا أن الفقيه سيدي محمد بن ابراهيم الدكالي سئل « عن رجل فقير بالبادية تزوج امرأة...فصار هو يخدم الزرع والغرس ونحو دلك من خدمة الرجال، والمرأة تخدم الصوف ولقط السنبل في الفدادين أيام المصيف، وتلتقط الزيتون بالأجرة وشبه دلك من خدمة النساء، حتى اشترى الزوج المذكور أصولا وماشية وحوائج، طلق الزوجة وأراد الاستبداد والاختصاص بدلك فأبت هي، وأرادت الدخوت معه والشركة في جميع ماشتراه، من يوم تزوجها، بقدر تحملها وخدمتها ،فهل لها شركة في دلك أم لا ؟ »

خلال تدقيق النظر وإمعانه في تلك الفتاوى والنوازل، فسنجدها عبارة عن إجابة لسؤال مطروح أمام المفتى/ القاضي، والسؤال هو تعبير عن واقعة وحادثة جارية بين الخلق، فيكون جواب المفتي بقدر سؤل السائل من جهة، وعلى ضوء النازلة من جهة أخرى، وهذا يعني أن تلك الفتاوى تمثل إجابة عن السؤال كما هو مطروح، أكثر من كونها تسعى إلى تأسيس وضبط مفهوم شامل لحق الكد والسعاية، كما أن تلك الفتاوى، إذا كانت كما سبق ذكره، تقصر عنصر استحقاق هذا الحق في واقعة الطلاق أو الوفاة، أوهما معا ، فهي مع ذلك لم تبدي اعتراضها على أن يكون طلب حق الكد والسعاية خارجا عن الحالات المذكورة، والدليل على ذلك هو وجود فتاوى أخرى لا تربطه بالواقعتين فقط.

وعموما، فالخلاصة التي يمكن أن نخرج بها انطلاقا مما تقدم، هي أن حق الكد والسعاية كمفهوم، لا يتقيد من حيث عنصر استحقاقه بواقعة الطلاق أو وفاة الزوج، وإنما في ذلك إطلاق، وهذا يتماشى مع طبيعة الحقوق وأصلها في أنها تخول لصاحبها المطالبة بها على أي حال، وفي كل الأحوال، إذا توفرت — بطبيعة الحال— الشروط الموضوعية اللازمة لذلك.

فأجاب:<<....تأخذ المرأة بمقدار جريها مما زاد على ماله يوم تزوجها، بحسب أهل المعرفة في ذلك >>.

- محمد المهدي بن محمد الوزاني : النوازل الصغرى، المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، ج2، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المملكة المغربية- مطبعة فضالة – المحمدية- طبعة 1412ه-1992م، ص:17-18

[64]- منها فتوى أحمد ابن عرضون، حيث قضى بأن المرأة تأخذ النصف فيما عملته لزوجها وذلك في حالة الوفاة أوالطلاق، (راجع : - عمر الجيدي : ابن عرضون الكبير، حياته و آثاره، آراءه وفقه، م.س، ص204-204.

كذلك جاء في مخطوط الأجوبة الناصرية، في باب الشركة والإجارة والأكرية ، «سئل عن رجل وامرأة كل واحد منهما يخدم قدر جهده حتى مات أحدهما أو طلقها، كيف يقتسمان أمواهما ، فأجاب : تأخذ المرأة مقدار جريها مما زاد على ماله يوم تزوجها بحسب فهم أهل المعرفة».

(- محمد ناصر الدرعي : الأجوبة الناصرية في بعض مسائل البادية ، مخطوط بخزانة آل سعود ، تحت رقم 203-3 ، ص 36.

لكن مع ذلك، يلاحظ أن بعضا من الباحثين الذين تصدوا لتحديد مفهوم حق الكد والسعاية يحصرون عنصر استحقاقه في إطار الطلاق،[65] أو الطلاق و وفاة الزوج[66]، وقد تبعتهم في ذلك بعض الأحكام القضائية؛ نذكر منها حكم ابتدائية ايمنتانوت التي رفضت طلب المدعية بتمكينها من حقها في الكد والسعاية بحجة أنها لم تدل بما يفيد انفصام العلاقة الزوجية، وكأن هذا الحق لا يتحقق إلا بحدوث واقعة الطلاق، جاء في حيثيات الحكم « وحيث أسست المدعية طلبها على كونها شاركت المدعى عليه في تكوين المطلوب قسمته مدلية بإشهاد ذلك.

وحيث أن المدعية لم تدل بما يفيد انفصام العلاقة الزوجية مع المدعى عليه. وحيث أن الطلب بذلك يكون غير مرتكز على أساس قانوني ويتعين عدم قبوله..»[67].

وفي نفس الاتجاه، ذهبت المحكمة الابتدائية بأكادير، إلى أنه ما دامت« العلاقة الزوجية قائمة بين المدعية والمدعي عليه حسب ما هو ثابت من الصورة طبق الأصل من رسوم ثبوت الزوجية المضمن بتاريخ 1999/08/30 تحت العدد.... صحيفة رقم..... لذلك فإنه من السابق لأوانه المطالبة بأجرة الكد والسعاية..»[68].

خلاصة القول، أن مفهوم حق الكد والسعاية كما كرسته الممارسة العرفية وصاغه الفقه والقضاء تبعا لذلك، لا ينبغي تحديده من حيث عنصر " زمن استحقاقه " بواقعة الطلاق أو وفاة الزوج أو هما معا، وذلك لعدة أسباب:

---

[65]- من ذلك تعريف الباحث بنباصر يوسف لحق الكد والسعاية، حيث يقول « يجمع المتتبعون أو يكادون على أن حق الكد سعاية كمفهوم فقهي وتراث حقوقي ينصرف مفهومه إلى جميع الحقوق التي تضمن للمرأة في المكسب المالي الذي يترعرع في مهده وينشأ بجهدها وكدها وسعايتها، ليمتزج بطريقة عفوية وتلقائية في الذمة المالية للزوج في أثناء قيام الحياة الزوجية، مما يجعلها محقة في الاستئثار بجزء من هذا الكسب المالي متى عمد الطرفان إلى حل ميثاق الزوجية كنتيجة طبيعية ومنطقية للمجهودات المادية والمعنوية التي دأبت على بذلها في فترة الزوجية ...»

- يوسف بنباصر: جديد مدونة الأسرة، م.س ، ص 23-24.

[66]- بعض الباحثين حدد زمن استحقاق حق الكد والسعاية في إطار واقعتي الطلاق أو وفاة الزوج فقط، من ذلك تعريف للأستاذ خالد برجاوي الذي يرى فيه أن حق الكد والسعاية« هو الحق الذي يخول للمرأة حسب التقليد السائد من الحصول على نصيب بعد الطلاق أو وفاة الزوج من أموال الآسرة التي ساهمت خلال الحياة الزوجية في توفيرها وتنميتها بكدها وجهدها».

- خالد برجاوي : إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب، م.س، ص 200.

وحول بعض التعاريف التي وردت في نفس المعنى، راجع :

- أحمد زوكاغي :تعليق على القرار الصادر عن المجلس الأعلى ، م.س ، ص 131.

- محمد الكشبور : مفهوم وطبيعة حق الكد والسعاية (قراءة في حكم إدارية الرباط، تحت رقم 439 الصادر في 15 ماي 1997) مقال منشور في إطار الندوة الوطنية المقامة بمراكش يومي 5 و6 أبريل 2002 بعنوان " الأنظمة العقارية في المغرب" ص:29.

ومما يلاحظ في هذا الإطار، أن البعض تنبه إلى هذه المسألة، ولم يحصر حق الكد والسعاية في إطار الطلاق أو وفاة الزوج، وإنما حدد ذلك بالطلاق أو الوفاة مطلقا دون تخصيص الوفاة بالزوج وحول هذه التعاريف أنظر:

- ربيعة بنغازي : التطليق للضرر من خلال الاجتهاد القضائي المغربي ، م س، ص 345.

- إدريس الفاخوري: دور الإرادة في إبرام عقود الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة الجديدة، م.س، ص:17

[67]- المحكمة الابتدائية بإيمنتانوت ، حكم رقم 2003/127 ملف عقاري عدد 03/44 مؤرخ في 2003/11/20 ، (غير منشور).

[68]- المحكمة الابتدائية بأكادير ، حكم رقم 45 ، ملف عدد 03/1065 مؤرخ في 2004/01/15 (غير منشور)

1- إن عدم حصره بواقعة الطلاق أو الوفاة، بالإضافة إلا كونه يتماشى والممارسة العرفية، فهو يتلاءم مع أصل الحقوق التي تخول لصاحبها اقتضائها كلما توفرت الشروط الموضوعية لذلك.[69]

2- إن عدم حصر" زمن استحقاق حق الكد والسعاية " بالواقعتين، يتلاءم وطبيعته من حيث كونه حقا قائما بذاته، ولا يستند إلى عقد الزواج إلا من جهة الاقتران — إذا تعلق الأمر بالزوجين— ليس إلا، فهو حق قائم على أساس مساهمة السعاة في تكوين أو تنمية ثروة الأسرة ولاعلاقة له بعقد الزواج.

3- إذا كان الشائع على مستوى النزاعات القضائية المتعلقة بالموضوع، أن حق الكد والسعاية لايثور إلا في حالة الطلاق أوالوفاة، فذلك لا يبرر حصر مفهومه عند حدود الحالتين فقط.

4- إن ربط حق الكد والسعاية بحالة الطلاق أو وفاة الزوج، سيؤدي إلى حصر مفهوم هذا الحق في إطار كونه حقا للمرأة المتزوجة فقط، وهذا تحديد غير سليم كما تقدم،[70] فلنفترض أن الزوجة الساعية في مال زوجها توفيت قبله، ألا يحق لورثتها المطالبة بحقها بالكد والسعاية، أم أن عليهم انتظار وفاة الزوج ليتحقق ذلك؟.

5- إن ربط حق الكد والسعاية بواقعة الطلاق مثلا، سيؤدي من جهة إلى فهم هذا الحق على أساس أنه تعويض عن الطلاق وليس حقا ثابتا لكل فرد مساهم في تنمية الثروة الأسرية، ومن جهة أخرى سوف يؤدي إلى القول بأن الطلاق الصادر من غير الزوج (الطلاق القضائي، الخلع، التمليك...) لا يوجب المطالبة بحق الكد والسعاية، وهذا بطبيعة الحال، لا يتماشى مع ماهية الحق وفلسفته، ناهيك عن غايته ومقصده.

• المبحث الثاني:

اعتماد مقترح مشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية

---

[69]- راجع في هذا المعنى:

- عبد اللطيف الأنصاري: مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها، م.س، ص: 159.

[70]- أنظر تفصيل الفكرة ومناقشتها بالصفحة وما بعدها من هذا البحث

لقد كان لبروز مشروع الخطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية ، الذي أعدته كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة، في مارس 1999، مناسبة مهمة لإعادة النقاش والتداول حول موضوع حق الكد والسعاية؛ حيث تبلور ذلك من خلال تبني مشروع الخطة لمقترح يقضي بإلزام القاضي بالفصل في توزيع الممتلكات المحصلة خلال فترة الحياة الزوجية، عن طريق تمكين " المرأة المطلقة" من نصف تلك الممتلكات التي ساهمت فيها، سواء بعملها داخل البيت، أو بعملها مقابل أجر.

وفي إطار الردود السياسية، والنقاشات القانونية التي أثارها المقترح، ذهب البعض، إلى أن توزيع الممتلكات المحصلة خلال فترة الحياة الزوجية — كما تبناه مقترح مشروع الخطة — لا يعتبر بِدْعاً من القول، وإنما هو في الحقيقة يمثل تبنيا في صيغة تشريعية لمفهوم حق الكد والسعاية، فَهُما في النتيجة، وجهان لعملة واحدة.

لكن، إذا كان المقترح حسب الرأي المتقدم، يمثل تبنيا لمفهوم حق الكد والسعاية، فإلى أي حد جسد المفهوم الصحيح لهذا الحق؟ وبعبارة أخرى، إلى أي حد يمكن اعتبار مقترح مشروع الخطة كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التعرض بداية إلى الإطار العام لمشروع الخطة (سياقها، مضمونها، منهجها في المقاربة) وعلاقة مقترحها بحق الكد والسعاية (**المطلب الأول**). على أن نناقش بعد ذلك إمكانية القبول بمقترح الخطة كأساس لمفهوم هدا الحق من عدمه. (**المطلب الثاني**).

• المطلب الأول:

الإطار العام لمشروع الخطة وعلاقة مقترحها بحق الكد والسعاية.

شكلت قضية المرأة وإشكالية إدماجها في التنمية، خلال العقود الأخيرة، موضوع اهتمام كبيرين، سواء على الساحة الدولية، المتمثل في الاتفاقات والمؤتمرات الخاصة بالمرأة[71]، أو على المستوى الوطني، الذي تبلور من خلال حركة فكرية[72]، وتنظيمية[73]

---

[71]- يتجلى هذا الاهتمام بقضايا المرأة، من خلال العديد من الاتفاقيات و المؤتمرات الدولية التي تم اعتمادها انطلاقا من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، وكذلك العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، ثم العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية والثقافية سنة 1966 ، ومن أهم هذه الاتفاقيات:

- اتفاقية بشأن الحقوق السياسية للمرأة، المؤرخة في 20 ديسمبر 1952.
- اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، المؤرخة في18 ديسمبر 1979.
- اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، المؤرخة في 7 نونبر 1962.
- اتفاقية بشأن جنسية المرأة المتزوجة المؤرخة في 29 يناير1957.

وحول مضمون هذه الاتفاقيات راجع:

- محمد شريف بسيوني : الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، المجلد الأول : الوثائق العالمية ، طبع دار الشروق ، الطبعة الأولى ، 1423هـ/2003م ، ص 431 وما بعدها ، ص 816 وما بعد ها ، ص 857 وما بعدها.

حاولت لفت الانتباه إلى وضعية المرأة ودرجة معاناتها داخل مجالي الأسرة والمجتمع، وافتقارها إلى إدماج حقيقي في التنمية الوطنية.

وعلى ضوء هذا التراكم المعرفي، والتنظيمي، والسياسي، الذي مس موضوع المرأة وطنيا، وأمام فشل السياسات العمومية على حد تعبير مشروع الخطة[74] في وضع استراتيجية متكاملة، تنهض بالمرأة منذ الاستقلال حتى مجيء حكومة التناوب لسنة 1998 ، سعت كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة إلى وضع مشروع خطة عمل لإدماج المرأة في التنمية، كمحاولة رسمية للنهوض بالمرأة، انطلاقا من مقاربة شمولية تهدف إلى تحسين مركز المرأة على كافة الأصعدة، ومن بينها المجال القانوني.[75]

وانطلاقا من هذه الاتفاقيات تتابعت بعدها مجموعة من المؤتمرات الدولية حول المرأة من أجل تنزيل تلك الاتفاقيات وتعزيز مكانة المرأة داخل الأسرة والمجتمع، ومن أهم هذه المؤتمرات:

- المؤتمر العالمي الأول للسكان في بوخاريست عام 1974.
- أول مؤتمر دولي للمرأة في مكسيكو ستي ، تحت شعار المساواة، والتنمية ، والسلم ، وكان سنة 197.
- المؤتمر العالمي الثاني للسكان في المكسيسك عام 1984.
- المؤتمر الدولي الثالث عن المرأة بنيروبي – كينيا- عام 1985، وكان من أهدافه استعراض منجزات عقد الأمم المتحدة للمرأة أو عشرية المرأة (1976-1985)
- المؤتمر الدولي الثالث للسكان والتنمية في القاهرة عام 1994.
- مؤتمر المرأة الدولي الرابع المسمى بوثيقة بكين الذي انعقد ما بين 4-15 سبتمبر 1995 بالصين – بكين.

[72]- حيث عرفت الساحة الفكرية اهتماما متزايدا بقضايا المرأة، ومقاربتها من زوايا متعددة، فما بين 1890إلى غاية 1987 مثلا، أفرزت الساحة المعرفية حوالي 240 عنوان كلها مرتبطة بقضية المرأة في شتى المجالات :

- علم الاجتماع: 58 عنوانا
- قانون / شرع: 32 عنوانا
- الانتوغرافيا : 54 عنوانا
- دراسات نسائية : 26 عنوانا
- علوم اجتماعية: 43 عنوانا
- دراسات إسلامية: 12 عنوانا

- انظر عبد الصمد الديالمي: القضية السيولوجية ، نموذج الوطن العربي ، طبع إفريقيا الشرق ، - الدار البيضاء- (د . ذ . ت . ط) ص 101 وما بعدها.

[73]- إذ عرفت مرحلة ما بعد الاستقلال، ازديادا ملحوظا في عدد الجمعيات النسائية والتنظيمات المدنية المهتمة بقضية المرأة ، حيث كان لها دور كبير في إذكاء النقاش حول هذه القضية، وكذا تصاعد المطالب الاحتجاجية الداعية إلى تحسين وضعية المرأة وتعزيز مكانتها الاجتماعية، والاقتصادية، والقانونية، خصوصا منها المرتبطة بمدونة الأحوال الشخصية.

وحول كرونولوجيا بروز وتطور المبادرات التنظيمية النسائية ومضامين اشتغالها و تأثيرها، خصوصا في المجال المرتبط بمدونة الأحوال الشخصية، راجع :

- عائشة التاج: المرأة و التنمية، سلسلة شراع، رقم 41 / 23 جمادى الثانية 1419هـ- منصف أكتوبر 1998 ، طبع دار النشر المغربية ، ص 15-19.
- نجاة إخيش : تاريخ الحركة النسائية في علاقتها بمدونة الأسرة ، مقال منشور بسلسلة شرفات رقم 12، بعنوان « ثورة هادئة : من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة » منشورات الزمن طبعة 2004، ص 174-191.

[74]- انظر:

- كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة: مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية ، ص 3. وهو نفس ما أكده كاتب الدولة نفسه " محمد سعيد السعدي " في مقال له تحت عنوان: إدماج المرأة في التنمية – التجربة المغربية سلسلة شرفات رقم 12، منشورات الزمن، م.س ، ص 31.

[75]- لقد كان وضع الخطة بالإضافة إلى الأسباب السابقة، راجعا إلى التصريح الحكومي المقدم أمام البرلمان بغرفتيه، في 17 أبريل من سنة 1998 ، حيث أكد التصريح بأنه سيتم « إعمال الفصول الإيجابية التي تتضمنها مدونة الأحوال الشخصية ببلادنا والقيام بإصلاح تدريجي لهذه المدونة في نطاق احترام قيم ديننا » وقد قدم هذا المشروع للصحافة في حفل رسمي ترأسه الوزير الأول، ونائب رئيس البنك الدولي، وبعض أعضاء الحكومة بتاريخ 15 مارس1999.

وحول ظروف ميلاد الخطة راجع: - محمد الصغير جنجار : النقاش العمومي حول خطة العمل لإدماج المرأة في التنمية ، (مكوناناته وأبعاده) سلسلة شرفات رقم 12 ، منشورات الزمن ، م.س ، ص: 62-65.

وعلى العموم، فالخطة حسب واضعيها، ترتكز على أربعة أهداف استراتيجية:[76]

- التمكين الذاتي للنساء في المجالات القانونية والسياسية والمؤسساتية.
- توسيع مشاركة المرأة في التربية النظامية والغير النظامية، ومحو الأميةن وتدعيم ثقافة المساواة في الكتب المدرسية.
- وضع سياسة فعالة للصحة الإنجابية، وتحسين المؤشرات الخاصة بصحة النساء.
- إدماج النساء في التنمية الاقتصادية: التشغيل، والتكوين، ومحاربة الفقر.

وانطلاقا من هذه الأهداف الاستراتيجية، واعتمادا على المقاربة حسب النوع، المتبناة كأداة للتحليل والتخطيط[77]، ذهبت الخطة إلى إقرار مجموعة من الاقتراحات الموزعة بحسب عدد الأهداف، وأتبعتها بمجموعة من الإجراءات قصد تنزيلها.[78]

---

[76]- أنظر: - وثيقة مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية، ص: 9 .

[77]- ارتبطت الخطة، سواء على المستوى كشفها للواقع في علاقته بالمرأة، أو على مستوى إدراج الحلول و الاقتراحات الكفيلة للنهوض بها، على مقاربة تسمى بالمقاربة حسب النوع، أو الجندر، وهي مقاربة استعملت في الخطة كأداة للتحليل من جهة، و للتخطيط من جهة ثانية.

فكونها أداة للتحليل، أي أنها « تشكل عملية تقويم للتأثيرات المختلفة الناتجة عن السياسات والإجراءات التشريعية، والبرامج الموجود أو المقترحة على النساء والرجال»، أما كونها أداة للتخطيط،« فإن هذه المقاربة تسمح بإقرار سياسة واعية بالاختلافات بين الجنسين، وبطبيعة العلاقة بين الرجال والنساء، وواقعهم الاجتماعي ومنتظراتهم وشروطهم الاقتصادية المختلفة »(- محمد سعيد السعدي : إدماج المرأة في التنمية- التجربة المغربية – م.س، ص : 36.

ويذهب مؤيدوا هذه المقاربة، إلى « أنها تسمح بتجاوز التصور الأنتروبولوجي البطريركي، الذي يجعل من المرأة كائنا دونيا وتابعا، عكس ما تسمح به هذه المقاربة من قدرة على فك الارتباط بين الجانب البيولوجي والاجتماعي، أي أن« الذكورة والأنوثة لا تحددان في ذاتها موقعا اجتماعيا أدنى أو أعلى، ولا تفضيان إلى أدوار نمطية قارة للرجل والمرأة، وبالتالي من الممكن إحداث تغيرات في الأدوار الاجتماعية للنوعين في إتجاه المساواة، فليس الكنس والطهي وغسل الملابس والأواني امتدادا طبيعيا لفطرة المرأة، كما أن تدبير المعرفة والمال والسلطة ليس امتدادا طبيعا لفطرة الرجل، إنها مجرد أدوار اجتماعية فرضها التقسيم الأبيسي للعمل» .(عبد الصمد الديالمي: في الاتصال بين الشريعة الإسلامية، والشريعة الدولية، في عدم التمييز بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات، مقال منشور بمجلة مقدمات: عدد خاص رقم 4، تحت عنوان :<< إمكانية التأويل من أجل إصلاح جوهري لقانون الأسرة >> ، ص 70.).

لكن إذا كانت مقاربة النوع حسب الخطة ومؤيديها، تشكل منهجية مثلى في التعامل مع ملف المرأة، فإن هناك اتجاها آخر يرى أن مضمون هذه المقاربة وفلسفتها، تتعارض مطلقا مع الفلسفة التي بنيت عليها أحكام الشريعة الإسلامية في توزيع الحقوق والواجبات، وتحديد الأدوار لكل فرد داخل المجتمع، فهذه المقاربة ليست بالعبارة البريئة التي قد يتخيلها البعض، وإنما هي « عبارة تخفي وراءها حركة فكرية تخريبية، قائمة على رفض حقيقة أن اختلاف الذكر والأنثى من صنع الله عز وجل، بل هو مجرد اختلاف ناجم عن التنشئة الاجتماعية، وعن بيئة يحتكرها الرجل ويتحكم فيها لصالحه الشخصي ».(زينت عبد العزيز : المرأة والنظام العالمي: رؤية إسلامية، مقال منشور في إطار الدورة الخامسة لجامعة الصحوة الإسلامية، بعنوان " حقوق المرأة وواجباتها في الإسلام " نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المملكة المغربية- ج2، طبعة 1420هـ/1999م، ص:273. ولذلك فإن توظيفها في الخطة يؤشر على وجود « نزعة نسوانية تتطرق في الاتجاه المضاد لما يسمى بالذكورية المضادة ، وينطلق من فلسفة التمركز حول الأنثى...» (المقرئ الإدريسي أبو زيد : منهجة الخطة وإطارها المرجعي ، مقال منشور في إطارأشغال اليوم الدراسي حول مشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية ، تحت عنوان « المرأة والتنمية بين الأصالة والتغريب" نشر حزب العدالة والتنمية ، مطبعة طوب بريس – الرباط- الطبعة الأولى ، 1420هـ/1999م، ص:10.

لذلك فإنه لايمكن إدراك فلسفة المقاربة حسب النوع وأهدافها إلا من خلال ربطها بمرتكزاتها المتمثلة فيما ما يلي :

1- **الفرادنية**: بمعنى التعامل مع المرأة انطلاقا من صفتها الفردية داخل المجتمع، بمعزل عن السياق الاجتماعي والاقتصادي والأسري، بل حتى بمعزل عن المكونات الأسرية الأخرى (الطفل ، الزوج...)

2- التماثلية : والتي تشتغل عبر آليتين: الأولى، وهي رفض التمييز بسبب الجنس ، والثانية تقوم على أساس فكرة المساواة التماثلية أو الانطباقية دون مراعاة الخصوصية البيولوجية القائمة بين الرجل والمرأة.

غير أن أهم هذه المقترحات وأكثرها إثارة للجدل، تلك المتعلقة بمجال التمكين الذاتي للنساء على المستوى القانوني، وتحديدا مجال الأحوال الشخصية، حيث اعتبرت الخطة أن المدونة تمثل عائقا حقيقيا في وجه مشاركة النساء في التنمية، بل وآلية قانونية لتكريس دونية المرأة، « ...إذ لايعتبر بقدراتهن إلا داخل المجال العائلي، وفي حدود وظيفتهن البيولوجية المنزلية... كما أن أحكام المدونة تحصر مسؤولية الزوجة في التدبير المنزلي، ولاتعترف بحقوقها كطرف مسؤول في عقد الزواج... كما أن فسخ العقد يظل أحاديا من حيث المبدأ، إضافة إلى كونه يكرس امتياز الزوج، ويزكي عدم استقرار الروابط الزوجية، ويترتب عن هذا الوضع مخلفات سلبية، سواء على مستوى الحقوق الأساسية للنساء، أو على مستوى توازن الأسرة والطفولة»[79]. وبناء عليه، تخلص الخطة إلى ضرورة مراجعة مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية وإصلاحها، وذلك عن طريق إجراء تعديلات عليها عبرت عنها في مجموعة من المقترحات[80]، كان من أهمها اقتراح توزيع ممتلكات الزوجين بعد الطلاق، وقد أوردت الخطة هذا المقترح بالصيغة التالية: « احتراما لمبدأ العدالة كمبدأ مؤسس للإسلام ، واعترافا بتضحيات المرأة طول الحياة الزوجية، على القاضي الذي يعلن الطلاق، أن يفصل في توزيع الممتلكات المحصلة خلال فترة الزواج، وأن يسمح للمرأة

3- **المثلية الجنسية** : وتقوم على فكرة تجاوز النمط الاعتيادي لمفهوم الأسرة المتداول، إلى أشكال أخرى تتحول فيه العلاقة الجنسية من دائرة علاقة الرجل بالمرأة إلى دائرة علاقة المرأة بالمرأة، أو الرجل بالرجل، أو حتى الرجل والمرأة، لكن خارج أسوار الشرعية.

4- **التمكين الذاتي للنساء**: لا على أساس إفساح المجال للمرأة للانخراط في الحياة العامة والخاصة، وتهيئ سبل ولوجها مختلف الميادين عن طريق التركيز على الكفاءة، وإنما فقط على أساس فكرة الحصص النسبية « الكوطى».

وللتوسع حول مرتكزات المقاربة حسب النوع، والمناقشات المرتبطة بها، أنظر على سبيل المثال:

- مثنى أمين الكردستاني: حركات تحرير المرأة من المساواة إلى الجندر : دراسة نقدية إسلامية، نشر وتوزيع دار القلم للنشر والتوزيع ، - القاهرة- ، الطبعة الأولى ، 1425هـ/2003م، ص: 42 وما بعدها.

- سليمان أسكاو : مدونة الأحوال الشخصية ، مطالب التغيير، وإشكالية المرجعية : دراسة وتقييم في ضوء التعديلات الجديدة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة ، جامعة القرويين، كلية الشريعة أكادير، السنة الجامعية ، 2003-2004، ص 28-41.

- زينب عبد العزيز: المرأة والنظام العالمي: رؤية إسلامية، م.س، ص 272 وما بعدها.

[78]- وقد وضعت هذه الإجراءات في إطار ثلاثة أصناف: 1- الإجراءات التمهيدية -2- الإجراءات الاستعجالية مابين (1999-2000) – 3- الإجراءات ذات الأولوية ما بين 1999-2003 – راجع مشروع الخطة، م.س، ص 144.

[79]- كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة: وثيقة مشروع الخطة : م.س ، ص 120-121.

[80]- تمثلت هذه المقترحات في:

- الرفع من سن الزواج إلى 18 سنة حسب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الطفل.
- السماح للفتاة الرشيدة أن تعقد زواجها من دون ولي إذا رغبت في ذلك.
- الإقرار بالطلاق القضائي كوسيلة وحيدة لفسخ عقد الزواج .
- إلغاء مؤسسة تعدد الزوجات دون الاكتفاء بتقييدها، مع إخضاع الحالات الاستثنائية لقبول الزوجة الأولى ولتقدير القاضي.
- توحيد سن الحضانة في 15 سنة بالنسبة للجنسين معا.
- عدم إسقاط حضانة الأم بسبب زواجها أو بعد إقامتها.
- أن يكون السكن جزءا من موضوع النفقة في حالة حضانة الأم.
- خلق محاكم أسرية .
- الاعتراف للنساء القاضيات بمزاولة مهنة التوثيق في مادة الأحوال الشخصية.

- انظر: وثيقة مشروع خطة العمل: م.س، ص: 204.

المطلقة بنصف هذه الممتلكات التي ساهمت فيها، سواء من خلال عملها داخل البيت، أو عن طريق عمل مأجور»[81].

وانطلاقا من هذا المقترح وتأسيسا عليه، يذهب البعض، إلى أن ما جاءت به الخطة فيما يتعلق بالمقترح الآنف الذكر، يمثل تبنيا تشريعيا لمقتضيات حق الكد والسعاية ومفهومه كما كرسته الأعراف، واجتهاد الفقه المالكي، وكما أكد عليه القضاء المغربي[82]، ولهذا فإنه من الغريب أن ينعت البعض هذا المقترح بأنه من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، فهم بذلك يجهلون مصدره الأساسي الذي يرجع إلى التراث الإسلامي الخالد المتمثل في الرصيد الفقهي المالكي، الذي منح حق الكد والسعاية ليس فقط للمرأة المطلقة ، بل حتى المتوفى عنها زوجها[83].

وفي نفس السياق، تذهب العديد من الجمعيات النسائية[84] المساندة لمشروع خطة العمل، إلى أن المقترح يرتكز على اجتهاد فقهاء المغرب، سواء بالشمال، (حق الشقا) أو بالجنوب، (السعاية) وهو ما يجعل منه صياغة تشريعية حديثة لمفهوم حق الكد والسعاية، فإلى أي حد يمكن التسليم بهذا الرأي؟

• المطلب الثاني:

مناقشة اعتبار مقترح مشروع الخطة كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية

نتج عن صدورمشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية، بما احتوته من مقترحات، وإجراءات ،ردود فعل متباينة، تراوحت بين مؤيد لها بما تمثله من استراتيجية متقدمة لإصلاح أوضاع المرأة، وبما اشتملت عليه من برامج إصلاحية تقوم على مبادئ

---

[81]- وثيقة مشروع الخطة، م.س ، ص: 130.

[82]- خالد برجاوي : إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين مدونة الأحوال الشخصية، م.س، ص: 204.

[83]- عبد السلام حادوش: إدماج المرأة في التنمية في محك السياسة الشرعية ، إخراج وسحب ألطوبريس- طنجة - الطبعة الأولى ، أكتوبر 2001، ص 382 وما بعدها.

وانظر في نفس المعنى :

- فتيحة الشافعي: التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق- أكدال – السنة الجامعية 1423-1424هـ /2002-2003 م، ص: 153.

- إدريس حمادي: آفاق تحرير المرأة في الشريعة الإسلامية، طبع ونشر دار أبي رقراق – الرباط- الطبعة الثانية ، 2003 ص 141-143.

[84]- انظر على سبيل المثال:

- دراسة أنجزتها الرابطة الديمقراطية لحقوق المرأة تحت عنوان «حقوق المرأة المغربية ومدونة الأحوال الشخصية ».

- مطالب النساء الاتحاديات فيما يتعلق بمدونة الأحوال الشخصية، صادر عن القطاع النسائي لحزب الاتحاد الاشتراكي، الكتابة الوطنية للنساء الاتحاديات، الرباط 7 يونيو 2001.(وثيقة).

- وقد أكدت نفس الجمعيات وغيرها على ذات الفكرة في اقتراحاتها المقدمة للجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، انظر:

ربيع المساواة : مذكرة الجمعيات من أجل تغيير شامل لمدونة الأحوال الشخصية ، م.س، ص: 19 -27- 46 -84 – 94- 102- 134-172.

الشمولية، والتوافقية، والشراكة، والمقاربة النوعية[85]، وبين معارض لهاعلى أساس تقاطعها مع المرجعية الإسلامية، والتماهي مع الاتفاقات الدولية، حتى ولو كانت معارضة لأحكام الشرع ومعطيات الواقع، خصوصا تلك المقترحات المتعلقة بموضوع الأحوال الشخصية.[86]

أما فيما يتعلق بمقترح اقتسام الثروة المتراكمة خلال فترة الزواج، على أساس التزام القاضي بتمكين المطلقة من نصف هذه الثروة، فقد عرف هو الآخر نقاشا حادا؛ فبينما ذهب فريق إلى اعتباره مقترحا نوعيا يتوافق مع منطق العدل والإنصاف الذي يقوم عليه ديننا

---

[85]- ولأجل ذلك سعى الاتجاه المؤيد لمشروع الخطة، إلى تشكيل هيئتين الدفاع عنها، أولها " الشبكة الوطنية لدعم الخطة "، وثانيها، " الجبهة من أجل الدفاع عن حقوق المرأة المغربية ".

فغداة إنجاز اللجنة العلمية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لتقريرها حول مشروع الخطة ـ الذي تضمن رفضها للمقترحات التي أبداها المشروع، خصوصا منها المتعلقة بمجال الأحوال الشخصية ـ عكف مؤيدوا هذه الأخيرة على التصدي للتقرير عن طريق نشر مقترحات الخطة وتأطير النقاش داخل الجمعيات المحلية والوطنية، وكذا المرافعة لدى الفاعلين السياسيين وأصحاب القرار قصد دعم إنجاز المشروع.

- انظر: محمد الصغير جنجار : النقاش العمومي حول خطة العمل ، م.س ، ص 71.

وفي نفس السياق اعتبرت " الشبكة الوطنية لدعم الخطة " في بيان لها، أن الخطة « ترمي إلى إدماج نصف السكان في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وإلى النهوض بالمركز القانوني للمرأة المغربية(وأنها أتت) استجابت للمطالب المشروعة المعبر عنها من لدن فئات واسعة من المجتمع .... كما أن الخطة لا يجب أن تختزل في المقترحات المتعلقة بمجال الأحوال الشخصية،وتجاهل الإجراءات الأخرى...»

- بيان "الشبكة الوطنية لدعم الخطة ": منشور بجريدة الاتحاد الاشتراكي، 22 يوليوز 1999، ص 12.

وفي محاولة للشبكة في الرد على الانتقادات التي استهدفت مقترحات الخطة، عمدت إلى إنجاز تقرير تحاول من خلاله بيان السند الديني والاجتماعي والصحي والقانوني للبرهنة على عدم مخالفة تلك المقترحات للشريعة الإسلامية ولمقتضيات الواقع الاجتماعي.

- وللتفصيل في ذلك، راجع التقرير الذي أعدته الشبكة الوطنية لدعم الخطة تحت عنوان " الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية آلية في خدمة تنمية المغرب" (غير منشور).

[86]- مقابل الاتجاه الذي حاول الدفاع عن مشروع الخطة، ظهر اتجاه آخر معارض، بدأته اللجنة العلمية التابعة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، وتبعته العديد من الهيئات المدنية والسياسية، حيث أبدت جميعها تحفظها على مشروع الخطة من جوانب عدة:

1- **على مستوى المرجعية** : فالخطة اعتمدت مرجعية دولية حتى في جوانبها المصادمة الشريعة الإسلامية، خصوصا بنود أرضية بكين : « إذ من المعلوم أن المؤتمرات الدولية مثل مؤتمرات نيروبي وبكين، ودار السلام ، وكوبنهاكن، ليست سوى وسائل من أجل صياغة المجتمعات الإنسانية على النمط الغربي المفلس في المجال الأسري، واختراق النظام الاجتماعي الإسلامي.»

(أنظر : حركة التوحيد و الإصلاح : موقفنا مما سمي « خطة العمل الوطنية لإدماح المرأة في التنمية» ، مطبعة طوب بريس- الرباط- الطبعة الأولى، رمضان 1420هـ (يناير 2000) ص: 8.

أضف إلى ذلك « فمقترحات الخطة –عموما- تتميز بالتأثر البالغ بالقانون الأوروبي للأحوال الشخصية ونظام الأسرة، وهذا من شأنه أن يقوض بناء شخصيتنا المغربية الإسلامية، وينسف مرجعيتنا الإسلامية....»

(أنظر: تقرير اللجنة العلمية لوزارة الأوقاف، حول ما سمي بالخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية، ص: 8

2- **على مستوى المقاربة**: فالخطة باعتمادها على المقاربة حسب النوع، تكون بذلك أعلنت تعارضها البين مع التصور الإسلامي للأسرة، القائم على أساس أنها مؤسسة متكونة من أفراد، وليست أفرادا يكوِّنون أسرة.

3- **على مستوى المقترحات المتعلقة بمدونة الأحوال الشخصية**: فقد أبدى الاتجاه المعارض تحفظه على تلك المقترحات سواء من زاوية مخالفاتها لنصوص الشريعة، أو المذهب المالكي، أو الجمهور، أو من زاوية تشجيعها على انتشار الفساد وإضعاف التحصين ، أو لعدم ملاءمتها للواقع الاجتماعي.

و حول هذه الردود أنظر:

- تقرير اللجنة العلمية لوزارة الأوقاف، ص 12- 40

- حركة التوحيد والإصلاح : موقفنا مما سمي خطة العمل الوطنية، م.س، ص 27-40.

الحنيف،[87] إضافة إلى كونه يمثل تبنيا في صيغة تشريعية لمقتضيات حق الكد والسعاية،[88] فإن فريقا آخر، رأى فيه مَدْعاةً لأكل أموال الناس بالباطل[89]، وأن في إعماله « هدما لأحكام المتعة، والنفقة في العدة، والنفقة على الأولاد، وتجاوزا لنظام الإرث»[90] ، أضف إلى ما فيه من اعتداء على « الملكية الفردية الخاصة »[91]، وإلى ما سيؤدي إليه من تحويل العلاقة الزوجية القائمة على قيم المودة والرحمة والمكارمة، إلى مجال المشاحنة والمشاححة، مما سينعكس سلبا على العلاقات بين الزوجين، ومن ثم الأسرة ككل، وقد يؤدي ذلك إلى التباغض وتشرد الأسر وانحلالها[92]، ولذلك فالمقترح يعكس فكرة الذمة المالية المشتركة كما هي قائمة في التشريعات الغربية، أكثر من كونه يجسد فكرة الذمة المالية المستقلة كما هي قائمة في الشريعة الإسلامية.[93]

لكن، إذا كان المقترح مرفوضا للاعتبارات المتقدمة، فإن هناك من أنكر على المعترضين ذلك، ورأى فيه تجسيدا تشريعيا لمفهوم حق الكد والسعاية، فإلى أي حد يستقيم ذلك؟.

الحقيقة أنه بالقراءة المتأنية لمقترح الخطة في علاقته بحق الكد والسعاية، يفضي إلى تأكيد فكرة أساسية، تتمثل في استبعاد تجسيد هذا الأخير— أي المقترح — لفكرة حق الكد والسعاية، ومن ثم أساسا لمفهومه؛ ويظهر ذلك من خلال مجموعة من العناصر،يمكن تفصيلها فيما يلي:

1- إن أساس وجوهر استحقاق حق الكد والسعاية، هو مشاركة السعاة بإيجابية في تكوين الثروة الأسرية أو نمائها، فيأخذ كل واحد منهم منابه من المستفاد بحسب كده وسعايته دون إفراط ولا تفريط،، لكن بالرجوع إلى مقترح الخطة، — ومن خلال الصياغة التي تم استعمالها — يبدو أن الأمر يتعلق بالتعويض عن وقوع الطلاق، وليس بحق ممنوح للمرأة (الزوجة) نتيجة قيامها بالمشاركة في تكوين وتنمية مال الأسرة، وهذا ما يتأكد من خلال ربط استحقاق الزوجة لنصف الممتلكات بالطلاق، مع العلم أن حق الكد والسعاية،

---

[87]- انظر : - إدريس حمادي: آفاق تحرير المرأة في الشريعة الإسلامية، م.س، ص 135- 136.

[88]- انظر:- خالد برجاوي: إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين مدونة الأحوال الشخصية بالمغرب، م.س ص: 204

[89] - محمد يعقوبي خبيرة: وقفة نقدية ضد تعديل مدونة الأحوال الشخصية، جريدة التجديد ، عدد 45/ 1 دجنبر 1999 ، ص 14 – عبد القادر العافية : ما اقترحته الخطة ليس مستوحى من شرع الله، بل من القوانين السائدة في الغرب ، جريدة التجديد ، عدد 48/ 22 دجنبر 1999، ص 7.

[90]- حركة التوحيد والإصلاح: موقفنا مما سمي خطة العمل الوطنية، م.س، ص: 40

[91]- بيان رابطة علماء المغرب حول الخطة، منشور بجريدة التجديد، عدد 22 / 4 يونيو 1999.

[92]- حركة التوحيد والإصلاح: م.س، ص: 41.

ويضيف نفس الاتجاه معترضا عن المقترح، أن هذا الأخير، يشكل « دافعا لتحايل أرباب الأسر على أنفسهم وعلى أولادهم، وذلك بمحاولة إخفاء ثرواتهم وممتلكاتهم، باقتنائها باسم أشخاص آخرين، أو التعامل بانتهازية بين الزوجين ، الشيء الذي سيخلق أوضاعا اجتماعية شاذة، وينشر ثقافة جديدة وغريبة عن المجتمع المسلم، ويكون سببا لنزاعات ومشاكل شتى....»

- حركة التوحيد والإصلاح : م.س ، ص: 41-42 ، وحول نفس المعنى راجع: أحمد زوكّاغي: تعليق على القرار الصادر عن المجلس الأعلى، م.س، ص: 137-.138

[93]– أنظر في هذا المعنى :

- تقرير اللجنة العلمية لوزارة الأوقاف، م س، ص 38.

- حركة التوحيد والإصلاح: موقفنا مما سمي خطة العمل الوطنية، م.س، ص 41.

لا يقف عند هذا الحد مطلقا، وإنما يثبت بغض النظر عن الزمان[94]، فتخصيص المقترح واختزاله لاستحقاق الزوجة نصف الممتلكات حالة الطلاق لاغير، يؤشر على أنه يعبر عن مفهوم آخر، هو مفهوم التعويض عن الطلاق، وهي مؤسسة أخرى تختلف اختلافا بَيِّناً عن حق الكد والسعاية.

2- يذهب المقترح إلى حصر استحقاق نصف الممتلكات المحصلة خلال فترة الحياة الزوجية بالمطلقة فقط، دون مراعاة لمساهمة الزوج، ولا حتى باقي الأسرة، وهذا مما لاشك فيه، يتنافى مع منطق العدالة الذي جعله المقترح أساسا له، « إذ من الممكن أن تنشأ ثروة الزوج أو تتم تنميتها لا بمساهمة الزوجة وحدها، وإنما نتيجة عمل ومساعدة أشخاص آخرين، سواء كانوا من أفراد عائلة الزوج؛ كإخوته وأخواته، وأبيه وأمه، وأبنائه، أو من أشخاص أجانب عن الأسرة، فكيف يعتبر احتراما للعدالة إعطاء الزوجة نصف الممتلكات رغم أنها لم تساهم بما تستحق عنه نصف تلك الأموال».[95] وهو كذلك يتنافى مع المفهوم الصحيح لحق الكد والسعاية باعتباره حقا ثابتا لكل السعاة المساهمين ، من غير قصره بنطاق الزوجة المطلقة كما ذهب إليه المقترح.

3- أشار مقترح مشروع الخطة، إلى أنه على القاضي الذي يعلن الطلاق، أن يمكّن المطلقة من نصف الممتلكات المحصلة خلال فترة الزواج، وهذا بالإضافة إلى عدم توافقه مع مبدأ العدالة الذي يقضي بإعطاء كل ذي حقه، بحسب ما قدمه من جهد، فهو يخالف قواعد القسمة العرفية الجارية في فرز حق الكد والسعاية، حيث تأخذ المرأة وكل السعاة من المال المستفاد، قدرا يتناسب ومساهمة كل واحد منهم، فقد يكون نصفا، أو ربعا، أو أقل، أو أكثر، هذا مع مراعاة مسألة الدِّمنة (الأصل المشكل لرأس المال) التي ترجع إلى أصحابها، ومن ثم فإن ما ذهب إليه مقترح الخطة من تخصيص نصف الممتلكات للمطلقة، أمر يجانب منطق العدل من جهة ، ولا ينسجم مطلقا مع مقتضيات حق الكد والسعاية وجوهره من جهة أخرى.

4- إن النزاع الذي يقع بشأن المطالبة بحق الكد والسعاية، يُرجع فيه إلى قضاء الحكم، الذي له حق الفصل في المنازعات المتعلقة بهذا الحق، لكن بالرجوع إلى مقترح الخطة، نجده قد أوكل المهمة إلى قاضي الطلاق —" على القاضي الذي يعلن الطلاق " — الذي هو قاضي التوثيق، والذي تنحصر مهمته في الإشهاد على الرسوم والوثائق العدلية؛ « إذ لا يعتبر محكمة بأي حال من الأحوال، ولا يفصل في المنازعات التي يرجع الاختصاص في شأنها إلى المحكمة ذات الولاية العامة»[96]، فإذا لاحظ أن الأمر يتجاوز صلاحيته كأن تتضمن الوثيقة أو الرسم منازعة، فليس له إلا إحالة الأطراف على الجهات المختصة وإلا اعتبر متجاوزا لاختصاصه.

---

[94]- راجع ومابعدها من هذا البحث.

[95] - أحمد زوكّاغي : تعليق على القرار الصادر عن المجلس الأعلى، م.س ، ص: 137

[96]- أحمد زوكّاغي: م.س، ص: 137.

على هذا الأساس، يتضح أن اعتماد مقترح مشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية كأساس لحق الكد والسعاية يبقى محل نظر، خاصة وأن المضمون الذي يحمله المقترح نفسه، يتعارض في كثير من جوانبه مع مقتضيات هذا الحق من جهة، ولا يعكس عناصره الجوهرية كما كرسها العرف وجرى بها العمل من جهة أخرى.

- **الفرع الثاني:**

ضرورة تحديد مفهوم حق الكدوالسعاية كعرف محلي.

إذا كان الفقه المعاصر — كما رأينا ذلك سابقا — من خلال بعض محاولاته، لم يكن موفقا في صياغة مفهوم سليم لحق الكد والسعاية، ومنسجم على الأقل مع مقتضياته وعناصره الجوهرية كما يحددها العرف المحلي، فإن ضرورة تجاوز هذا القصور، يستدعي إعمال المحاولة في بلورة مفهوم لهذا الحق، وبسط تعريف له، يكون منسجما مع مقتضيات

العرف المحلي من جهة، ومتضمنا — على الأقل — للعناصر الجوهرية المميزة له عن باقي المؤسسات والمفاهيم التي قد تختلط به من جهة أخرى (**المبحث الثاني**).

على أن هذه المحاولة في التحديد، لن تكون مكتملة إلا من خلال الوقوف على المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية، والبحث في مدى إمكانية القبول بها كأساس لمفهوم حق الكدوالسعاية، خاصة وأن العديد ممن تناولوا هذه المادة بالتحليل والمناقشة، اتجهوا نحو اعتبارها تقنينا تشريعيا لمفهوم هذا الحق ومقتضياته، وهو ما يجعل السؤال مطروحا حول صحة هذا المسلك، وحدود القبول به؟ (**المبحث الأول**).

• المبحث الأول:

مناقشة إمكانية تبني المادة 49 من مدونة الأسرة كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية.

شكل صدور المدونة الجديدة للأسرة، بعد سنوات من النقاش حول إشكالية تعديل مدونة الأحوال الشخصية، حدثا قانونيا بارزا، اعتبره العديد من رجال القانون وغيرهم، ثورة إصلاحية الأكثر عمقا في المجتمع المغربي منذ الاستقلال[97]، نظرا لما تكرسه من حماية قانونية وقضائية لمؤسسة الأسرة بمختلف مكوناتها على أسس من العدل، والمساواة، ومراعاة لمقاصد الشريعة وأحكامها.

وقد تضمنت هذه المدونة مجموعة من المقتضيات الجديدة، كان من أهمها معالجتها لمسألة التدبير المالي للأموال المكتسبة بين الزوجين أثناء العلاقة الزوجية، سواء في حالة الاتفاق، أو غيابه، وذلك من خلال المادة 49 التي اعتبرها البعض تكريسا تشريعيا لحق الكد والسعاية، وهو ما طرح التساؤل حول إمكانية تبني المادة 49 كأساس لمفهوم هذا الأخير ؟.

لكن بالرجوع إلى مقتضيات المادة 49 وقراءة مضامينها (المطلب الأول) ومقارنتها بمقتضيات حق الكد والسعاية، يتضح أن هناك اختلافات جوهرية بينهما تفضي إلى ضرورة استبعاد إمكانية تبني هذه المادة كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية (المطلب الثاني) .

• المطلب الأول:

قراءة في مضمون المادة 49 من مدونة الأسرة.

[97]- زهور الحر: دور القضاء في تفعيل مقتضيات قانون الأسرة، مقال منشور في إطار الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، المعهد العالي للقضاء، سلسلة الندوات والاللقاءات والأيام الدراسية رقم 5- شتنبر 2004، ص: 111

تنص المادة 49 من مدونة الأسرة على أنه « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر.

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.»[98]

فمن خلال هذه المادة، يتضح أن المشرع قد أقر نظاما قانونيا جديدا لإدارة وتدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين خلال الحياة الزوجية،[99] حيث تتفاعل في تكوينه تركيبة ثلاثية تجمع بين ثلاث مبادئ أساسية :

أولها: تأكيد المشرع على سيادة مبدأ استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين، طبقا لمقتضيات الشريعة الإسلامية (**الفقرة الأولى**). ثانيها: إعلانه مبدأ جواز الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج على تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الحياة الزوجية، انطلاقا من فكرة الحرية التعاقدية،(**الفقرة الثانية**). ثالثها: إقراره مبدأ الرجوع للقواعد العامة لإثبات حالة غياب اتفاق كتابي بشأن تدبير أموال الزوجية، مع وضع معايير تضبط مساهمة كل زوج في تلك الأموال (**الفقرة الثالثة**).

الفقرة الأولى:

التأكيد على مبدأ استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين .

لقد نصت المادة 49 في فقرتها الأولى، على أن « لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر»، فمن خلال هذه الفقرة، يتضح أن المشرع يعلن في بداية المادة على أن الزوج له ذمته المالية المستقلة، والزوجة مقابل ذلك لها ذمتها المالية المستقلة عن زوجها، بحيث لا يجب الخلط مطلقا بين الذمتين.

وهذا التوجه الذي سلكه المشرع المغربي انطلاقا من هذه المادة، يجد أساسه في مقتضيات الشريعة الإسلامية، التي تؤكد على ضرورة إعمال الفصل التام بين الذمم المالية

---

[98]- الجريدة الرسمية (باللغة العربة) عدد، 5184 السنة الثالثة والتسعون، 14 ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004) ص: 425

[99]- مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن النظام أو القواعد التي أقرها المشرع في إطار المادة 49 ،لا تدخل في نطاقها إلا الأموال المكتسبة بين الزوجين أثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما، ومن ثم فإنه يخرج في هذا الإطار تنازع الزوجين حول متاع البيت الذي خصصت له المدونة نصا خاصا وهو المادة 34 والتي جاء فيها « كل ما أتت به الزوجة من شوار وجهاز 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 ويقتسمانه، ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له».

للزوجين، بحيث لا يجوز على الإطلاق أن تكون موضوع اختلاط أو تداخل، على الأقل من الناحية النظرية[100].

وهو مبدأ كذلك سبق وأن أقرته م.أ.ش الملغاة، انطلاقا من الفصل 35 (الفقرة الرابعة) الذي تبنى بدوره مبدأ الحرية المطلقة للزوجة في التصرف بمالها دون أن يكون تصرفها ذلك موضوع رقابة أو وصاية من قبل زوجها أو غيره[101]، وهو ما يُجمع الفقه على اعتباره تكريسا لمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين[102].

ثم إن تشبث المشرع المغربي بمقتضيات هذا المبدأ، بالإضافة إلى كونه من جهة، يعكس التوجه العام الذي ارتكزت عليه مدونة الأسرة، المتمثل في ضرورة مجاراة أحكام الشريعة الإسلامية وعدم الخروج عن مقتضياتها[103]، فهو من جهة أخرى، يجد تبريره فيما

---

[100] - فالمبدأ العام الذي جعلته الشريعة الإسلامية أساسا لضبط المعاملات المالية بين الزوجين، يقوم على أساس الفصل التام بين الذمم، وهذا الفصل مبني على مبدأ المساواة في تمام الأهلية بين الرجل والمرأة، لقوله تعالى (للرِّجال نصيب مما اكتسبوا، وللنساء نصيب مما اكتسبن) (سورة النساء الآية 32) وقوله تعالى في (سورة النساء الآية 6) (وابتلوا اليتامى حتّى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم ولاتاكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا).

وقوله أيضا (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون، وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا) (الآية 7 من سورة النساء).

فهذه الآيات الكريمات، كلها تدل على أهلية كل من الرجل والمرأة في الإلزام والالتزام ، وبصورة تماثلية لا وصاية لأحدهما على الآخر، فالآيات صريحة في إقرار مبدأ الذمة المالية المستقلة لكل من الزوجين.

وبالإضافة إلى هذه الآيات الكريمات، فقد أكدت السنة النبوية، على نفس المبدأ، فعن أسماء رضي الله عنها قالت: « قلت يا رسول الله ،مالي مال إلا ما أدخل علي الزبير، أفأتصدق؟ قال تصدقي ولا توعي فيوعى عليك » رواه البخاري في باب هبة المرأة لغير زوجها، (الحديث رقم 2591) انظر: - أبو عبد الله محمد إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، ج2، المكتبة العصرية –بيروت- طبعة 1422ه/2001م، ص:782 .

وعن عائشة رضي الله عنها قالت « دخل علي رسول الله (ص) فذكرت له، فقال رسول الله (ص): اشتري واعتقي فإن الولاء لمن أعتق » رواه البخاري في باب الشراء والبيع مع النساء، (الحديث رقم 2155)، اتظر صحيح البخاري ، ج2، م.س، ص 639.

ثم إن جمهور الفقهاء متفقون — تأسيسا على الآيات والأحاديث المتقدمة — على أن الزوجة تحتفظ بنفس الحقوق والسلطات على أموالها، إذ ليس للزوج تأثير على أهليتها، فتبقى مالكة لكل الأموال التي جاءت بها قبل الزواج أو أثناءه، ولا تخضع لأي نوع من الوصاية أو الرقابة على إدارة أموالها والتصرف فيها، إلا أن المالكية أوردوا استثناءا في هذا المجال، ولم يجيزوا تصرف المرأة في مالها بدون عوض كالهبة أو الكفالة إذا تجاوز ثلث مالها، وللتوسع في موضوع حرية المرأة وأهليتها في إجراء التصرفات المدنية عند الفقهاء المسلمين راجع: محمد المهدي الحجوي: المرأة بين الشرع والقانون ، مطابع دار الكتاب - الدار البيضاء- الطبعة الأولى 1967 ص: 17 وما بعدها.

- DANNOUNI HADJIRA : Le régime des biens des époux en droit algérien, R.T.D. 1986, p: 161 et s

وبخصوص أهلية الزوجة في الشرع وموقف المذاهب الفقهية منها ، انظر:

- عمر بكاري: أهلية الزوجة في التبرع بين الإطلاق والتقييد على ضوء الفقه والتقنين، مجلة كلية الشريعة، أكادير، العدد 2، يونيو 2003، ص:29- 35 .

[101] - فقد نصت الفقرة الرابعة من الفصل 35 من مدونة الأحوال الشخصية على أنه « للمرأة حريتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة الزوج، إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته ». الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد 2354 /13 جمادى الأولى 1377ه (6 دجنبر 1957) ص: 2635

[102]- وانظر على سبيل المثال : فريدة بناني: حق تصرف الزوجة في مالها: حق شرعي، وقيود تشريعية، مطبعة دار تينمل للطباعة والنشر،- مراكش- الطبعة الأولى 1995 ، ص: 13 وما بعدها.

-MOLAY R'CHID ABDERRAZAK : La femme et la loi Au Maroc, Collection dirigeé par Fatima Mernissi, éd le Fennec, 2ème éd 1993. p :57-58.

[103]- وهذا ما أكده جلالة الملك محمد السادس في خطابه أمام البرلمان بمناسبة افتتاح دورته الأولى للسنة التشريعية 2003-2004 ،بتاريخ 10 أكتوبر 2003 حيث قال « إن الإصلاحات التي ذكرنا أهمها لا ينبغي أن ينظر إليها على أنها انتصار لفئة على أخرى، بل هي مكاسب للمغاربة أجمعين، وقد حرصنا على أن تستجيب للمبادئ والمرجعيات التالية :

يمنحه –أي المبدأ– من ضمانات قانونية متميزة لأطراف العلاقة، وخصوصا المرأة، التي تبقى محتفظة بحقوقها الكاملة والمستقلة في التصرف بأموالها دون وصاية أحد، ما دامت متوفرة على الأهلية القانونية في ممارسة ذلك، ناهيك عما في المبدأ من حرص على ضمان عدم اغتناء أحد الزوجين على حساب الآخر، خاصة إذا كانت الذمة المالية لأحدهما إيجابية مقابل سلبية الأخرى[104] .

إلا أنه في إطار رغبة المشرع لإيجاد حل لإشكالية اقتسام الممتلكات التي ستكتسب بين الزوجين أثناء قيام العلاقة الزوجية، فقد عمد إلى الإقرار بمبدأ آخر، يقضي بجواز اتفاق الزوجين على تدبير أموالهما المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، وهو ما سيكون موضوع النقطة الموالية .

الفقرة الثانية:

إقرار جواز الاتفاق التعاقدي بين الزوجين على تدبير الأموال المكتسبة.

إلى جانب مبدأ استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين، أقرت مدونة الأسرة (المادة49) مبدأ اختياريا آخر، يخضع لمبدأ سلطان الإرادة بمفهومه المدني[105]، وذلك في الفقرة الأولى من نفس المادة، حيث نصت على ما يلي:

« ... غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها....»

- لا يمكنني بصفتي أميرا للمؤمنين أن أحل ما حرم الله وأحرم ما أحله.
- الأخذ بمقاصد الإسلام السمحة في تكريم الإنسان والعدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف، ووحدة المذهب المالكي والاجتهاد الذي يجعل الإسلام صالحا لكل زمان ومكان، لوضع مدونة عصرية للأسرة منسجمة مع روح ديننا الحنيف.»

- انظر الخطاب منشورا بديباجة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد 5184 – 16 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004).

[104]- ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أنه على الرغم من أهمية مبدأ الفصل بين الذمم المالية للزوجين في الحفاظ على استقلال كل زوج في إدارة أمواله بالشكل الذي يرغب فيه دون وصاية ولا رقابة أحد، فإن البعض يرى أن أهمية المبدأ تبقى نظرية ولا تستجيب لمتطلبات الواقع الذي يفرض الاتحاد الفعلي لذمم الزوجين، وحول هذا التوجه راجع :

- العياشي المسعودي: نظام فصل الأموال في الزواج بين وهم القانون ووزن الواقع، مجلة الاقتصاد والمجتمع، العدد 4، السنة 1988 ،ص: 42 .

وانظرفي نفس المعنى:

- DANNOUNI HADJIRA : Le régime des biens des époux en droit algérien, op.cit p : 166 et S.

[105]- انظر: - وزارة العدل: دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد1، مطبعة فضالة، طبعة 2004 ص 44.

- عبد الخالق أحمدون: الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وقوانين دول المغرب العربي والإتفاقيات الدولية، مطبعة طوب بريس –الرباط- الطبعة الأولى 2006م ص: 237

وفي هذا يقول الأستاذ محمد الكشبور: « فالاتفاق المبرم بين طرفين في هذا الصدد تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تجد أساسها في الفصل 230 من ق.ل.ع، فنحن أمام عقد مدني يخضع للأحكام العامة للقانون المدني من حيث أركانه وشروط صحة تلك الأركان وبطلانه وإبطاله وتفسيره وترتيب مختلف آثاره».

- محمد الكشبور: شرح مدونة الأسرة ،ج2، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح الجديدة –الدار البيضاء- الطبعة الأولى، 1427هـ 2006م، ص: 388

ويتضح — انطلاقا من هذه المقتضيات — أن المشرع يتحدث عن اتفاق اختياري يمكن للزوجين من خلاله تنظيم وتدبير أموالهما التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، وذلك عن طريق تحديد كيفية استثمارها، وطريقة توزيعها، أي أن الأمر يتعلق بعقد يتطلب تطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني؛ فتطابق الإرادتين، يتمثل في اتجاه الزوج والزوجة نحو إبرام عقد التدبير، بينما يتجسد الأثر القانوني في كيفية تدبير تلك الأموال المكتسبة من كليهما خلال استمرار العلاقة الزوجية[106].

فالواضح أن المشرع المغربي في هذا الاطار، يتحدث عن قاعدة مكملة يمكن الاتفاق على مخالفتها، على اعتبار أنه ليس من الناحية القانونية ما يمنع عدم الاتفاق مطلقا، ما دام الطرفان لهما الأهلية المدنية لإبرام العقد، وما دام أن لهما الحرية المطلقة في التصرف بأموالهما طبقا لمبدأ استقلال الذمة المالية[107]، وهو ما يتضح أيضا من خلال الصياغة التي استعملها المشرع في إقراره لهذا المقتضى **"غير أنه يجوز"**.

ومما يلاحظ على الفقرة، أن المشرع لم يحدد طبيعة هذا العقد من حيث اعتبارُه شركة أو غيرَه، كما أنه لم يضع شروطا ولا آثارا لهذا التصرف، بل ترك للزوجين الحرية المطلقة في إجراء الاتفاق، وتحديد كافة شروطه وآثاره، طبقا لنظرية سلطان الإرادة، وهذا التوجه في الواقع، يبرره كون المشرع عمد إلى التنصيص على قاعدة مباحة في الأصل، ولا تحتاج إلى تدخل لإقرارها، لعدم تعلقها بالنظام العام من جهة، ولوقوعها خارج شروط عقد الزواج وآثاره المباشرة من جهة أخرى.[108]

كما أن هذا الاتفاق، يمكن أن يستمر حتى بعد الزواج، إذ الأمر يتعلق بقاعدة مكملة[109]، أضف إلى ذلك، فالمشرع لم يحدد مفهوم الاستثمار ولا طبيعته، وهل اشتغال المرأة بالعمل المنزلي والعناية بالأطفال يدخل ضمن هذا المفهوم أم لا؟[110] وأخيرا، فالمادة 49 لم تتحدث عن آلية إشهار هذا التعاقد بالنسبة للغير.[111]

وتَوَقِياً لأي نزاع قد ينشأ بين الأزواج بخصوص هذا الاتفاق — خاصة على مستوى إثبات الالتزامات والحقوق التي يتضمنها — وحرصاعلى أن يكون قائما —أي الاتفاق— خارج مؤسسة الزواج، لاعتبارات موضوعية وأخلاقية،[112] فقد عمد المشرع إلى التنبيه على

---

[106]- محمد الكشبور : الحقوق المالية للزوجين، مداخلة ألقيت بمناسبة الندوة الوطنية التي نظمتها جامعة عبد الملك السعدي كلية الحقوق بطنجة حول مدونة الأسرة يومي 20 و21 فبراير 2004 (مقال غير منشور) ص: 6.

[107]-وفي إطار مناقشة مقتضيات المادة 49 داخل اللجنة الاستشارية لتعديل مدونة الأحوال الشخصية ،اعتبر الأستاذ الخمليشي أن مسألة إمكانية اتفاق الزوجين على إبرام عقد ينظمان فيه طريقة تدبير أموالهما المشتركة « لا يجب أن تكون محل مناقشة لأن الأمر يتعلق بشخصين متمتعين بالأهلية المدنية،ولهما كامل الحرية في أن يتصرفا في أموالهما سواء بمقابل أو بدونه (انظر الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 49 ص: 18 (غير منشورة).

[108]- إدريس الفاخوري: دور الإدارة في إبرام عقود الزواج ، م. س، ص: 19.

[109]- محمد الكشبور : الحقوق المالية للزوجين، م.س، ص:6-7

[110]- رشيد تباتي : قراءة في مستجدات مدونة الأسرة، م.س، ص: 77 .

[111]- SAREHANE FATNA :Les relations patrimoniales de la famille dans le nouveau code, R.M.D.E.D Numéro spécial relatif à la journée d'étude « la famille marocaine entre le fiqh maLékite et le droit positif » n°50 - 2004, p:33.

[112]- تتمثل هذه الاعتبارات في أن العلاقة المالية بطبيعتها تقتضي المشاحنة، والتفاوض، والأخذ والرد، والمصلحة الذاتية، وغيرها من الاعتبارات المرتبطة بطلب المنفعة الشخصية، على خلاف الزواج الذي يعتبر علاقة إنسانية مبنية على المكارمة والتعاون على الخير، والمصلحة المشتركة، ولذلك كان من الضروري أن تستقل العلاقات المالية للزوجين على الأقل من الناحية القانونية والنظرية، عن العلاقات الزوجية ذات الطابع الإنساني.

أن يفرغ في شكل وثيقة مكتوبة ومستقلة عن عقد الزواج، فنص في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه « يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج».

ويظهر أن التنصيص على هذا المقتضى، كان بهدف « إعطاء الفرصة للأزواج الذين أبرموا عقد زواجهم قبل صدور هذه المدونة، وبالتالي تمكينهم من الاستفادة من هذا الاتفاق ».[113] كما أن عدم تحديده لشكل الوثيقة ولا نوعها، خلافا لعقد الزواج الذي يجب أن يضمن بوثيقة يحررها العدلان المنتصبان لذلك، يكشف عن اتجاه المشرع نحو منح الزوجين الحرية في إجراء الاتفاق، سواء في وثيقة رسمية أو عرفية، وسواء أمام العدلين أو الموثق، خلافا لعقد الزواج الذي يبقى من اختصاص العدلين دون غيرهما .

ورغبة من المشرع في التشجيع على هذا النوع من الاتفاقات — تفاديا للاشكالات التي تطرحها العلاقات المالية بين الزوجين على المستوى العملي — فقد ألزم العدلين بصفة تلقائية إشعار طرفي عقد الزواج بمقتضى هذه الأحكام الجديدة حتى يكونا على بينة منها[114].

على هذا الأساس يكون المشرع قد أجاز للمقبلين على الزواج، الاتفاق على تدبير أموالهما التي ستكتسب أثناء الحياة الزوجية، وذلك عن طريق إفراغه في شكل تعاقدي مكتوب، ومبني على سلطان الإرادة ابتداءا وانتهاءا، غير أن الإشكال يثور عندما لا يكون هناك اتفاق، فكيف عالج المشرع ذلك ؟.

الفقرة الثالثة:

حالة عدم وجود اتفاق بشأن تدبير الأموال المكتسبة:

---

[113]- انظر محمد الشافعي :قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، سلسلة البحوث القانونية رقم 8 ،طبع المطبعة والوراقة الوطنية –مراكش- الطبعة الأولى (د.ذ.ت.ط) ص: 83

- الحسين الملكي : الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات نظام الكد والسعاية ،مقال منشور بجريدة العلم، عدد 19705 ،الثلاثاء 14 ربيع الأول 1425/ الموافق 4 ماي 2004 ص: 7

تجدر الإشارة إلى أن إرادة المشرع في منح الفرصة حتى للأشخاص الذين أبرموا عقد الزواج قبل صدور هذه المدونة تظهر أكثر في الصياغة التي اتفق عليها أعضاء اللجنة التي أعدّت مشروع مدونة الأسرة والتي كانت تفيد ذلك بشكل جلي، حيث جاءت صياغتها للفقرة الثانية على الشكل التالي « ويسجل هذا الاتفاق في عقد مستقل عن عقد رسم الزواج سواء قبل العقد أو بعده » فقولها "بعده" يؤكد أن كل زوج أبرم عقد الزواج مع عدم الاتفاق مع الزوج الآخر على طريقة الاستثمار وتوزيع أموالهما المكتسبة خلال الحياة الزوجية، بإمكانهما لاحقا الاتفاق على ذلك. (انظر الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 49 من مدونة الأسرة، ص:20)

[114]- مقابل ذلك، هناك من يرى بأنه لا جدوى من إشعار العدلين للزوجين بهذه المقتضيات، ما دام أن اتفاق التدبير المالي للأموال المكتسبة لا يتم التنصيص عليه في صلب عقد الزواج ، انظر :

- إدريس الفاخوري : دور الإرادة في إبرام عقود الزواج، م.س، ص: 19.

كما أن التساؤل يبقى مطروحا حول طبيعة الالتزام المفروض على العدلين، هل هما ملزمان بإشعار الزوجين بمقتضيات المادة 49 أم لا؟ وهل المدونة رتبت جزاء على عدم قيام العدلين بهذا الاشهار؟ وأخيرا، كيف يمكن إثبات قيام العدلين بهذا الاشعار؟

انظر: - خديجة الركّاني: ممتلكات الأسرة حتى لمن؟ مقال منشور بجريدة الأحداث المغربية، 29 ماي 2004، ص 11.

وحول ذلك يجيب الأستاذ محمد الكشبور بقوله:« فرض المشرع من خلال الفقرة الثالثة للمادة 49 على العدلين القيام بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام المضمنة في تلك المادة، فنحن أمام التزام قانوني مفروض تشريعيا على العدلين، وعدم القيام به قد يرتب مسؤولية العدلين التأديبية، أما المسؤولية المدنية فتقتضي إثبات ضرر من جانب من يطالب بالتعويض.

وبخصوص إثبات قيام العدلين بالإلتزام أعلاه، فنعتقد أن أحسن وسيلة هو الإشارة إلى ذلك الإشعار في دفتر خاص يوقع عليه الزوجان.»

- محمد الكشبور: شرح مدونة الأسرة، ج2، م.س، ص: 389.

إذا كان الاتفاق الكتابي بين الزوجين على طريقة تدبير أموالهما التي ستكتسب خلال الحياة الزوجية — استثمارا وتوزيعا — قد لا يثير إشكالات على مستوى إثبات الحقوق والإلتزامات المضمنة بالاتفاق — حالة نشوء النزاع بشأنه — فإن غياب هذا الاتفاق كتابة قد يؤدي إلى ضياع تلك الحقوق، نظرا لانعدام وسيلة إثباتها، أو صعوبة ذلك.

وعلى هذا الأساس، نصت الفقرة الأخيرة من المادة 49 على أنه: « 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[115] .ويفهم انطلاقا من هذه الفقرة، أن غياب اتفاق بين الزوجين على كيفية استثمار وتوزيع الممتلكات المحصلة خلال استمرار العلاقة الزوجية — في حالة نشوء نزاع بشأن ذلك — يكون على الزوجين الرجوع للقواعد العامة للإثبات، على أن القاضي ملزم في هذه الحالة بمراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات، أو تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة .

ومما يلاحظ بخصوص هذه الفقرة، أنها رغم منحها لأطراف النزاع، إمكانية إثبات حقوقهم طبقا للقواعد العامة للإثبات، إضافة إلى مجموعة عناصر تساعد القاضي كمؤشرات على تحديد نسبة مساهمة كل زوج على حدة، إلا أنها مع ذلك تطرح إشكالات متعددة يمكن بيانها في ثلاث:

الإشكال الأول: يرتبط بتحديد المقصود بالقواعد العامة للإثبات؛ إذ المشرع لم يحدد لا طبيعة هذه القواعد العامة، ولا مصدرها، كما أن الاستعانة بالأعمال التحضيرية للمادة، لا تسعف في بيان إرادة المشرع بخصوص هذه النقطة، ولذلك، فقد نتج عن تفسير هذا الغموض من الناحية الفقهية رأيان:

الأول: يرى أن المقصود بالقواعد العامة للإثبات، هي القواعد المضمنة بقانون. ل.ع [116]، ولذلك كان على المشرع منح الطرفين حرية الإثبات، دون أن يقيده في اتجاه الإثبات المدني، لكونه سوف يصطدم بمقتضيات الفصل 443 الذي يفرض الإثبات الكتابي لكل اتفاق أو تصرف تتجاوز قيمته 250 درهم.[117]

أما الثاني: فيرى أن المشرع في إطار الفقرة الأخيرة من المادة 49، منح الحق لكل زوج في رفع الدعوى أمام المحكمة للمطالبة بحقه، والمحكمة ملزمة بالنظر في النزاع حتى ولو كان الإثبات غير كتابي، وغير موافق لأحكام الفصل 443 من ق . ل. ع ،على اعتبار أن هذا الأخير هو نص عام، لذلك يجب أن يقع الإثبات وفقا لأحكام النص الخاص الذي هو نص المادة 49، ومن ثم يمكن للزوجين اعتماد كافة وسائل الإثبات دون التقيد بمقتضيات الفصل

---

[115]- ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن هذه الفقرة، لم تكن محل إجماع أعضاء اللجنة الاستشارية التي أعدت مدونة الأسرة، إذ لم يوافق على إدراجها سوى ثلاثة أعضاء، كما أن مضمونها اقتصر فقط على مبدأ الرجوع عند عدم الاتفاق للقواعد العامة للإثبات دون أن تتضمن العناصر المساعدة للقاضي على تقدير مساهمة الأطراف في الممتلكات المحصلة خلال فترة الزواج، حيث كانت صياغة الفقرة على الشكل التالي :

« إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات »- انظر الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 49، ص: 21

[116]- وانظر فيمن ذهب إلى هذا الرأي :

- محمد الشافعي: قانون الأسرة بين الثبات والتطور، م.س، ص: 82 .
- خديجة الركّاني : ممتلكات الأسرة حق لمن؟ م س، ص: 11.

[117]- انظر: سليمان أسكاو ، مدونة الأحوال الشخصية مطالب التغيير وإشكالية المرجعية، م.س، ص: 206.

443 من ق. ل. ع، خاصة وأن المشرع أعفى الزوجين من الإثبات بالكتابة من خلال إدراجه لمجموعة من العناصر التي يجب على القاضي الاستعانة بها في إطار سلطته التقديرية[118] .

لكن، وبغض النظر عن الرأي الأول أو الثاني، فإن تنصيص المادة 400 من مدونة الأسرة على اعتبار المذهب المالكي — كمذهب فقهي إسلامي— مصدرا تكميليا لنص المدونة،[119] يشكل مرتكزا قانونيا يمكن الإستناد إليه في تحديد طبيعة القواعد العامة للإثبات التي نصت عليها الفقرة الأخيرة من المادة 49، أهي قواعد الإثبات وفق الفقه الإسلامي أم ق.ل.ع؟.

وعليه يمكن القول بأن المقصود بالقواعد العامة للإثبات، هي قواعدالإثبات المنصوص عليها بالفقه الإسلامي (المذهب المالكي) وليس ق.ل.ع، لأن هذا الأخير لايعتبر مصدرا تكميليا لمدونة الأسرة — حسب المادة 400 — على خلاف المذهب المالكي الذي يعتبر كذلك.

وفيما يتعلق بموقف القضاء المغربي — وإن كان ناذرا لحداثة نص المادة 49 من مدونة الأسرة— من هذا الإشكال، يلاحظ — انطلاقا من بعض أحكام المحاكم الإبتدائية — أن القضاء ليس على أمر واحد؛ فبينما ذهبت المحكمة الإبتدائية بانزكان إلى قبول دعوى الزوجة الرامية إلى استحقاق نصف الأموال موضوع الدعوى، رغم أن هذه الأموال تحمل رسوما عقارية مسجلة في اسم الزوج ولفائدته، وهو مايعتبر إعمالا لقواعد الإثبات وفق الفقه الإسلامي، وليس القانون الوضعي.[120] فإن المحكمة الابتدائية بالرباط ذهبت في الاتجاه المغاير، واعتبرت أن وجود الأملاك المطالب بها مسجلة في اسم الزوج (المدعى عليه) يجعل طلب الزوجة (المدعية) غير مقبول، وهو مايفهم منه أن المحكمة رجحت إعمال قواعد الإثبات وفق القانون الوضعي وليس الفقه الإسلامي.[121]

أما الإشكال الثاني: فيتعلق بطبيعة ونطاق العناصر الثلاثة التي أدرجها المشرع بالفقرة الأخيرة من المادة 49، والتي يعتمد عليها القاضي في ترتيب حق الزوجين في المكتسبات خلال الحياة الزوجية حالة غياب اتفاق كتابي، وهذه العناصر هي:

- عمل كل واحد من الزوجين.
- ما قدمه من مجهودات لتنمية أموال الأسرة.
- ما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة[122].

فالمشرع لم يحدد لنا طبيعة هذه الأعمال، ولا المجهودات، ولا حتى المقصود بتحمل الأعباء، فهل كل فعل يقوم به أحد الأزواج سواء أكان إيجابيا أو سلبيا، ماديا أو معنويا، يعتبر عملا أو مجهودا بمفهوم المادة 49 ؟، وهل يمكن إدخال الأعمال المنزلية التي تقوم بها

---

[118]- انظر في هذا المعنى: - محمد الكشبور : شرح مدونة الأسرة، ج2، م.س، ص: 390

[119]– تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أن « كل مالم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف».

- الجريدة الرسمية (اللغة العربية) عدد5184 – 14 ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004) ص: 425

[120]- انظرحكم ابتدائية انزكان عدد 447، ملف رقم2004/38، مؤرخ في 2005/03/23. (غير منشور).

[121]- انظر حكم ابتدائية الرباط عدد 127، ملف رقم 05/970/10، مؤرخ في 2006/02/13. (غير منشور).

[122]- ومما تجدر الإشارة إليه، أن مشروع مدونة الأسرة المقدم للبرلمان، لم يكن يتضمن كلمة « وما تحمله من أعباء » وإنما أضيفت من طرف لجنة التشريع وحقوق الانسان بمجلس النواب.

المرأة ،وكذا تربية الأبناء، ضمن الأعباء التي تتحملها الزوجة لتنمية أموال الأسرة؟ أم أن هذه الأعمال تخرج عن هذا النطاق[123] ؟.

أما بخصوص **الإشكال الثالث**، فيتعلق بمدى إمكانية تطبيق مقتضيات الفقرة الأخيرة من هذه المادة —أي المادة 49 — بأثر رجعي، وبمعنى آخر، هل يمكن إعمال مقتضيات هذه الفقرة الأخيرة بالنسبة لنزاع ناشئ قبل صدور مدونة الأسرة؟.

الحقيقة أن المشرع سكت عن الأمر، لكن تطبيقا للقواعد الدستورية المقررة في هذا الإطار، فإنه ليس للقانون أثر رجعي؛ [124] فالنزاعات المالية القائمة بين الزوجين، والتي نشأت قبل 5 فبراير 2004 — وهو تاريخ تطبيق مدونة الأسرة— تبقى خاضعة لمقتضيات م.أ.ش الملغاة، وهو ماذهبت إليه المحكمة الإبتدائية بمراكش، حيث قررت في حكم لها أن المادة 49 من مدونة الأسرة « ولئن كانت حقا قد أقرت لفائدة الزوجة المساهمة في اقتسام الأموال المكتسبة قيد قيام العلاقة الزوجية أخذا بعين الإعتبار درجة مساهمة كل واحد من الطرفين في اكتساب تلك الأموال، فإنه لايمكن بأي حال من الأحوال أن تحكم وتأطر هذه النازلة، على اعتبار أن تقرير هذه القاعدة كان بتاريخ 5 فبراير 2004 تاريخ دخول مدونة الأسرة حيز التطبيق، ومادامت العلاقة الزوجية المطالب بالإلتزامات المادية المترتبة عنها قد انفصمت بتاريخ 2003/07/22 أي قبل دخول القانون حيز التطبيق، فإنه لاتطبق بأثر رجعي طبقا للمبادئ المقررة دستوريا والتي لايمكن أن يمس بها أي قانون أدنى لها في الدرجة.»[125].

على هذا الأساس، يتبين أن المشرع على الرغم من تدخله للحد من إشكالية تنازع الزوجين بخصوص الأموال المكتسبة، التي لم تكن موضوع اتفاق كتابي، حيث أحال بشأنها للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة بعض العناصر التي يسترشدبها القاضي لتقدير مساهمة كل زوج، فإن الصياغة التي استعملها، كانت مع ذلك مغرقة في العموم والإجمال، وهو ما قد

---

[123]- هناك من يرى بأن المادة 49 تستوعب حتى الأعباء والإسهامات التي تتحملها الزوجة في البيت، وأن عدم التنصيص على ذلك بشكل مباشر لا يعني أنها لا تدخل في مضمون التحملات والأعباء المنصوص عليها بالفقرة الأخيرة .

انظر: وزارة العدل، المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل، والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، عن الأسئلة والاستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلس البرلمان، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 4، مطبعة فضالة، توزيع دار القلم – الرباط- الطبعة الأولى 2004، ص: 98-99

على أن هناك من يدخل حتى الأعباء والمجهودات التي تؤدي لإسعاد الطرف الآخر، وتوفير الراحة له . انظر:

- حساين عبود: قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة ،الكتاب المتعلق بالزواج، مقال منشور في إطار أشغال الصبيحة العلمية الثانية، في موضوع "مدونة الأسرة الجديدة" سلسلة ندوات ، مجلة محكمة، العدد 4 نوفبر 2004 ، ص: 60.

[124]- حيث نص الفصل الرابع من دستور المملكة المغربية المراجع لسنة 1996 على أنه « القانون أسمى تعبير عن إرادة الأمة، ويجب على الجميع الإمتثال له، وليس للقانون أثر رجعي» .

- ظهير شريف رقم 1.96.157 صادر في 23 من جمادى الأولى 1417 (7 أكتوبر 1996) بتنفيذ نص الدستور المراجع، الجريدة الرسمية (اللغة العربية) عدد4420 بتاريخ 10 أكتوبر 1996، ص: 1181.

[125]- حكم عدد 322 ملف شرعي عدد 04/08/99، مؤرخ في 2004/12/27 (غير منشور)

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن المحكمة الإبتدائية بأنزكان، طبقت مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة على الرغم من أن النزاع بين الزوجين أثير بتاريخ 2004/01/29 أي قبل دخول نص مدونة الأسرة حيز التطبيق، وهو مايعتبر خروجا عن مبدأ عدم رجعية القوانين.

- انظر حكم إبتدائية إنزكان، عدد 447، ملف رقم 2004/38، مؤرخ في 2004/03/23 (غير منشور).

يؤدي عند تطبيق النص إلى تضارب على مستوى فهمه وتنزيله، إلا أن السؤال يبقى مطروحا حول مدى إمكانية تبني المادة 49 كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية ؟

• المطلب الثاني:

استبعاد المادة 49 كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية .

إذا كان المشرع المغربي قد حاول انطلاقا من المادة 49 إيجاد حل لإشكالية تنازع الزوجين حول الممتلكات المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية، عن طريق منح كل منهما إمكانية إجراء اتفاق لتدبير هذه الأموال —استثمارا وتوزيعا— بموجب عقد كتابي مستقل عن عقد الزواج، أو عن طريق منح إمكانية قيام أحد الزوجين بالمطالبة بنصيب من تلك الممتلكات، حتى مع غياب اتفاق كتابي بشأن ذلك، طبقا للقواعد العامة للإثبات؛ فإن هناك اتجاها فقهيا[126] لا يرى في مقتضيات هذه المادة إلا تكريسا من المشرع لمؤسسة عرفية كانت سائدة ببعض مناطق المملكة، ويتعلق الأمر هنا بحق الكد والسعاية.

حيث يظهر ذلك في مستويين :

---

[126] - ومن بين من ذهبوا إلى اعتبار المادة 49 من مدونة الأسرة تكريسا لحق الكد والسعاية كما جرى به العرف، وأفتى به الفقه، وكرسه القضاء انظر :

- زهور الحر: حق الزوجة في المستفاد من الثروة، بين السند الشرعي والرأي الفقهي والعمل القضائي؛ مقال منشورفي إطار الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، رقم5، إشراف المعهد العالي للقضاء، شتنبر 2004 ص: 109. - وانظر مقالتها أيضا حول المسؤولية المشتركة في تدبير شؤون الأسرة من خلال قواعد العدل والمساواة في الحقوق والواجبات مع قراءة للمادة 49 من مدونة الأسرة، مقال منشور في إطارأيام الحلقة الدراسية الجهوية المنظمة لفائدة قضاة الأسرة بتطوان تحت عنوان « مدونة الأسرة ودور الوساطة». ديسمبر 2005.ص : 8

- محمد الشافعي: قانون الأسرة بين الثبات والتطور، م.س، ص: 83 .

- يوسف بنباصر : جديد مدونة الأسرة، المسار والتطلعات، م.س، ص: 23.

- جامع بن يدير: وضعية المرأة والأسرة بين السياسة التشريعية والقضائية وبين المعاييرالإجتماعية، بحث في إطار أعمال الأيام الدراسية حول "القانون والمجتمع بالمغرب"، م.س، ص: 226.

وعلى المستوى القضائي، فقد ذهبت المحكمة الابتدائية بانزكّان - في حكم حديث لها - إلى تأسيس مقتضيات حق الكد والسعاية على المادة 49 من مدونة الأسرة، وهو ما يفهم منه أن المحكمة تكرس نفس التوجه الفقهي القاضي باعتبار المادة 49 كأساس تشريعي لحق الكد والسعاية،(انظر : حكم ابتدائية انزكّان، رقم 447 ملف عدد 38 /2004 مؤرخ في 23/03/2005، غير منشور).

وانظر في نفس الإتجاه أيضا: -حكم ابتدائية انزكان عدد541، ملف رقم 2004/53، مؤرخ في 2005/04/06.(غير منشور).

مقابل هذا الاتجاه، هناك من يرى بأن المادة 49 على الرغم من كونها جاءت تأكيدا لحق الكد والسعاية كما قرره الفقه المغربي وأكده القضاء، اعترافا للزوجة بالمجهود المبذول خلال فترة الحياة الزوجية، إلا أنها مع ذلك أخرجت من دائرتها حق المرأة في الكد والسعاية كما نادى به العديد من فقهاء المالكية في المغرب، وكما أكده القضاء في قراراته. انظر:

- إدريس الفاخوري: دور الإرادة في إبرام عقود الزواج، م.س، ص:18-19.

وعلى هذا الأساس يقر البعض، بأنه لا بأس من الرجوع إلى مقتضيات حق الكد والسعاية لتكملة مقتضيات المادة 49 ،وعلى الخصوص الفقرة الأخيرة منها.

وحول ذلك راجع:

- عبد اللطيف الأنصاري : الشروط الإتفاقية بين الزوجين، وتطبيقاتها في المجال المالي، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء —الرباط- الفوج 33، السنة القضائية: 2003- 2005 ،ص: 49 وما بعدها.

- SAREHANE FATNA :Les relations patrimoniales de la famille dans le nouveau code, op.cit, p :34.

● **المستوى الأول**: يتمثل في أن الأعمال التحضيرية التي تمت من خلالها مناقشة المادة 49 وبلورتها كانت مؤطرة تحت عنوان " 3- موضوع حق الكد والسعاية "[127]، كما أن بعض مداخلات أعضاء اللجنة عند المناقشة، كانت تنطلق من موضوع الكد والسعاية كتراث عرفي وفقهي يجب الاستفادة منه،[128] وهو ما قد يشكل في الحقيقة قرائن على توجه المشرع نحو تنظيم هذا الحق وصياغته ضمن مقتضيات المادة 49.

● **المستوى الثاني** : يتجلى في أن المادة 49 تلتقي في أكثر من عنصر مع مقتضيات حق الكد والسعاية، فإقرار المشرع للمادة نفسها كان معالجة إشكالية التنازع بخصوص الممتلكات المحصلة أثناء العلاقة الزوجية، وإعطاء كل زوج الحق في المطالبة بنصيب مما ساهم به في تكوين تلك الممتلكات حتى مع غياب اتفاق بشأن ذلك، كما أن تكريس حق الكد والسعاية عرفا وقضاءا، كان مبنيا على أساس ما يقدمه هذا الحق من حل متميز لإشكالية تنازع السعاة بخصوص أموال الأسرة التي ساهموا في تكوينها وتنميتها بعملهم وجهدهم.

ثم إن حق الكد والسعاية إذا كان حقا ناتجا عن شركة عرفية قائمة بين السعاة — على ما سيأتي بيانه — وهو ما يعتبر تكريسا لمبدأ استقلال الذمة المالية لاخروجا عنها، فإن المادة 49 بتنصيصها كذلك على إمكانية إجراء اتفاق مكتوب بين الزوجين على كيفية تدبير الأموال المكتسبة استثمارا وتوزيعا، تكون بذلك منسجمة مع مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين وغير متعارضة معه[129] .

كما أن تأكيد المشرع انطلاقا من نفس المادة على فكرة الفصل التام بين عقد الزواج ونظام تدبير الأموال التي ستكتسب، هو انعكاس لمضمون حق الكد والسعاية باعتباره حقا مستقلا عن عقد الزواج .

وأخيرا، فإقرار المشرع لمبدأ الرجوع للقواعد العامة مع ضرورة مراعاة القاضي لعمل كل واحد من الزوجين، وما قدمه من مجهودات في سبيل تنمية أموال الأسرة، يكون قد « استلهم واحدة من القواعد الأساسية لنظام الكد والسعاية المقررة من طرف بعض العمل القضائي المغربي »[130]، وهو ما يشكل في النتيجة إقرارا بفكرة اعتبار المادة 49 كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية .

---

[127]- انظر الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 49، ص: 10.

وتوسطا للرأيين السابقين- الرأي القاضي باعتبار المادة 49 تكريسا تشريعيا لحق الكد والسعاية، والرأي النافي لذلك- يذهب الأستاذ محمد الكشبور إلى أن « المادة 49 المتعلقة بتدبير الأموال المشتركة التي اكتسبت أثناء قيام الزوجية هو تقنين لعرف مع إضافات » - محمد الكشبور: الحقوق المالية للزوجين، م.س، ص:3.

[128]- راجع كل من تدخل الأستاذ أشبيهنا حمداتي ماء العينين، والأستاذة جسوس نزهة، وبورقية رحمة،(الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 49 ص: 10-11 و 15- 17)

[129]- وانظر في هذا المعنى، وزارة العدل: المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف، م.س، بند 68، ص: 98.

[130]– الحسين الملكي: الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 7. وانظر في نفس المعنى: - أحمد زوكّاغي: حق الكد والسعاية من خلال الحكم الصادر عن المجلس الأعلى يوم5مارس1998، مجلة الملحف القضائي، العدد39 دجنبر 2005، ص: 126

لكن، إذا كان الرأي المتقدم قد حاول تأكيد ارتباط مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة بحق الكد والسعاية، ومن ثم الخلوص إلى اعتبار هذه الأخيرة بمثابة تكريس تشريعي لمفهوم هذا الحق؛ فإن السؤال الذي يبقى مطروحا في هذا الإطار هو: **هل يمكن بالفعل تبني المادة 49 — من خلال مضمونها— كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية ؟.**

يمكن القول: إنه بالقراءة المتأنية لكل من مقتضيات حق الكد والسعاية، ومضمون المادة 49، ومقارنة بعضهما ببعض — على الرغم من وجود بعض الارتباطات بين كل منهما— فإن إمكانية تبني هذه المادة كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية، تظل مع ذلك مستبعدة من وجوه عدة:

1- أورد المشرع نص المادة 49 ضمن مجال الشروط الإرادية لعقد الزواج؛[131] وهذا يعني أن مقتضياتها ليست بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وإنما هي تحمل خصائص القواعد المكملة التي يجوز مخالفتها وإهمالها، مثلما يجوز الإتفاق على إعمالها، ولذلك فالمادة 49 وبالتحديد فقرتها الأولى— « غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي

---

[131]-انظر الجريدة الرسمية (اللغة العربية) ، عدد 5184- 14 ذي الحجة 1424 (5 فبراير2004) ص:425

والمقصود بلشروط الإرادية لعقد الزواج، مجموع الشروط التي يتفق عليها الزوجان بخصوص موضوع أومواضيع ذات صلة بعلاقاتهما الزوجية إبتداء وإنتهاء.

وهذه الشروط إما أن تأتي في صورة إتفاق بين الزوجين، كما هو الحال بالنسبة لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 49، وإما في صورة شرط يضعه أحدهما ويوافق عليه الأخر، كما إذا اشترطت الزوجة على زوجها عدم التزوج عليها (المادة 40 من مدونة الأسرة).

ثم إن الهدف من إقرار الشروط الإرادية لعقد الزواج، هو العمل على إعطاء إرادة الزوجين مجالا أوسع للتدخل في تنظيم آثار عقد الزواج، على أن تكون تلك الشروط غير مخالفة لأحكام عقد الزواج أو مقاصده من جهة، ولا تتعارض مع قاعدة قانونية آمرة من جهة أخرى (المادة 47 من مدونة الأسرة).

وللتوسع حول مفهوم الشروط الإرادية بين الزوجين والموقف الفقهي والقضائي والتشريعي منها راجع:

- عبد المجيد غميجة: موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الحوال الشخصية، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس الرباط - أكْدال- السنة الجامعية 1421/1420هـ -1999-2000م ص: 139 ومابعدها.
- محمد البشيري : مناقشة المطالب النسائية الهادفة إلى تغيير مدونة الأحوال الشخصية، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء،السنة الجامعية: 1994-1995 ص: 498 ومابعدها.
- عبد اللطيف الأنصاري: الشروط الاتفاقية بين الزوجين، وتطبيقاتها في المجال المالي: م.س، ص7 ومن بعدها.
- عبد الخالق أحمدون : الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، م.س، ص: 224 وما بعدها.
- محمد الكشبور: شرح مدونة الأسرة، ج1، الزواج، مطبعة النجاح الجديدة –الدار البيضاء- الطبعة الأولى 1427هـ-2006م، ص: 158-165.

و مما تجدر الاشارة إليه في هذا الصدد، أن مفهوم تدبير الأموال المكتسبة للزوجين أثناء الزوجية، كما كرسته المادة 49 سبق وأن نادى به وزير الاوقاف والشؤون الإسلامية سابقا الأستاذ عبد الكبير العلوي المدغري في إطارأعمال جامعة الصحوة الإسلامية المنعقدة بالرباط في 30/29أكتوبر 1998، وذلك من خلال اقتراحه بأن يكون بمقدور الزوجين تدبير أموالهما المشتركة في إطار تعاقدي، أوماسماه **"بنظام التدبير التعاقدي للشؤون العائلية"**.

انظر:

- TAK TAK

NAJIA : Gestion contractuelle des affaires famillialles , réalité et droits de l'époux :commentaire, R.A.J, Nº 11-Décembre-1998. p : XXI

وهو ما أوضحه أيضا من خلال كتابه المرأة بين أحكام الفقه الإسلامي والدعوة إلى التغيير، مطبعة فضالة- المحمدية- طبعة 1420هـ 1999م، ص: 78-96

ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها»— ارتكزت على الإرادة كأساس لنشوء نظام لتدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية.

على خلاف ذلك، فحق الكد والسعاية، لا يعتمد على آلية الاتفاق المباشر، بما يشمله من تطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني، وإنما يستمد مقومات المطالبة به انطلاقا من العرف المحلي، الذي يمنح لكل مساهم في مال الأسرة الحق في المطالبة بالحصول على حقه في الكد والسعاية من المال المستفاد، أي أن إمكانية المطالبة هذه، لا تستند إلى فكرة سلطان الإرادة، أو على وجود اتفاق مسبق ومباشر على طريقة تدبير أموال الأسرة استثمارا وتوزيعا، كما هو الحال بالنسبة لمضمون الفقرة الأولى من المادة 49، وإنما تعتمد على العرف المحلي الذي يحل محل الإرادة في التعبير عن ذلك الاتفاق، هذا بالإضافة إلى أن مقتضيات حق الكد والسعاية تدخل ضمن مجال القواعد الآمرة وليست المكملة [132]كما هو الحال بالنسبة للفقرة الأولى من المادة 49.

2- يرى بعض الفقه، أن المادة 49 — وبالتحديد الفقرة الأولى والأخيرة منها— لم تأت بجديد يذكر، فالأولى سمحت « للزوجين القيام بتصرف هو أصلا مباح شرعا وقانونا، ويجوز القيام به من غير التنصيص عليه، ما دامت تصرفات لا تمس النظام العام، ولا مقاصد ولا غايات عقد الزواج، وليست من الشروط المنافية لهذا العقد»[133] .

أما الأخيرة فقد أحالت على القواعد العامة للإثبات،التي كان العمل بها جاريا حتى قبل صدور مدونة الأسرة، وهو ما يعني أنه كان من الممكن الإستناد إلى نفس المقتضى حتى قبل صدور مدونة الأسرة.[134]

وانطلاقا من هذا الرأي الفقهي، يبدو أن المشرع لم يتجه نحو الإقرار بحق الكد والسعاية كحق عرفي، وإنما كرس مقتضياتٍ كان بالإمكان إعمالها حتى مع غياب نص مدونة الأسرة الجديدة، وهو ما يدفع أكثر نحو الإقناع باستبعاد المادة 49 كأساس تشريعي لمفهوم حق الكد والسعاية.

.

3- تتحدث الفقرة الأولى من المادة 49 على أنه يجوز للزوجين الاتفاق على تدبيرأموالهما المكتسبة خلال الحياة الزوجية استثمارا وتوزيعا، حيث يجري من الناحية العملية اتفاق الزوج مع زوجته على طريقة اقتسام تلك الأموال ابتداءا من تاريخ عقد الزواج، مناصفة، أو بالربع، أو الثمن، أو غيره[135].

---

[132]- وهذه القواعد الآمرة إنما هي كذلك بالنسبة للمخاطبين بها، وهم الأشخاص الذين ينتمون إلى المناطق التي يجري بها العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية.

[133]- إدريس الفاخوري: بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديدة، مقال منشور في إطار الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، إشراف المعهد العالي للقضاء-الرباط- ، م.س، ص:158.

وتكريسا لهذه الفكرة، اعتبر عضو اللجنة الاستشارية لتعديل م. أ . ش، الأستاذ أحمد الخمليشي -وهو بصدد مناقشة المادة 49 -بأن« حالة الاتفاق بين الزوجين على كيفية تدبير أو تقسيم ما بينهما من أموال، لا يجب أن يكون محل مناقشة مادام الأمر يتعلق بشخصين متمتعين بالأهلية المدنية في التصرف بأموالهما سواء بمقابل أوبدونه » وهو ما يعني بأن التنصيص على هذه القاعدة إنها يدخل في باب الإقرار بالمبدأ لا من باب إنشائه.

(انظر الأعمال التحضيرية للمادة 49، ص18).

[134]- خديجة الركاني: ممتلكات الأسرة حق لمن؟ م.س، ص 11.

[135]- انظر نموذج لوثيقة عدلية تتضمن إتفاق حول تدبير أموال الأسرة، (الملحق).

لكن السؤال المطروح، هو كيف يتم الاتفاق بين الزوجين مقدما على توزيع الأموال المكتسبة، وتقدير نسبة كل واحد منهما من تلك الأموال دون أن تُحدد طبيعة و قدر مساهمة كل واحد منهما ؟؛ فقد يحدث أن تساهم الزوجة بنسبة الربع في الأموال المكتسبة، والزوج بنسبة الأرباع الثلاثة الأخرى، وقد يكون الاتفاق الأوَلِيُّ على تدبير الأموال توزيعا يحدد نصيب كل من الزوجين في النصف، ففي هذه الحالة نكون أمام اتفاق غير عادل، ويحمل غررا لعدم تناسب النصيب المستحق مع قدر المساهمة، أما بالنسبة لمقتضيات حق الكد والسعاية، فقد قرر الفقه أن تحديد نسبة صاحب هذا الحق من المستفاد، يتم انطلاقا من تحديد مقدار مساهمته في تكوين المستفاد نفسه، دون تحديد قبلي ومسبق لنسبة حصته كما هو الحال بالنسبة للمادة 49 .

4- إن المادة 49 عند حديثها عن مسألة التوزيع أو قسمة الأموال المكتسبة أثناء الزواج، لم تتعرض مطلقا لطبيعة هذه القسمة، ولا القواعد التي يجب مراعاتها في ذلك، وإنما اكتفت في فقرتها الأولى بإسناد مسألة التوزيع لإرادة الزوجين، التي تظهر في اتفاقهما لتدبير الأموال المكتسبة، وفي فقرتها الأخيرة بتحديد بعض العناصر التي تفيد القاضي في تقدير نصيب كل من الزوجين من تلك الأموال، مع أنه كان من المفروض على المشرع أن يتبنى قواعد القسمة المتبعة في فرز حق الكد والسعاية، القائمة على أساس التمييز بين مناب الدمنة وحظ العاملين فيها، حتى تكون بالفعل قد جسدت فكرة هذا الحق ومفهومه.

5- وأخيرا، يلاحظ أن المادة 49 تقصر إمكانية الاستفادة من الاتفاق على تدبير الأموال المكتسبة على الزوجين فقط، دون باقي أفراد الأسرة الآخرين، فهذا بالاضافة إلى كونه لا ينسجم مع ما قرره المشرع نفسه في إطار المادة الأولى من نفس المدونة، والتي تقتضي باعتبارها مدونة للأسرة وليست للزوجين،[136] فهو يتعارض أيضا مع مفهوم حق الكد والسعاية، باعتباره حقا يستفيد منه كل ساع في إطار الأسرة ومشارك في تكوين أو تنمية أموالها، من دون استثناء أو تمييز بين ذكر أو أنثى، ولابين صغير ولا كبير.[137]

على هذا الأساس، يتضح أن تبني المادة 49 من مدونة الأسرة كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية يبقى أمرا مستبعدا، وهو ما يدعو إلى ضرورة المحاولة في بسط تعريف لهذا الحق وتمييزه عن المؤسسات التي قد تلتبس به.

---

[136]- فقد نصت المادة الأولى من مدونةالأسرة على أنه «يطلق على هذا القانون اسم مدونة الأسرة، ويشار إليهما بعده باسم المدونة».

فإطلاق هذا الاسم كان «لغاية قانونية ولمصلحة إجتماعية، يمكن تلخيصها في أن الاحكام الواردة في جل مواد القانون رقم 70/03 بمثابة "مدونة الأسرة" تتعلق أحكامها بتنظيم شؤون الاسرة كلها، ولا تقتصر على معالجة الحالة الشخصية لأي فرد وحده فيها، لا فرق في ذلك بين زوج و زوجة، أو طفل وطفلة».

- عبد العلي العبودي: التوضيح الموجز لبعض مواد مدونة الأسرة: مقال منشور في إطار الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، إشراف المعهد العالي للقضاء- الرباط، م.س، ص: 6.

وانظر في هذا المعنى: - عبد الخالق أحمدون: الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، م.س، ص: 64

[137]- انظر تفصيل هذه النقطة بالصفحة ومابعدها من هذا البحث.

• المبحث الثاني:

محاولة في تعريف حق الكد والسعاية:

إن المحاولة في تأصيل حق الكد والسعاية كعرف محلي، سواء من حيث مشروعيته أو القواعد الضابطة له، تقتضي بداية الحسم في إشكالية التعريف، وتجاوزالتحديدات الفقهية التي لم تكن موفقة في التعبير عن المفهوم السليم لهذا الحق ومقتضياته المرتكزة على العرف المحلي.

ولذلك يبقى من الضروري تمييز حق الكد والسعاية عن بعض المؤسسات التي قد تختلط به، والبحث عن مكامن الاختلاف الموجودة بينه وبين تلك المؤسسات.(**المطلب الأول**).

على أن يكون ذلك منطلقا للمحاولة في بسط تعريف سليم وواضح لمفهومه، يتضمن العناصر الجوهرية المميزة له من جهة، وينسجم مع مقتضياته المستندة إلى العرف المحلي من جهة أخرى (**المطلب الثاني**).

• المطلب الأول:

تمييز حق الكد والسعاية عن بعض المؤسسات المشابهة.

يقتضي تعريف حق الكد والسعاية، أن نميزه عن بعض الصور المشابهة له، والتي قد تشوش على مستوى فهمه وتصور مقتضياته، حيث يشكل نظام الاشتراك القانوني بين الزوجين في التشريع الفرنسي إحدى المؤسسات التي قد يخلط البعض — وعن خطأ — بينها وبين حق الكد والسعاية، ولذلك كان لابد من توضيح بعض الفروق التي يمكن أن تساعد على إجلاء هذا الخلط عن الأذهان (**الفقرة الأولى**).

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إذا كانت المطالبة بحق الكد والسعاية تتطلب رفع دعوى لاستحقاق جزء من المستفاد؛ فإن هذه الحالة قد تشكل صورة مشابهة لدعوى الاستحقاق، وهو ما يتطلب البحث عن نقاط الاختلاف بين كل من هذه الدعوى ودعوى المطالبة بحق الكد والسعاية (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى:

تمييز حق الكد والسعاية عن نظام الاشتراك القانوني بين الزوجين بالتشريع الفرنسي.

في ظل القوانين الغربية، يقوم تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين على أساس وجود أنظمة مالية مختلفة، كل منها يتضمن مجموعة من القواعد التي تضبط العلاقات المالية بين كل من الزوجين من جهة، وهؤلاء والأغيار من جهة أخرى[138].

ففي القانون المدني الفرنسي، يمكن للمقبلين على الزواج اختيار أي نظام لضبط علاقاتهم المالية أثناء الزواج وبعده، وتسمى بالأنظمة المالية الاتفاقية[139].

لكن عند عدم قيام الزوجين باختيار أي نظام من تلك الأنظمة الاتفاقية، فإنهما سيخضعان على إثرها للنظام المالي القانوني الذي نظمه المشرع المدني بالمواد 1400 إلى المادة 1491، والذي يطلق عليه اسم " **نظام الاشتراك القانوني" Le régime de la communauté légale**. حيث تصبح كل الأموال المكتسبة ابتداء من تاريخ الزواج إلى حين انحلاله، مشتركة بين الزوجين، وتشكل كتلة واحدة لا تنقسم.

وإذا كان نظام الاشتراك القانوني، النظام المالي الأكثر انتشارا بالمجتمع الفرنسي، حيث يخضع له حسب أحد الباحثين 98./. من الفرنسيين[140]، فإن النتيجة التي يفضي إليها إعمال مقتضيات هذا النظام، قد تشبه إلى حد كبير مقتضيات حق الكد والسعاية[141]، وهو ما يطرح السؤال حول حدود التمييز بينهما ؟.

---

[138]- النظام المالي للزوجين هو عبارة عن مجموعة من المبادئ والقواعد التي تضبط المصالح المالية للزوجين وتنظمها، سواء من حيث تكوين هذه الأموال أو تقسيمها، أو من حيث تحديد سلطات الزوجين على تلك الأموال وطرق إدارتها، وكذا علاقتها بالغير.
وبخصوص مفهوم النظام المالي للزوجين انظر:
- COLOMER ANDRE : Droit civil, régimes matrimoniaux : op.cit, p : 3-6

[139]- يتضمن القانون المدني الفرنسي ثلاث أنظمة مالية اتفاقية:

1- **نظام الاشتراك الاتفاقي: Le Régime De La Communauté Conventionnelle**
نظمه المشرع الفرنسي في إطار المواد 1497 إلى المادة 1527 من القانون المدني، وهو نظام يقوم على أساس إمكانية قيام الزوجين بإدراج مجموعة من الشروط الاتفاقية التي بموجبها يتفقان على تغيير نظام الاشتراك القانوني، مع مراعاة المادة 1387 و1388 و1389 من نفس القانون، ويمكن أن تمس هذه الشروط.
- تقليص نطاق الكتلة المالية المشتركة أو توسيعها سواء من جهة الأصول أو الديون.
- شروط مرتبطة بإدارة الذمة المشتركة.
- شروط متعلقة بحل وقسمة الأموال المشتركة.

2- **نظام فصل الأموال: Le Régime De La Séparation Des Biens**
نص عليه المشرع الفرنسي بالمواد 1536 إلى المادة 1543 ، هو نظام يقوم على أساس احتفاظ كل زوج بإدارة أمواله والتمتع والتصرف بها بكل حرية وباستقلال تام عن الآخر، إلا أن هناك استثناءات تتعلق بالديون الراجعة إلى تكاليف الحياة الزوجية التي تتطلب اشتراك الزوجين في تحملها.

3- **نظام المساهمة في المكتسبات: Le Régime De la Participation Aux Acquêts**
نظمه المشرع الفرنسي من المواد 1569 إلى 1581، وهو نظام يقوم على أساس فصل أموال الزوجين خلال الحياة الزوجية، إلا أنه عند انحلال الزواج يمكن لكل زوج الحصول على نصف الأملاك التي للزوج الآخر أثناء الزواج.
وللمزيد من التفصيل حول مقتضيات هذه الأنظمة في التشريع المدني الفرنسي انظر:
- MALAURIE PHILIPPE ET AYNES LAURAENT: Droit civil, régimes matrimouniaux, op.cit, p: 319 Et s.
- COLOMER ANDRE : Droit civil, régimes matrimoniaux : op. cit, p : 587 et s.

- محمدالشافعي: الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، سلسلة البحوث القانونية رقم 3، المطبعة والوراقة الوطنية – مراكش- الطبعة الأولى، 2001 ص201-206.

[140]- محمد الشافعي: م.س، ص:207.

[141]- أحمد زوكاغي: تعليق على القرار الصادر عن المجلس الأعلى بخصوص موضوع حق الكد والسعاية م.س، ص:131.

يمكن القول: أنه على الرغم من الخلط الذي قد يقع فيه البعض من جراء عدم التمييز بين كل من حق الكد والسعاية، ونظام الاشتراك القانوني، باعتباره نظاما يقوم على أساس المشاركة في المكتسبات أثناء الحياة الزوجية، إلا أنه ثمة فروق جوهرية بين كل منهما، يمكن أن تتضح فيما يلي:

1- إن نظام الاشتراك القانوني، هو أحد أشكال الأنظمة المالية للزوجين التي ينظمه القانون المدني الفرنسي، حيث يتم الحديث عنه كنظام متميز عن الأنظمة الأخرى من جهة، وقائم على أساس وحدة الذمة المالية لكل من الزوجين من جهة أخرى.
مقابل ذلك، فحق الكد والسعاية لا يمثل نظاما ماليا متميزا كمقابل لنظام فصل الأموال، بل هو حق يتم استيفاؤه على أساس وجود شركة عرفية تندرج في إطار نظام فصل الأموال واستقلال الذمة المالية لا وحدتها، كما هو الحال بالنسبة لنظام الاشتراك القانوني.

2- إن إعمال نظام الاشتراك القانوني يتم في حالتين:[142]
الأولى: حالة اختياره من قبل الزوجين المقبلين على الزواج.
الثانية: حالة عدم اختيار الزوجين لأي نظام، حيث يخضعان لنظام الاشتراك القانوني.
أما فيما يتعلق بحق والسعاية، فلا يتم إعماله إلا عند وجود شركة قائمة بين أشخاص من أسرة واحدة ينتمون لمنطقة جريان العرف بهذا الحق.

3- يتكون نظام الاشتراك القانوني حسب مقتضيات المادة 1401 من القانون المدني الفرنسي من كافة الأموال المكتسبة من طرف الزوجين مجتمعين أو منفردين خلال الحياة الزوجية، والتي تجد مصدرها في صناعتهم الشخصية، وما اقتصده الزوجان من ثمار وإرادات أموالهما الخاصة.[143]
فكل الأموال المكتسبة بعوض — عقارات أو منقولات — من قبل الزوجين منفردين أو هما معا، تدخل في إطار الأموال المشتركة، كرواتب الزوجين، وكافة الإيرادات والثمار الناتجة عن أموالهما الخاصة،[144]، فكل شيء تم اكتسابه خلال فترة الزواج، يشكل قرينة على أنه من قبيل الملكية المشتركة، إلى أن يثبت أنه راجع لملكية أحدهما منفردا.[145]

---

[142]- وقد نصت على هذا المقتضى المادة 1400 من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها:
« La communauté qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux régles expliquées dans les trois séctions, qui suivent »
- Code Civil, éd litec, 2005, p: 808.

[143]- انظر المادة 1401 والتي تنص على :
« La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres ».
- code civil, op. cit, p : 809

[144]- راجع تفصيل ذلك :
- COLMER ANDRE : op. cit. p 336 et s.

أما بالنسبة للأموال المكتسبة بدون عوض، كالهبات والوصايا، فهي لا تدخل في إطار الأموال المشتركة، إلا في حالة كون المُتَبَرِّع اشترط دخول المال المُتَبَرَّعَ في إطار المال المشترك، أو أن التَّبَرُعَ تم للزوجين معا، إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك.[146]

بخلاف مقتضيات حق الكد والسعاية؛ فصاحب هذا الحق، غير ملزم بأن يضع كافة أمواله وثمارها المكتسبة بعوض أو بدون عوض لتكون موضوع مشاركته، ومن ثم استحقاقه لحق الكد والسعاية، وإنما يكون له ذلك، كلما أثبت مساهمته في تكوين أو تنمية مال الأسرة، وكلما نتج عن تلك المساهمة مستفاد زائد على رأس المال إن وجد.

4- يقوم نظام الاشتراك القانوني بالإضافة إلى الاشتراك في الأصول، الاشتراك في الديون، وتتمثل هذه الديون حسب مقتضيات المادة 1409 من القانون المدني الفرنسي في[147]:

- النفقات المستحقة على الزوجين، والديون المبرمة من قبلهما من أجل نفقات تدبير المنزل وتربية الأطفال.
- الديون المتولدة خلال مرحلة الاشتراك.

أما بالنسبة لحق الكد والسعاية؛ فهو لا يظهر إلا عندما يكون هناك مستفاد ناتج عن مساهمة السعاة، كما أن نفقات تدبير المنزل وتربية الأطفال، لا علاقة لها بحق الكد والسعاية، وإنما هي تدخل في إطار الالتزامات التي تقع على عاتق الزوج، باعتبار النفقة واجبة على الزوج وحقا للمرأة.

5- إن قسمة الأموال المشتركة في إطار نظام الاشتراك القانوني، تقوم على أساس اقتسام صافي الأموال المشتركة مناصفة؛ النصف الأول للزوج والنصف الآخرللزوجة، مقابل اقتسام الديون المشتركة مناصفة أيضا.[148]

- MALLAURIE PHILIPPE et AYNES LAURENT: op.cit, p: 127 et s.

[145]- هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 1402 والتي جاء فيها:

« Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi ».

-Code civil: op.cit, p:810.

ولأخذ فكرة عن خصائص هذه القاعدة ونطاقها انظر:

- COLOMER ANDRE : op. Cit. p : 238 -240.

[146] - MALAURIE PHILIPPE et AYNES LAURENT: op.cit, p: 143.

- ANDRE COLOMER: op.cit, p: 334-336

[147] - تنص المادة 1409 على مايلي: « La communauté se compose passivement :

- à titre définitif des aliments dus par les époux et des dettes contractées par eux pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants conformément à l'article 220.

- à titre définitif ou sauf récompense, selon les cas, des autres desttes nées pendant la communauté.»

-Code civil, op. cit, p:814.

أما بالنسبة للسعاة في إطار حق الكد والسعاية، فهم يأخذون حقهم مبدئيا بمقدار ما يعادل قيمة مشاركتهم في تكوين أو تنمية مال الأسرة — مع ضرورة مراعاة الدمنة(الأصول المشكلة لرأس المال) التي ترجع لأصحابها — دون أن يكون نصيبهم محددا في النصف مسبقا كما هو الحال بالنسبة لنظام الاشتراك القانوني.

على هذا الأساس — وانطلاقا من هذه الفروق الجوهرية — يتضح أن نظام الاشتراك القانوني بين الزوجين — كما ينظمه التشريع المدني الفرنسي — يبقى متميزا عن حق الكد والسعاية، وهو ما يدحض فكرة انتماء مقتضيات هذا الحق إلى هذا النظام المالي.

الفقرة الثانية:

تمييز حق الكد والسعاية عن دعوى الاستحقاق.

كثيرا ما يقع الخلط بين دعوى المطالبة بحق الكد والسعاية، وبين دعوى الاستحقاق،[149] فيعبر عنها بدعوى استحقاق الكد والسعاية، وهذا الخلط ناجم عن وجود بعض صور التشابه بين الدعويين.

فمن جهة أولى: قد تختلط دعوى حق الكد والسعاية بدعوى الاستحقاق من حيث محل المطالبة في كل منهما؛ فإذا كان محل دعوى هذه الأخيرة واردا على العقارات والمنقولات،[150] فإن دعوى المطالبة بحق الكد والسعاية قد ترد هي الأخرى على العقارات والمنقولات.

---

[148]- انظر:

- MALAURIE PHILIPPE et AYNES LAURRNT: op.cit, p: 305-314

[149]- دعوى الإستحقاق هي الدعوى « التي يكون محلها المطالبة بملكية الشيء، عقارا كان أومنقولا، فهي إذا الدعوى التي تقوم لحماية الملكية، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير، يستطيع رفع هذه الدعوى على الغير، فهي لا تطلق إلا على الدعوى العينية التي يطالب فيها بالملك ».

- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج8 حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التراث العربي- لبنان- (د.ذ.ت.ط) ص: 591-592.

وفي إطار الفقه المالكي، عرفها ابن عرفة بقوله: « رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض»

- انظر: أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة الوسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، ج2، دار الغرب الإسلامي –بيروت- الطبعة الأولى1993، ص: 470.

فدعوى الإستحقاق بهذى المعنى هي دعوى واردة على العين دون الدين، يطالب فيها المدعي بالملكية، وتقوم على ثلاثة أركان:

- **المدعي**: وهو من يطالب غيره بملكية شيء خلافا للظاهر، ويشترط فيه أهلية الأداء، وأن يكون مالكا للعين موضوع الدعوى أو وكيلا أو وصيا فيها.
- **المدعى عليه**: وهو الشخص الحائز للعين موضوع دعوى الإستحقاق، ويشترط فيه أن يكون معينا ، وعالما بحيازته لملك الغير.
- **المدعى به**: وهو العين التي يطالب بها مدعي الإستحقاق، ويشترط فيه أن يكون معلوما، وأن يكون عينا، وأن يكون حق ملكية، وأن يكون سابقا على عقد البيع.

وللتوسع بخصوص هذه الشروط في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني راجع: - محمد أحمد الكزني: نظرية الإستحقاق في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مكتبة النهضة المصرية – القاهرة- (د.ذ.ت.ط) ص: 192 ومابعدها.

[150]- انظر: الحسين محجوبي: دعوى استحقاق عقار، مجلة الملحق القضائي، العدد 21 شتنبر 1993، ص141، وانظر كذلك:

- عبد الرزاق السنهوري: ج8، م.س، ص:591.

كما أن اعتبار المشرع — في إطار الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالقانون المطبق على العقارات المحفظة — الدعاوى الراجعة لاستحقاق العقار، عقارات بحسب المقصود بها[151]، [بحسب المحل الذي تنسحب عليه] يجعل كلا من دعوى حق الكد والسعاية الواقعة على عقار، ودعوى استحقاق عقار، دعويين عقاريين.[152]

ومن جهة ثانية: قد تلتبس دعوى الاستحقاق بدعوى المطالبة بحق الكد والسعاية من حيث الهدف من إجرائها؛ فإذا كان الهدف من إقامة الدعوى الأولى — الاستحقاق — الحصول على الشيء المدَّعَى استحقاقه، والذي يقع بحيازة شخص آخر، فدعوى المطالبة بحق الكد والسعاية هي الأخرى تهدف إلى الحصول على جزء من المستفاد الذي يقع تحت حيازة المُطالَب بذلك الحق، الذي في الغالب ما يكون رب الأسرة.

لكن، وعلى الرغم من وجود مثل هذا التشابه على مستوى بعض العناصر، إلا أن ثمة فروقا جوهرية بينهما:

فمن حيث مضمون المطالبة ومصدرها، يلاحظ أن دعوى الاستحقاق تنصب على المطالبة بملكية شيء عن طريق إثبات تَمَلُّكٍ سابق على حيازة المالك الظاهر له، ولذلك فهي لا تعدو أن تكون كاشفة للحق، ومُظهرة سِبْقَ تَمَلُّكِهِ على الحائز الظاهر، لا منشئة له.[153]

وعلى خلاف ذلك؛ فالمطالبة بحق الكد والسعاية لا تنصب على ادعاء تَمَلُّكٍ سابق على الحائز الظاهر، وإنما موضوعها المطالبة بحق ناشئ عن وجود شركة عرفية جارية بين السعاة.

أما من حيث العلاقة التي تربط بين طرفي الدعوى، ففي إطار حق الكد والسعاية، نكون أمام طرفين: الساعي أو السعاة، كدائنين مُطالِبين بالحق، والمدين باعتباره المُطالَبَ بأداء هذا الأخير، والعلاقة التي تربط بين الطرفين هي علاقة قانونية شخصية تندرج في إطار الالتزام، وتكون سابقة على نشوء المطالبة بهذا الحق.

بينما في دعوى الاستحقاق، وعلى الرغم من أننا نكون أمام طرفين: مدعي الاستحقاق والحائز الظاهر، إلا أن العلاقة التي تربط بينهما هي علاقة ناتجة عن واقعة انتقال الحيازة من المالك الأصلي(مدعي الاستحقاق) إلى المالك الظاهرالحائز(المدعى عليه)، وليس عن علاقة قانونية شخصية.

كما أن دعوى الاستحقاق إذا كانت تنصب على عين بذاتها، فإن ذلك قد يؤدي إلى تجدد المطالبة بها كلما انتقلت حيازة العين إلى شخص آخر؛ بحيث يجوز للمدعي رفع أكثر من دعوى الاستحقاق بشأن العين الواحدة، إذا ما انتقلت حيازتها لشخص أو أشخاص آخرين.[154]

---

[151]- وهذه هي الصيغة العربية الرسمية للفصل 8، انظر:

- أحمد ادريوش: القانون العقاري الجديد، الصيغة العربية الرسمية المجهولة للتشريعات المتعلقة بالتحفيظ وبالعقارات المحفظة، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية الرباط- الطبعة الأولى، 1423هـ/2002م ص152.

[152]- يساعد على قول ذلك، ما ذهب إليه الأستاذ مأمون الكزبري- عند تفسيره لعبارة " الدعاوي الرامية إلى استحقاق عقار" الواردة بالفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915 من أن الدعاوي العقارية «هي الدعاوى التي لا تستند عند رفعها إلى حق عيني بل إلى حق شخصي عندما يكون من شأن الحكم فيها لصالح رافعها، حصوله على حق عيني عقاري»

- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، ج2، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، نشر شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 1987، ص40.

[153]- انظر: الحسين محجوبي: دعوى استحقاق عقار، م.س، ص: 136

[154]- عبد الرزاق السنهوري: ج8، م. س، ص:595.

مقابل ذلك، فحق الكد والسعاية لا ينصب على عين بذاتها، وإنما يبقى مرتبطا بشخص المدين باعتباره المُطَالب بتمكين صاحب حق الكد والسعاية من حقه في الجزء من المستفاد، ولذلك فانتقال الأشياء التي يتشكل منها المستفاد إلى شخص آخر، لا يعني انتقال المطالبة بحق الكد والسعاية إلى الشخص الجديد الذي انتقلت إليه حيازة المستفاد.

وأخيرا، فقواعد الاثبات في دعوى الاستحقاق، تختلف من حيث كونها تتعلق بعقار أومنقول، فبالنسبة للعقار، لابد لمدعي الاستحقاق من إثبات تملُّكه السابق على الحائز، ولا يكفي — مثلا— تقديم عقد الشراء سندا للملكية، بل لابد أن يثبت أنه اشترى من مالك.[155]

أما بالنسبة للمنقول، فلابد من خضوع الإثبات فيه إلى قاعدة "الحيازة سند الملكية".

مقابل ذلك، فحق الكد والسعاية لا يخضع إلى مثل هذه القواعد فيما يتعلق بإثباته كما سنرى ذلك في حينه.

• المطلب الثاني:

تعريف حق الكد والسعاية.

انطلاقا مما سبق، يمكن تعريف حق الكد والسعاية بأنه:

« **حق شخصي، يقوم على أساس مساهمة السعاة في إطار شركة عرفية على تنمية الثروة الأسرية أو تكوينها، مقابل استحقاقهم جزء من المستفاد، يتناسب وقدر مساهمتهم حين إجراء القسمة، وكل ذلك يتم وفق مقتضيات العرف المحلي وقواعده.**»

إن ميزة هذا التعريف تَكْمُنُ في كونه يحقق غايتين أساسيتين:

الأولى: أنه يشكل أرضية أساسية لحسم إشكالية المفهوم، ومن ثم الاعتماد عليه كأساس لمقاربة هذا الموضوع وتأصيله فيما سيأتي من موضوعات البحث.

الثانية: أنه يتضمن العناصر والمقتضيات الأساسية التي تُمَكِّنُ من الوقوف على الخصائص المميزة لحق الكد والسعاية، وفهمه في إطاره السليم والشامل، وهو ما يمكن أن يتوضح من خلال تحليل العناصر المكونة لهذا التعريف.

1- **حق الكد والسعاية حق شخصي** : فهذا التحديد يبين طبيعة انتماء هذا الحق، وما إذا كان يصنف ضمن طائفة الحقوق الشخصية أو العينية؛ فحق الكد والسعاية على ما سيتضح ذلك لاحقا في " مبحث الطبيعة القانونية " هو من قبيل الحقوق الشخصية — بما هي « رابطة بين شخصين، دائن ومدين، يخول للدائن بمقتضاه مطالبة المدين

[155]- عبد الرزاق السنهوري: ج8، م.س، ص: 603.

بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل »[156]— حيث يقوم على أساس وجود علاقة دائنية (الشركة) تربط السعاة فيما بينهم وبين صاحب الدمنة، على أن ينتصب السعاة كدائنين، في مقابل امتثال المُطالب بتمكين السعاة من نصيبهم في المستفاد أيا كان (ساعي، أو صاحب دمنة) كمدين؛ فصاحب حق الكد والسعاية ليس له حق مباشر على الشيء موضوع مطالبته، وإنما لابد من وسيط (المدين) يمكنه من حقه، كما أن محله هو العمل والكد (عمل المدين) وليس شيئا معينا، كما هو الحال بالنسبة للحق العيني.

2- **حق الكد والسعاية حق يقوم على أساس وجود سعاة مساهمين**: وذلك بقصد بيان نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث الأشخاص؛ فالاستفادة من هذا الحق، إنما تقتصر على السعاة المساهمين فقط، ومن دون تمييز بين ذكر أوأنثى، صغير أو كبير، قريب أو بعيد، على أن ذلك مقترن بشرطين:

أ- انتماء السعاة إلى الأسرة التي ساهموا في تنمية أموالها أو تكوينها، وهنا لا يعتبر الأجنبي عن الأسرة ساعيا، حتى ولو ضرب الكد والسعي، وإنما يخضع في ذلك لمقتضيات القواعد العامة إن أثبت سعيه ومساهمته.

ب- يجب أن يكون السعاة مساهمين في مراكمة الثروة الأسرية، وهو ما يعني بالضرورة وجود نشاط إيجابي يقوم به الساعي، ويؤدي إلى الزيادة في مال الأسرة، على أن تكون تلك الزيادة راجعة في سببها إلى ذلك النشاط الإيجابي.

3- **حق الكد والسعاية حق مترتب عن شركة عرفية**: والمراد بهذا العنصر، بيان الطبيعة القانونية لهذا الحق من حيث كونه حقا شخصيا ناتجا عن شركة ذات طبيعة خاصة يمكن تسميتها " **بالشركة العرفية** "[157]

4- **حق الكد والسعاية حق ناتج عن مساهمة السعاة إما في تكوين الثروة الأسرية أو تنميتها**: ومقتضى ذلك، أن العمل أو الكد الذي يبذله السعاة، إنما يكون على ضربين:

أ- أن يكون عمل السعاة مقتصرا فقط على تنمية أموال الأسرة، حيث يوجد في هذه الحالة، رأس مال ويعمل السعاة على تنميته والزيادة فيه كمًّا وكيفا، وهنا تراعى مسألة الدمنة.

---

[156]- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، م.س، ص103.

[157]- المقصود هنا بالشركة العرفية – على ماسيتم توضيحه لاحقا عند الحديث عن الطبيعة القانونية لحق الكد والسعاية – الشركة التي تتميز قواعدها بخاصيتين:

• خاصية الطابع العرفي: حيث تبقى القواعد الضابطة لها في جلها قواعد عرفية، سواء من حيث نشوئها، أو تكوينها، أو من حيث تنظيمها، أو من حيث إثباتها وقسمتها.

• خاصية الإستثناء عن القواعد العامة: حيث تمثل مقتضيات هذه الشركة قواعد استثنائية عن القواعد العامة التي ترتكز عليها أنواع الشركات القانونية الأخرى.

ب- أن يكون عمل السعاة أدى إلى تكوين مال الأسرة حال كون هذا الأخير غير موجود كرأس مال.

5- **حق الكد والسعاية حق يرتب لصاحبه استحقاق جزء من المستفاد عند القسمة**: ومعنى ذلك، أن اشتغال السعاة بتكوين مال الأسرة أو تنميته، يقابله استحقاقهم لجزء من المال الزائد على الدمنة — أي رأس المال — يناسب قدر ما ساهموا به وكدوا فيه، إذا كان هناك — بطبيعة الحال — مستفاد، أما إذا لم يكن، فلا مجال للمطالبة بهذا الحق.

6- **حق الكد والسعاية يخضع من حيث القواعد الضابطة له إلى مقتضيات العرف المحلي**: إشارة إلى أن تنظيم حق الكد والسعاية نطاقا وإثباتا وقسمة، يخضع لمقتضيات العرف المحلي الذي نشأ به واستقر فيه، وهو ما سيتبين من خلال مباحث هذا الموضوع.

على هذا الأساس، يتضح أن مفهوم حق الكد والسعاية، مفهوم يقوم على أساس مقتضيات تنتمي في جلها لقواعد العرف المحلي، بل وترتكز كل عناصره التعريفية على هذا الأخير ، وهو ما يمكن أن نخلص إليه أيضا فيما يتعلق بمشروعية هذا الحق،

- **<u>الفصل الثاني:</u>**

تأرجح مشروعية حق الكد والسعاية بين الرفض والقبول: (ارتباط المشروعية بالعرف المحلي)

إذا كان السؤال الذي تم طرحه بخصوص مفهوم حق الكد والسعاية، قد أفضى البحث فيه إلى تأكيد ارتباط عناصر مفهوم هذا الحق بالعرف المحلي؛ فإن اختلاف الفقه حول مشروعية إجراء العمل به، طرح هو الآخر إشكالا موازيا، تمثل في التساؤل عن مشروعية هذا الحق وحدود القبول به في إطار النظام القانوني المغربي، وما إذا كانت هذه المشروعية

مبنية على أسس قانونية وشرعية تبرر القبول به؟ أم أنه يظل حقا عرفيا مخالفا للقانون ومتعارضا مع أصول الشريعة وقواعد الفقه الإسلاميين؟.

وإجمالا فقد أفرز النقاش الفقهي حول هذه النقطة اتجاهين رئيسيين:

إتجاه يرفض استناد حق الكد والسعاية لأي مشروعية، ويرى أن إجراء العمل به يشكل خرقا صريحا لأصول الشريعة وأحكامها، فهو في النهاية ليس إلا عرفا فاسدا ومتعارضا مع مقتضيات المشهور وما جرى به العمل، ناهيك عما في الإقرار به من دعوة صريحة لهدم أحكام بعض المؤسسات الشرعية والقانونية وإخلال بنظامها (**الفرع الأول**)

مقابل ذلك، يذهب اتجاه آخر، إلى تأكيد مشروعية حق الكد والسعاية وإسناد ذلك لمبررات مختلفة، تفيد ارتكازه على أصول شرعية عامة، وبانسجام تام مع مقتضيات النظام القانوني المغربي، وهو ما يقتضي بالضرورة — حسب هذا الإتجاه — القبول به ليس كعرف محلي ينحصر نطاق تطبيقه بمناطق ظهوره كممارسة عرفية، وإنما على أساس كونه حقا ذا أصل شرعي وقانوني عام، قابل للتعميم على كافة أنحاء البلاد (**الفرع الثاني**).

وسواء تعلق الأمر بالاتجاه الأول أو الثاني، فإن الحقيقة التي تكشف عنها دراسة هذه النقطة: هي أن مشروعية هذا الحق ترتبط وجودا وعدما بالعرف المحلي، وهذا ما سوف أحاول بيانه من خلال مناقشة الاتجاهين.

• الفرع الأول:

الاتجاه القاضي بعدم مشروعية حق الكد والسعاية.

تزامن مع ظهور الممارسة العرفية لحق الكد والسعاية، وإجراء العمل به في بعض مناطق المغرب إلى يومنا هذا، بروز نقاش قوي حول مشروعيته، حيث كان من نتائج ذلك النقاش، أن ظهر اتجاه فقهي يرفض العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية، ويرى أن الإقرار به ليس إلا مدعاة لخرق أصول الشريعة من جهة، وهدم أحكام مؤسسات شرعية وقانونية من جهة أخرى.

فمن حيث اعتباره — أي حق الكد والسعاية — حقا مخالفا لأصول الشريعة، يرى هذا الاتجاه، أن هذا الحق إنما هو وليد أعراف محلية لا ترقى إلى مفهوم العرف الصحيح الذي هو مصدر من مصادر التشريع بالفقه الإسلامي، بل إن في إعماله خروجا عن هذه الأصول وقواعدها، أضف إلى ذلك، فحق الكد والسعاية يتعارض مع المشهور وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، علما أن مخالفة هذين الأصلين لا تجوز حسب القواعد الأصولية.

لكن الملاحظ على هذا الاتجاه، وهو بصدد مناقشته لمشروعية هذا الحق وتبرير رفضه له، أنه لم يراع الخصوصية العرفية لحق الكد والسعاية واستناد مشروعيته عليها، وهو ما جعل تصوره ذلك محل نظر، سواء من حيث اعتباره لحق الكد والسعاية كعرف فاسد، أو من حيث الإقرار بتعارضه مع المشهور وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك **(المبحث الأول).**

أما من حيث تعارض مقتضيات حق الكد والسعاية مع بعض المؤسسات الشرعية والقانونية، فيرى هذا الاتجاه، أن إجراء العمل بهذا الأخير، سوف يؤدي إلى هدم أحكام النفقة الزوجية ومتعة الطلاق من جهة، وإلى تعطيل قواعد الإرث ونظامه من جهة أخرى، وهو ما يدعو بالضرورة إلى رفضه واستبعاد استناده على أي أساس شرعي أو قانوني، مادام التعارض قائما بين مقتضياته وتلك المؤسسات.

غير أن ما ذهب إليه هذا الاتجاه — بخصوص هذه النقطة — يبقى نسبيا ومحل نظر من وجوه عدة، وهو ما سأحاول توضيحه عند المناقشة **(المبحث الثاني)**

• المبحث الأول:

مخالفة حق الكد والسعاية لأصول الشريعة[158]

يرتكز الاتجاه القاضي برفض مشروعية حق الكد والسعاية في تبرير مسلكه على فكرتين أساسيتين:

الأولى: أن حق الكد والسعاية يعتبر من قبيل العرف الفاسد — كمقابل للعرف الصحيح — المنهي عن الأخذ به، فهو من جهة أولى يخالف القاعدة الأصولية القاضية بأن "الفرع تابع للأصل" وأن" النسل تابع للأمهات".

ومن جهة ثانية، فحق الكد والسعاية يخالف ما عليه العرف الصحيح المحتج به والقاضي بأن الزوجة والأولاد العاملين مع رب الأسرة، لا يأخذون أي مقابل عن كدهم وسعيهم.

ومن جهة ثالثة، فإن هذا الأخير، يظل مستندا على عقد فاسد لا يتوافق والعقود التي أقرها الشرع و قضى بها العمل.

وأخيرا، فارتباط الممارسة العرفية لحق الكد والسعاية بالأعراف البربرية المخالفة للشرع ، يؤكد على انتماء هذا الحق إلى منظومة الأعراف الفاسدة. **(المطلب الأول)**.

---

[158]- المقصود بأصول الشريعة، مصادر التشريع بالفقه الأسلامي، كالقرآن الكريم، والسنة النبوية الشريفة، والإجماع ، والقياس ، وفتوى الصحابي، والإستحسان، والمصلحة المرسلة، والعرف، وغيرها من المصادر المتفق عليها بين المذاهب، والمختلف فيها أيضا، على أن تناول هذه المصادر سيكون بالتركيز على المذهب المالكي.

الثانية: أن إجراء العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية ينطوي على مخالفة صريحة للمشهور من مذهب الإمام مالك (رضي)، ويتعارض مع ما جرى به العمل عند جهابذة الفقه والأئمة الأعلام، الذين هم أهل لإجراء العمل والقضاء به دون غيرهم (**المطلب الثاني**).

• المطلب الأول:

حق الكد والسعاية مبني على عرف فاسد.

يعتبر العرف من الأصول الشرعية المهمة التي بُنِيَ عليها حق الكد والسعاية،[159] ولذلك كانت مجمل الانتقادات التي مَسَّت مشروعيته انطلقت من تصويره على أساس أنه عرف فاسد مخالف لأصول الشريعة ومتعارض معها، فحق الكد والسعاية لا مستند له إلا مجرد موافقة مألوف الناس وعوائدهم،[160] ولذلك فهو ينتمي إلى دائرة العرف الفاسد المرفوض عقلا وشرعا، ولا محل لتأسيسه على العرف الصحيح المعتبر كمصدر من مصادر الفقه الإسلامي. (**الفقرة الثانية**).

إلا أن هذا الطعن في مشروعية حق الكد والسعاية واجه ردود فعل مختلفة، شككت في مصداقيته وصحة مبرراته، واعتبرته فهما غير سليم لمقتضيات هذا الحق، وطعنا غير مبرر في مشروعيته.(**الفقرة الثالثة**)

لكن قبل بسط هذا النقاش، يبقى من الأهمية بمكان التعرض لمفهوم وشروط العرف الصحيح إبتداء، على أن نتطرق بعد ذلك لمبررات اعتبار حق الكد والسعاية عرفا فاسدا ومناقشته. (**الفقرة الأولى**)

الفقرة الأولى:

مفهوم وشروط العرف الصحيح كأصل من أصول التشريع.

---

[159]- انظر: - الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي: العمل السوسي في الميدان القضائي، ج1. م.س، ص 281.
وعلى هذا الأصل حملت فتوى ابن عرضون الكبير، انظر: - عمر الجيدي: ابن عرضون الكبير، م.س، ص194. - سعيد أعراب: علماؤنا بالبادية: أبو العباس ابن عرضون (992ه)، جريدة الميثاق، العدد 50- السنة الثالثة، 1ذو القعدة 1383ه/ 15 مارس 1964، ص:5 . وأنظر كذلك:

- محمد بن قاسم السجلماسي: شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي، ج1، م.س، ص249 وما بعدها.
- عبدالصمد كَنون: جني زهر الآس في شرح نظم عمل فاس، دار التراث، مطبعة الشروق الوحيدة، (د. ذ. ت. ط) ص52.
- محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني: حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، ج4، دار الفكر – بيروت- طبعة 1398ه-/1978م، ص36 وما بعدها.
- الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، نشر وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية- المملكة المغربية- مطبعة فضالة-المحمدية- طبعة 1422ه-/2001 م، ص276.
- عبد العزيز الزياتي: الجواهر المختارة مما وقفت عليه من النوازل بجبال غمارة،(مخطوط)، م.س، ص: 160

[160]- انظر:
- محمدبن أحمد بن يوسف الرهوني: م.س، ج4، ص: 38.
- الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: م.س ، ص: 278.

وردت كلمة العرف في اللغة بمعان كثيرة، وهي على العموم تطلق على كل شيء مألوف ومعروف، جاء في لسان العرب: « العرف و العارفة واحد ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتأنس به وتطمئن إليه.»[161]

أما في اصطلاح الفقهاء، فقد عرَّفه الجرجاني في التعريفات بقوله:« ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول»،[162] أو هو ما « اعتاده الناس من معاملات، واستقامت عليه أمورهم، وهذا يعد أصلا من أصول الفقه».[163]

لكن الملاحظ، أن العرف بالمفهوم المتقدم، يبقى متداخلا مع مفهوم العادة من جهة،[164] وقد يختلط بالعرف الفاسد من جهة أخرى،[165] لذلك يمكن تعريف العرف الصحيح المعتبر كأصل من أصول التشريع بأنه: « ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول، بشرط أن لا يخالف نصا شرعيا »[166]

والعرف الصحيح بهذا المعنى، له شروط معينة لا يستقيم وجوده إلا بها، وهي:

1- **أن يكون العرف مُطَّرِداً وغالبا** : وهذا يعني تكرار العرف وشيوعه بين الناس، إلى أن يُتَّخَذَ سلوكا ممارسا بصفة جماعية دون أن يكون حادثا فرديا، أو واقعة محصورة، ولذلك يقول الإمام السيوطي رحمه الله « إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اطربت

---

[161]- جمال الدين ابن منظور: لسان العرب، م.س، ج9، ص: 239 .

[162]- الشريف علي بن محمد الجرجاني: كتاب التعريفات، طبعة دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة الأولى 1403هـ/1983م، ص:149.

[163]- محمد أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، (د.ذ.ت.ط) ص: 273.

[164]- والعادة هي « غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها» - برهان الدين محمد ابن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، وبهامشه كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام لابن سلمون الكتاني، ج2، دار الكتب العلمية – بيروت- المطبعة العامرة الشرفية –مصر- المطبعة الأولى 1301هـ ، ص: 63. أو هي« الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية» - عمر الجيدي: العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، نشر صندوق إحياء التراث الإسلامي، مطبعة فضالة –المحمدية- طبعة 1404هـ/ 1984م،ص:149. وقد عرفها الجرجاني بقوله: « ما استمرت الناس عليه على حكم المعقول وعادوا إليه مرة بعد أخر» (الشريف علي بن محمد الجرجاني: م.س ، ص: 146.

و الملاحظ أن الفقهاء المسلمين، كثيرا ما يستعملون العرف والعادة بنفس الدلالة، فالعادة عرف، والعرف عادة، إلا أن بعضهم يميز بينهما، على اعتبار أن العرف أعم من العادة، أو أن العادة أخص من العرف كما عند ابن همام، انظر: - أحمد فهمي أبوسنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في التشريع الإسلامي، الطبعة الثانية، 1412هـ/1992م، ص15.

وانظر في العلاقة بين العرف والعمل ومواطن التشابه والتمييز بينهما: - عمر الجيدي: العرف والعمل في المذهب المالكي، م.س، ص: 37 ومابعدها.

[165]- والعرف الفاسد كمقابل للعرف الصحيح، هو العرف المخالف لأدلة الشرع وأحكامه الثابتة التي لا تتغير، كتعارف الناس على لعب القمار، أو شرب الخمر، أو التعامل بالربا، وعلى هذا الأساس فهو غير معتبر كأصل من أصول الفقه الإسلامي، وحول مفهوم العرف الفاسد وأمثلته راجع:

- سعد العنزي: العرف والعادة في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 23، العدد الأول، ذو الحجة 1419هـ/مارس 1999م، ص206.

- عمر عبد الله: العرف في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، السنة5: العددان الاول والثاني، يناير- مارس 1951، ص: 6 وما بعدها.

[166]- عمر الجيدي: العرف والعمل، م.س، ص34.

فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف..»،[167] فإذا تساوت الأعراف انصُرِفَ عنها، ولا سبيل لترجيح إحداها على الأخرى[168].

والعرف المطرد والغالب بهذا المعنى، إنما هو كذلك إن اشتهروَوُجد عند أهل العرف من البلاد، دون اشتهاره في كتب المذهب، وفي ذلك يقول الإمام القرافي في الأحكام: « ولا يكفي في الإشتهار كون المفتي يعتقد بذلك، فإن ذلك نشأ من قراءة المذهب ودراسته، والمناظرة عنه، بل الإشتهار أن يكون أهل ذلك المصر لايفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى...».[169]

كما ويقصد بالاطراد والغلبة أيضا، أن يكون العرف كُلِّيا غير متخلف،[170] سواء أكان عاما أوخاصا، لأن عمومية العرف لا تفيد اطراده[171] .

2- **عدم تعارض العرف مع تصريح يخالفه** : أي لا بد من انتفاء قول أو عمل يصرح بمعارضة مضمون العرف،[172] فإن وجد نص أو شرط لأحد المتعاقدين، وجب العمل بمقتضى النص أو الشرط — ما دام الشرط صحيحا — ولا يُلتفت للعرف ؛إذ لا عبرة بالعرف إن وجد نص على خلافه[173] ،« فلو استاجر شخص آخر على أن يعمل من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة، فليس للمستأجر أن يلزم الأجير **العمل من الصباح إلى المساء**، بداعي أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المعينة»[174]. وعليه

---

[167]- جلال الدين عبد الرحمان السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، م.س، ص: 92. وانظر كذلك: - زين العابدين ابن نجيم: الأشباه والنظائر، م.س، ص: 117 ومابعدها.

وفي بيان أهمية اطراد العادات وغلبتها، يقول الإمام الشاطبي رحمه الله: « لولا أن اطراد العادات معلوم، لما عرف الدين من أصله، فضلا عن أن تعرف فروعه، لأن الدين لا يعرف إلا عند الإعتراف بالنبوة، ولاسبيل لإعتراف بها إلا بواسطة المعجزة، ولا معنى للمعجزة إلا أنها فعل خارج العادة، ولايحصل فعل خارج العادة إلا بعد تقرير اطراد العادة في الحال والإستقبال، كما اطردت في الماضي، ولا معنى للعادة إلا أن الفعل المفروض لو قدر وقوعه غير مقارن للتحدي لم يقع، إلا على الوجه المعلوم في أمثاله، فإذا وقع مقترنا بالدعوة خرقا للعادة، علم أنه لم يقع كذلك مخالفا لما اطرد، إلا والداعي صادق، فلو كانت الدعوة غير معلومة لما حصل العلم بصدقه اطرادا...».

- أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، المجلد الأول، ج2، دار الكتب العلمية- بيروت- (د.ذ.ت.ط) ص: 213-214.

[168]- مثال ذلك، أنه« لو وجد في بلد حصل فيه زواج بأن جهاز الأب لابنته من ماله يعتبر عارية، ووجد فيه عرف آخر بأنه يعتبر تمليكا وهدية، و تساوى العرفان، فقام الأب بتجهيز ابنته من ماله، وزفت إلى زوجها بهذا الجهاز، ثم حصل نزاع بينهما في أن الجهازعارية أو هبة، ولم يكن لأحدهما بينة تثبت ما ادعاه، لم يكن هذا العرف المشترك دليلا ولا حجة لأحد الخصمين، نظرا لتعارضهما....» - عمر الجيدي: العرف والعمل، م.س ، ص: 105.

[169]- شهاب الدين أبي العباس القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات الإمام، تحقيق أبو بكر عبد الرزاق،المكتب الثقافي –القاهرة- الطبعة الأولى 1989م، ص: 112.

[170]- أحمد فهمي أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، م.س، ص: 73.

[171]- انظر:

- مصطفى أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج2، المدخل الفقهي العام، مطبعة طربين – دمشق- دارالفكر، الطبعة العاشرة، 1387هـ/1968م، ص: 875

- عمر الجيدي: العرف والعمل، م.س، ص: 106- 107.

[172]- أحمد فهمي أبو سنة: م.س، ص: 87.

[173]- عمر الجيدي: م.س، ص: 110.

[174]- أحمد فهمي أبو سنة: م.س ، ص: 88.

فكل ما يصرح به المتعاقدان بخلاف العرف مع موافقته مقصود العقد، صَحَّ هذا الأخير، ولا يؤخذ بالعرف في ذلك.[175]

3- **ألا يخالف العرف نصا شرعيا:** بمعنى أن لا يكون في إعمال العرف تعطيلا لنص ثابت أو أصل قطعي في الشريعة؛[176] فكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر. إلا أن عدم الاعتبار بالعرف في هذه الحالة، مبني على مخالفته للنص الشرعي من كل وجه وبالجملة، أما إذا كان النص عاما وخصصه العرف كما في عقد الاستصناع،[177] فهذا لا يعد من قبيل المخالفة، وإنما هو على سبيل تخصيص العرف للنص العام.[178]

الفقرة الثانية :

مبررات اعتبار حق الكد والسعاية عرفا فاسدا:

تنطلق أبرز الانتقادات الموجهة لحق الكد والسعاية، من فكرة أساسية، مفادها: أنه حق فاقد للمشروعية، ولا يمثل سوى عرفا فاسدا لا أصل له ولا سند إلا مجرد مجاراة أهواء الناس واتباع عوائدهم من غير دليل شرعي، بل وفي مخالفة واضحة للشريعة وأصولها، وتتلخص مجموع هذه الانتقادات فيما يلي:

---

[175]- وفي ذلك يقول الإمام العز بن عبد السلام في القواعد: « كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد صح ، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب يقطع المنفعة لزمه ذلك...»

- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام: القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق نزيه كمال حماد و عثمان جمعة ضميرية، ج2، دار القلم – دمشق- الطبعة الأولى1421ه/2000م، ص: 311.

[176]- مصطفى أحمد الزرقا:.م.س، ج2، ص: 880 وما بعدها. وفي هذا يقول الإمام ابن عاصم الغرناطي الأندلسي:

العرف مايعرف بين الناس* ومثله العادة دون باس**

ومقتضاهما معا مشروع * في غير ماخالفه المشروع**

- محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي: مرتقى الوصول في علم الأصول، نشر دار البخاري – المدينة المنورة- طبعة 1415ه/1994م، ص: 131.

[177]- يقصد بعقد الاستصناع: أن يطلب شخص من الصانع عمل شيء مادته من عنده، وعلى وجه خاص، كأن يطلب من نجار صنع كرسي له من الخشب مع بيان صفته وحجمه ونوعه، ولذلك أجاز الفقهاء عقد الاستصناع على ما جرى به العرف، رغم مخالفته للنص، الذي هو قوله ص" لا تبع ما ليس عندك"، إذ الاستصناع يدل على بيع ما ليس عند الإنسان، لكن لمّا تعارف الناس عليه ومنذ عهد الصحابة الكرام إلى يومنا هذا، أجازه الفقهاء واعتبروه عرفا خصص به النص.

وللتوسع حول هذا الموضوع راجع:

- محمد أمين عابدين الدمشقي: مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2،م.س، ص: 116.
- عمر عبد الله: العرف في الفقه الاسلامي، م.س، ص: 38 وما بعدها.
- وهبة الزحيلي: الفقه الاسلامي وأدلته، ج4، طبع و نشر دار الفكر- دمشق- الطبعة الثالثة 1409هـ/1989م، ص: 631-635.

[178]- راجع:

- محمد أمين عابدين الدمشقي: م.س، ج2، ص: 116.
- عمر الجيدي: م.س، ص: 108 وما بعدها.
- أحمد فهمي أبو سنة: م.س ، ص: 83.

1- إن إجراء العمل بحق الكد والسعاية، مدعاة لتحريف الشريعة **وخرق** لأصولها،[179] **فالمعلوم** أن القاعدة القياسية تنص على أن « من ليس له **في الأصل شيء، لا** يأخذ إلا أجرته »،[180] **فمن عمل** للغير عملا، أو أوصل له نفعا، لا يعتبر مشاركا له، وإنما تكون له أجرة المثل فقط،[181] وهذا يعني أن من **لا** يساهم في الأصل، لا يشارك في **التمتع بالمستفاد**، وإنما تكون له الأجرة كمقابل لعمله ومساهمته.[182]

وعلى خلاف هذه القاعدة القياسية، فحق الكد والسعاية يمنح لكل ساع الحق في **المشا**ركة في المستفاد بحسب عمله من غير أن يكون مساهما في الأص **بالضرورة**، جريا على أحكام الشركة العرفية التي يترتب عنها حق الكد والسعاية.[183]

لذلك اعتبره بعض الفقهاء،[184] بأنه عرف فاسد لمخالفته النص القياسي ومن ثم لأصول الشريعة، خاصة وأن من شروط العرف الصحيح كما تقدم ألا يكون مخالفا لنص شرعي **ثابت.**

---

[179]- انظر:

- محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني: حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني، ج4، م.س، ص: 38.
- الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، م.س، ص: 278.

[180]- محمدبن أحمد بن يوسف الرهوني: ج4، م.س ، ص: 37.

[181]- محمد بن قاسم السجلماسي: شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي، ج1، م.س، ص: 250 .

وقد أكد المجلس الأعلى في إحدى قرارته على هذه القاعدة، معتبرا أن الأعمال التي يقوم بها المرء لصالح غيره لا تحمل على المساواة والإحسان، إلا بالنسبة لمن لا مال له وقت العمل لصالحه ولم يحتفظ بحق الرجوع عليه، وذلك طبقا للقاعدة الفقهية القائلة بأن كل من أوصل إلى غيره نفعا بفعله، فله أجرة مثله.

- قرار المجلس الأعلى في الحكم المدني عدد 203، المؤرخ في 25 محرم 1388، الموافق 24 أبريل 1968، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد5، السنة الأولى، فبراير 1969، ص: 4

[182] - وحول مقتضى هذه الفكرة وأساسها انظر:

– عيسى بن علي الحسين العلمي: كتاب النوازل؛ ج2ن م.س، ص: 102

- محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني: حاشية الإمام الرهوني، ج4، م.س، ص: 37 - وانظر في مناقشة هذه الفكرة :

- عبد الصمد الديالمي:المعرفة والجنس: من الحداثة إلى التراث،منشورات عيون المقالات، مطبعة دار قرطبة للطباعة والنشر –الدار البيضاء- طبعة 1987م، ص: 124

- DAYALMI ABDESSAMAD : Un fqih marocain et les droits de la femme du IVI siecl, R.M.L : prolgues, Hos, Série Nº 2, Impression Najah Al jadida -casa- 2002, p : 56

[183]- ومن أمثلة ذلك، السعاية في الماشية؛ حيث يكون للزوج مثلا ماشية معينة، وتقوم الزوجة أو الإبن برعاية هذه الماشية وتربيتها والعناية بها مأكلا ومشربا ونظافة حتى تتكاثر وتتناسل، فبمقتضى القاعدة القياسية، أن النسل تابع للأمهات، إذ لا يكون للزوجة أو الإبن في هذه الحالة إلا أجرة المثل، مقابل ما قدماه من خدمة ورعاية للماشية، أما الزوج فله الأصل والنسل، باعتباره مالكا للأصل، لكن العرف جرى بمشاركة الزوجة أو الإبن في المستفاد من الماشية تتناسب والمجهود المبذول في تربيتها والعناية بها، فيعتبران مشاركين لصاحب الأصل، و ليس أجراء يستحقون الأجرة مقابل عملهم.

وحول جريان العرف بهذه الأحكام راجع:

- محمد الهبطي المواهبي: فتاوى تتحدى الإهمال، م س ،ج1، ص: 164-165.
- عبد العزيز الزياتي: الجواهر المختارة، (مخطوط)، م.س، ص:160.

[184]- منهم الشيخ عبد القادر الفاسي، وأحمد البعل المصوري شيخ ابن عرضون، وأحمد بن عبد الوهاب، ومحمد الرهوني وغيرهم.

ومما جاء على لسان الشيخ أحمد البعل في هذا الإطار قوله:« لم أزل أستثقل القسمة على الرؤوس في هذا المعنى الذي ذكرت،إذ هي خارجة عن الأصول، إذ الأصل في ذلك أن الغلة تابعة لأصولها، فمن له شيء في الأصل أخذ غلته بحسبه من القلة والكثرة إلا ما استثناه الشرع وأباحه لنا من المساقات بشروطها العديدة... وكان القياس، بل النص على أن من ليس له في الأصل شيء أن لايأخذ إلا أجرته على حسب خدمته....»

2- إن حق الكد والسعاية يخالف ما عليه العرف الصحيح المحتج به، وخارج عما قرره الفقهاء والأئمة الأعلام من أن الأحكام تجري مع العرف والعادة، وإنما هو مجاراة لعادات الناس وأهوائهم من غير دليل شرعي،[185] فمقصود الشارع هو « **إخراج المكلف** عن داعية هواه حتى يكون عبدا لله اختيارا كما هو عبد الله اضطرارا »، [186] **ولذلك فالعرف المحتج** به: هو أن المرأة **والأولاد** لايتشاحون **مع رب الأسرة في** خدمة الزرع وغيره من الأموال، ولا يطالبونه بمقابل عملهم وكدهم، إذ صار ذلك عندهم من قبيل الخدمة اللاّزمة، **حتى ولوطالبت الزوجة** والأولاد بأجرة خدمتهم لم يقض لهم بها.[187] وهذا ما عبر عنه الناظم بقوله[188] :

لكن أهل فـــاس فيهـا خالفـوا * قالوا لهم في ذلك عرف يعـرف**

3- إنه « **لا عبرة بجري العرف والعادة مع فساد العقد** »؛[189] فحق والكد والسعاية يقوم على أساس عقد فاسد لا يتوافق وعقود الشريعة، من بيع، وإجارة، وشركة أموال **وأبدان**، ومغارسة، وغيرها من العقود التي أجازتها الشريعة بشروطها وأركانها **المعلومة**، فهو يقوم على أساس شركة جارية بين السعاة تتضمن قواعد مخالفة لأحكام الشركة كما هي مقررة شرعا.[190]

4- إن حق الكد والسعاية ينتمي إلى الأعراف التي كانت سائدة في بعض المناطق البربرية قبل الحماية وإبانها،[191] وهي أعراف في كثير منها مخالفة لأحكام الشرع، **أو كما** يقول الأستاذ موراد بوستة **ذات طابع علماني**،[192] ولذلك كان يتم التمييز بين

- عيسى بن علي الحسين العلمي: ج2، م.س، ص: 102

[185]- انظر:- محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني: حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني: ج4، م.س، ص: 38 .

- الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس، م.س، ص: 278.

[186]- وهذا من كلام الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات، حيث استدل به الشيخ عبد القادر الفاسي في معرض انتقاده لمن يجري العمل بحق الكد والسعاية باعتبارهم خالفوا مقصود الشارع، إذ أن المصالح الدينية والدنيوية لا تحصل مع الاسترسال في اتباع الهوى، فكل تصرف مارسه المكلف على خلاف الأوامر والنواهي الشرعية عد اتباعا للهوى وداعيا للفساد.

- انظر: الإمام أبو اسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، ج2، م.س، ص: 128.

[187]- محمد بن قاسم السجلماسي: شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي، ج1، م. س، ص:549.

[188]- محمد بن قاسم السجلماسي: م.س، ص: 249 وانظر في شرح هذه الأبيات:

- الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس، م.س، ص: 276

- عبد الصمد كنون: جني زهر الآس في شرح عمل فاس: م. س ، ص: 52

-.POSLE.O : La société et le partage dans le rite Malékite, Imprimeries Réunies – Casablanca- éd 1948, P : 85-86.

[189]- انظر: - الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: م.س، ص:278.

[190]- انظر في هذا المعنى: الشريف أبوعيسى المهدي الوزاني: م.س، ص278.

[191]- انظر: الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 259.

[192]- انظر:

- BOUSSTTA MOURAD : La coutume en droit Marocain : Aspects historiques, et contemporains, Thés Pour Le Doctrat D'etat en Droit. Universite de Lille II, Année 1992, P : 393 et S.

ومن بين هذه الأعراف:

منطقة العرف ومنطقة الشرع،[193] فحق الكد والسعاية على هذا الأساس هو عرف فاسد من زاوية انتمائه للأعراف المخالفة لأحكام الشرع التي كانت سائدة في تلك المناطق، والتي ألغاها المشرع **بموجب قانون التوحيد** ونصوص م. أ. ش.

الفقرة الثالثة:

مناقشة الاتجاه القاضي باعتبار حق الكد والسعاية عرفا فاسدا

تنطلق مناقشة مبررات الاتجاه القاضي برفض مشروعية حق الكد والسعاية من نفس العناصر التي تم التركيز عليها لتبرير عدم مشروعيته.

فمن زاوية اعتبار حق الكد والسعاية مخالفا للقياس القاضي بأن "الفرع تابع للأصل"، وأن من "ليس له أصل ليس له إلا أجرة المثل"، لا يؤدي إلى تصنيف حق الكد والسعاية **ضمن مصاف العرف الفاسد**؛ إذ القواعد الأصولية تقضي برجحان العرف على القياس متى وقع التعارض بينهما،[194] « والاجتهادات الإسلامية تكاد تكون متفقة على أن الحكم القياسي

- العرف القاضي بمنع النساء من حقهن في الإرث، سواء تعلق الأمر بالمنقولات أو العقارات، مقابل ذلك، كان يتم توريث الأبناء الذكور سواء أكانوا شرعيين أم لا.
- العرف القاضي باجراء " عقد أمحارس". وهو عقد يقوم على أساس إتفاق بين رب الأسرة وشخص أجنبي، حيث يقوم الأب بتزويج ابنته التي له الولاية عليها إلى شخص أجنبي يسمى "أمحارس"، مقابل قيام هذا الأخير بأشغال البيت الداخلية أو الخارجية وإقتسام نتاج هذه الأعمال.

ويترتب على هذا العقد أن تصبح بعض الأموال مشاعة بين رب الأسرة وأمحارس، حيث يستمر هذا الشياع إلى حين إنتهاء المدة المتفق عليها، أو طلاق الزوجة منه، حيث تصبح الزوجة بذلك حرة وينسب أبنائها منه لأسرتها، لا إلى أمحارس، ويدخلون في الذمة المالية لأب الزوجة.

وحول بعض الرسوم العدلية المتضمنة لهذا النوع من العقود والمسجلة بمحكمة أزرو العرفية، انظر: المجلة المغربية للقوانين والمذاهب والأحكام الأهلية، العدد2، السنة1، 1935، الباب الخامس المتعلق بمختلف الوثائق، ص:13 وما بعدها.

ـ ولأخذ فكرة حول تنظيم هذا العقد وآثاره راجع:

- DENAT COMMANDANT : Droit coutumier berbére ICHKERN, contrat D' « Amhars », R.M.D 1951, p : 293-299

[193]- لقد كان هذا التمييز مبنيا على فكرة أساسية مفادها: أن القبائل البربرية قليلة التعلق بالإسلام، بل وبعيدة عنه، نظرا لبعدها عن المركز (الدولة) ووجودها خارج دائرة سلطة المخزن، وهذا ما أدى بها إلى إنتاج قواعد عرفية تحتكم إليها الجماعة لتنظيم شؤونها وإعمال النظام بها (من أهمها نظام الألواح).

ثم إن تلك الأعراف كانت في جلها مخالفة لأحكام الشريعة ومتصادمة مع روح القانون الإسلامي، وعلى خلاف ذلك، كانت المناطق الواقعة تحت سيطرة المخزن، خاضعة لأحكام الشريعة وقواعد الفقه الاسلاميين، وهو ما يفسر اندراجها تحت مسمى منطقة الشرع.

وللتوسع بخصوص هذه النقطة والأطروحات التي صيغت حولها راجع:

- معادي زينب: الأسرة المغربية بين الخطاب الشرعي والخطاب الشعبي، نشر المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي والتقني، طبعة 1988، ص273 وما بعدها.
- علي المحمدي: العرف ، الشرع، المخزن، تعارض أم تعايش وتكامل؟ بحث مقدم في إطار الجامعة الصيفية، يوليوز 1987 بعنوان " المغرب من العهد العزيزي إلى سنة 1912" ج1، المحمدية، ص 201 وما بعدها.

وانظر في نفس المعنى: ـ عبد الخالق أحمدون: القوانين العرفية بالمغرب، (قانون ماسة ادوامط نموذجا) مجلة كلية الآداب بتطوان، العدد8، سنة 1997، ص: 8 ومابعدها.

[194]- عمر الجيدي: العرف والعمل، م.س، ص: 177 .

يترك للعرف ولو كان عرفا حادثا... والعرف غالبا دليل الحاجة، فهوى أقوى من القياس فيترجح عليه عند التعارض»،[195] وهو مايطلق عليه في أصول الفقه" **الإستحسان بالعرف**" [196] حيث يمكن العدول بموجبه عن مقتضى القياس إلى حكم آخر يخالفه لجريان العرف بذلك.

وبما أن حق الكد والسعاية بدوره يستند إلى العرف الذي جرى به العمل، فهذا يجعله راجحا على القياس ومن ثم لا يمكن الطعن في مشروعيته من هذا الوجه[197].

---

[195]- أحمد مصطفى الزرقا : م.س، ص 913.

[196]- عرف الإمام الشاطبي الإستحسان نقلا عن ابن العربي المعافري بقوله: « العمل بأقوى الدليلين » أوهو « إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الإستثناء والترخيص، لمعارضة مايعرض به في بعض مقتضياته.» وعرفه ابن رشد فقال: « الإستحسان- الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس – هو أن يكون طرحا لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعني يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع.».

- انظر: أبو إسحاق الشاطبي: الإعتصام، ج2، دار الفكر، مكتبة الرياض الحديثة –الرياض- (د.ذ.ت.ط) ص: 138-139. وانظر في بعض تعاريف للإستحسان: - أبو الوليد ابن سليمان الباجي: إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي-بيروت- الطبعة الأولى 1407ه/ 1986م، ص: 689. – علي بن محمد الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ج3، المكتب الإسلامي –بيروت- الطبعة الثانية 1406ه، ص: 157-158.

والإستحسان المبني على دليل أخذ به كل من الإمام مالك وأبو حنيفة خلافا للشافعي، يقول الإمام الشاطبي: « الإستحسان يراه معتبرا في الأحكام مالك وأبو حنيفة، بخلاف الشافعي فإنه منكر له جدا، حتى قال:" **من استحسن فقد شر ع** " ». – أبو إسحاق الشاطبي: الإعتصام، ج2، م.س، ص: 137.

وقد ذكر ابن عاصم الغرناطي ذلك نظما فقال:

وبعضهم ينسب للنعمان * على الخصوص نوع الإستحسان**
ومالك ليس له بمانع * وقد رووا إنكاره للشافعي**

- محمد ابن محمد بن عاصم الغرناطي: مرتقى الوصول ، م.س،ص: 130.

والإستحسان الذي أخذ به المذهب المالكي له أنواع عدة، منها:

- ترك الدليل للعرف.
- ترك الدليل للمصلحة.
- ترك الدليل للإجماع.
- ترك الدليل لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق.

– أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات،المجلد الثاني، ج4، م.س، ص: 150.

[197]- هناك أمثلة متعددة على رجحان العرف على الأصل، سواء أكان راجعا للقياس أو غيره، منها :

- فقد نقل الإمام شهاب الدين القرافي عن الإمام مالك، أن الزوجةإذا ادعت بعد الدخول بها عدم قبض صداقها، فالقول قول الزوج، مع أن الأصل هو عدم القبض.

- شهاب الدين أبي العباس القرافي: الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، م.س، ص: 112.

- إجارة الحمام بأجرة معينة دون تحديد قدر الماء المستعمل في الإستحمام، ومدة الإقامة، وغيرها من الأمور التي يحصل بها العلم بالمعقود عليه، هو ممنوع لحصول الجهالة، إذ الدليل يقضي بفساد العقد عند الجهل بالمعقود عليه، لكن تم استحسانه اعتمادا على العرف الذي جرى بترك بيان المنفعة.

- أبو إسحاق الشاطبي: الإعتصام، ج2، م.س، ص: 137.

- مسألة « دعوى المرأة على زوجها بعد أن ثبتت الخلوة بينهما، وبعد طلاقه لها أنه وطئها وأنكر هو ذلك، فإن الزوجة شهد لها العرف، والزوج شهد له الأصل، وهو براءة الذمة، لكن رجح العرف، فكانت الزوجة مدعى عليها، والزوج مدع يؤمر بالإثبات.».

- أبو الشتاء بن الحسن الغازي: مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، ج1، مطبعة الأمنية – الرباط – الطبعة الثانية 1375ه/ 1955م، ص: 108.

على هذا الأساس، يتأكد أن حق الكد والسعاية على الرغم من مخالفته للقياس في بعض صوره العملية، إلا أن ارتباط أصله بالعرف يؤهله لأن يكون مقدما على القياس، وهو ما يؤكد فكرة ارتباط مشروعية حق الكد والسعاية بالعرف.

أما من جهة مخالفة حق الكد والسعاية للعرف القاضي بأن المرأة والأولاد، **ومن في** حكمهم من السعاة لا يتشاحون مع رب الأسرة في خدمة الزرع وغيره من الأموال، **ولا** يطالبون بمقابل عملهم وكدهم، حتى صار ذلك عندهم من قبيل الخدمة اللازمة، هو اعتراض في غير محله من جهتين:

الأولى: أن معيار تقدير شرعية العرف من عدمه، لا تقاس من زاوية مدى توافقه مع الأعراف الأخرى، وإنما يكون من زاوية مدى موافقته للشرع أو معارضته له، لأنه « **لا** يحكم **بعرف وعمل قطر، على عمل وعرف قطر آخر**»،[198] **ولذلك فالاحتجاج بكون حق الكد** والسعاية يخالف ما جرى عليه العرف القائم بمناطق أخرى، هو اعتراض في غير محله.

الثانية : أن الاعتراض على شرعية حق الكد والسعاية على هذا الوجه، لا يراعي ما قرره الفقهاء وأجمعوا عليه من أن الأحكام المترتبة على العوائد تتغير بتغير العوائد ذاتها، **وأن العوائد كذلك تتبدل بتبدل الأحوال والأزمان والمكان**،[199] ولذلك فإنه لا مساغ لنفي المشروعية عن حق الكد والسعاية بالجملة، لمجرد عدم مجاراتة لعرف مخالف يقضي بعدم إعطاء أي شيء للزوجات والأولاد من مستفاد خدمتهم، لأن هذا التعارض يجب أن يفهم في **إطار القاعدة السابقة (تبدل الأحكام بتبدل الأعراف) خاصة وأن الحكم المخالف لحق الكد** والسعاية هو حكم مبني على العوائد والأعراف.

وبذلك يتضح أن مشروعية حق الكد والسعاية، مبنية على العرف من جهة، ولا سبيل إلى نفي مشروعيته بناء على مخالفته لعرف آخر من جهة أخرى.

ثم إن القول بأنه لا عبرة **بجري العرف والعادة مع فساد العقد**،« هو أمر غير واضح لأنه ليس هناك صريح عقد، وإنما هناك شركة حُكمية بمقتضى العادة، **كما قالوا**: فيمن كان مع أبيه، أو أخيه، أو عمه، على حالة واحدة، ومائدة متحدة، **أن** ذلك يوجب لهم شركة

---

[198]- محمد بن أبي بكر الأزاريفي : المنهل العذب السلسبيل، ج 1، م.س، ص: 261

[199]- وفي هذا يقول الإمام القرافي صاحب الفروق:« إن الأحكام المترتبة على العوائد، تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت... وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء، لا خلاف فيه، بل قد يقع الخلاف في تحقيقه هل وجد أم لا...»

- شهاب الدين أبي العباس القرافي: الفروق، ج1، م.س، ص: 314.

وعلى هذا الأساس، فإنه ينبغي على القاضي أو المفتي مراعاة العادات والأعراف « في أحوال الناس وأقوالهم وأزمانهم لتجري الأحكام عليها... ولأن الفتاوى تختلف عند اختلاف العادات لا يجوز طردها مع اختلافها » - (الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي: العمل السوسي في الميدان القضائي، ج1، م.س، ص: 282) لأنه كما كان يقول بعض الفقهاء « إذا تبدل العرف تبدل الفقه»، - الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس، م.س، ص: 357 .

وانظر في تفصيل موضوع تبدل الأحكام بتبدل الأعراف، وأن تبدل الأعراف تابع لتبدل الزمان، والأحوال والمكان، :

- أحمد مصطفى الزرقا : ج2، المدخل الفقهي العام، م.س، ص: 923 وما بعدها .
- عمر الجيدي: العرف والعمل، م س، ص: 143 وما بعدها .
- ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 3 ، م.س، ص: 52 وما بعدها.
- عبد السلام العسري: نظرية تغير الأحكام الشرعية مراعاة لتغير الزمان والمكان والأشخاص والأحوال، مجلة القرويين، العدد5، سنة 1414هـ/1993م، ص: 149 وما بعدها.

المفاوضة»[200]؛ بمعنى أن حق الكد والسعاية هو حق مترتب عن شركة عرفية، أو بتعبير الفقهاء شركة حكمية، والتي تعني ثبوت الشركة بين السعاة من غير التصريح بالتعاقد، حيث يقوم العرف بهذا الدور،[201] على خلاف الشركة العقدية التي تفيد اتفاق جماعة فيما بينهم على عقد الشركة، وكذا على شروطها وقواعدها، مع ضرورة توفر سائر الشروط المتطلبة في التعاقد، من كمال الأهلية، وتصريح بالإرادة و غيرها،[202] وعليه، فإن رفض حق الكد والسعاية من منطلق ارتكازه على عقد فاسد، هورأي مجانب للصواب، ولا يراعي ما قرره الفقهاء من ضرورة التمييز بين الشركة الحكمية والشركة العقدية.

أما بالنسبة لرفض مشروعية حق الكد والسعاية، انطلاقا من كونه ينتمي إلى أعراف بربرية مخالفة لأحكام الشريعة ومقاصدها، فهو أمر لا يمكن القبول به من وجهين :

الوجه الأول: هو أن جريان العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية، لم يكن حبيس المناطق البربرية فقط، وإنما كان سائدا حتى بمنطق الشمال، وفتوى أحمد ابن عرضون وأخيه محمد وشيوخهما دليل على ذلك[203].

أما الوجه الثاني: فيتمثل في أن الأعراف البربرية، لا يجب تصويرها على أساس كونها وليدة نظام قانوني متعارض مع قواعد الشرع كما تذهب إليه الأطروحة الاستعمارية،[204] لأن التمعن في مضمون هذه الأعراف، وعلى الخصوص تلك الأعراف التي دُو نت في شكل ألواح[205]، إنما كانت تهتم بالجانب الجنائي (تحديد عقوبة السرقة،

---

[200]- عبد السلام العسري : نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية –المملكة المغربية- مطبعة فضالة –المحمدية- طبعة 1417هـ/ 1996م، ص: 199 - وانظر في نفس المعنى كذلك:

- الشريف أبوعيسى المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، م.س، ص: 280.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الإطار، أن المجلس الأعلى أقر في إحدى قراراته بشركة المفاوضة، وأثبتها لمجرد الاتحاد في المائدة والكانون من دون وجود تعاقد صريح بذلك، حيث اكتفى بشهادة المخالطة والمجاورة لإقرارها.

- انظر: قرار المجلس الاعلى عدد 572، مؤرخ في 12 يوليوز 1961، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث والعقارات، منشور بمجلة القضاء والقانون، السنة 5 أبريل- ماي 1962، العدد 48-49، ص: 390.

[201]- انظر في هذا المعنى: الصديق بلعريبي: السعاية، م.س، ص: 58.

[202]- محمد العلوي العابدي : الأموال في الفقه المالكي، طبع إفريقيا الشرق، طبعة 1999، فقرة 866 ،ص: 116.

[203]- إذ توجد مجموعة من الفتاوى، ذكرها أكثر من فقيه، تناولت إجابات على نوازل تتضمن مقتضيات حق الكد والسعاية، وتنتمي إلى مناطق بالشمال: كجبال غمارة وغيرها، وانظر في أمثلة بعض هذه الفتاوى والنوازل عند :

- عبد العزيز الزياتي : الجواهر المختارة مما وقفت عليه بجبال غمارة (مخطوط) ، م.س، ص: 159 وما بعدها.

وانظر كذلك بعض الرسوم العدلية التي كانت تكرس مقتضيات حق الكد والسعاية بمنطقة أنجرة:

- المختار الهراس : المرأة والملكية في أنجرة إبان فترة الاستعمار، م.س، ص 13 وما بعدها.

[204]- رحمة بورقية : العرف والعلماء والسلطة في القرن التاسع عشر (المغرب) قراءة في بعض النصوص والنوازل، المجلة المغربية للاقتصاد والاجتماع، عدد 7 سنة 1984، ص:157.

- وحول هذه الأطروحة - القائمة على فكرة تعارض الشرع مع العرف- ومدى انتشارها عند كتاب المرحلة الإستعمارية وكذا الإنتقادات الموجهة لها انظر:

- BENTAHAR MUSTAPHA : La coutume au Maroc, simpl phénomène social ou véritable source normative ? Acte du colloque organise par le centre des etudes Anthropologique et socialogique, à « Droit et société au maroce » série : colloque et séminaire –N º 7 rabat 2005 p : 17 et s

[205]- والألواح «هي مجموعة الضوابط والقوانين، تكتب على شكل فقرات بلغة مبسطة أقرب إلى العامية، والقصد منها تنظيم مختلف العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والقضائية والأمنية بين أفراد المدشر والقبيلة، أو مرفق اجتماعي، وتحتوي في مجملها على تدابير زجرية، مرتكزة على عقوبات مالية، يعاقب بها من ألحق ضررا بغيره من الأفراد، سواء تعلق ذلك ببدنه، أو ماله، أو شرفه، أو أحدث ما يسيء إلى السير العادي في المرافق الاجتماعية» - الحسن العبادي : نوازل الألواح "الأعراف" في سوس، مقال منشور

الضرب، الجرح) [206] دون مجال الأحوال الشخصية والمدنية الذي كان خاضعا لأحكام الشرع.[207] وعليه، تبدو فكرة إلحاق مقتضيات حق الكد والسعاية بالأعراف البربرية المخالفة لأحكام الشرع فكرة غير سليمة، وتفتقد إلى الدقة في نفس الوقت.

• المطلب الثاني:

مخالفة حق الكد والسعاية للمشهور وما جرى به العمل.

من بين الانتقادات التي وُجهت لحق الكد والسعاية من زاوية مخالفته لأصول التشريع، هو كونه يخالف المشهور من مذهب الإمام مالك من جهة، وما جرى به العمل من جهة أخرى، فما المقصود بهذين الأصلين؟ (الفقرة الأولى) وهل في إجراء العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية، مخالفة للمشهور وما جرى به العمل؟ (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى:

مفهوم المشهور وما جرى به العمل.

أولا: المشهور:

في إطارأعمال ندوة جامعة الحسن الثاني عين الشق، بعنوان " النوازل الفقهية وأثرها في الفتوى والاجتهاد" منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية، سلسلة ندوات ومناضرات، مطبعة المعارف الجديدة – الرباط- ص: 211، - وانظر في نفس المفهوم عند امحمد العثماني: ألواح جزوية والتشريع الإسلامي، م.س، ص: 99

[206]- انظر في أمثلة بعض مضامين تلك الألواح عند:

- امحمد العثماني: م.س، ص: 122 – 131.
- عبد الخالق أحمدون: القوانين العرفية بالمغرب (قانون ماسة ادوامط نموذجا) م.س، ص: 26 – 34.

[207] -LAFOND.J : Les sources du droit coutumier dans Le Sous, op.cit, p : 67.

لم يتفق فقهاء المالكية حول مفهوم مُوحد للمشهور، حيث تعددت الأقوال بشأنه بين من يخصصه بمذهب ابن القاسم الذي سلكه في المدونة،[208] وبين من يرى بأنه ما قوي دليله،[209] وهناك من يرى بأنه **الرأي** الذي كثر قائله،[210] وهذا المفهوم الأخير هو **المعتمد لدى أغلب** فقهاء المالكية،[211] **وبه** أخذت م.أ.ش **الملغاة**[212].

ثم إن أهمية المشهور– **كأصل من أصول** المذهب المالكي– تبرز من خلال ما منحه الفقهاء الأصوليون من مرتبة التقدم والرجحان، بحيث لا يجوز العدول عن المشهور إلا لمن كان مجتهدا داخل المذهب،[213] وله أهلية ترجيح غير المشهور، أما من كان مقلدا،[214] فإنه ملزم بأن يسلك مسلك المشهور، وفي هذا يقول **الإمام ابن فرحون في تبصرة الحكام** « يلزم القاضي المقلد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه ... فإن لم يقف على المشهور من الروايتين أو القولين، فليس له التشهي والحكم بما شاء منهما من غير **نظر في** الترجيح...».[215] **لكن**، إذا جرى العمل بخلاف المشهور مع ثبوت ذلك العمل وصحته، فإنه **يُعْدَلُ** عن المشهور و**يُقْضَى** بما جرى به العمل.

ثانيا: ما جرى به العمل.

يقصد بما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، تلك الاجتهادات الفقهية، والقضائية، التي عدلت فيه عن القول الراجح أو المشهور **في بعض المسائل** إلى القول بالضعيف

---

[208]- هو عبد الرحمان بن القاسم العتقي المصري « لزم مالكا رضي الله عنه أزيد من عشرين سنة، ولم يفارقه حتى توفي، وكان لا يغيب عن مجلسه إلا لعذر، وكان عالما بالمتقدم والمتأخر... وقد نقل مذهبه للناس ليعملوا به، والذي يعمل به هو المتأخر دون المتقدم» - برهان الدين محمد بن فرحون: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج1، م.س، ص: 47-48.

- وحول صحة اعتبار قول ابن قاسم في المدونة بأنه المشهور أم لا، راجع :

- عبد السلام العسري : نظرية الأخذ بما جرى به العمل، م.س، ص: 40 وما بعدها.

- محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء- الطبعة الثالثة ، 1423 هـ/2002 م، ص: 494-498 .

[209]- للتوسع انظر:

- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي : البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام، ج1، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية – بيروت- الطبعة الأولى 1418 هـ/م1998 ، ص: 40.

- محمد رياض : م.س، ص: 490-493.

[210]- أبو الشتاء بن الحسن الغازي: مواهب الخلاق، ج2، م.س، ص: 237.

[211]- محمد رياض : م.س، ص: 498.

[212]- محمد الكشبور : م.س ، ص: 48.

[213]- المقصود بالمجتهد داخل المذهب – كما عرفه الإمام بن قيم الجوزية – هوكل « مجتهد مقيد في مذهب من ائتم به، فهو مجتهد في معرفة فتاويه وأقواله ومأخذه وأصوله، عارف بها، متمكن من التخريج عليها، وقياس مالم ينص من ائتم به عليه على منصوصه من غير أن يكون مقلدا لإمامه لا في الحكم ولا في الدليل، لكن سلك طريقه في الإجتهاد والفتيا ودعا إلى مذهبه ورتبه وقرره، فهو موافق له في مقصده وطريقه معا.».

- ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين، ج4، م.س، ص: 212.

[214]- عرف الإمام الآمدي التقليد بقوله « أما التقليد، فعبارة عن العمل بقول الغير من غير حجة ملزمة، وهو مأخود من تقليده القلادة وجعلها في عنقه »- علي بن محمد الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ج4، م.س ، ص: 221

وللتوسع بخصوص موضوع التقليد في أصول الفقه راجع :

- ابن قيم الجوزية : م.س، ج2 ، ص: 168 وما بعدها.
- علي بن محمد الآمدي: ج4، م.س، ص: 223 ومابعدها.

[215]- برهان الدين محمد بن فرحون : تبصرة الحكام، ج 1، م.س، ص: 51.

والإفتاء به لسبب اقتضاه الحال، من درء مفسدة، أو جلب مصلحة، أو مجاراة عرف صحيح جرت عليه تصرفات الناس[216].

ونظرية ما جرى به العمل، تجد أساسها في أصل مهم من أصول مذهب الإمام مالك، وهو عمل أهل المدينة، الذي يعد المنطلق الأصلي لفكرة العمل بالمغرب والأندلس، ومنه تفرعت كافة أنواع العمل الإقليمي والمحلي.

ثم إن الفقهاء قد اختلفوا في الأخذ به، فمنهم من أيده وأجرى العمل به، ومنهم من رفضه وأبطل الاعتبار به لكونه مدعاة لتحريف النصوص[217].

و إجمالا يشترط في القبول بما جرى به **العمل**، الشروط التالية[218]:

1. ثبوت جريان العمل به.
2. صدور أحكام العمل من الأئمة المقتدى بهم والمؤهلين للترجيح.
3. معرفة السبب في جريانه على خلاف المشهور أو الراجح.
4. أن يندرج تحت أصل عام من أصول التشريع الإسلامي.
5. معرفة محلية جريانه عاما أو خاصا من البلدان.
6. **معرفة زمان جريانه.**

وبثبوت الشروط المقدمة — على قدر من التفاوت بين الفقهاء — يصبح ما جرى به العمل مقدما على الراجح والمشهور عند التعارض، لقول صاحب العمل الفاسي[219]:

وما به العمل دون المشهور ** مقدم في الأخذ غير مهجور.

---

[216]- وبخصوص مفهوم ما جرى به العمل وظروف نشأته وتطوره وكذا شروط إعماله، انظر على سبيل المثال المراجع التالية:

- عبد السلام العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل: م.س، ص:101 وما بعدها.
- عمر الجيدي: العرف والعمل، م.س، ص:341وما بعدها.
- عمر الجيدي: تطور التشريع المغربي من خلال ما جرى به العمل، بحث منشور في إطار ندوة " فلسفة التشريع الإسلامي" مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية سلسلة الندوات، ص 114 وما بعدها.
- محمد الهبطي المواهبي: العمل في الإفتاء المغربي، مجلة الإحياء، العدد 15 من السلسلة الجديدة: 27 شوال 1420/يناير 2004، ص 99-101.

وبالفرنسية راجع:

- BOUSSETTA MOURAD : La coutume en droit Marocain, op.cit. p: 462 et s.
- MILLIOT LOUIS : Introduction a l'étude du droit musulman, Recueil sirey. Paris 1953 : 167 et s.

[217]- انظر : عمر الجيدي: م.س، ص 362- 367.

[218]- للتوسع في مضمون شروط الأخذ بما جرى به العمل كأصل من أصول التشريع بالمذهب المالكي، انظر:

- عبد السلام العسري: م.س، ص 147 وما بعدها.
- محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، م.س، ص 516 وما بعدها

وبالفرنسية راجع:

- BOUSSETTA MOURAD : op. cit. p : 476 et s.

[219]-محمد بن قاسم السلجماسي : شرح السلجماسي، ج 2، م.س، ص: 107 وفي مثله نظم أبو الشتاء بن الحسن الغازي في مواهب الخلاق:

مشهورهم لراجح تعارضا ** يقدم الراجح وهو المرتضى
وقدم العمل حيث جرى ** على سواه مطلقا بلا مرى

ـ أبو الشتاء بن الحسن الغازي : مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، ج 2، م.س، ص: 237

بمعنى « أن القول الشاذ الذي جرى عليه عمل القضاة واستمر حكمهم به، مقدم في الأخذ به على القول المشهور، فيجب على القاضي الحكم به، ويمضي حكمه به، ولا ينقض وإن كان ما جرى به غير مشهور»[220].

فالفقهاء المتأخرون من المذهب المالكي، متفقون «على أن جريان العمل بقول من أقوال المذهب مما يرجح به، ووجهوا ذلك: بأن تقديم ما جرى به العمل على المشهور مع أن كلا منهما راجح من وجه، إن في الخروج عما جرى به العمل تطرق التهمة إلى الحاكم، فوجب عليه اتباع العمل سادا للذريعة، إلا أنهم قيدوا ذلك بمعرفة الزمان والمكان، لأن أكثر ما جرى به العمل مبني على العادة والعرف، والعادة والعرف يختلف باختلاف والبلدان...»[221].

وقد أكد المجلس الأعلى على نفس المعنى المتقدم، حيث قرر بشأن نزاع عقاري بأنه: « وحيث إن الحكم المطعون فيه استند على ما به العمل من مذهب مالك في مسألة القيام بالغبن، واستدل على ذلك بنصوص كثيرة، منها ما لصاحب العمل الفاسي، وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، مقدم على المشهور والراجح لقول صاحب العمل الفاسي:

وما به العمل دون المشهور ** مقدم في الأخذ غير مهجـور.

مما كان معه الحكم المطعون فيه لم يخرق قاعدة وجوب القضاء بالراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل، بل طبقها تطبيقا صحيحا، وبالتالي كان ما بالوسيلة الثانية غير مرتكز على أساس »[222].

الفقرة الثانية:

مناقشة اعتبار حق الكد والسعاية مخالفا للمشهور وما جرى به العمل.

اعتبر الشيخ عبد القادر الفاسي في رده على فتوى ابن عرضون ومن وافقه من شيوخ الجبال، أن إعطاء من يخدم في الزرع جزء منه شركة على قدر خدمته، هو حكم بخلاف المشهور، بل هي فتوى تتعارض مع ما جرى به العمل في قرطبة، وما درج العمل به عند جهابذة الفقه والأئمة الإعلام، حيث يقول: «...ولا تحل الفتوى في دين الله إلا بالمشهور، وما يخال أنه حق ومن الفساد الاستناد في الحكم والفتوى إلى أغراض الناس واتباع أهوائهم من غير دليل شرعي...

وكذلك نقله أن المشهور ما صحبه العمل، تنزيل له في غير محله، إذ ذلك مع موافقة الحق ومصادفة المنصوص لا مع مصادمتها كما هو فرض النازلة، فإذا كان القول صحيحا

---

[220]- محمد بن قاسم السلجماسي: ج 2 ، م.س، ص: 107.

[221]- عبد السلام العسري: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب، م.س، ص: 70.

[222]- قرار المجلس الأعلى عدد 61 مؤرخ في 26 يناير 1982، ملف عقاري عدد 58101 غرفة الأحوال الشخصية والميراث أورده منشورالأستاذ أحمد ادريوش في مؤلفه : نطاق ظهير الالتزامات والعقود تأملات حول موقف القضاء المغربي من مشكلة علاقة ظ.ل.ع بالفقه الإسلامي، سلسلة المعرفة القانونية رقم 3 ، مطبعة الأمنية – الرباط- الطبعة الأولى 1996م، ص: 174-179.

- وانظر في موقف القضاء المغربي من مسألة ترجيح ما جرى به العمل على المشهور:

- عبد المجيد غميجة : موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، م.س، ص: 331 وما بعدها.

وصحبه العمل ينبغي الجري عليه قطعا لشغب الحكام، وتشغيبات الأحكام، وهذا إذا كان العمل ممن يقتدى به، كعلماء قرطبة وأمثالهم .»[223].

ويتضح مما ذكر، أن الشيخ عبد القادر الفاسي اعترض على فتوى الفقهاء القائلة بإعطاء جزء من الزرع على حسب الخدمة، لكل من شارك فيه بالعمل، على أساس أنها مخالفة للمشهور من جهة أولى، ولما جرى عليه العمل، سواء من حيث عدم صدورها ممن يقتدى بهم في إجراء العمل، أو من حيث مخالفتها لعمل قرطبة من جهة ثانية.

إلا أن ما ذهب إليه الشيخ عبد القادر في اعتراضه يبقى محل مناقشة من عدة وجوه؛ **فاعتباره** للفتوى بكونها جارية على خلاف المشهور، تبقى غير واضحة، إذ **المقرر عند** الفقهاء أن المشهور إذا صحبه العمل قدم هذا الأخير عليه،[224] **وبما أن إعطاء الزوجة ومن** خدم الزرع حقهم منه قسمة على الرؤوس بحسب الخدمة، أمر تقرر العمل به وإجراؤه **لدى** أكثر من فقيه، فأصبح مما جرى به العمل المستند إلى العرف،[225] يبقى معه اعتبار الفتوى **بحق** الكد والسعاية مخالفة للمشهور غير ذات أساس، لأن الذي جرى به العمل يقدم على المشهور حسب قواعد الترجيح السابق ذكرها، خاصة وأن الكثير من الفقهاء الأعلام أمثال ابن رشد، وابن سهل، وابن العربي، وابن عتاب وغيرهم، كانت لهم «اختيارات وتصحيحات لبعض الروايات والأقوال، عدلوا فيها عن المشهور، وجرى باختيارهم عمل الحكام والفتيا **مما اقتضته** المصلحة وجرى به العرف ».[226] والأمثلة في مخالفة ما جرى به العمل للمشهور عديدة[227].

---

[223]- انظر الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني : تحفة أكياس الناس، م.س، ص: 278-279.

- محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني : حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني، ج 4 ،م.س، ص: 38.

[224]- انظر بيان ذلك بالصفحة من هذا البحث.

[225]- إن حق الكد والسعاية يدخل ضمن إطار ما جرى به العمل المبني على العرف، حيث نجد أكثر من فتوى نصت على إجراء العمل به سواء بمنطقة سوس أو بلاد غمارة، ومن تم فجريان العرف به وإقرار الفقهاء لهذا العرف فقها وقضاء في فتاويهم وأحكامهم - بطبيعة الحال في حدود تلك المناطق- أدى إلى تطوره حتى أصبح مما جرى به العمل المبني على العرف.

ومما تجدر إليه الإشارة في هذا الصدد، أنه على الرغم من وجود تداخل بين ما جرى به العمل والعرف إلى حد الخلط بينهما دون تمييز لدى بعض الفقهاء، فإنه مع ذلك توجد فروق كثيرة بين الاثنين:

1- من حيث شكل التعبير: هناك فرق بين كلمة عرف وكلمة عمل.

2- العمل ذو طابع قضائي يرجح على المشهور والراجح، أما العرف فهو نابع من الجماعة، ودور القضاء فيه كاشف لا منشئ.

3- العرف يعتمد على الاعتياد والتكرار، بينما العمل قائم على تدخل القاضي أو المفتي لإجرائه.

4- العرف والعمل يختلفان كذلك من حيث شروط قيام كل منهما، فشروط إجراء العمل ليست هي شروط صحة العرف وقيامه

- وللاطلاع على هذه الفروق الدقيقة بين كل من العرف والعمل راجع:

- BOUSSTTA MOURAD : La coutume en droit Marocain, op.cit. p : 500-503.

[226]- الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني : تحفة أكياس الناس، م.س، ص: 278.

[227]- من بين هذه الأمثلة :

1- **بيع المضغوط** : هو المكره على البيع أو على سببه، فالمشهور أن الإكراه وكيفما كان نوعه ماديا أو معنويا، لا يلزم المكره في شيء، ويرد له ما باعه باعتباره غير مكلف، إلا أن العمل جرى بخلاف المشهور وذهب إلى لزومه .

2- **مسألة شهادة اللفيف** : فأصول الشريعة تقتضي عدم قبولها لأن الشهادة لا بد فيها من شرط العدالة: من اجتناب الكبائر وغالب الصغائر، وسائر المباحات التي تخل بالمروءة وتحط من قدر الإنسان؛ لكن لما صعب الحصول على شاهد من هذا النوعن وبهذه الصفات، فقد جرى العمل بشهادة اللفيف للضرورة قياسا على جواز شهادة الصبيان بعضهم على بعض فيما يجري بينهم، وكذا شهادة النساء فيما بينهم.

3— **شهادة الإبن مع أبيه**: فالمشهور أن شهادة الإبن مع أبيه هي شهادة واحدة، إلا أن العمل بالأندلس جرى على خلاف ذلك من حيث اعتبارها شهادتين، وقد أشار إلى ذلك ابن عاصم في التحفة بقوله:

ثم إن الاعتراض على اجتهاد الفقهاء بدعوى مخالفتهم للمشهور، هو من قبيل الركون إلى التقليد، خاصة وأن اجتهادهم كان في إطار المذهب لا خارجه.

كما أن اعتبار إجراء العمل بالفتوى — أي حق الكد والسعاية — يخالف ما جرى به العمل عند أهل قرطبة،[228] **وَرَدهَا** لكونها صادرة عن فقهاء لا محل للاقتداء بهم والجري **على ما قرروه من عمل، بناء على أن** الاقتداء يكون لعلماء قرطبة وأمثالهم، هو **اعتراض** في غير محله، ويشوبه الكثير من الغموض، ذلك أن منع إجراء العمل على أمثال الإمام ابن غازي، وابن خجو، وابن عرضون، والشيخ القوري، وأحمد البعل، وقصره على علماء **قرطبة** « يعتبر تمييزا لا يستند إلى سبب، لأن هؤلاء الفقها كلهم أهل **ل**الترجيح وإجراء العمل كفقهاء قرطبة، فلا وجه لتخصيص الاقتداء بأهل قرطبة وأمثالهم، إذ لا دليل شرعي على ذلك التخصيص، فالحق أن ما جرى به العمل من قسمة المنتوج الفلاحي على رؤوس من نتج عن خدمتهم، يندرج تحت أدلة شرعية ومستوف لشروط العمل، ولا ينكر عليهم ».[229]

أضف إلى ذلك أن فتوى الفقهاء المتقدمة — حق الكد والسعاية — هي من قبيل العمل الخاص أو المقيد،[230] الذي يجب إعماله بموضع ثبوته، طبقا للقاعدة القائلة " **بأن العمل الثابت بموضع لا يلزم جريانه في غيره** "[231]، ومن ثم فلا مجال لإنكاره وحمله على التعارض مع عمل أهل قرطبة، لأن هذا سيؤدي بالنتيجة إلى إنكار العمل **الفاسي، والمراكشي، والغماري، والسوسي**، في كل فتوى خالفت فيها عمل قرطبة.

ثم إن عمل قرطبة هذا، له أسبابه الخاصة التي دفعته إلى مخالفة المشهور، فقد تكون الضرورة، وقد تكون المصلحة، أو سد ذريعة، **أو مجارا**ة عرف، **كما أن إجراء العمل بحق** الكد والسعاية هو عمل له أسبابه الخاصة التي دعت إلى إجرائه، وهو مجاراة عرف يقضي

وشاع أن يشهد الإبن في محل ** ومع أبيه وبه جرى العمل

ـ وبخصوص القضايا التي جرى بها العمل خلافا للمشهور، انظر:

ـ عمر الجيدي : العرف والعمل، م.س، ص: 430 –511.

ـ أبو الشتاء بن الحسن الغازي : مواهب الخلاق، م.س، ص: 266 وما بعدها.

[228]ـ حول عمل قرطبة بالأندلس راجع :

ـ عبد السلام العسري : نشأة نظرية الأخذ بما جرى به العمل، م.س، ص: 115 وما بعدها.

[229]ـ عبد السلام العسري: م.س، ص: 200، ـ وانظر في نفس المعنى: ـ الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس، م.س، ص: 281.

[230]ـ في فقه العمليات يميز بين نوعين من العمل : العمل المطلق: وهو العمل الجاري في كثير من الأقاليم التي تنسجم عاداتها وتتآلف طبيعتها، وهو عام قد يعمل به في نواحي المغرب أو جزء منه.

ثم العمل الخاص أو المقيد، وهو العمل الجاري في جزء معين من إقليم الدولة، وهذا ما يطلق عليه بالعمل الفاسي، الغماري، السوسي، الرباطي، وحول مسألة التمييز بين العمل المطلق والخاص، انظر:

ـ عبد السلام العسري : نشأة نظرية الأخذ بما جرى به العمل عند فقهاء الأندلس والمغرب، مجلة دار الحديث الحسنية، العدد 3 سنة 1402م/1982 ، ص: 326-328

ـ محمد بن علي الكتاني : دور العمل الفاسي في تطور الفقه واستمراره، مجلة كلية الشريعة، العدد 6 شوال 1400هـ، غشت 1980م، ص: 69.

ـ عبد النبي ميكو : الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية، ج 1، الزواج والطلاق، الطبعة الأولى 1971، ص: 51.

ـ علال الفاسي: التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية، الكتابان الأول والثاني، نشر مؤسسة علال الفاسي، مطبعة الرسالة – الرباطـ طبعة ماي 20000، ص: 98

[231]ـ عبد السلام العسري : نشأة نظرية الأخذ بما جرى به العمل، م.س ، ص: 200.

بذلك، ومن ثم يظهر أن إنكار مشروعية حق الكد والسعاية ورفضه بناء على كونه يخالف عمل أهل قرطبة يبقى غير **مبني على أساس**.

وبهذا يتضح — نظرا لارتباط حق الكد والسعاية بالعرف — أن حق الكد والسعاية لا يخالف المشهور وما جرى به العمل، باعتبارهما أصلين من أصول التشريع في المذهب المالكي، إلا أن السؤال يبقى مطروحا حول مدى انسجام مقتضياته مع بعض المؤسسات الشرعية والقانونية الثابتة؟.

• المبحث الثاني:

تعارض حق الكد والسعاية مع مؤسسات قانونية وشرعية.

إذا كان مضمون الاعتراض الذي أبداه بعض الفقهاء حول مشروعية حق الكد والسعاية، قد انصب على أساس كونه ينطوي على مخالفة واضحة للشريعة وأصولها، **انطلاقا من اعتباره عرفا فاسدا** ومتعارضا مع مقتضيات المشهور، وما جرى به العمل، كأصلين من أصول المذهب المالكي.

وإذا كانت مناقشة هذه الفكرة قد **خلُصَ** من خلالها إلى أن حق الكد والسعاية على الرغم من وقوعه في هذا التعارض ظاهريا، إلا أن ارتكازه على العرف كمصدر له —**طبقا** للقواعد الأصولية — قد أخرجه من دائرة اللامشروعية إلى المشروعية، **فإن وجود بعض** المؤسسات الشرعية والقانونية الثابتة، كالنفقة، **ومتعة الطلاق، ونظام الإرث، قد أدى إلى** طرح السؤال مجددا حول أساس مشروعية هذا الحق في ظل وجود هذه المؤسسات التي يرى الاتجاه الرافض لمشروعية حق الكد والسعاية، أن في إعمال مقتضياته إيذانا بتقويض مؤسسة النفقة الزوجية من جهة (**المطلب الأول**)، ومدعاة لهدم أحكام **متعة الطلاق** وتعطيل قواعد الإرث كنظام إلهي من جهة أخرى (**المطلب الثاني**).

• المطلب الأول:

حق الكد والسعاية و مقتضيات النفقة الزوجية

تعتبر النفقة، من أهم المؤسسات الشرعية والقانونية الثابتة بالقرآن، والسنة النبوية الشريفة، والإجماع [232].

---

[232]- فثبوتها بالقرآن الكريم يستمد من قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهنّ حولين كاملين لمن أراد أن يُتم الرضاعة، وعلى المولود له رزقهنَّ وكسوتهنَّ بالمعروف) (سورة البقرة الآية 233) فالمولود له باعتباره زوجا، هو الملزم بالنفقة، ومنه أيضا قوله تعالى في سورة الطلاق الآية 6 (اسكنوهنَّ من حيث سكنتم من وجدكم، ولا تضاروهنَّ لتضيقوا عليهنَّ) ،الله تعالى أوجب للمرأة المطلقة تجاه زوجها أن يسكنها في منزل الزوجية أثناء عدتها حتى نهاية مدة العدة والأمر الوارد هنا هو الوجوب.

ثم إن السنة النبوية الشريفة أكدت في العديد من الأحاديث الصحيحة على وجوب النفقة، فعن جابر بن عبد الله أن رسول الله (ص) قال في خطبة حجة الوداع، « اتقوا الله في النساء فإنهن عوَانٌ عندكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولهن عليكم

وهي في معناها العام، تفيد ذلك الحق المالي الذي يبذله الإنسان لزوجته أوأصوله أوفروعه، أوأقربائه، من طعام وكسوة وخدمة « وكل ما به قوام معتاد حال آدمي دون سرف»[233].

أما معناها الخاص، فهي تفيد ذلك الحق المالي الثابت للزوجة اتجاه زوجها، بسبب الزوجية، سواء أكانت الزوجة فقيرة أم غنية.

ولقد حدث نقاش كبير بين الفقهاء حول سبب وأساس التزام الزوج بالنفقة لزوجته، حيث ذهبت المذاهب الفقهية في ذلك إلى ثلاث اتجاهات[234]:

*__الاتجاه الأول:__ يرى أن النفقة تجب للمرأة بالاستمتاع، وهو مذهب المالكية والحنابلة والشافعية في مذهبهم الجديد.

فالمالكية يرون أن النفقة تجب للزوجة إذا كانت مطيقة للوطئ، ومكّنت نفسها لزوجها بعد الدخول بها، أما إذا كانت غير مطيقة، أو منعت نفسها عنه، فلا تجب لها النفقة.

وفي هذا يقول الإمام القرافي: « وفي الجواهر، هو موجب [أي الإنفاق على الزوجة] بشرط التمكن وبلوغ الزوج، وإطاقة المرأة للوطئ، لأن الذي عقد له الزوج لايحصل منها البلوغ، والمقصود منها التمكين، وهو حاصل دون البلوغ »،[235] كما أن الحنابلة، والشافعية في مذهبهم الجديد ذهبوا إلى نفس ذلك[236].

رزقهن وكسوتهن بالمعروف » - الإمام الحافظ بن ماجة: السنن، المجلد الثالث، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع-الرياض- الطبعة الأولى،1419ه/1998م، ص:272

وعن عائشة رضي الله عنها قالت « جاءت هند بنت عتبة، فقالت : يارسول الله، إن أبا سفيان رجل مسيك، فهل علي حرج أن أطعم من الذي له عيالنا ؟ قال : لا، إلا بالمعروف » رواه البخاري في باب نفقة المرأة إذا عاب عنها زوجها ونفقة الولد (حديث رقم5359) – انظر: صحيح البخاري: ج4، م.س، ص: 1726.

كما أن إجماع علماء الأمة ومنذ عهد رسول الله (ص) حتى يومنا هذا، منعقد على وجوب نفقة الزوجة على زوجها وأن امتناع الزوج عن الإنفاق بدون وجه شرعي، يوجب إلزامه بها قضاء.

- علال الفاسي: التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية، م.س، ص: 204.

[233]- انظر أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة،ج1، دار الغرب الإسلامي- بيروت- الطبعة الأولى 1999، ص: 321

[234]- وللتوسع حول مضمون رأي كل اتجاه، راجع:

- عبد الرحمان الجزيري: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة،ج4، دار إحياء التراث العربي –بيروت- الطبعة الأولى 1416ه- 1996م، ص: 486 ومابعدها.

- محمد بلتاجي : دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب، طبعة 1990، ص: 375 وما بعدها.

- أحمد الخمليشي : التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، نشر دار المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة –الرباط- الطبعة الأولى (د. ذ. ت ط) ص: 210- 216.

- محمد فاروق النبهان : علة الانفاق على الزوجة في نظر الفقه الإسلامي، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 8، أكتوبر - تشرين الأول 1988، ص: 422- 428

[235]- شهاب الدين أبي العباس القرافي: الذخيرة في فروع المالكية، ج4، تحقيق أبو إسحاق أحمد عبد الرحمان، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية –بيروت- الطبعة الأولى 1422ه / 2001م، ص: 232،

وانظر كذلك : - مالك بن أنس: المدونة الكبرى على رواية سحنون عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، المجلد الثاني، ج4، مطبعة السعادة –القاهرة- طبعة 1323ه ص: 254-256.

- أبو عبد الله محمد الخرشي: الخرشي على مختصر خليل، وبهامشه حاشية الشيخ العدوي، ج4، دار صادر –بيروت- الطبعة الثانية 1317ه، ص: 173-174.

- عبد الباقي بن يوسف بن محمد الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج4، منشورات محمد علي بيضون، دار

*__الاتجاه الثاني__: يمثله الحنفية، حيث يكمن سبب وجوب النفقة للزوجة هواحتباسها لفائدة الزوج، وذلك للقيام بأموره وما تقتضيه واجباتها المنزلية، فالنفقة تثبت للزوجة بالحبس **الثابت بالنكاح**، وفي هذا يقول الإمام الكساني « وأما المعقول، فهو أن المرأة محبوسة بحبس النكاح، حق للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه، فكان نفع حبسها عائدا إليه، فكانت كفايتها عليه، كقوله صلى الله عليه وسلم، الخراج بالضمان، ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه، فلو لم يكن كفايتها عليه لهلكت....[237]».

ثم إن الإمام السرخسي قد توسع في مفهوم الاحتباس الموجب للنفقة، حيث ذهب إلى **أن سبب وجوب** النفقة ليس هو العقد، لكن تفريغ الزوجة نفسها لخدمة الزوج،[238] وهذا يعني أن النفقة هي مقابل الخدمة التي تعملها الزوجة لفائدة زوجها[239].

*__الاتجاه الثالث__: ذهب إليه ابن حزم الأندلسي، حيث اعتبر أن النفقة تجب للمرأة بموجب العقد، بغض النظر عن كون الزوجة صغيرة أو كبيرة، وسواء دعيت إلى الدخول أم **لا**، بل حتى ولو كانت ناشزا، **فيقول**: « وينفق الرجل على امرأته من حيث يعقد نكاحها، دعي إلى البناء أو لم يدع ولو أنها في المهد، ناشزا كانت أو غير ناشز، غنية كانت أو فقيرة، ذات أب كانت أو يتيمة، بكرا أو ثيبا، حرة كانت أو أمة، على قدر ماله[240]».

لكن إذا كان الفقهاء قد اختلفوا في بيان أساس وجوب النفقة للزوجة وتفسيره، فما هو وجه التعارض بين هذا الأساس، ومقتضيات حق الكد والسعاية؟

يمكن القول، أنه على ضوء ما تقدم، يتضح أن ما ذهب إليه الاتجاه الأول من حصر أساس وجوب النفقة الزوجية في إطار التمكين من الاستمتاع وتحقيقه، وما ذهب إليه الاتجاه **الثالث من جعلها** ثابتة بموجب العقد، لا يفيد وجود أي تعارض بين هذه التفسيرات وحق الكد والسعاية، **إلا أن ما** ذهب إليه الاتجاه الثاني قد يوحي بوجود نوع من التعارض بينهما، ويظهر ذلك من خلال ما يلي:

الكتب العلمية-بيروت- الطبعة الأولى، 1422هـ2002م، ص: 437.

- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، طبع دار إحياء الكتب العربية ،(د.ذ.ت.ط)، ص: 508 وما بعدها.

[236]- وفي ذلك جاء بالمغني لابن قدامة، أن الزوجة تستحق النفقة للتمكين والاستمتاع، وهي بالجملة تكون بشرطين : « 1- أن تكون كبيرة يمكن وطئها، فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها، 2- أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها فأما إن منعت نفسها أو منعها أولياؤها أو تساكتا بعد العقد، فلم تبذل ولم يطلب فلا نفقة لها ...» (موفق الدين أبي محمد ابن قدامة : المغني، ج 9، دار الفكر –بيروت- طبعة 1412 هـ /1992م، ص: 282-283

[237]- علاء الدين بن مسعود الكساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، دار الكتب العلمية -بيروت- الطبعة الثانية 1406هـ/1986 م، ص: 16.

[238]- شمس الدين السرخسي: المبسوط، ج5، المجلد الثالث، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت- طبعة 1409هـ/1989م.ص: 186

[239]- وهو نفس التوجه الذي عبرت عنه اللجنة العلمية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في تقريرها بمناسبة مناقشتها للخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية، انظر التقرير ص: 37.

[240]-أبو محمدعلي ابن حزم الأندلسي : المحلى بالآثار، ج 9، نشر دار الفكر- بيروت- (د ذ ت ط) ص: 249

فمن مقتضيات مفهوم الاحتباس، أن النفقة هي مقابل خدمة المرأة لزوجها ولصالحه، حيث **تجب النفقة بمقتضى تلك الخدمة**،[241] وهذا ما قد يؤدي إلى القول: بأن سعاية المرأة وكدها لصالح الأسرة (الزوج والأبناء) لا يوجب لها حق المطالبة بهذا الحق، وإنما لها النفقة لا غير.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فمفهوم الاحتباس يقتضي منع المرأة من الخروج من بيت الزوجية **والقرار** فيه، وفي هذا يقول ابن عابدين « لا نفقة... لخارجة من بيته —**أي الزوج** — بغير حق، وهي الناشزة حتى تعود ولو بعد سفر، **فلو تزوج من المحترفات التي** تكون بالنهار في مصالحها وبالليل عنده فلا نفقة لها...»[242].

مما يعني معه أن أساس وجوب النفقة مرتبط كذلك بلزوم **المرأة دار زوجها والاحتباس عن الاكتساب والعمل.**

وعلى ضوء هذا التحديد، وبالنظر إلى أن استحقاق الزوجة أو غيرها من السعاة لحق الكد والسعاية — كما هو معلوم — هو رهين بوجود الاكتساب والمساهمة الفعلية في مراكمة الثروة الأسرية، وهذا لا يتأتى في كثير من الأحيان **إلا** بخروج المرأة للعمل وتحقيق الكسب، فإن هذا الأمر سيخلق نوعا من التعارض بين حق الزوجة في الكد والسعاية من حيث شرطه **المادي** المتمثل في العمل والكد، وبين أساس وجوب النفقة الزوجية القائمة على أساس نفي **ذلك للشرط المادي**، وهو الامتناع عن **الخروج والاحتباس بمنزل الزوجية إلا لضرورة أو موجب شرعي.**

على هذا الأساس، وانطلاقا من التحليل المتقدم، يبدو أن الإقرار بحق الكد والسعاية **بالنسبة للمرأة المتزوجة —على الأقل**— سيؤدي إلى خلق نوع من التعارض بينه وبين مقتضيات النفقة الزوجية من جهتين:

الأولى: تتجلى في تعارض حق الكد والسعاية مع أسباب وجوب النفقة الزوجية، وذلك انطلاقا من فكرة أن مفهوم الاحتباس يفيد منع الزوجة من التكسب والعمل.

الثانية: تتمثل في تعارض حق الكد والسعاية مع مؤسسة النفقة الزوجية، من جهة **تَمَاثُلُ** وظيفتيهما، انطلاقا من فكرة أن النفقة هي مقابل عمل الزوجة لصالح زوجها **والأسرة عموما.**

لكن، إذا كان التصور المتقدم المبني على وجود فكرة التعارض، قد يبدو منطقيا في طرحه، إلا أنه مع ذلك يبقى محل نقاش **من وجوه عدة:**

1- إن ربط أساس وجوب نفقة الزوجة بمفهوم الاحتباس، إنما يبقى فهما فقهيا وليس حكما تعبديا؛[243] **فالنفقة تعتبر من الالتزامات** العديدة التي يقوم عليها البيت **الزوجي**،[244] إذ الأصل في وجوبها العقد، فبمجرد حصول علاقة الزوجية تكون

---

[241]- انظر: - شمس الدين السرخسي : المبسوط، المجلد الثالث ،ج 5، م.س، ص:181 وما بعدها.

[242] - محمد أمين عابدين الدمشقي : رد المحتار على الدر المختار، المعروف بحاشية ابن عابدين، ج5، طبع دار إحياء الثرات العربي مؤسسة التاريخ العربي- بيروت- الطبعة الأولى، 1419هـ/1998م، ص:227-228.

[243]- أحمد الخمليشي : التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 2 ،م.س، ص: 216.

[244]- أحمد الخمليشي: م.س، ص: 216.

الزوجة موضوعا للنفقة، أما مسألة التمكين من الاستمتاع، أو الاحتباس، فهي أمور تدخل ضمن إطار المعاشرة بالمعروف[245] .

2- إن ما قرره المشرع المغربي في إطار م. أ.ش الملغاة، وكذا مدونة الأسرة النافذة، يؤكد على أن أساس وجوب النفقة هي العلاقة الزوجية، فالفصل 116 من م. أ.ش نص على أن « أسباب النفقة: – الزوجية...»، وبشكل أوضح نصت الفقرة الثانية من المادة 187 من مدونة الأسرة على أن «أسباب وجوب النفقة على الغير : الزوجية...» .

أضف إلى ذلك، وعلى الرغم من تنصيص الفصل 117 من م. أ.ش الملغاة، والمادة 194 من مدونة الأسرة، على أن نفقة الزوجة تجب بمجرد البناء، وإذا دعته للبناء، بعد أن يكون قد عقد عليها عقدا صحيحا، وهو ما قد يفهم منه أن المشرع قد ربط أساس وجوب نفقة الزوجية بالاحتباس[246]؛ فإن المجلس الأعلى أكد على أن المطالبة القضائية بالنفقة التي تتقدم بها المرأة رغم عدم وقوع الدخول بها من طرف زوجها المدعى عليه، تعتبر غير منافية لمقتضيات الفصل 117 من م. أ.ش الملغاة، ومن ثم فسر الفصل 117 على أساس أن العقد هو الموجب لنفقة الزوجة وليس واقعتي الدخول أو الدعوة إليه[247].

كما أن المجلس الأعلى أكد في قرار آخر له أن « النفقة الواجبة على الزوج لزوجته تنشأ عن عقد الزواج الصحيح، المستجمع لكافة أركانه وشروطه الشرعية.....»[248].ومن ثم فأساس وجوب النفقة الزوجية هو العقد الصحيح وليس الاحتباس.

ثم إن ما يؤكد على سلوك المشرع هذا المنحى، هو تنصيصه على أن الزوجة الناشز غير الحامل[249] لا تسقط نفقتها بالنشوز، إلا أنه يمكن إيقاف النفقة إذا حكم

---

[245]- محمد مهدي شمس الدين : المرأة بين التقاليد المختلفة وشعار التحرير الخادع، مقال منشور في إطار الدورة الخامسة لجامعة الصحوة الإسلامية بالرباط، ج1، م.س، ص: 134.

[246]- انظر في هذا المعنى :

- محمد الكشبور : الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص: 293.

- عبد السلام الشمانتي الهواري: الحقوق المالية للمرأة المتزوجة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس - الرباط - السنة الجامعية 1988- 1989، ص: 57 وما بعدها .

- وبالفرنسية راجع:

- MOLAY R'CHID ABDERRAZAK : La conditoin de la femme au Maroc, thèse pour le doctorat détat en droit , Universite MOHAMMEDV- rabat- 1981, p : 327

[247]- قرار المجلس الأعلى، عدد 69 بتاريخ 8-05-1975 ومنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 21، ص: 18.

[248]- قرار المجلس الأعلى، عدد 1623 بتاريخ 29-11-1983، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35-36، ص: 105.

[249]- النشوز، هو معصية الزوج، وهي مأخودة من النشز أي الارتفاع، فكأن الزوجة ارتفعت وتعالت عما أوجبه الله من طاعة الزوج، فهي امتناع الزوجة عن معاشرة زوجها أو تركها بيت الزوجية بدون مبرر شرعي، أو امتنعت بدون حق عن الانتقال إلى بيت زوجها، فالنشوز" مبني على إخلال الزوجة بحق الطاعة المقرر لفائدة الزوج بناء على مفهوم .

وانظر في مفهوم النشوز الزوجي وموقف الفقه والقانون منه:

- عبد المجيد غميجة : موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية ، م.س، ص: 115 وما بعدها.

- محمد الشافعي: أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية دار وليلي للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة 1998 ،ص: 204 وما بعدها.

على الزوجة بالرجوع لبيت الزوجية أو الفراش وامتنعت،(المادة 195 من مدونة الأسرة يقابلها الفصل 123 من م.أ.ش الملغاة)، بمعنى أنه يتعين على الزوج أن يستمر في الإنفاق على زوجته حتى في حالة نشوزها، بل ويمكنها المطالبة قضائيا بنفقتها وقت نشوزها[250]، ولا تسقط نفقتها إلا بحكم القاضي عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية التي هي من باب المعاشرة بالمعروف، لا من مقتضيات وجوب النفقة، و على هذا يتوضح بشكل جلي أن أساس النفقة ليس الاحتباس وإنما هو العقد.

3- إن جعل النفقة مقابل عمل المرأة سيؤدي إلى القول: بأن عقد الزواج يستبطن عقدا آخر وهو عقد الشغل؛ إذ القاعدة المنصوص عليها بقانون الشغل, تفيد أن كل عمل لا بد فيه من أجر، فالأجر هومقابل العمل، بغض النظر عن طبيعته إن كان عينا أم نقدا، وبما أن النفقة تمثل مقابلا عينيا عن العمل الذي تقوم به الزوجة — حسب الرأي السابق ذكره — فالنتيجة أن عقد الزواج يمثل طريقا للحصول على عمل مأجور.[251]
هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فالنفقة إذا كانت هي مقابل العمل، فإن ذلك سوف يؤدي إلى اعتبار عقد الزواج عقدا« فاسدا مفسوخا، إذ الرجل عندما يشتري أو يستأجر عمل المرأة بالنفقة، لا يدري مقداره ولا نوعه، والمرأة عندما توافق على ذلك أو تقبله، لا تعلم هي الأخرى حجم النفقة التي ستتلقاها منه، ولا صفتها، والجهل بالعوضين أوبأحدهما يبطل العقود ويوجب فسخها».[252]

4- إن خدمة الزوجة خارج البيت أو داخله لفائدة الزوج أو الأسرة عموما، ليس من قبيل الأمر الواجب والملزم لها، فالرجل يبقى المكلف بذلك، وعلى الفقهاء وليس كلهم، متفقون على أن المرأة لا تجبر على شيء من الخدمة، إذ لا أصل لذلك، وفي هذا يقول الإمام الحافظ بن حجر العسقلاني في شرحه للبخاري: « وأما أن تجبر المرأة على شيء من الخدمة فلا أصل له، بل الإجماع منعقد على أن على الزوج

- عبد السلام العسري : اختيارات مدونة الأحوال الشخصية من أقوال وروايات المذهب المالكي غير المشهورة واختياراتها من خارج المذهب، دار الحديث الحسنية، العدد 8، سنة 1410هـ/1990م، ص: 84.

[250]- فريدة بناني: تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي- الجنس معيارا- سلسلة منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- مراكش- رقم9، طبعة 1992-1993 ص: 61.

- وانظر في الدفاع عن هذه الفكرة:

- عبود رشيد عبود: الأحوال الشخصية قواعد ونصوص وشروح، نشر مكتب الرشاد –الدار البيضاء- الطبعة الأولى 1965، ص: 168-170.

[251]- فريدة بناني: م.س، ص: 172.

[252]- محمد الهبطي المواهبي: ما مدى إمكانية التأويل التي يوفرها المذهب المالكي لإصلاح حقيقي لقانون الأسرة بالمغرب؟ المجلة المغاربية للكتاب، مقدمات، عدد خاص، رقم 4، بعنوان" إمكانية التأويل من أجل إصلاح جوهري لقانون الأسرة" ص:45.
وانظر حول مسألة عدم وجود تناسب بين قيمة الخدمات المنزلية التي تقوم بها المرأة المتزوجة بصفة خاصة، وبين النفقة، حيث يكون مقابل عمل المرأة أقل من قيمته الحقيقية:

- DAOUD ZAKYA : La révolté des Marocaines, R .L ,N° :93 - Décembre 1977.p : 8 et s

مؤونة الزوجة كلها... »،[253] **ومن ثم إنْ** هي عملت ما يفيد زوجها وأسرتها من غير ما هو واجب عليها شرعا، فإنها بذلك تستحق مقابلا عن هذا العمل.

خلاصة القول: أن الاعتراض على مشروعية حق الكد والسعاية من جهة تعارضه مع مؤسسة النفقة الزوجية، يبقى موقفا غير سليم .

• المطلب الثاني:

تعارض حق الكد والسعاية مع أحكام المتعة ونظام الإرث.

تدعيما لفكرة وجود تعارض بين كل من حق الكد والسعاية وبعض المؤسسات القانونية والشرعية، يذهب الاتجاه الرافض لمشروعية هذا الحق، إلى أن إعمال مقتضيات هذا الأخير سوف يؤدي إلى المساس بمؤسسة المتعة وهدم أحكامها من جهة (**الفقرة الأولى**) والتأثير على نظام الإرث وتعطيل قواعده التي اختص الله سبحانه وتعالى ببيانها وتحديدها وفق حكمته وإرادته من جهة **أخرى** (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى:

الإقرار بحق الكد والسعاية محاولة لهدم أحكام المتعة.

المقصود بالمتعة: هي « مايؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها .»[254]، أو هي « الإحسان إلى المطلقات حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله في القلة والكثرة».[255]

وموضوع المتعة كان محط خلاف بين المذاهب الفقهية، من حيث حكمها التكليفي وطبيعة الطلاق الذي يوجبها؛ فمنهم من يرى بأنها مندوبة في كل مطلقة، **ما عدا المطلقة قبل** الدخول التي سمي لها مهر، ومنهم من يرى بأنها **واجبة في حق** كل مطلقة، بينما يذهب آخرون إلى أنها واجبة في بعض الأحيان، ومستحبة أحيانا أخرى[256].

---

[253]- الحافظ بن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح الإمام البخاري: ج9، تحقيق محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، طبع المكتبة السلفية الطبعة الثالثة 1407ه ، ص: 417.

[254]- « فقوله "مايؤمر الزوج" جنس يعم جميع مايطلب في حق الزوج للزوجة.

وقوله " لطلاقه إياها" يخرج النفقة والكسوة وغير ذلك، والديون التي عليه لها...» . - أبو عبد الله محمد الأنصاري الر صاع: شرح حدود ابن عرفة، ج1، م.س، ص: 269.

[255]- أبو عمر يوسف ابن عبد البر: الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والإختصار، ج17، دار قتيبة للطباعة والنشر- دمشق- الطبعة الأولى 1414ه / 1993م، ص: 273.

[256]- فالمالكية يرون بأنها مستحبة في حق كل مطلقة ما عدا التي طلقت قبل الدخول وقد سمي لها صداق، وذلك لقوله تعالى (حقا على المحسنين) (الآية 236 سورة البقرة) وقوله أيضا (حقا على المتقين) (الآية 241 من سورة البقرة) فربط المتعة بالإحسان والتقوى، دليل على انصراف التكليف الى الندب دون الوجوب، أما فيما يتعلق باستثناء المطلقة غير المدخول بها التي سمي لها

أما فيما يتعلق بالقانون المغربي، فالمتعة واجبة لكل مطلقة إذا كان الطلاق من جانب الزوج، إلا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول، وهذا ما نص عليه الفصل 60 من مدونة أ.ش قبل تعديل 1993[257]، **وكذا الفصل** 52 مكرر بعد التعديل،[258] **أما بالنسبة لمدونة**

صداق، فنصف الصداق الذي تستحقه يكون بمثابة متعة لها، وحول هذا الموقف راجع :

- مالك بن أنس: المدونة الكبرى، المجلد الثاني، ج5، م.س، ص: 332 ومابعدها.
- شهاب الدين أبي العباس القرافي: الذخيرة، ج4، م.س، ص:220-221.
- أبو عمر يوسف بن عبد البر: الإستذكار، ج17، م.س، ص: 274.
- علي الصعيد العدوي : حاشية العلامة العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد القيرواني، ج 2، مطبعة الاستقامة - القاهرة - طبعة 1372 هـ 1953م، ص: 82.

أما الظاهرية، فقد ذهب ابن حزم إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة سواء قبل الدخول أو بعده، سواء طُلقت طلقة أو اثنين، أو ثلاثة، وسواء فرض لها صدقها أو لم يفرض لها شيء، ولاتسقط المتعة بمراجعة الزوج لمطلقته أثناء عدتها، ولا حتى بموته ولا بموتها؛ إذ المتعة لكل مطلقة على الجملة، لقوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف) (الآية 241 من سورة البقرة) فلم يستثن الله تعالى أي مطلقة، إلا أن المملكة والمخيرة ليس لها المتعة لأن ذلك فسخ للزواج وليس طلاقا.

- أبو محمد علي ابن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج 10 ، م.س، ص: 3 وما بعدها.

ثم إن الشافعية ذهبو إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة سواء أكان الطلاق قبل الدخول أم بعده، إلا المطلقة قبل الدخول التي سمي لها المهر، فإنه يكتفي لها بنصف المهر، وتجب أيضا للمختلعة والمملكة والمخيرة، بل حتى في حالة اللعان، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف) وقالوا أن الأمر هنا للوجوب لا للندب، أما المطلقة قبل الدخول وبعد تسمية المهر، فدليل عدم استحقاقها للمتعة هو قوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) (الآية237 من سورة البقرة).

- محمد ابن إدريس الشافعي: الأم، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، ج 7، 1403هـ/ 1983 م، ص: 270 – 271.
- شمس الدين محمد الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي (رضي الله عنه)، ج 6، شركة مكتبة مصطفى الجبلي وأولاده – مصر- الطبعة الأخيرة، 1386هـ/1967 م، ص: 364-365.

أما الحنفية، فذهبوا إلى أن المتعة قد تكون واجبة، وقد تكون مستحبة؛ فهي واجبة في حق كل مطلقة قبل الدخول (المسيس) وتسمية المهر (الفرض) أوتسميته تسمية فاسدة، وهي مستحبة في حالة الطلاق بعد الدخول في نكاح فيه تسمية.

- شمس الدين السرخسي: المبسوط، المجلد الثالث، ج5، م.س، ص: 61-62.

كما ذهب الحنابلة إلى أن المطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها مهر، لها المتعة وجوبا، وهي مندوبة في حق غيرها.

- انظر : موفق الدين أبي محمد ابن قدامة، المغني، ج8، م.س، ص: 51
- وللتوسع أكثر في الاختلافات الفقهية بشأن هذه النقطة راجع :
- أبو عمر يوسف بن عبد البر: الإستذكار، ج17، م.س، ص: 273-275
- محمد بن رشد القرطبي (الحفيد) : بداية المجتهد ونهاية المقتصد، نشر دار المعرفة –بيروت- ج 2، الطبعة السابعة، 1985م/1405هـ، ص: 97-98 .
- أحمد فتحي بهنسي : نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، الطبعة الأولى 1408هـ / 1988م، ص: 35-53 .
- عبد السلام الشمانتي الهواري: الحقوق المالية للمرأة المتزوجة، م.س، ص: 98-101
- محمد البشيري: مناقشة المطالب النسائية، م.س، ص: 643-645
- الحسن اسراج : المتعة في الطلاق مجلة المحلق القضائي، عدد 9- 10- 11 نونبر 1983، ص: 133-136.

[257]- حيث نص على أنه « يلزم كل مطلق بتمتيع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها، إلا التي سمي لها الصداق، وطلقت قبل الدخول » - الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد 2354- 13 جمادى الأولى، 1377 (6 دجنبر 1957) ص: 2637.

- وانظر في تحليل الفصل فقها وقضاء: عبد السلام الشمانتي الهواري : م.س ص: 102 وما بعدها.

[258]- حيث استعمل النص نفس الصياغة، وبنفس المفردات التي وردت بالفصل 60 قبل التعديل،- انظر الفصل52 مكرر من ظهير شريف معتبر بمثابة قانون رقم 1.93.347 صادر في 22من ربيع الأول 1414هـ(10 شتنبر 1993) بتغييروتتميم بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية - الجريدة الرسمية (باللغة العربية)،عدد 4222 -12 ربيع الآخر 1444هـ (29 شتنبر 1993)، ص: 1834.

الأسرة، فهي لم تتعرض للمتعة إلا في إطار مستحقات المرأة المطلقة، كما أنها لم تحدد نوع المطلقة التي يجب لها المتعة، وإنما اكتفت بتحديد معايير تقديرها.[259]

هذا باختصار عن أحكام المتعة فقها وتشريعا، فما هو وجه التعارض الحاصل بين أحكام المتعة وحق الكد والسعاية؟

الحقيقة أن رفض مشروعية حق الكد والسعاية من خلال إقرار تعارض مقتضياته مع أحكام المتعة –على اعتبار أن إعمال مقتضيات حق الكد والسعاية سيؤدي إلى هدم أحكام المتعة– ينطلق من وجه التشابه الحاصل بين المؤسستين، والذي قد يؤدي إلى عدم التمييز بينهما.

فمن جهة أولى، يوجد تقارب بين كل من حق الكد والسعاية والمتعة من حيث صفة الشخص المستحق لكل منهما، وهي "المطلقة".

ومن جهة ثانية، هناك نوع من التداخل بين المؤسستين من حيث الحكمة من إجرائهما، فالمتعة مرتبطة بجبر خاطر المطلقة وتعويضها عما قضته من حياة حلوة ومرة كلها تضحية وعطاء[260]، بل وتعويضها عن الضرر الحاصل لها بفعل الطلاق غير المبرر[261].

كما أن حق الكد والسعاية، قد يفهم من خلال بعض صوره المرتبطة بحالة الطلاق، على أنه تعويض عن الضرر الحاصل عن الطلاق والمتمثل في عدم استفادتها من الأموال التي ساهمت في بنائها داخل المنزل أو خارجه.

ومن جهة ثالثة، هناك تقارب بين كل من المتعة وحق الكد والسعاية فيما يتعلق بمعايير تقدير النصيب المالي المستحق في كل منهما، خاصة وأن المادة 84 من مدونة الأسرة جعلت من المعايير المعتمدة في تقدير المتعة، فترة الزواج، والوضعية المالية للزوج، وكلها معايير تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير حق السعاية في الكد والسعاية.[262]

على هذا الأساس، يبدو أن وجود نوع من التقارب بين المؤسستين قد يفضي إلى إقرار نوع من التعارض بينهما، على اعتبار أن إجراء العمل بإحداهما سيؤدي ضمنيا إلى إلغاء الأخرى.

لكن على الرغم من وجود بعض صور التشابه بين المؤسستين، إلا أن مجارة الاتجاه القاضي بوجود تعارض بينهما يبقى محل نظر.

---

[259]- وقد أورد المشرع ذلك في إطار المادة 84 حيث نص على أنه « تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقات العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج، والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه » - الجريدة الرسمية عدد 5184 – 14 ذي الحجة 1424 (5 فراير 2004) ص: 429

ويرى الأستاذ محمد الكشبور أن المشرع في إطار مدونة الأسرة قد تخلى عن أحكام المذهب الشافعي فيما يتعلق بمؤسسة المتعة، واعتنق بدله المذهب الضاهري حيث صارت متعة الطلاق حقا للزوجة المنفصلة عن زوجها سواء أكان طلاقا أم شقاقا أم تطليقا، قبل الدخول أو بعده، سمي لها الصداق أم لم يسمى.

- محمد الكشبور: شرح مدونة الأسرة، ج2، انحلال ميثاق الزوجية، م.س، ص: 61 .

وانظر أيضا: - عبد الخالق أحمدون: الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، م.س، ص: 421.

[260]- إدريس حمادي : آفاق تحرير المرأة في الشريعة الإسلامية ، م.س، ص:138.

[261]- الحسين بلحساني : مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي ومدونة. الأحوال الشخصية، مجلة الميادين عدد خاص حول "م.أ.ش وتطور الواقع الإجتماعي المغربي" سنة 1988، ص: 219 وما بعدها.

[262]- بل هناك من يرى بأن المتعة يجب أن تقدر بحسب ما يملك الرجل من الثروة التي ساهمت في تنميتها، كما كان يفعل السلف الصالح – انظر: خديجة صبار : الإسلام والمرأة واقع وآفاق، طبع إفريقا الشرق، 1999، ص: 147.

فعلى الرغم من أن واقعة الطلاق، تعتبر من بين الحالات التي تخول للمطلقة إمكانية المطالبة بحق الكد والسعاية، وهي نفس الواقعة التي تمنحها حق الاستفادة من المتعة، إلا أن هذا التقارب في صفة الشخص المستحق للحق، لا يمكن فهمه على أن الأمر يتعلق بمؤسستين متماثلتين، حيث يؤدي إعمال إحداهما إلى هدم وإلغاء الأخرى، خاصة وأن المتعة لا تجب لكل مطلقة —على ما ذهب إليه الفقه المالكي— وإنما هي ثابتة لبعض الأصناف من المطلقات دون غيرهم، وعلى أساس أن يكون الطلاق صادرا من الزوج. أما حق الكد والسعاية، فتستحقه كل مطلقة ساهمت في تكوين أو تنمية مال الأسرة، دون تمييز بين مطلقة أو أخرى، ولا بين نوع الطلاق من حيث كونه صادرا من الزوج أو من غيره. هذا مع العلم أن حق الكد والسعاية يستفيد منه كل ساع في مال الأسرة، و ليس المطلقة فحسب.

ثم إن حق الكد والسعاية يقوم على أساس فكرة المساهمة والمشاركة في تكوين أو تنمية مال الأسرة، فلا علاقة له بمفهوم التعويض عن الضرر الحاصل من جراء فعل الطلاق، ولا بجبر الخاطر استنادا إلى فترة العلاقة الزوجية، كما هو الحال بالنسبة لمؤسسة المتعة.

أما فيما يتعلق بتقارب المؤسستين على مستوى بعض المعايير المعتمدة في تقدير النصيب المستحق في كل منهما، فالأمر هنا مرتبط بعناصر لا تتعلق بجوانب جوهرية تشكل الأساس الذي ترتكز عليه كل مؤسسة، وإنما هي عناصر تساعد القاضي على تقدير النصيب المستحق في كل منهما لا غير.

على هذا الأساس، يتضح أن حق الكد والسعاية كمؤسسة عرفية يبقى حقا مستقلا عن مؤسسة المتعة، ولا يمكن تصوره على أنه محاولة لهدم أحكامها.

الفقرة الثانية:

الإقرار بحق الكد والسعاية محاولة لتعطيل قواعد الإرث:

يذهب بعض المعترضين على مشروعية حق الكد والسعاية، إلى أن الإقرار بمقتضيات هذا الحق وإجراء العمل به، سوف يؤدي إلى تعطيل قواعد الإرث والتأثير على أنصبة الورثة التي اختص الله سبحانه وتعالى بتحديدها؛ فقد اعتبر الشيخ عبد القادر الفاسي — في إطار مناقشته لفتوى ابن عرضون ومن وافقه من شيوخ الجبال[263]— أن الإفتاء بحق الكد والسعاية، يعتبر خرقا « لفرائض الله تعالى التي قد قسمها بنفسه، فلم يبق فيها نظر ولا اختيار»[264]، ذلك أنه لا يجوز توريث من لم يورثه الشرع بالاستناد إلى الحكم والفتوى من غير دليل شرعي[265]، خاصة وأن فتوى ابن عرضون تمثل « تحايلا فقهيا على قاعدة: لا اجتهاد مع النص »[266]، ومن ثم يكون الإفتاء بمقتضيات حق الكد والسعاية باطلا.

على هذا الأساس ينتصب السؤال حول صحة هذا القول وحدود القبول به؟

---

[263]- راجع هذه الفتوى عند الفقهاء الذين تناقلوها في كتبهم وانظر بالخصوص - عمر الجيدي : ابن عرضون الكبير: م.س، ص: 194 وما بعدها. - سعيد أعراب : أبو العباس ابن عرضون، م.س، ص: 5

[264]- الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني : تحفة أكياس الناس، م.س، ص: 278.

[265]- عبد السلام الرافعي: فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي، طبع إفريقيا الشرق -الدار البيضاء- طبعة 2004، ص:281.

[266]- عبد الصمد الديالمي : في الاتصال بين الشريعة الإسلامية والشريعة الدولية في عدم التمييز بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات، م.س، ص: 84.

وإجمالا يمكن القول، أن مجاراة الرأي القاضي برفض مشروعية حق الكد والسعاية انطلاقا من كونه يخرق قواعد الإرث ونظامه، يبقى غير **مبرر لاعتبارات عدة.**

فحق الكد والسعاية الذي أفتى به ابن عرضون وغيره من الفقهاء، لا يتعارض مع أحكام الإرث، فهولا يمنح « المرأة المطلقة أو المتوفى عنها الحق في نصف الأموال أو الأملاك التي اقتناها الزوج لمدة فترة حياة الزوجية.

إذ لو كانت كذلك لمثلت خرقا فاضحا لأحكام الميراث ونظامهوحقوق الملكية وقواعدها.

إن الفتوى في الحقيقة تتعلق بجزء معين معلوم من المال، وهو الزرع **أو الثمار التي كان** للمرأة نصيب من العمل في زرعها، وسقيها، وخدمتها، وحصادها، وجمعها.

هذا المحصول الفلاحي تعلق حق المرأة به مثل غيرها من الخَدَمَة، **فوجب شرعا أن** تأخذ حقها مثل ما يأخذه الخماس، أو سائر أفراد الأسرة الذين يشتغلون إلى جانب الزوج، وكأن هذا الحق دين من الديون التي يجب إخراجها من التركة قبل قسمتها، فإذا أخذت الزوجة حقها المذكور، بقي نصيبها في مجموع المال إرثا بعد الوفاة، أما بعد الطلاق فليس لها نصيب آخر في مال الزوج الزائد على ما أخذته من نصيبها في الزرع والثمار...[267]».

ثم إن الشيخ عبد القادر قد « فهم أن الزرع المتخلف عن الهالك يقسم بأجمعه على كل من كان يباشر خدمته من غير أن يترك للهالك شيء منه، وليس كذلك، بل معناه أن الذين يخدمون الزرع يأخذون جزء منه على قدر خدمتهم، وما بقي يكون موروثا عن الهالك لورثته نظير إخراج الزكاة منه أولا إذا مات بعد طيبه، ثم يقسم ما بقي بعد إخراجها على ورثته. وبهذا لا يكون مخالفا للقسمة التي فرضها الله ورسوله، لأن هؤلاء الذين نتج الزرع عن خدمتهم تعلق حقهم الذي هو الأجرة بعينه، فيقدمون أولا كالمساقي، ثم ما فضل عنهم يدفع لورثته يقسمونه على فرائض الله، نظير الحقوق المتعلقة بعين التركة التي يبدأ بها أولا، ثم يقسم على الورثة ما بقي....».[268]

وعليه، **فلا مجال للقول بأن الفتوى تعتبر تحايلا** فقهيا على قواعد الإرث، بل هي **خاصة بالعمل ومقصورة** عليه [269]، فالسعاة يأخذون حقهم في الكد والسعاية، لأنهم ساهموا في تكوين أو تنمية مال الأسرة على وجه الشركة، ولذلك إذا ما توفي رب الأسرة الذي يقع تحت يده مجموع أموال الأسرة، يصبح هذا الحق كدين من الديون التي تخرج من التركة قبل توزيعها على الورثة[270].

كما أن اقتضاء حق الكد والسعاية من مجموع أموال التركة كدين، لا يمكن أن يفهم على أساس أنه مس بأنصبة الورثة التي اختص الله تعالى ببيانها، انطلاقا من كونه ينقص من الكتلة المالية للتركة، فحق الكد والسعاية في هذه الحالة لا يجعل من **المُعَصب صاحب فرض، ولا من مستحقي الفروض** أصحاب تعصيب، كما أنه لا **يُغَيِّرُ الفروض المستحقة** لأي وارث أو يحجب آخر، وإنما فقط يؤثر على مضمون التركة وكتلتها المالية، شأنه **في**

---

[267] عبد الكبير العلوي المدغري : المرأة بين أحكام الفقه والدعوى إلى التغيير، م.س، ص: 201-202

[268] - الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس، م.س، ص: 279-280.

[269] - عبد السلام حادوش: إدماج المرأة في التنمية، م.س، ص:61.

[270] - عبد الكبير العلوي المدغري: م.س، ص: 201.

ذلك شأن باقي الديون المتعلقة بعين التركة، كالمهر المؤجل، ونفقة الحامل وغيرها من الديون .

من هنا يبدو: **أن الاعتراض على مشروعية** حق الكد والسعاية باعتباره حقا عرفيا يمس بنظام الإرث وقواعده لا ينبني على أساس سليم وحجة مقبولة.

- **الفرع الثاني:**

الاتجاه القاضي بمشروعية حق الكد والسعاية:

إذا كان الاتجاه الفقهي السابق، قد حاول بكل ما أوتي من قوة، الدفاع عن موقفه وتبرير تصوره **الرافض** لمشروعية حق الكد والسعاية، وإذا كانت مناقشة هذا الاتجاه قد أفضت إلى تأكيد مشروعية هذا الحق وارتباطها بالعرف المحلي؛ فإن هناك اتجاها فقهيا **آخر، رأى أن** هذا **الحق** يستند في مشروعيته على أسس قانونية وشرعية عامة، وأن هذه الأسس لا تبرر فقط مشروعيته من حيث كونه عرفا محليا **يرتبط** إعماله **بنطاق جغرافي** محدد لا يتعداه، وإنما باعتباره حقا ثابتا لكل مساهم في تنمية أموال الأسرة أو تكوين ثروتها — خصوصا الزوجة التي يشهد الواقع لها بالمشاركة الفعالة في هذا المجال— **وبغض النظر** عما إذا كان هؤلاء المساهمون ينتمون لمنطقة جريان العرف بحق الكد والسعاية أم لا.

وإجمالا، فقد استند الاتجاه القاضي بمشروعية حق الكد والسعاية في تأصيله لهذا الحق على أساسين: أحدهما شرعي، والآخر قانوني.

بالنسبة للأساس الشرعي، اعتبر هذا الاتجاه، أن مشروعية حق الكد والسعاية ترتكز على أدلة شرعية عامة **لا تقبل المنازعة** أو الجدل؛ وتتمثل هذه الأدلة في القرآن الكريم الذي يحفل بمجموعة من الآيات البينات الدالة على هذا الحق ووجوب إقراره، وكذا قول الصحابي أو أقضيته، انطلاقا من قضاء الخليفة عمر بن الخطاب **(رضي)** فيما يعرف بقضية عامر بن الحارث وزوجته حبيبة. **(المبحث الأول).**

أما بالنسبة للأساس القانوني، فقد ركز هذا الاتجاه على نقطتين أساسيتين:

الأولى: تتمثل في تأكيده على استبعاد وجود أي تعارض بين مقتضيات **حق الكد** والسعاية **و القانوني المغربي.**

والثانية: تنطلق من احتجاجه **بوجود عمل قضائي** — وعلى رأسه المجلس الأعلى— حاول تكريس مقتضيات هذا الحق، وهو ما يشكل —حسب هذا الاتجاه— مبررا قانونيا إضافيا يدعم مشروعية هذا الحق ويبرر أساسه.

لكن ما يلاحظ **بالنسبة** لهذا الأخير وهو بصدد محاولته تأصيل حق الكد والسعاية وبيان سنده الشرعي والقانوني، أنه لم يراع الخصوصية العرفية لهذا الحق وارتكاز مشروعيته عليها، وهو ما يستدعي مناقشته على ضوء هذه الفكرة. **(المبحث الثاني).**

• المبحث الأول:

استناد حق الكد والسعاية إلى أدلة شرعية عامة:

اعتمد مُؤيِّدو حق الكد والسعاية في التأصيل لمشروعيته على أدلة شرعية مختلفة؛ فمنهم من أسندها إلى أحكام القرآن الكريم، انطلاقا من عدة آيات قرآنية كريمة (**المطلب الأول**).

ومنهم من استند على قضاء الخليفة عمر بن الخطاب (المعروفة بقضية عامر بن الحارث وزوجته حبيبة) كأساس لتأصيل مشروعية هذا الحق (**المطلب الثاني**).

إلا أن الملاحظ على هذا الاتجاه، أنه يسعى للدفاع عن مشروعية حق الكد والسعاية، **لا** على أساس أنه عرف محلي، **وإنما** باعتباره حقا يستند إلى نصوص شرعية عامة (القرآن الكريم، قول الصحابي أو أقضيته) توجب تعميم مقتضياته دون حصر نطاق تطبيقه بحدود العرف المحلي، وهو ما يتطلب مناقشته على هذا الأساس.

• المطلب الأول:

تأسيس حق الكد والسعاية على أحكام القرآن الكريم.

كثير من الكتابات التي تناولت موضوع حق الكد والسعاية — سواء منها القديمة أو **المعاصرة** — ارتكزت في تأسيس مشروعية هذا الحق على القرآن الكريم، وذلك انطلاقا من عدة آيات بينات، كقوله تعالى في سورة النجم الآية 39، (وأن ليس للإنسان إلا ما سعى

).[271] وقوله عزمن قائل في سورة النساء الآية 32 (للرجال نصيب مما اكتسبوا، وللنساء نصيب مما اكتسبن)[272].

بل هناك من ذهب إلى أن حق الزوجة في الأموال المحصلة أثناء الزواج (كصورة من صور حق الكد والسعاية) تجد أساسها في قوله تعالى من سورة البقرة (وإن اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا، اتاخذونه بهتانا وإثما مبينا، وكيف تاخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا).[273].

وفي بيان مناط هذا التأسيس والدفاع عنه، يذهب الأستاذ إدريس حمادي بقوله، « فما المراد إذن بهذا القنطار من المال المُعَبَّر عنه بهذه الطريقة، وبهذا النوع من الإلحاح؟ وما المراد بهذا الإحسان الذي يشق على النفوس ساعة الفراق؟.

لا يقال أن المراد به المهر، كما ذهب إلى ذلك كثير من المفسرين، لأنا نقول: إن مهر امرأة قطعت مع الزوج أشواطا في الحياة الزوجية، غالبا ما تكون المرأة قد استوفته من الزوج، بل استهلكته، فلا معنى للالتفات إليه بهذه الطريقة وبهذا الأسلوب.

ثم أيضا إن مقام الحديث وموضوعه هو الفراق ونهاية الحياة الزوجية وما يترتب عنها، والمهر لا يترتب على الفراق، بل يترتب على القِران وبداية الحياة الزوجية، ولذلك نقول: إن حمل قوله تعالى: (واتيتموا إحداهن قنطارا) على المهر والهدايا بعيد وبعيد جدا.... فالقضية أعمق من الصداق الذي تحمل عليه الآية، وأعمق من المتعة التي يختلف فيها الفقهاء....وأعمق حتى بالنسبة لمن قال بوجوب المتعة لهذا الصنف انطلاقا من آية أخرى، وهي قوله تعالى: (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين)، أقول: إنها أعمق من كل ذلك، لأن هذا التعبير " بالاستبدال" الذي يشعر بتحميل الزوج مسؤولية إنهاء العقد من جهة، والتعبير من جهة أخرى بما يتبع ذلك من إيتاء قنطار من المال، والتعبير عن العلل التي كان الالتزام من أجلها بدفع القنطار: البهتان والإثم - وإفضاء البعض إلى البعض- وأخيرا الميثاق الغليظ الذي يُلف الحياة الزوجية من مبتداها إلى منتهاها، والذي اتفق المفسرون على أن المراد منه قوله تعالى: (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)، كل ذلك جعلني أومن بأن المهر قطعا ليس هو المراد لأنه لا يناسب المقام، كما جعلني أومن بأن الذي يناسب المقام، هو ما نقله العلامة الألوسي عن الإمام الكرخي [بقوله: المراد بالإيتاء كما قال الكرخي: الالتزام والضمان كما في قوله تعالى: (وإذا سلمتم ما آتيتم) (البقرة الآية 233) أي ما التزمتم وضمنتم...والجملة حالية بتقدير قد، لا معطوفة على الشرط، أي قد آتيتم (التزمتم) التي تريدون أن تطلقوها وتجعلوا مكانها غيرها، قنطار أي مالا كثيرا[274]،] وما قاله كذلك ابن عرفة في تفسير معنى الإحسان الوارد في قوله تعالى (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)، وبذلك كله يتبين أن الآية جيء بها للتعبير عن حق وحق كبير من المال

---

[271]- وقد اعتمد العديد من الفقهاء هذه الآية الكريمة لتأسيس مشروعية حق الكد والسعاية، فقد جاء في شرح نظم العمل الفاسي للسجلماسي قول « أما معنى السعاية، ما استفادوه من المال بعملهم، وفي الذكر، " وأن ليس للإنسان إلا ما سعى" أي إلا ما عمل.

- محمد بن قاسم السجلماسي: شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي، ج1، م.س، 255 وانظر كذلك:
- محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، ج2، م.س، ص:238.

[272]- ذكرها الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي: العمل السوسي في الميدان القضائي، ج1، م.س، ص280.

[273]- سورة النساء الآيتان 20/19.

[274]- أبو الفضل شهاب الدين محمود الألوسي: روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، نشر وطباعة دار الكتب العلمية- بيروت- المجلد 2، ج3و4، الطبعة الأولى، 1415هـ/1994م، ص:452.

يعطى لهذا النوع من المطلقات اللائي أبلين حياتهن في خدمة الحياة الزوجية، ثم بقدرة قادر رغب الزوج في الطلاق، لا لسبب إلا لسبب لستبدل زوج مكان زوج»[275].

وبهذا يستنتج الأستاذ حمادي، بأن حق المرأة في الممتلكات التي ساهمت بها أثناء الزواج، والتي أفتى بها علماء أجلاء كأحمد بن عرضون، تجده سندها في الآية الكريمة بناء على تفسير الإتيان "بالالتزام"، وأن هذا الالتزام مبني على علل (إفضاء البعض إلى البعض - الميثاق الغليظ - البهتان والإثم) وبما أن المقام هو مقام فراق، فوجب التسريح بإحسان وتنفيذ الالتزام المعبر عنه بالقنطار - كناية عن المال الكثير- الذي وجب للمرأة التي ساهمت في الممتلكات المستفادة بعد الزواج.

وأخيرا، هناك من اجتهد في تأسيس حق المرأة في مقابل الأعمال التي قامت بها طول مدة الحياة الزوجية[276] على قوله تعالى: (لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط). (الآية 25 من سورة الحديد).

والملاحظ أن من اعتمد على هذه الآيات القرآنية لتأسيس مشروعية حق الكد والسعاية، حاول من خلال ذلك أن يبرهن على أن هذا الأخير، ليس بحق عرفي ترتبط مشروعيته بمكان جريانه كعرف محلي، وإنما هو حق « يستقي جذوره من القرآن »[277] ومن ثم فلا مجال لحصره في منطق وجوده وممارسته دون تعميم مقتضياته « فالسعاية ليست بدعة محدثة ولا مجرد عرف مصطنع، أو عادة مألوفة لدى القدماء أو المحدثين، وإنما هي قاعدة تستمد شرعيتها من القرآن الكريم....» [278]

لكن إذا كان مضمون الخطاب الذي تحمله الآيات الكريمات يساعد في تقرير قاعدة أن الجزاء من جنس العمل، وضرورة إعمال قيم القسط والإحسان، وعدم نسيان الفضل بين الزوجين، إلا أنه مع ذلك لا يمكن من خلالها هذه الآيات الكلية و المجملة، التأسيس لمشروعية حق الكد والسعاية — باعتباره حقا مترتبا عن شركة عرفية قائمة بين السعاة، بما تتضمنه من أحكام فرعية متعددة — والدعوى إلى تعميم مقتضياته انطلاقا من استناده إلى نص شرعي عام وهو القرآن الكريم.

فقوله تعالى (وأن ليس للإنسان إلا ماسعى) [279] تفيد « بيان عدم إثابة الإنسان بعمل غيره إثر بيان عدم مؤاخذته بذنب غيره "ألا تزر وازرة وزر أخرى"»،[280] ولذلك أغلب المفسرين ذهبوا إلى أن الآية تتعلق بالجزاء الأخروي، بدليل إلحاقها بقوله تعالى (وأن سعيه سوف يُرَى ثم يجزاه الجزاء الأوفى) أي يريه الله تعالى جزاءه يوم القيامة[281] ولذلك فسر بعض الفقهاء كلمة " إلا ماسعى" بما نوى[282].

---

[275]- إدريس حمادي: آفاق تحرير المرأة في الشريعة الإسلامية، م.س، ص: 138 وما بعدها.

[276]- انظر، - محمد البعدوي: وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع (بني ورياغل نموذجا) أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس – الرباط- كلية الحقوق -أكدال- السنة الجامعية: 2001/2000، ص: 161.

[277]- رجاء ناجي مكاوي: قضايا الأسرة بين عدالة التشريع، وفرة التأويل، م.س، ص:108.

[278]- أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص:89.

[279]- الآية 39 من سورة النجم.

[280]- أبو الفضل شهاب الدين محمود الألوسي: روح المعاني، المجلد 14، ج27و28، م.س، ص:65.

[281]- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، المجلد 9،ج17و18، دار الكتب العلمية –بيروت- الطبعة الأولى، 1408هـ/1988م، ص:75.

[282]- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: م.س، ص:75 .

ثم حتى لو افترضنا أن الآية تفيد الجزاء الدنيوي المتمثل في أن للإنسان جزاء ما عمل وسعى، فهي تبقى عامة من جهة، ومقتصرة على ربط الجزاء بالعمل من جهة أخرى، **بغض النظر** عن طبيعة هذا العمل، إن كان سيئا **مخالفا** للشريعة أو حسنا موافقا لها، أي أنها **تدخل في باب: أن الجزاء من جنس العمل وحسب.**

ثم أن قوله تعالى (للرجال نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب ما اكتسبن)[283] فالآية تشير إلى مسألة تشريع الكسب للنساء والرجال معا ، فبعد أن نهى الله تعالى عن التمني والتلهي بالباطل أمر بالكسب والعمل ، يقول الشيخ محمد رشيد رضا في تفسيره لهذه الآية « لذلك نبهنا الفاطر عز وجل صنعه بعد النهي عن التمني والتلهي بالباطل إلى الكسب **والعمل** الذي ينال به كل أمل فقال (للرجال نصيب مما اكتسبو وللنساء نصيب مما اكتسبن) **فشرع** الكسب للنساء كالرجال، فأرشد كلا منهما إلى تحري الفضل بالعمل دون التمني والتشهي ... [فالآية] إرشاد إلى اعتماد الناس في مطالبهم ورغائبهم على ماآتاهم الله من الإستعداد دون الكسل والتوكل واعتماد كل منهم على الآخر..».[284]

لذلك فالآية جاءت في سياق « تشريع الكسب للنساء والرجال من جهة، والنهي عن **التمني لخلاف حكم شرعي** من جهة أخرى[285].»

كما أن قوله تعالى في سورة الحديد (لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط)[286]، فالآية تشيرإلى ضرورة قيام الناس « **بالحق والعدل** وهو اتباع الرسل فيما أخبروا به، وطاعتهم فيما أمروا به، فإن الذي جاؤوا به هو الحق الذي ليس **وراءه حق**»[287]، فالآية يمكن الاستدلال بها في معرض الحث على إقامة العدل والقيام بالقسط على الوجه الشرعي له، ولا يمكن من خلالها التأسيس لمشروعية حق الكد والسعاية كمؤسسة عرفية.

وأخيرا، يبدو أن ما ذهب إليه الأستاذ حمادي[288] في التأسيس لمشروعية حق المرأة في مقابل خدمتها ومساهمتها في الممتلكات المحصلة أثناء فترة الزواج، انطلاقا من الآيتين19و20 من سورة النساء، يبقى رأيا افتراضيا لا يرقى لليقين؛ ذلك أن **في** تفسير الآيتين بالمهر انطلاقا من أن المقام مقام فراق، وأن المهر في غالب الأحوال تستهلكه **الزوجة قبل الفراق**، هو افتراض ليس إلا؛ إذ من الذي يمنع من أن يكون مؤخرا للصداق، ولذلك فالصحابية الجليلة التي احتجت على الخليفة عمر بن الخطاب بعدم تحديد الصداق في **حد أعلى** أو أدنى، احتجت بالآية الكريمة (وآتيتم إحداهن قنطارا)[289]، مما يفيد أن الأمر يتعلق بالمهر لا شيئا آخر.

---

[283]- الآية 32 من سورة النساء.

[284]- محمد رشيد رضا: تفسيرالقرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار، ج5، دار المعرفة للطباعة والنشر –بيروت- الطبعة الثانية، (د.ذ.ت.ط).ص: 61-60 .

[285]- أبو محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ج2، دار الكتب العلمية – بيروت- الطبعة الأولى، 1413هـ/1993م، ص: 45 .

[286]- سورة الحديد الآية 25.

[287]- أبو الفداء الحافظ ابن كثيرالدمشقي: تفسير القرآن العظيم، ج7، دار الرشاد الحديثة- الدار البيضاء و دار الفكر – بيروت- طبعة 1409هـ/1989م، ص:490.

[288]- انظر: - إدريس حمادي: آفاق تحرير المرأة، م.س، ص: 138 وما بعدها.

[289]- ذكر هذه الواقعة ابن كثير في تفسيره، وهي أن الخليفة عمر بن الخطاب (رضي) صعد منبر رسول الله (ص) « ثم قال: يأيها الناس؛ ما إكثاركم في صدق النساء، وقد كان رسول الله (ص) وأصحابه والصدقات فيما بينهم أربعمائة درهم فما دون ذلك، ولو كان

أضف إلى ذلك، فالعلل والأسباب الواردة في الآيتين، كمناط للالتزام بدفع قنطار (البهتان والإثم- إفضاء البعض إلى البعض- الميثاق الغليظ) كلها أسباب لا تبرر مطالبة المرأة بحقها في الكد والسعاية، فالعلة أو السبب في إقرار هذا الحق ترجع إلى العمل وبذل الجهد في مراكمة الثروة الأسرية، ومن ثم فلا البهتان والإثم، ولا إفضاء البعض إلى البعض، ولا الميثاق الغليظ، ترجع سببا من أسباب المطالبة بحق المرأة في الكد والسعاية، ومن ثم فتباين العلة يوجب تباين الحكم.

الخلاصة، أن التأسيس لمشروعية حق الكد والسعاية انطلاقا من القرآن الكريم، ومن ثم الاحتجاج بضرورة تعميمه لاستناده إلى مصدر شرعي مطلق (القرآن الكريم) لا يمكن التسليم به على ما تقدم، نعم يمكن الاستئناس بهذه الآيات القرآنية في إقرار ضرورة إحقاق الحقوق، وأن الجزاء من جنس العمل، لكن لا يمكن الجزم من خلالها والإستناد عليها في تأسيس مشروعية حق الكد والسعاية باعتباره حقا عرفيا مبنيا على أحكام الشركة العرفية.

• المطلب الثاني:

تأصيل حق الكد والسعاية على قضاء الخليفة عمر بن الخطاب (رضي).

يعتبر قضاء الخليفة العادل عمر بن الخطاب (رضي) من أهم الأدلة النقلية المعتمدة في التأصيل لمشروعية حق الكد والسعاية، حيث يذهب المدافعون عن هذا التوجه إلى أن حق الكد والسعاية لا يمكن القول بأنه أمر« استحسنه المتأخرون ولا عرف ولا عادة، بل ذلك أمر قديم قضي به في صدر الإسلام».[290]

يتعلق الأمر هنا بما أورده الشيخ سيدي سعيد بن علي الهوازلي وغيره،[291] من خلال أجوبته في « قضية عامر بن الحارث[292] وزوجته حبيبة بنت زريق، التي ذكرها ابن زمنين في منتخب الأحكام له، وعزاها لابن حبيب في الواضحة قائلا: والأصل في شركة الزوجين قضية المذكورين؛ كان عامر قصارا وزوجته حبيبة ترقم الثياب حتى اكتسبا مالا كثيرا،

الإكثار في ذلك تقوى عند الله أو كرامة لم تسبقوهم إليها، فلأعرفنَّ ما زاد رجل في صداق امرأة على أربعمائة درهم، قال: ثم نزل، فاعترضته امراة من قريش، فقالت: يا أمير المؤمنين، نهيت الناس أن يزيدوا في مهر النساء على أربعمائة درهم قال: نعم، فقالت: أما سمعت ما انزل الله في القرآن؟ قال: وأي ذلك؟ ، فقالت: أما سمعت الله يقول (وءاتيتم إحداهن قنطار) الآية؟ قال: فقال : اللهم غفرا، كل الناس أفقه من عمر، ثم رجع فركب المنبر فقال: يأيها الناس، إني كنت نهيتكم أن تزيدوا النساء في صدقاتهن على أربعمائة درهم، فمن شاء أن يعطي من ماله ما أحب، قال أبو يعلي، وأظنه قال: فمن طابت نفسه فليفعل».إسناده جيد وقوي.

- أبو الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي: م.س، ج2، ص: 704.

[290]- أجوبة الشيخ إبراهيم بن علي المرتيني الويداني(مخطوط) غير مرقم الصفحات، أورده أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص:86.

[291]- وقد جاء ذكر هذه القصة كذلك في شرح السجلماسي لنظم العمل الفاسي،ج1، م.س، ص:252، وذكرها الحسن العبادي- نقلا عن أجوبة التونسي- في كتابه فقه النوازل في سوس، م.س، ص:111- 112، وأورد نفس القصة الرحماني عبد الله بن محمدالجشتمي في كتابه العمل السوسي في الميدان القضائي،ج1، م.س ص283. وقد نظمها أبو زيد الجشتمي بقوله:

أما السعاية فأصل أمرها * أم حبيبة قضى لخيرها**

كما أتى عن الخليفة عمر * ففي نوازل الجبال قد ظهر.**

[292]- وفي رواية أخرى، عمر ابن الحارث.

فمات عامر وترك أموالا، فأخذ ورثته مفاتيح المخازن والأجنة، واقتسموا، ثم قامت عليهم حبيبة المذكورة وادعت عمل يدها وسعايتها، فترافعت مع الورثة إلى أمير المؤمنين سيدنا عمر بن الخطاب (رضي) فقضى بينهما بالشركة نصفين فأخذت حبيبة النصف، والربع من نصيب الزوج بالميراث لأنه لم يترك ولدا...»[293]

ثم إن القضاء المغربي – وعلى الخصوص محاكم الموضوع – اعتمدت كثيرا على هذا الأثر لإثبات مشروعية حق الكد والسعاية، فقد جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بأنزكان بأنه « وباستعراض العديد من النوازل والفتاوى، وخصوصا الواقعة التي قضى فيها الخليفة عمر بن الخطاب المتعلقة بعمرو بن الحارث وحبيبة بنت زريق سيتضح أن المعيار المتخذ في استحقاق الكد والسعاية هو العمل والكد والسعاية...»[294]

وفي نفس السياق، أكدت المحكمة الابتدائية بأكادير على « أن الثابث فقها وقضاء أن الكد والسعاية هو مقابل الشغل وحق الجراية، ومعناه: حق المرأة في الثروة التي يُنشئها ويُكونها الزوج خلال فترة الزواج، بحيث تحصل على جرايتها مقابل ما بذلته من مجهودات مادية ومعنوية في تكوين هذه الثروة، وسبق أن طبقت السعاية في عهد الخليفة عمر ابن الخطاب (رضي)، وهي ما يعرف بنازلة حبيبة بنت زريق زوجة عامر بن الحارث...»[295].

على أن محكمة الاستيناف بآسفي كانت صريحة في إسناد مشروعيته حق الكد والسعاية إلى قضاء الخليفة عمر بن الخطاب، حيث جاء في حيثيات قرارها « وحيث إن حق الكد والسعاية أو حق الكد كما يسمى في بعض الأعراف، يعتبر من الحقوق المعترف بها في الفقه الإسلامي منذ سنة سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في حكمه لحبيبة بنت الأرقم ضد أخي زوجها بنصف ما ترك الزوج لكونها كانت نساجة ترازة، فساهمت بذلك في تكوين التركة..»[296]

وعلى هذا الأساس لم يتردد البعض في التعبير عن أن حق الكد والسعاية ليس حقا عرفيا ينصرف تطبيقه إلى المناطق التي يسود فيها كعرف محلي، وإنما هو حق يستند إلى دليل عام ومصدر شرعي، ألا وهو قول الصحابي أو مذهبه أو فتواه،[297] ولذلك كان على

---

[293]- أسئلة وأجوبة الشيخ سيدي سعيد بن علي الهوازلي: مخطوط غير مرقم الصفحات، أورده أحمد إد الفقيه، م.س، ص: 87 .

[294]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بانزكان في الملف رقم 38/،2004 حكم رقم 447، مؤرخ في 2005/03/23 (غير منشور)

[295]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأكادير، في الملف رقم 99/385، حكم عدد 1118 مؤرخ في 2002/12/26(غير منشور).

[296]- قرار محكمة الاستئناف بآسفي في الملف رقم 85/885، قرار عدد 1253 مؤرخ في 1985/11/04 ، منشور بمجلة المحامون بآسفي، عدد1 سنة 1987، ص91، وهو منشور كذلك بمؤلف الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص104. وانظر في نفس المعنى كذلك: - حكم ابتدائية تارودانت، ملف رقم 91/7، مؤرخ في 1994/01/10، منشور بمجلة نظرات في الفقه والقانون عدد4، ص:125 ، وتعليقا على هذا الحكم، اعتبرت الأستاذة نجية طق طق أن استناد قاضي ابتدائية تارودانت في تبرير حكمه بحق الكد والسعاية على اجتهاد الخليفة عمر بن الخطاب – بالإضافة إلى الفقه المالكي- يعتبرإستنادا سليما ومبنيا على حجة قوية وعلى مصادر لايمكن ردها.

- TAK TAK NAJIA : Gestion contractuelle des affaires familliale, op.cit, p : XXI

[297]- اختلف الفقهاء في تحديد مدلول الصحابي، فذهب فريق – خاصة المحَدثين- إلى أن لفظ الصحابي يطلق على كل من لقي النبي (ص) مسلما ومات على إسلامه، وإن لم يختص بله اختصاص المصحوب، ولا روى عنه، ولا طالت مدة صحبته.
بينما يذهب فريق آخر إلى اشتراط المصاحبة وطول مدتها.
- انظر : محمد بن علي الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ج2، م.س، ص: 92.

القضاء المغربي – وخصوصا المجلس الأعلى– أن يتبنى إعمال هذا الحق بصورة شاملة دون تمييز بين منطقة وأخرى، مادام عنصر الكد والعمل متوفرا[298].

فإلى أي حد يمكن معه، التأسيس لمشروعية حق الكد والسعاية، انطلاقا من أقضية الخليفة عمر بن الخطاب (رضي)؟

الحقيقة أن فتوى الصحابي أو قوله، يعتبر حجة في المذهب المالكي[299]، وهومايستفاد من خلال إكثار الإمام مالك (رضي) من الاستشهاد بأقوال الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، في كتابه الموطأ والأخذ بها.[300]

لكن، إذا ما نظرنا إلى قصة عامر بن الحارث ومضمونها، وكذا حكم الخليفة عمر بن الخطاب بشأنها – هذا إذا سلمنا بأنها من فتوى الصحابي وأقضيته– فإن ذلك لا يسعف في التأسيس لمشروعية حق الكد والسعاية من وجوه :

1- القصة تروي أن زوجة عامر بن الحارث كانت نساجة، بمعنى أن مساهمتها كانت بناء على عملها في النسج(رقم الثياب)، كما أن الحكم (قضاء الخليفة عمر بن

وانظر في بيان هذا الإختلاف أيضا: - تاج الدين عبد الوهاب ابن السبكي: حاشية العلامة البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلى على متن جمع الجوامع، ج2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده –مصر- الطبعة الثانية 1356هـ/ 1937م، ص: 165- 167 .

أما المقصود بمذهب الصحابي أو فتواه، فهو رأيه الصادر عن اجتهاده تمييزا له عن روايته التي قد تكون إخبارا عن الرسول أو جارية مجرى الإخبار. – راجع في ذلك كتب أصول الفقه.

[298]- انظر:

- أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي: م.س، ص: 88- 89، وانظر في هذا المعنى.
- رجاء ناجي مكاوي: قضايا الأسرة، م.س، ص: 108.
- محمد الخضراوي: دور المجلس الأعلى في حماية حقوق المرأة، مجلة المنتدى، عدد خاص رقم 4، 2004 ص:131.

[299]- فيما يتعلق بحجة فتوى الصحابي أو مذهبه عند فقهاء المذاهب فقد « اتفق الكل على أن مذهب الصحابي في مسائل الاجتهاد لا يكون حجة على غيره من الصحابة المجتهدين، إماما كان أو حاكما أو مفتيا، واختلفوا في كونه حجة على التابعين ومن بعدهم من المجتهدين:

فذهب الأشاعرة، والمعتزلة، والشافعي في أحد قوليه، وأحمد ابن حنبل في إحدى الروايتين عنه، والكرخي، على أنه ليس حجة.

وذهب مالك بن أنس والرازي، والبردعي من أصحاب أبي حنيفة، والشافعي في قول له، وأحمد بن حنبل في رواية له، أنه حجة مقدمة على القياس.

وذهب قوم على أنه إن خالف القياس فهو حجة وإلا فلا.

وذهب قوم إلى أن الحجة في قول أبي بكر وعمر دون غيرهما...»

- علي بن محمد الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام، ج4، م.س، ص: 149. وانظر أيضا – تاج الدين عبد الوهاب ابن السبكي: حاشية العلامة بناني على شرح الجلال، ج2، م.س، ص: 354- 356.

أما فيما يخص حجة قول الصحابي في المذهب المالكي، فقد ذكر الإمام القرافي في تنقيح الفصول أن قول الصحابي حجة عند مالك، انظر: - شهاب الدين أبي العباس القرافي: تنقيح الفصول في علم الأصول، دار البلاغ للنشر والتوزيع – الجزائر- الطبعة الأولى 1424هـ / 2003م، ص: 111.

وللتوسع بخصوص أدلة القائلين بحجة الاعتداد بقول الصحابي وفتواه راجع:

- ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين،ج4، م.س، ص: 123 وما بعدها.

وحول أدلة النافين لحجية قول الصحابي انظر:

- علي بن محمد الآمدي: ج4، م.س، ص: 149 ومابعدها.

[300]- يقول بن قيم الجوزية مشيرا إلى ذلك: « فالذي عليه جمهور الأمة أنه حجة [المقصود قول الصحابي] هذا قول جمهور الحنفية، صرح به محمد بن الحسن، وذكر عن أبي حنيفة نصا، وهوة مذهب مالك وأصحابه، وتصرفه في موطئه دليل عليه..»

- ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين ، ج4، م.س، ص: 120.

الخطاب) على ما يبدو منحها النصف بناء على مساهمتها بالنسج في تنمية تلك الأموال، وعليه فهو حكم يقتصر على عمل النسج من جهة أولى، **وبشخص الزوجة** من جهة ثانية، **وعلى أساس النصف** من جهة ثالثة.
مقابل ذلك، فمقتضيات حق الكد والسعاية كما كانت تجري عليها الممارسة العرفية، لا ترتبط المساهمة فيها بالنسج فقط، بل بكافة الأعمال والمساهمات التي تخضع في تحديدها للعرف، كما أنها لا تقتصر على الزوجة، وإنما تمتد ليستفيد منها **كافة** المساهمين المنتمين للوحدة الأسرية.
أضف إلى ذلك، فحق الكد والسعاية لا **يُقدر** بالنصف، فقد يكون ربعا أو ثمنا، أو أقل، **أو أكثر، بحسب** المساهمة وتقدير أهل المعرفة له.
من هنا يبدو أن الفتوى حالة خاصة في موضوعها وأحكامها، ولا مجال لأن تكون **أصلا معتمدا** لتأسيس مشروعية حق الكد والسعاية، ومن ثم إقرار تعميم تطبيقه.

2- إن مضمون الفتوى وقصتها غير واضحة من حيث أساس إعطاء زوجة عامر بن الحارث النصف شركة في أمواله، فهل قضاء الخليفة عمر بن الخطاب (**رضي**)، كان بناء على وجود اتفاق بين الزوجين يقضي بحق الزوجة في نصف الأملاك؟ أم **كان بناء على عرف قائم بذلك؟ أم على أساس آخر؟**.
فإذا أقام الخليفة عمر ابن الخطاب قضاءه في مثل هذه النازلة على أساس وجود اتفاق بين الزوجين، فالعقد شريعة المتعاقدين، أما إذا كان قد منحها النصف بناء على عرف قائم يقضي بذلك، فهذا يعني أن علة الحكم مبنية على العرف، ومن ثم فزواله يعني زوال الحكم بالمشاركة، حيث تكون الفتوى في هذه الحالة رهينة بوجود عرف يبرر الحكم بذلك، أما إذا كان مبناها **على أ**ساس آخر، فالقصة والحكم لم **يُبَيِّنَاهُ، مما** يجعل أساس الفتوى **مَوْهُوماً** ولا يصح الاحتجاج بها.
هذا بالإضافة إلى أن القصة تبقى غامضة من حيث عدم بيانها لطبيعة مشاركة زوجة عامر بن الحارث في أمواله، هل كان بناء على مساهمتها في تكوين تلك الأموال، أم بناء على خدمتها فيها دون المشاركة في رأس المال؟.

3- إن من قواعد القسمة الجاري بها العمل في فرز حق الكد والسعاية، أن يتم إخراج **الدمنة – أي الأصل– أولاً** وردها إلى أصحابها، ثم قسمة المستفاد على السعاة كل **بقدره**، وعلى حسب مساهمته وسعيه.
لكن إذا ما تأملنا في قصة زوجة عامر بن الحارث وحكم الخليفة عمر **بن الخطاب** فيها، لا يبدو أنه قد تم مراعاة هذه القاعدة في القسمة، وهو ما يجعل الاشتباه بين الصورتين –أي بين حق الكد والسعاية وحكم الخليفة عمر بن الخطاب– غير وارد.

4- إن القصة وفتواها قد لا تدخل أصلا في إطار مقتضيات حق الكد والسعاية، فقد تكون متعلقة بأحكام النزاع حول متاع البيت الذي يكون محله ما هو معتاد للنساء والرجال، فتتم القسمة عندئذ بالتساوي(النصف) شركة بين الزوجين.

• المبحث الثاني:

ارتكاز حق الكد والسعاية على أسس قانونية.

إلى جانب المبررات الشرعية التي استقاها الاتجاه المؤيد لمشروعية حق الكد والسعاية، انطلاقا من اعتباره حقا عاما يستند إلى أصول شرعية مطلقة، تتمثل في القرآن الكريم وقضاء الخليفة عمر ابن الخطاب (رضي)، حاول هذا الاتجاه البحث هذه المرة عن تأصيل لهذا الحق من داخل أسس أخرى، ترتكز على مقتضيات النظام القانوني المغربي، وذلك بهدف إيجاد مبررات قانونية تدعم مشروعية حق الكد والسعاية من جهة، وتؤسس — **بالإضافة إلى ذلك** — **مَنْطِقًا** أساسيا في الدفاع عن فكرة تعميم مقتضيات هذا **الحق من** جهة أخرى.

وتتوزع هذه المحاولة في التأصيل القانوني لحق الكد والسعاية إلى فكرتين:

الأولى: تعتمد فكرة استبعاد وجود أي تعارض بين مقتضيات هذا الحق والنظام **القانوني المغربي(المطلب الأول).**

والثانية: ترتكز على رصد العمل القضائي الحديث **بخصوص موضوع حق الكد** والسعاية، والانطلاق منه كأساس لتعزيز مشروعية هذا الحق وتدعيمها (**المطلب الثاني**)

• المطلب الأول:

استبعاد تعارض حق الكد والسعاية مع مقتضيات القانوني المغربي.

إن استبعاد أي تعارض بين مقتضيات حق الكد والسعاية والنظام القانوني المغربي — **حسب الاتجاه القاضي بمشروعية** حق الكد والسعاية — يجد سنده في مظهرين أساسيين:

الأول سلبي، ينبني على فكرة نفي وجود أي تعارض بين إعمال مقتضيات هذا الحق وقانون التوحيد، باعتباره القانون الذي حدد بموجبه المشرع النصوص الواجبة التطبيق في إطار **النظام القانوني المغربي لمرحلة ما بعد الإستقلال.** (**الفقرة الأولى**)

الثاني إيجابي، يعتمد على فكرة إستناد حق الكد والسعاية على مذهب الإمام **مالك(رضي)طبقا** " **لقاعدة الإحالة** " المنصوص عليها في إطار نصوص مدونة الأحوال الشخصية (**الفقرة الثانية**)

الفقرة الأولى:

عدم تعارض حق الكد والسعاية مع قانون التوحيد.

المقصود بقانون التوحيد، قانون 26 يناير 1965،[301] المتعلق بتوحيد المحاكم، الذي أقره البرلمان المغربي أنذاك بإجماع أعضائه،[302] بقصد تجاوز إشكالية تعدد الجهات القضائية الموروثة عن الحقبة الاستعمارية، ومغربة القضاء وتعريبه، وأخيرا: توحيد القانون الواجب تطبيقه لدى المحاكم الذي كان متعددا بتعدد التقسيم الاستعماري للبلاد.[303]

ومن أهم ما جاء به هذا القانون، هو تحديده للنصوص القانونية الواجبة التطبيق، فنص في فصله الثالث على أن « النصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل حاليا تصبح إلى أن تتم مراجعتها مطبقة لدى المحاكم المذكورة في الفصل الأول» .

لكن وبغض النظر عن الإشكال الذي طرحه الفصل، وتأويل القضاء له، بخصوص نطاق تطبيق القوانين المدنية في علاقتها بالفقه الإسلامي[304]، فإن التساؤل الذي يطرحه أيضا في علاقته بتطبيق حق الكد والسعاية، يتمثل في مدى استيعاب الفصل 3 من هذا القانون لهذا الحق كعرف محلي؟ وبعبارة أخرى، هل يعتبر سكوت الفصل الثالث من قانون التوحيد عن ذكر الأعراف ضمن الت ّعداد الذي أورده دليلا على استبعاده لها من نطاق تطبيقه لدى المحاكم المغربية، ومن ثم استبعاد حق الكد والسعاية — كعرف محلي— تبعا لذلك؟

الحقيقة أن هناك من ذهب إلى أن قانون 1965 بشأن توحيد المحاكم ، قد ألغى كل الأعراف، وخصوصا التي كانت جارية ببعض القبائل البربرية قبل وإبان الحماية الفرنسية — والذي يعتبر حق الكد والسعاية من ضمنها — وأبقى على ماعداها من النصوص والقوانين التي ذكرها بفصله الثالث، وكذا التشريعات الصادرة بعده مثل م. أ. ش.[305]

بمعنى أن حق الكد والسعاية باعتباره عرفا، قد ألغي بموجب قانون التوحيد الذي اقتصر فقط على النصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل.

ومما يزكي هذا الطرح، أنه لايمكن إدخال الأعراف — بغض النظر عن صحتها أوفسادها — ضمن النصوص الشرعية؛ لأن « المراد بالنص في لغة القانونيين: هو الحكم المدون في التشريع... فالمشرع لم يقل: القواعد الشرعية، وهي أوسع من عبارة النصوص

---

[301]- قانون رقم 3.64 بتاريخ 22 رمضان 1384 (26 يناير 1965) يتعلق بتوحيد المحاكم، الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد 2727، فاتح شوال 1384 (3فبراير 1965) ص: 208.

[302]- انظر: - أحمد ادريوش: نطاق ظهير الالتزامات والعقود، تأملات حول موقف القضاء المغربي من مشكلة علاقة ظ.ل.ع بالفقه الإسلامي، م.س، ص: 10.

[303]- وحول وضعية القضاء المغربي في عهد الحماية وبعد إعلان الاستقلال، ودور قانون التوحيد في معالجة هذه الإشكالية راجع:

- عبد الهادي بوطالب: قانون 1965 حول مغربة وتوحيد وتعريب القضاء، تقييم قانون 26 يناير 1965 حول توحيد القضاء ومغربته وتعريبه، المجلة المغربية للقانون والسياسة والإقتصاد، عدد خاص رقم 10بعنوان « ربع قرن من القانون المغربي» النصف الثاني من سنة 1981، ص15 وما بعدها.

- حماد العراقي: القضاء المغربي بين الأمس واليوم، نشر وتوزيع مكتبة الرشاد، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1395هـ/1975م ص:22 وما بعدها.

- BOUSSETTA MOURAD : La coutume en droit Marocain, op.cit. p 835 et s.

- CHERKAOUI ABDELAZIZ: L'évolution du droit Marocain, Atravers la légilation, R.J.P.E.M, Numéro spécial, Nº 2éme semestre 1981, p : 173-175.

[304]- المقصود بها، قانون المسطرة المدنية في علاقتها بالمسطرة الشرعية، وقانون.ل.ع في علاقته بالفقه الإسلامي " (الموضوعي).

[305]- انظر: الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 258.

الشرعية... وبالتالي فإن الصياغة القانونية تقضي بحصر معنى " النصوص" في الأحكام المدونة في قالب تشريعي»،[306] خاصة إذا علمنا أن مدونة أ. ش باعتبارها نصا شرعيا لم تشر إلى هذا الحق ضمن نصوصها، وهو ما يفيد بأن حق الكد والسعاية كعرف قد ألغي بموجب قانون التوحيد.

مقابل ذلك، يذهب الاتجاه المؤيد لمشروعية حق الكد والسعاية، إلى أن هذا الحق وإن كان تطبيقه محدود بجريانه كعرف محلي، إلا أنه ينسجم « ومبادئ الشريعة الإسلامية المسمحة المكرسة لقواعد العدل والإنصاف»[307] ولا يمكن إدخاله ضمن الأعراف المخالفة للشريعة، كالعرف القاضي بحرمان الأنثى من الإرث، الذي لا ينسجم مع قواعد الشريعة الإسلامية الثابتة.

وبما أن حق الكد والسعاية ينتمي إلى دائرة الأعراف التي لا تتنافى وروح الشريعة الإسلامية؛ وحيث أن م. أ. ش قد أقرت « إمكانية إعمالها [للأعراف]، إذا كانت لا تتعارض في روحها مع ثوابت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لنصوص المدونة»[308]، فهذا يعني أن حق الكد والسعاية يدخل ضمن مقتضيات نص شرعي، ألا وهو م. أ. ش، وعليه، وبناء على هذا التحليل، فلا وجه لوجود أي تعارض بين قانون التوحيد وحق الكد والسعاية، على اعتبار أن هذا الأخير يستمد شرعيته من موافقته للشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا لنص المدونة.

لكن، إذا كان إجراء العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية كعرف محلي لا يتعارض مع قانون التوحيد انطلاقا من أن المدونة كنص شرعي — أقر قانون التوحيد إجراء العمل به بمفهوم الفصل الثالث منه — لم تلغ الأعراف التي تنسجم مع أحكام الشريعة الإسلامية؛ فإن ذلك لا يعني إمكانية تعميم مقتضيات هذا الحق كما يرى ذلك البعض، وإنما لابد من احترام خصوصيته انطلاقا من كونه عرفا محليا.

الفقرة الثانية:

استناد حق الكد والسعاية إلى مذهب الإمام مالك بمفهوم " قاعدة الإحالة"[309]

---

[306]- أحمد ادريوش: نطاق ظهير الالتزامات والعقود، م.س، ص: 26.

[307]- الحسين الملكي: من الحقوق المالية للمرأة، نظام الكد والسعاية، ج1، م.س، ص:11. وانظر في نفس المعنى:
- جامع بن يدير: وضعية المرأة والأسرة بين السياسة التشريعية والقضائية وبين الممارسة الإجتماعية، م.س، ص: 226.

[308]- الحسين الملكي: ج،1 م.س، ص: 11.

[309]- المقصود **" بقاعدة الإحالة "**: النصوص التي كانت تتضمنها م. أ. ش الملغاة، والمتمثلة في الفصول رقم 82، 172، 216، 279 وقد نصت هذه الفصول على أن « كل ما لم يشمله هذا القانون، يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك ».
فهذه النصوص تشكل قاعدة أساسية في اعتبار الفقه المالكي مصدرا تكميليا للمدونة.
- وانظر حول مفهوم هذه القاعدة ومقتضياتها:
-عبد المجيد غميجة: موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، م.س، ص: 311 وما بعدها.

يذهب البعض،[310] إلى أنه على الرغم من غياب نص مباشر في مدونة أ. ش الملغاة يتضمن مقتضيات حق الكد والسعاية ويعبر عنها [311] إلا أن تنصيص هذه الأخيرة – أي م.أش – وخصوصا بالفصل 82 منها على إمكانية الرجوع إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، يشكل مستندا مهما يمكن من خلاله تلمس المشروعية القانونية لحق الكد والسعاية من جهة، وتبرير فكرة تعميم نطاق تطبيقه من جهة أخرى، خاصة وأن الأصل في إجراء العمل بهذا الحق ينطلق من اعتباره مما جرى به العمل فقها وقضاء. [312]

والسؤال المطروح هنا: هو إلى أي حد يمكن القول معه بأن حق الكد والسعاية يجد مشروعيته القانونية في أصل ما جرى به العمل طبقا لمفهوم قاعدة الإحالة؟

وإذا كان الجواب بالإيجاب، فهل يعني ذلك أن حق الكد والسعاية يستند بالتالي إلى قاعدة عامة ومجردة تسري على كافة مناطق البلاد ومن ثم استبعاد ربط مشروعيته بالعرف المحلي؟

يمكنني القول بأن حق الكد والسعاية، وإن كان يجد أصله في ما جرى به العمل المبني على العرف المحلي، فإن ذلك لايعني استناد مشروعيته على نص عام – أي ما جرى به العمل طبقا لقاعدة الإحالة– يوجب ضرورة إعمال مقتضياته على الكافة، دون حصره بمناطق جريانه كعرف محلي.

وبنفس الفكرة يمكن الحديث عن المادة 400 من مدونة الأسرة الجديدة، والتي نصت على أن « كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف »

فهذه المادة تشكل قاعدة الإحالة أيضا بالنسبة لمدونة الأسرة، وتعتبر مستندا في اعتبار المذهب المالكي، مصدرا تكميليا لنصوص هذه الأخيرة -مدونة الأسرة- على أن مفهوم المذهب المالكي في هذا الإطار يستغرق كلا من الراجح والمشهور وما جرى به العمل.

- انظر في هذا المعنى:
  - عبد الخالق أحمدون: الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، م.س، ص: 61 .
  - محمد الكشبور: أحكام الزواج والانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى، بحث مقدم في إطار اليوم الدراسي حول " الأسرة المغربية بين الفقه المالكي والقانون الوضعي"، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 50 - سنة 2004، ص:120-121.
  - بوشعيب الناصري: قراءة في المادة 400 من مدونة الأسرة، مجلة المناهج، عدد مزدوج 7-8، سنة 2005، ص:45.

[310]- انظر على سبيل المثال:
  - رجاء ناجي مكاوي: قضايا الأسرة، م.س، ص: 108.
  - الصديق بلعريبي: السعاية، م.س، ص: 65.
  - أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي: م.س، ص: 89.

[311]- يرى أحد الباحثين، أن عدم إشارة م.أ.ش لحق الكد والسعاية ضمن الحقوق التي نصت عليها لفائدة المطلقة، قد يكون راجعا لعدم انسجام الإقرار بهذا الحق مع الوظيفة التي حددتها المدونة للزوجة، من حيث عدم إلزامية خدمتها للزوج والأولاد واكتفاء قيامها بمهمة الإشراف على شؤون البيت فقط. ومن ثم فوظيفتها هذه لاتخول لها أي حق عند الطلاق أو وفاة الزوج فيما يتعلق بممتلكات الأسرة خلال فترة الزواج.

- جامع بن يدير: وضعية المرأة والأسرة بين السياسة التشريعية والقضائية وبين الممارسة الإجتماعية، م.س،ص: 225-226

[312]- بل هناك من ذهب إلى أن م.أ.ش نصت على مقتضيات حق الكد والسعاية منخلال إحالة هذه الأخيرة على ماجرى به العمل، خاصة وأن العمل يقصد به العرف.

- جامع بن يدير: م.س، ص: 226

ذلك أن الرجوع إلى مفهوم ما جرى به العمل — كما يحدده الفقهاء — يقتضي التمييز بين نوعين من العمل:[313]

العمل المطلق أو العام، باعتباره عملا يسري نطاق جريانه على كافة أنحاء البلاد أو الإقليم. والعمل الخاص أو المقيد، الذي ينحصر إجراء العمل به في المناطق التي تقرر الحكم به دون أن يمتد إلى منطق البلاد الأخرى.

ولذلك؛ فإن أهم شرط من شروط ما جرى به العمل عند الفقهاء، هو معرفة محلية جريانه إن كان عاما أو خاصا.[314]

وبما أن حق الكد والسعاية يدخل في إطار ما جرى به العمل الخاص أو المقيد، فإن ذلك يعني حظر إعمال مقتضياته خارج النطاق المكاني لجريانه، طبقا للمحددات التي صاغها الفقه بشأن أصل ما جرى به العمل.

ثم إن من شروط ما جرى به العمل كذلك، هو معرفة السبب في جريانه على خلاف المشهور أو الراجح[315]، وبالنسبة لحق الكد والسعاية فالسبب في جريان العمل به على الأقل في بعض صوره على خلاف المشهور، هومراعاة العرف والعادة ودفع الحرج المترتب عن مخالفتهما.

وبما أن المتفق عليه فقها، أن تطبيق مقتضيات ما جرى به العمل مرتبط بالسبب في إجرائه وجودا وعدما، فإن ذلك يعني بالنتيجة أن حق الكد والسعاية لا يمكن العمل بمقتضياته — باعتباره مما جرى به العمل المبني على العرف— إلا بوجود العرف القاضي بإعماله وتطبيقه.

على هذا الأساس، يتضح بأنه لا مجال لتأصيل حق الكد والسعاية على ما جرى به العمل انطلاقا من قاعدة الإحالة، وبناء على اعتباره نصا عاما ومجردا يسري نطاق تطبيقه على جميع الأشخاص دون تمييز بين منطقة أو أخرى؛ إذ لابد عند إعمال مقتضيات ما جرى به العمل —طبقا لقاعدة الإحالة — من مراعاة شروطه كما اتفق عليها فقهاء المذهب.

• المطلب الثاني:

---

[313]- وانظر حول التمييز بين نوعين ماجرى به العمل ومقتضى كل نوع:

- عبد السلام العسري: نشأة الأخذ بنظرية ما جرى به العمل عند فقهاء الأندلس والمغرب، م.س، ص: 326-328.

[314]- وفي هذا الشرط يقول الأستاذ محمد رياض: « ويقصد به المكان الذي جرى فيه العمل مقابل الراجح أو المشهور، إذ اختلاف الأماكن والأقاليم يؤدي إلى اختلاف الأحكام المبنية على الأعراف. وغيرها من الأسس، وبالتالي اختلاف بناء ما جرى العمل عليها ....

ومن أجل ذلك اختلف ما جرى به العمل في بلد معين عن غيره من البلدان لمغايرة العرف والمصلحة وغير ذلك من الأسس، فالعمل الفاسي هو غير العمل المراكشي، أو العمل السوسي مثلا ».

- محمد رياض: أصول الفتوى والقضاء، م.س، ص:518.

[315]- « فقد ينبني ما جرى به العمل على العرف... وقد ينبني على مصلحة، أو سد ذريعة ، أو ضرورة من الضروريات، فمعرفة (السبب الذي لأجله عدل عن المشهور) يساعد على إدراك سبب مخالفة ما جرى به العمل للمشهور حتى إذا زال ذلك الأصل عاد الحكم للمشهور..»

- محمد رياض: م.س، ص: 520.

تكريس القضاء المغربي لمقتضيات حق الكد والسعاية.

يعتبر العمل القضائي من أهم الأسس القانونية المعتمد عليها في الدفاع والتأصيل لمشروعية حق الكد والسعاية، حيث يذهب مؤيدو هذا الاتجاه، إلى أن القضاء المغربي سواء على مستوى محاكم الموضوع (المحاكم الابتدائية، محاكم الاستيناف) أو المجلس الأعلى ، لم يتجاهل مقتضيات هذا الحق، وإنما طبقه في كل القضايا التي عرضت عليه عندما يكون لهذا التطبيق محل[316].

وانطلاقا من استعراض مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالموضوع،[317] يخلص هذا الاتجاه : إلى أن مشروعية حق الكد والسعاية، ليست حبيسة الفتاوى واجتهاد الفقه، بل إن العمل القضائي — وتحديدا الحديث منه — وعلى رأسه المجلس الأعلى حاول تكريس هذه المشروعية، سواء على مستوى قبوله للدعاوى المتعلقة بهذا الحق، أو على مستوى تأصيل مشروعيته انطلاقا من أسس قانونية وشرعية مختلفة، طبقا لما سلكه اجتهاد الفقه في ذلك.[318]

---

[316]- انظر: محمد الكشبور: مفهوم وطبيعة حق الكد والسعاية، م.س، ص34- 39.

وانظر في نفس المعنى:

- أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص: 87- 89.
- رجاء ناجي مكاوي: قضايا الأسرة، م.س، ص: 129- 131.
- فريدة بناني: تقسيم العمل بين الزوجين، م.س، ص: 119- 122.
- محمد الخضراوي: دور المجلس الأعلى في حماية حقوق المرأة، م.س، ص: 128-131.
- عبد السلام حادوش: إدماج المرأة في التنمية: م.س، ص:420.
- زهور الحر: المسؤولية المشتركة في تدبير شؤون الأسرة ، م.س، ص:7-8.
- الحسين الملكي: المرأة وحق الشقا، جريدة العلم، م.س، ص:16.

[317]- وتجدر الإشارة إلى أن مختلف هذه الأحكام والقرارات تتركز فقط في منطقة سوس ماسة، نظرا لجريان عرف الكد والسعاية بها.

[318]- يلاحظ أن محاكم الموضوع مختلفة في تحديد الأساس الشرعي والقانوني لحق الكد والسعاية، فهناك من المحاكم من أحالت بشأن مقتضيات هذا الحق إلى مبادئ الفقه المالكي وما جرى به العمل في سوس، ومن ذلك قرار لمحكمة الاستيناف بأكادير اعتبرت فيه « أن مقتضيات الكد والسعاية يرجع فيها إلى مبادئ القضاء وخاصة العمل السوسي في ظل هذه النوازل، وكذلك مبادئ الفقه المالكي..»

- قرار عدد 2، ملف رقم 99/289، مؤرخ في 2000/01/04، (قرار غير منشور)

وانظر في نفس الاتجاه:

- محكمة الشرع بتزنيت ملف رقم 1959/292، مؤرخ في 1959/10/14، — وكذلك حكم رقم 1959/403 مؤرخ في 22 /1959/12،— وحكم ملف رقم 1959/369، مؤرخ في 1959/12/19، وهذه الأحكام أوردها منشورة الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 191-201- 207.

وهناك من المحاكم من أسندت حق الكد والسعاية إلى قضاء الخليفة عمر ابن الخطاب انظر:

- حكم ابتدائية انزكان رقم 447، ملف عدد 2004/38 مؤرخ في 2005/03/23 (غير منشور)
- حكم ابتدائية أكادير رقم 1118 ملف رقم 99/385 مؤرخ في 2002/12/26 (غير منشور)

وأخيرا هناك محاكم اعتمدت على العرف كأساس للإقرار بحق الكد والسعاية، انظر:

- حكم ابتدائية تارودانت ملف رقم 91/7، مؤرخ في 1994/01/10، منشور بمجلة نظرات في الفقه والقانون عدد 4، ص125.
- حكم ابتدائية مراكش عدد 322، ملفرقم 99-08-04، مؤرخ في 27-12-2004 (غير منشور)

وعليه: فإن الإقرار بهذا الحق من قبل أعلى هيئة قضائية في البلاد (المجلس الأعلى) ساعد على خلق « سوابق قضائية واجتهادات تهتدي بها المحاكم، ويستأنس بها القضاة والمحكمون أثناء نظرهم في النوازل المتعلقة بالسعاية»،[319] ولذلك حبذا لو عمدت كافة المحاكم المغربية إلى تطبيق أحكام السعاية، لما سيكون من شأن تعميم هذه الأحكام من فائدة على مستوى توحيد العمل القضائي بخصوص الموضوع، خاصة وأن العمل وبذل الجهد هما أساس استحقاق حق الكد والسعاية، مما يبقى معه من غير المنطقي ولا الشرعي ترتيب هذا الحق لفائدة السعاة المنتمين لمنطقة دون أخرى[320].

ومن هذا المنطلق أيضا، حاولت بعض الأحكام والقرارات القضائية — وهو توجه الأقلية — تعميم مقتضيات هذا الحق وعدم قصر نطاق إعماله على منطقة جريانه كعرف محلي، حيث جاء في حيثيات قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط — رغم أن الأطراف لا ينتمون إلى منطقة جريان العرف بحق الكد والسعاية — « وحيث أن الكد والسعاية من لدن المرأة سواء في البادية أو الحاضرة المعتبر للتعويض عنه، هو المترتب من عمل مكسب وافر على الحاجيات الشخصية، يصب في ثروة مادية انشأت أثناء الحياة الزوجية، أو التكامل بينهما في هذا الشأن يجعل الارتباط بين المتحصل في هذه الثروة والاشتراك لأموال أو عمل الزوجين أمرين متلازمين لا حكم بأحدهما دون الآخر...»[321] وهو ما يعني إطلاق المحكمة للعمل بمقتضيات حق الكد والسعاية بغض النظر عن كونه حقا عرفيا محليا.[322]

لكن، إذا كان من الثابت أن العمل القضائي قد أقر بحق الكد والسعاية من خلال تطبيق مقتضياته في النزاعات المثارة بشأنه؛ فإنه مع ذلك استقر على أن العمل به مبني على العرف المحلي، إذ لا مجال لإقامة دعوى الكد والسعاية مادام أن الذي رفعها لا ينتمي إلى منطقة جريان العرف بذلك، لأن تطبيق العرف يتميز بطابع الحصرية المكانية والتحديد الجغرافي.

ففيما يتعلق بقضاء المجلس الأعلى، فهذا الأخير مستقر على أن تطبيق مقتضيات حق الكد والسعاية مرتبط بالعرف المحلي، ويظهر ذلك من خلال ثلاث صور أساسية:

1- إقرار المجلس الأعلى بتطبيق مقتضيات حق الكد والسعاية — وإن لم يتعرض بالتصريح إلى كون هذا التطبيق ينحصر في المناطق التي يسود بها كعرف محلي —

---

[319]- أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص: 88.

[320]- محمد الخضراوي: دور المجلس الأعلى في حماية حقوق المرأة، م.س، ص131،

- وانظر كذلك: أحمد إد الفقيه: م.س، ص: 89

- أحمد أرحموش: القوانين العرفية الأمازيغية، ج1، مطابع أمبريال – الرباط- الطبعة الأولى نونبر 2004، ص: 61.

[321]- قرار رقم 2344، ملف عدد 99/6323 مؤرخ في 2000/4/4، منشور بمجلة رسالة المحاماة العدد 16 ماي 2001، ص: 208.

[322]- وانظر في نفس السياق:

- قرار استئنافية آسفي رقم 1253، ملف عدد 85/885، مؤرخ في 1985/11/04 منشور بمجلة المحامون عدد1، سنة 1987، ص: 91.
- حكم ابتدائية الرباط، رقم 223، ملف عدد 95/1992 مؤرخ في 1977/01/22، أورده منشورا - الحسين الملكي: م.س، ص:156.
- حكم ابتدائية الرباط رقم 104 ملف عدد 89/1317، مؤرخ في 1989/04/26 - الحسين الملكي: م.س، ص:163.

كان دائما بناء على أن أطراف النزاع ينتمون إلى المناطق التي يسود بها عرف الكد والسعاية بحيث لم أعثر على أي إقرار له يفيد تعميم مقتضيات هذا الحق.[323]

2- إحالة المجلس الأعلى بشأن تطبيق قواعد حق الكد والسعاية للعرف المحلي (القطر السوسي)، حيث نقض قرارا لمحكمة الاستيناف بأكادير لخروجها عن تطبيق مقتضيات هذا الحق كما هي جارية بالقطر السوسي. جاء في حيثيات القرار:« حقا حيث إن الحكم المطعون فيه تبنى الحكم الابتدائي وصححه.
وحيث يتضح من الإطلاع على الحكم الابتدائي أنه يكتسي صبغة القصور في الأسباب، ولم يجر على السنن المتبعة في القطر السوسي في شأن الكد والسعاية للزوجات المتوفى عنهم أو المطلقات، والتي نص عليها الفقهاء في فتاويهم وأحكامهم، مما أشير إلى البعض منه في الوسيلة، مما تكون معه الوسيلة في محلها...»[324]

3- إقرار المجلس الأعلى وبشكل صريح أن تطبيق مقتضيات حق الكد والسعاية لا يجب أن يتجاوز مكان جريان العرف به، حيث رفض في قرار حديث له دعوى الطالبة (المدعية)، بعلة أنه كان يجب عليها أن ترفع دعواها لا في إطار مقتضيات **حق الكد** والسعاية، وإنما طبقا للقواعد العامة، على اعتبار أن هذا الأخير هو عرف لا يوجد في منطقة إقامة الزوجين، جاء في حيثيات القرار: « لكن، ردا على ما أثير في الوسيلتين معا، فإنه وإن كانت مدونة الأحوال الشخصية لم تنظم بنصوص خاصة أحكام الأموال التي يكتسبها الزوجان بعد عقد زواجهما، فإنها نصت في حالة عدم وجود نص الأخذ بالمشهور، **أو الراجح**، أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، وأنه بالرجوع إلى هذا الفقه نص ابن عاصم في التحفة:

والزوجة استفاد زوج مالها *** وسكتت عن طلب لمالها
لها القيام بعدُ في المنصوص *** **والخلف في السكنى على الخصوص**

بمعنى أن حق الزوجة محفوظ لمطالبة زوجها بما قد يكون قد أخذه من أموالها واستفاد منها، مما يقتضي أن الطاعنة كان يجب عليها أن تلتجئ إلى القواعد

---

[323]- انظر على سبيل المثال:
- قرار المجلس الأعلى عدد 1018، ملف رقم 2/139- 01- 97، مؤرخ في 2000/10/26، ملف شرعي، غرفة الأحوال الشخصية، (قرار غير منشور)
- قرار المجلس الأعلى عدد 662 ملف رقم 93901 مؤرخ في 1982/10/12، الغرفة الاجتماعية. ـ الحسين الملكي: م.س، ص: 73.
- قرار المجلس الأعلى عدد 999 ملف رقم 90/5129 مؤرخ في 1991/07/24، غرفة الأحوال الشخصية، ـ الحسين الملكي: م.س، ص: 81.
- قرار المجلس الأعلى عدد 44، ملف رقم 46767، مؤرخ في 1978/11/28 الغرفة الشرعية،ـ الحسين الملكي: م.س، ص: 62.

[324]- قرار المجلس الأعلى عدد 177، ملف رقم 74469 مؤرخ في 1980/05/12، الغرفة الاجتماعية الحسين الملكي: م.س، ص: 68.

العامة للمطالبة بما تراه حقا لها في هذا الشأن، بدلا من تقديم دعواها في إطار الكد والسعاية الذي هو عرف لا يوجد في منطقة إقامة الزوجين...»[325]

أما فيما يتعلق بمحاكم الموضوع، فقد سارت هي الأخرى على **نفس ما استقر** عليه المجلس الأعلى — وإن كانت بعض المحاكم في قراراتها وأحكامها [وهي قليلة] **لم تُراع** مسألة العرف في إعمالها لمقتضيات حق الكد والسعاية[326]— حيث ذهبت المحكمة الابتدائية بمراكش في حكم حديث لها إلى أن « **النازلة موضوع** الدعوى تتعلق بحق الكد والسعاية المستمد من الأعراف المحلية لمنطقة سوس، وأن تطبيق العرف يتميز بطابع الحصرية المكانية والتحديد الجغرافي، ومن ثم فإنه لا يمكن تطبيقه على أناس يعيشون في مدار حضري خارج منطقة سوس ماسة، حسب الاجتهاد القار للمجلس الأعلى...»[327]

وفي نفس السياق، ذهبت ابتدائية تارودانت إلى أن حق الكد والسعاية هو عرف سائد بمنطقة سوس، على خلاف منطقة فاس، حيث جرى العرف بأن تأخذ المرأة حظها الموازي لمقدار جريها، فيما زاد على مال الزوج يوم دخلت عليه.[328]، **كما أكدت** المحكمة الابتدائية بأكادير على أن « حق الكد والسعاية وإن لم ينظم تشريعيا كمؤسسة قانونية، إلا أنه يرجع بشانه إلى العرف المحلي...»[329].

خلاصة القول، أن العمل القضائي —وعلى رأسه المجلس الأعلى— **مستقر على أن** مقتضيات حق الكد والسعاية مبنية على العرف المحلي، ولذلك فإنه لا مبرر لإقرار هذا الحق لغير السعاة المنتمين لمنطقة جريان عرف الكد والسعاية، وأعتقد أنه توجه سليم لسببين رئيسيين:

الأول، كونه- أي التوجه- يحترم مبدأ التوقع والاستقرار القانوني، فلا تسري مقتضيات حق الكد والسعاية إلا على أطراف كانوا على علم مسبق بحال التصرفات التي يقومون بها والتي تقضي بإعمال مقتضيات حق الكد والسعاية.

الثاني، يتمثل في أن كل من ساهم في تكوين أوتنمية مال الأسرة وثروتها، حتى ولو كان من غير المنتمين للمنطقة التي يجري بها عرف الكد والسعاية، لا يعني ذلك أن حقه قد ضاع لحرمانه من ممارسة دعوى المطالبة بحق الكد والسعاية، فالقواعد العامة كفيلة بأن تضمن له حقه إذا توفرت شروط ذلك، كأن يقيم دعواه على أساس عقد إجارة الخدمة، أو

---

[325]- قرار المجلس الأعلى عدد 159، ملف رقم 192، 2002/01/02، مؤرخ في 2003/04/16 غرفة الأحوال الشخصية والميراث (قرار غير منشور).

[326]- من بين هذه القرارات والأحكام:

- قرار محكمة الاستيناف بآسفي، رقم 1253 ملف رقم 85/885، مؤرخ في 1985/11/04، منشور بمجلة المحامون العدد1، السنة 1987، ص: 91.
- استينافية الرباط، قرار عدد 2003، ملف رقم 89/8746 مؤرخ في 1991/04/08، الحسين الملكي: م.س، ص: 116 .
- ابتدائية الرباط، حكم رقم 104، ملف عدد 89/13/7، مؤرخ في 1989/04/26، الحسين الملكي، م.س، ص: 163.

[327]- حكم في ملف شرعي، عدد322، ملف رقم 04/08/99، مؤرخ في 2004/12/27 (حكم غير منشور)

[328]- ابتدائية تارودانت، حكم عقاري، ملف رقم 91/7، مؤرخ في 1994/01/10، منشور بمجلة نظرات في الفقه والقانون، عدد 4، ص:125.

[329]- المحكمة الابتدائية باكادير: حكم عدد 86/221، ملف رقم 86/54، مؤرخ في 86/12/26 أورده منشورا الحسين الملكي: م.س، ص: 142.

الشركة، أو الوكالة، أو الحسابات البنكية، وغيرها من الدعاوى التي يمكن أن يجد فيها ضالته لاستيفاء حقه.

خاتمة الباب الأول

لقد تبين من خلال الوقوف على مفهوم ومشروعية حق الكد والسعاية - في جانبه التأصيلي- **مدى الإرتباط** القائم بين كل من العرف المحلي وموضوعات هذا الأخير، وكانت المحصلة النهائية تتجه نحو الإقرار بمركزية العرف المحلي ومحوريته بالنسبة لمفهوم هذا الحق ومشروعيته.

وهكذا اتضح جليا من خلال الفصل الأول، مدى ارتكاز مفهوم حق الكد والسعاية على مقتضيات العرف المحلي، وكيف أن مختلف عناصر التعريف التي يستمد منها مفهومه ترتبط بمحددات تنتمي في جلها إلى مجال العرف، وكيف أن مقاربة مفهوم هذا الحق دون استحضار دور العرف المحلي فيه، يؤدي إلى تبني مفاهيم مغلوطة وقاصرة.

كما أن تبني المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية تبقى مسألة مستبعدة، وهو ما كان يتطلب وضع تعريف لهذا الحق، بحيث يتضمن مختلف العناصر المميزة له والكاشفة عن طبيعته العرفية المحلية من جهة، ويتجاوز في نفس الوقت القصور الذي اعتور بعض المحاولات الفقهية التي رامت تحديد مفهومه من جهة أخرى.

وانطلاقا من الفصل الثاني أيضا، تبين أن مشروعية حق الكد والسعاية ترتبط بشكل كبير بالعرف المحلي، واتضح أن ماذهب إليه كل من الإتجاه الأول القاضي بعدم مشروعية

حق الكد والسعاية، والإتجاه الثاني القاضي بمشروعيته بالنظر لاستناده إلى أسس شرعية وقانونية عامة، لم يكن سليما؛ إذ مشروعية حق الكد والسعاية إنما تجد سندها في ارتباطها **بالعرف المحلي**.

لكن، إذا كان كل من مفهوم حق الكد والسعاية ومشروعيته ترتبط بالعرف المحلي وتستند عليه، فما هي طبيعة القواعد الضابطة له؟ وعلى أي أساس ترتكز؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في الباب الثاني.

الباب الثاني:

خضوع القواعد الضابطة لحق الكد والسعاية للعرف المحلي.

إذا كان العرف المحلي– كما رأينا في الباب السابق– يشكل المرتكز الأساس الذي يقوم عليه مفهوم حق الكد والسعاية، بل والغطاء الشرعي والقانوني الذي تستند عليه مشروعيته؛ **فإن حدود** دور العرف المحلي وتأثيره لم يقف عند هذا الإطار، وإنما تعداه إلى أن يشكل أيضا المصدر الأساسي للقواعد التي تحكم مقتضياته، وهو ما يمكن ملاحظته سواء على مستوى تحديد الطبيعة القانونية لهذا الحق، أو على مستوى القواعد التي تحكم تنظيمه **نطاقا وإثباتا وقسمة**.

بالنسبة للمستوى الأول: تَوَضحَ من خلال تتبع مقتضيات حق الكد والسعاية والبحث في المفترضات القانونية التي يمكن أن تكون أساسا له، أن الطبيعة القانونية لهذا الأخير، ترتبط بالعرف المحلي الذي يشكل العنصر المتحكم في تكييفه، فهو في نهاية المطاف ليس إلا حقا شخصيا مترتبا عن شركة عرفية قائمة بين أفراد ينتمون لوحدة أسرية معينة، خاصة إذا علمنا أن الإقرار بالشركة العرفية كأساس لحق الكد والسعاية، إنما هو مبني على ما تتميز به هذه الأخيرة من طابع الاستثناء عن القواعد العامة من جهة، وبخاصية الطابع العرفي من جهة أخرى، وهو ما يجعلها ملائمة لمقتضيات هذا الحق (**الفصل الأول**).

أما فيما يتعلق بالمستوى **الثاني: فإن الوقوف على القواعد** التي تحكم تنظيم حق الكد والسعاية، يكشف بشكل جلي عن تاثره بمقتضيات العرف المحلي إبتداء وانتهاء، وبالنسبة **لكل مفرداته** التنظيمية.

فالعرف المحلي يعتبر عنصرا جوهريا في تحديد نطاق تطبيق هذا الحق، سواء تعلق الأمر بطبيعة العمل الموجب له، أو بنطاقه من حيث المكان والموضوع (المحل)، **والعرف** المحلي كذلك يلعب دورا مهما في تشكيل وبلورة قواعد إثبات هذا الأخير، وخصوصا فيما يرتبط بمبادى الإثبات في دعوى حق الكد والسعاية من جهة، ووسائل إثبات هذه الدعوى من جهة أخرى.

وأخيرا فالعرف المحلي يحتفظ بمكانة متميزة في ضبط القواعد التي تحكم فرز هذا الحق، سواء من حيث طريقة القسمة المعتمدة في ذلك، أو من حيث المعايير التي يأخذ بها القائم بأعمال القسمة في تقدير وتقويم حق الكد والسعاية.(**الفصل الثاني**)

• <u>الفصل الأول</u>:

الطبيعة القانونية لحق الكد والسعاية وعلاقتها بالعرف.

تمثل مسألة التكييف القانوني لحق الكد والسعاية، أحد الإشكالات الجوهرية التي يطرحها الموضوع؛ ففي ظل غياب توافق فقهي حول مشروعية هذا الحق، وارتباط مفهومه بالعرف المحلي، وتداخل مقتضياته بمجموعة من المؤسسات الشرعية والقانونية؛ كل هذه العوامل وغيرها شكلت مجتمعة سببا قويا، مباشرا أو غير مباشر، في مراكمة وإنتاج اختلاف فقهي حول طبيعة هذا الحق وتكييفه القانوني.

والمقصود بالتكييف القانوني — كعملية ذهنية معقدة — في هذا الإطار، تحديد طبيعة الحق الذي يخول للسعاة إمكانية المطالبة بحظهم في المستفاد المحصل بفعل مساهمتهم في تكوين أموال الأسرة أو تنمية ثروتها، وما إذا كان حقا عينيا يندرج ضمن الحقوق العينية التي نظمها المشرع المغربي؛ والتي تخول لصاحبها سلطة مباشرة على الشيء موضوع الحق دون وسطة أحد؟ أم أنه يظل حقا شخصيا لا يمنح لصاحبه سوى إمكانية المطالبة به في مواجهة المدين، دون أن يخول للدائن سلطة مباشرة على الشيء محل مُطالبته؟

وإجمالا، فلقد اختلف الفقه ومعه القضاء حول تحديد طبيعة حق الكد والسعاية بين ما إذا كان حقا عينيا أم شخصيا، حيث أخذ هذا الاختلاف اتجاهين رئيسيين:

الاتجاه الأول، يرى بانتماء حق الكد والسعاية إلى دائرة الحق العيني، حيث يضفي على هذا الأخير صفة الطبيعة العينية، ويلحقه بأحد الحقوق العينية وفق تصور معين وتفسير محدد؛ غير أن مناقشة هذا التصور لطبيعة حق الكد والسعاية، تكشف عن عدم صحة مسلكه ومن تم استبعاد الحق العيني كأساس لطبيعة هذا الأخير (**الفرع الأول**).

أما الاتجاه الثاني: فيذهب إلى تأكيد الطبيعة الشخصية لهذا الحق وارتباطه بها، وإن كان هو نفسه لم يتفق حول نوع هذا الحق الشخصي وما إذا كان حقا مترتبا عن عقد إجارة الخدمة أو للشركة.

لكن على الرغم من صحة هذا الاتجاه — من حيث اعتباره لحق الكد والسعاية حقا شخصيا— إلا أن الطابع العرفي المحلي لهذا الحق وتميز مقتضياته بقواعد استثنائية لا تجد مثيلا لها في نظام الحقوق الشخصية، يدفع إلى البحث عن إطار قانوني خاص لهذا الأخير وهو ما يمكن إيجاده في إطار الشركة العرفية (**الفرع الثاني**)

- **الفرع الأول:**

استبعاد الطبيعة العينية لحق الكد والسعاية

نظم المشرع المغربي الحقوق العينية في إطار ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالقانون المطبق على العقارات المحفظة، وهي حقوق حسب الرأي الغالب في الفقه المغربي واردة على سبيل الحصر[330].

وفيما يخص الطبيعة العينية لحق الكد والسعاية، فقد ذهب البعض، إلى أن هذا الأخير، يجد أساسه في إطار الحقوق العرفية الإسلامية، شأنه في ذلك، شأن حق الجلسة، والزينة، والجزاء، والهواء الواردة على سبيل المثال في إطار الفقرة العاشرة من الفصل الثامن من ظهير 2 يونيو 1915،(المبحث الأول)

مقابل ذلك، ذهبت المحكمة الابتدائية بتارودانت (مركز أولاد تايمة)[331] إلى إعمال مقتضيات حق الكد والسعاية انطلاقا من الفصل 987 من ق. ل. ع وما بعده، وهو ما طرح السؤال حول إمكانية تأسيس هذا الحق على الملكية الشائعة ومن ثم اعتباره حقا عينيا؟ (المبحث الثاني).

إلا أنه على الرغم من وجود بعض الخصائص المشتركة بين مقتضيات حق الكد والسعاية وكل من الحقوق العرفية الإسلامية وحق الملكية الشائعة، فإن إعمال المقارنة بينهما — بخصوص بعض العناصر الجوهرية في كل منهما— يفضي إلى عدم التسليم بهذين المسلكين، ومن ثم استبعاد الحق العيني كأساس لحق الكد والسعاية تبعا لذلك، وهو ما سأحاول توضيحه من خلال المناقشة.

• المبحث الأول:

اعتبار حق الكد والسعاية حقا عرفيا إسلاميا:

---

[330]- انظر على سبيل المثال:

- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية، ج2، م.س، ص: 41

- محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة -الدار البيضاء- الطبعة الثانية 1419هـ/1999م، ص: 40

وقد أكد على حصرية الحقوق العينية أيضا مشروع قانون رقم 01-19 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، حيث نص في المادة 10 منه على أنه: « لايجوز إنشاء أي حق عيني آخر إلا بقوة القانون ».

[331]- انظر الحكم منشورا بمجلة نظرات في الفقه والقانون، عدد4، م.س، ص:125.

تعتبر الحقوق العرفية الإسلامية[332] — باعتبارها حقوقا عينية بنص القانون[333]— من أهم المفترضات التي اعْتُمِدَ عليها كأساس لحق الكد والسعاية؛ حيث ذهب البعض إلى أن الطبيعة القانونية لهذا الحق، تجد أساسها في إطار الحقوق العرفية الإسلامية المنصوص عليها بالفصل الثامن من القانون المطبق على العقارات المحفظة، مثله في ذلك، مثل باقي الحقوق الأخرى: كالجزاء، والزينة، والجلسة الواردة على سبيل المثال، ولذلك فحق الكد والسعاية يبقى حقا عينيا ينتظم داخل نطاق الحقوق العرفية الإسلامية.

والسؤال المطروح هنا: هو إلى أي حد يمكن القبول بهذا التكييف؟ وبعبارة أوضح هل يمكن اعتبار حق الكد والسعاية حقا عينيا شأنه في ذلك شأن باقي الحقوق العرفية الإسلامية التي أشار إليها المشرع على سبيل المثال في إطار الفصل الثامن من القانون المطبق على العقارات المحفظة؟ أم أن هذا التكييف يظل غير مستقيم من الناحية القانونية؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي ضرورة الوقوف أولا: على ماهية الحقوق العرفية الإسلامية لتَبَيُّنِ مفهومها، والوقوف على طبيعتها (**المطلب الأول**) حتى يتسنى بعد ذلك التقرير فيما إذا كان بالإمكان إلحاق حق الكد والسعاية بالحقوق العرفية الإسلامية كحق عيني أم لا (**المطلب الثاني**)

- **المطلب الأول:**

---

[332]- مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن بعض الفقهاء اعترض على اعتبار هذه الحقوق حقوقا ذات أصل إسلامي، وذلك لكونها ترجع في أصولها إلى العرف من جهة، وتتناقض مع قواعد الفقه الإسلامي من جهة أخرى، فلويس ميليو مثلا، يرى أن الحقوق العرفية الإسلامية هي مؤسسات عرفية مناقضة للفقه الاسلامي، مستدلا بما قاله الفقيه السجلماسي، وعبد الواحد بن عاشر، اللذين اعتبرا أن هذه الحقوق طبقها أهل فاس على الرغم من أنها غير شرعية، بل إن المجاصي أعلن صراحة عن أن الجلسة تعتبر من العوائد الخبيثة التي تعود الناس عليها والتي لا تجد أي مصدر لها في الشرع. انظر:

- MILLIOT LOUIS : Démembrement Du Habous, Menfa'â Gzâ, Gualsâ, Zinâ, IstigHrâq, éd Leroux, Paris, 1918, p : 14 et s .

وقد لخص عدم شرعيتها العلامة عبد الرحمان بن القاضي نظما فقال:

والجلسة التي جرت بفاس * لدى الحوانيت بلا التباس**
ليست لها في الشرع أصل يعتبر* ولا قياس عند كل ذي نظر**
ففعلها وبيعها حرام * عند الجميع قاله الأعلام**

- أوردها محمد بن صالح الصوفي في كتابه: الحقوق العرفية العينية الإسلامية: دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المغربي، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط- الطبعة الأولى، 2002، ص: 785 .

مقابل ذلك، هناك من الفقه من يرى بشرعية هذه الحقوق انطلاقا من كونها مما جرى به العمل، وتقادم عرف الناس وعاداتهم على إجرائها، فكانت مصدر رزق الناس وتعاملهم « وهذا مما ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن على خلاف أو وفاق »

- انظر: محمد بن صالح الصوفي: م.س، ص: 782.

أضف إلى ذلك أن هذه الحقوق تجد شرعيتها في المصلحة المتمثلة في « بيع منفعة الوقف المعطل والمتلاشى بثمن مقسط على الشهور أو السنين أبدا، بيعا معبرا عنه بالكراء المؤبد، ولولا عقدته على ذلك في وقتها لاضمحل اسمه من الوجود...» انظر:

- محمد بن عبد الله : الوقف في الفكر الإسلامي، منشورات وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية - المملكة المغربية- ج2، مطبعة فضالة – المحمدية- طبعة 1416هـ/1996م، ص156.

- وحول اعتبار المصلحة كأساس لمشروعية الحقوق العرفية الإسلامية انظر:

- عمر الجيدي: العرف والعمل، م.س، ص: 472-484.
- محمد بن صالح الصوفي: م.س، ص: 787 وما بعدها.

[333]- حيث يظهر ذلك صراحة من خلال إدراج المشرع لهذه الحقوق ضمن تعداد الحقوق العينية الواردة بالفصل الثامن من ظهير 2 يونيو 1915 المطبق على العقارات المحفظة.

تحديد مفهوم وطبيعة الحقوق العرفية الإسلامية.

الحقوق العرفية الإسلامية، أو كما يطلق عليها حقوق المنفعة droit de manfâa هي مجموعة من الحقوق الواقعة على عقارات للغير، في الغالب ما تكون **عقارات موقوفة، أو عقارات تابعة لأملاك الدولة الخاصة.**[334]

ولقد أشار المشرع المغربي إلى هذه الحقوق من دون أن يتعرض لها بالتعريف، واكتفى بتعدادها على سبيل المثال من خلال الفصل 8 من ظهير2 يونيو 1915، **كما أحال** بشأن تنظيمها إلى العوائد المألوفة بين المسلمين في إطار الفصل 197 من نفس الظهير.[335]

على هذا الأساس فإن التعرف على ماهية هذه الحقوق مفهوما وطبيعة، يقتضي تناولها **انطلاقا** من صورها المختلفة التي أوردها المشرع على سبيل المثال[336]، فنتعرف بداية على **حق الجلسة (الفقرة الأولى) ثم** حق الزينة (**الفقرة الثانية**) وأخيرا حق الجزاء (**الفقرة الثالثة**)

الفقرة الأولى:

حق الجلسة.

وردت بشأن الجلسة كحق من الحقوق العرفية الإسلامية، تعاريف **مختلفة، فقد** عَرَّفها أحد الفقهاء المسلمين بأنها « كراء خاص على شرط التبقية، على أن يقوم

---

[334]- انظر في هذا المعنى:

- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، ج2 ، م.س، ص: 277.

[335]- وقد جاءت صيغة الفصل 179 كما يلي:« إن الحقوق العرفية الإسلامية المشار إليها في الفقرة العاشرة من الفصل الثامن من ظهيرنا الشريف هذا، تبقى جارية حسب العوائد المألوفة بين المسلمين ».

- أحمد ادريوش: القانون العقاري الجديد، الصيغة العربية الرسمية المجهولة للتشريعات المتعلقة بالتحفيظ والعقارات المحفظة، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية- الرباط- الطبعة الأولى 1423هـ- 2002م، ص: 194.

[336] - ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن المشرع المغربي أورد حق الهواء ضمن تعداد الحقوق العرفية الإسلامية المنصوص عليها في الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915، والحال أنه ليس كذلك، فحق الهواء أقر به الفقه واتفق على إجرائه، وفي ذلك يقول الإمام ابن عاصم الغرناطي في التحفة:

وجائز أن يشترى الهوى * لأن يقام معه البناء**

« يعني: أنه يجوز اشتراء مقدار من الهواء فوق بناء بشرط وصف ما يبنى عليه خروجاً من الغرر، ويجوز شراء مقدار من الهواء فوق الهواء الذي يلي البناء، إذا وُصف مايبني في الهوائين، ويملك صاحب الهواء الأعلى ما فوقه إلى عنان السماء، لكن لا يبني فوق بنائه إلا بإذن من هو أسفل منه ».

- محمد بن يوسف الكافي: إحكام الأحكام على تحفة الحكام، المكتبة العصرية -بيروت- و دار الرشاد الحديثة - الدار البيضاء- الطبعة الأولى، 1423هـ/2003م، ص: 112.

كما أن المشرع المغربي نص عليه صراحة في إطار الفصل 484 من ق.ل.ع .

وعليه سوف نقتصر في هذا المطلب على تحديد مفهوم وطبيعة كل من الجلسة والزينة والجزاء فقط، دون حق الهواء.

المكتري بالأصل»[337] **أو** « هي تمليك المنفعة للقيام بأمر الأصل كل القيام، وتتميم ما تتوقف عليه عمارته من إحداث مواعين وآلات تناسب ما أعد له الأصل »[338].

وعلى الجملة، فالجلسة تتجسد في صورة « عقد إيجار مقابل مبلغ معلوم، ويقع عادة على المحلات الصناعية والتجارية، لكي يقوم صاحب الجلسة بتجهيزه بالمعدات اللازمة لهذه الحرفة، وقد يقوم المالك بتجهيز المحل بالمعدات ويؤجره لأحد أصحاب المهنة بأن ينشئ له حق جلسة على المحل ومعداته، ويراعى في تقدير الأجرة، قيمة المعدات **والمواعين».**[339]

فمفهوم حق الجلسة بهذا المعنى، ينصرف إلى كل حق عيني ناتج عن كراء محض على وجه التأبيد، أو لأمد معلوم قابل للتجديد، يرتب لصاحبه حق الانتفاع بالعقار، **مقابل أداء** مبلغ معلوم لمالك الرقبة،[340] وهو في العادة يقع على عقارات حبسية **أو أملاك الدولة، بل وحتى الأملاك العائدة للخواص.**[341]

ويترتب على قيام الجلسة بعد استكمال أركانها وشروطها،مجموعة من الآثار سواء **بالنسبة لصاحب حق الجلسة أو مالك الرقبة.**

فصاحب حق الجلسة ملزم بالمحافظة على العقار موضوع الجلسة، وصيانته، **ومباشرة الإصلاحات اللازمة** لأداء مهامه، هذا بالإضافة إلى ضرورة تجهيز العقار بالمعدات والآلات أو غيرها من الاحتياجات التي يتطلبها، والتي تتناسب و**النشاط التجاري أو الصناعي المعد** له، كما يقع على عاتقه أداء الوجيبة الكرائية المتفق عليها وبشكل دوري، سواء شغل الجلسة أم لم يشغلها، وإن كان تغير أصول العقار من حيث قيمته يسمح بمراجعة الوجيبة بشكل تناسب القيمة المستجدة للعقار.[342]

---

[337]- أورد هذا التعريف الأستاذ عمر الجيدي: العرف والعمل، م.س، ص:469.

[338]- أورده محمد بن صالح الصوفي: الحقوق العرفية العينية الإسلامية، م.س، ص:446.

وفي نفس السياق عرفها موريس موريز بقوله:

- « La Guelsa est l'usufruit possédé par un contrat de location a perpétuité » MORERE MAURICE : Le régime des biens Au Maroc, R.M.D, 1954, p : 200.

[339]- محيي الدين إسماعيل علم الدين: نظم الكراء بالمغرب، مطبعة الساحل – الرباط- 1986، ص64.

- وانظر في نفس المعنى:

- DECROUX PAUL : Droit foncier Marocain, éd La Porte, Imprimerie El Maarif Al jadida-Rabat-2002, p : 450.

[340]- انظر في هذا المعنى:

- محمد خيري: حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب، نشر دار نشر المعرفة، مطبعة المعاريف الجديدة –الرباط- طبعة 2001، ص:405-406.

[341]- وقد أشار الأستاذ محمد بونبات إلى أن حق الجلسة إذا كان يقع على العقارات الحبسية والأملاك المخزنية، فإنه لا يوجد لهذا الحق تطبيق على مستوى الأملاك العائدة للخواص.

- محمد بونبات: في تاريخية حق المنفعة في المغرب (الجزاء، الجلسة وما شابهها) المجلة المغربية للقانون المقارن، العدد 3، سنة 1984 ، ص 92.

[342]- انظر في تفصيل ذلك:

- محي الدين إسماعيل علم الدين: نظم الكراء بالمغرب، م.س، ص: 67 ومابعدها.

ومقابل ذلك، فصاحب حق الجلسة، بالإضافة إلى حقه في التمتع بالعقار بكافة وجوه الاستغلال، فإن له حق التصرف فيه بعوض أو بدون عوض.[343]

أما بالنسبة لمالك الرقبة (مالك العقار المثقل بحق الجلسة) فبالإضافة إلى حقه في الحصول على مبلغ الكراء كمقابل لحق الجلسة، يبقى له حق التصرف في ملكية العقار دون منفعته التي ترجع إلى صاحب حق الجلسة.

على هذا الأساس، يتضح أن مفهوم وطبيعة حق الجلسة ترتكز على الخصائص التالية:

1- **حق الجلسة،** حق عيني عقاري يندرج ضمن الحقوق العرفية الإسلامية باعتبارها عقارات بحسب المقصود بها [بحسب المحل الذي تنسحب عليه] **كما نص على** ذلك الفصل الثامن من ظهير 2 يونيو 1915.
2- **حق الجلسة،** حق عيني ناتج عن علاقة كرائية على وجه التبقية والدوام- كما يجري **بذلك العرف**- يتم فيه التمييز بين صاحب **حق الجلسة ومالك الرقبة (مالك العقار موضوع الجلسة).**
3- **حق الجلسة،** حق مستقل يرد في الغالب على محل معد للتجارة أو الصناعة، ويكون **عادة عقارا تابعا للأحباس أو من أملاك الدولة.**[344] وهو قابل للتداول بعوض أو بدونه، سواء بين الأحياء أو بسبب الموت.
4- **حق الجلسة،** حق عيني قابل لأن يكون موضوع استغلال [انتفاع] حسب مقتضيات **الفصل** 37 من ظهير 2 يونيو 1915، وكذا موضوع رهن بموجب نص الفصل 158 من نفس الظهير.
5- **حق الجلسة، حق واجب التضمين** [التسجيل] بالرسم العقاري إذا كان واقعا على عقار محفظ [مقيد] ولا يعتبر ماضيا ولو بين المتعاقدين إلا من يوم تضمينه بالرسم العقاري طبقا لمقتضيات الفصل 67 من الظهير المتعلق بتحفيظ [تقييد] الأملاك العقارية 12 **غشت** 1913.[345]

الفقرة الثانية:

حق الزينة.

يُعرف حق الزينة بأنه « حق يرد على قطعة أرض مملوكة **للدولة** (الدومين الخاص) أو لإحدى البلديات، ويمكن أن يرد على حق جلسة كما تقدم، وبمقتضى حق الزينة يقوم صاحبه بتحسينات في العقار، وبناء منشآت فيه، أو إحاطته بأسوار لاستخدامه حظيرة للماشية، فيسمى عندئذ حق الزريبة droit dezeribeh[346] ويؤدي صاحب حق الزينة أجرة إلى المالك أو صاحب الجلسة بصفة دورية »[347].

---

[343] - DECROUX PAUL : Droit foncier, op.cit, p : 450.

[344]- DECROUX PAUL : op.cit, p : 450.

[345]- انظر: أحمد ادريوش: القانون العقاري الجديد، م.س، ص: 79.

[346]- وهو حق مأخوذ من اسم البقعة الأرضية المحاطة بسياج شائك مخصص لسكنى الأهالي،- راجع بيروني: عقدة الزريبة والزينة، تعريب يوسف كرم، المجلة المغربية للقوانين والمذاهب والأحكام الأهلية (المذهب المالكي والعرف البربري والقانون الإسرائيلي)، العدد 5-6-7-8 السنة الثانية 1937-1938، ص 33 وما بعدها)

[347]- محي الدين اسماعيل علم الدين: نظم الكراء بالمغرب، م.س، ص: 86.

فحق الزينة ينشأ عن طريق كراء أرض من أملاك الدولة الخاصة أو أملاك الأحباس، ويقوم المكتري بإجراء بعض التحسينات عليها من أجل استغلالها، من قبيل تشييد بنايات للتجارة أو السكنى، فينشأ بموجب هذا الإجراء حق عيني لفائدة المكتري على تلك التحسينات يسمى بحق الزينة.[348]

وقد يترتب عن حق الجلسة فيكون فرعا منه،[349] ويتحقق ذلك عن طريق قيام شخص له حق جلسة بكراء المحل لشخص آخر، فيعمد هذا الأخير إلى إحداث تحسينات على العقار، فيصبح نتيجة لذلك مالكا لحق الزينة على ذلك العقار.[350]

وأخيرا: قد ينشأ حق الزينة عن طريق إرادة الدولة من خلال تمتيعها بعض الأشخاص بحق الزينة، كما كان الأمر بالنسبة لتمتيع الدولة لبعض المغاربة المسلمين أو اليهود بحق الزينة، داخل قصبة أكادير.[351]

ويترتب على نشوء حق الزينة بهذا المعنى، حقوق والتزامات تقع على كلا الطرفين:

فبالنسبة لصاحب حق الزينة، فهو ملزم علاوة على **أداء** قدر من المال يطلق عليه **الربطة**[352] ، عليه أداء وجيبة الكراء بشكل منتظم لفائدة المكري، مع التزامه بكافة التحملات الواقعة على العقار، من ضرائب وصيانة، هذا بالإضافة إلى ضرورة مراعاته « **لإرشادات** مُكريه بإقامة بناءات ذات **شكل خصوصي** ».[353]

ومقابل ذلك، فصاحب حق الزينة له إقامة الأبنية والمنشآت التي يريدها بحسب **الاتفاق**، مع إمكانية التصرف فيها بالبيع وغيره، هذا بالإضافة إلى حقه في التعويض عن الضرر الحاصل له من جراء فسخ العقد من قبل المكري.[354]

أما فيما يتعلق بالمُكري، فهذا الأخير ملزم بتمكين صاحب حق الزينة من العقار بحسب الاتفاق، وله مقابل ذلك حق فسخ العقد واسترجاع عقاره من جهة، والأفضلية في أن يشفع تلك المباني إذا تم بيعها من جهة أخرى.[355]

خلاصة القول: – انطلاقا مما تقدم – يتضح أن مفهوم وطبيعة حق الزينة كحق عرفي إسلامي يرتبط بالخصائص التالية:

1- حق الزينة، مثله مثل باقي الحقوق العرفية الإسلامية، هو حق عيني عقاري أصلي طبقا، لمقتضيات الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915.
2- حق الزينة، حق عيني مستقل، ناتج عن علاقة كرائية، يخول لصاحبه الاستفادة على وجه الديمومة مما أحدثه في العقار من بناء أو تحسين، حيث يتم فيه التمييز بينه

---

[348]- محمد بن صالح الصوفي: الحقوق العرفية العينية الإسلامية، م.س، ص:701.

[349]- راجع:

- MILLIOT LOUIS : Démembrement du Habous, op. cit, p : 57.
- DECROUX PAUL: Droit foncier, op.cit, p : 451.

[350]- محمد بن صالح الصوفي: م.س، ص:703.

[351] -DECROUX PAUL : Droit Foncier, op.cit, p : 452.

[352]- الربطة هي قدر من المال يدفع لرب العقار أو لوكيله قصد الحصول على إنجاز عقد الكراء، إذ أن في إعطائه إستمالة لقلب المكري وحمله على الرضا بإجراء عقد الكراء الذي ينشأ عنه حق الزينة (انظر: بيروني: عقد الزريبة والزينة، م.س، ص: 33-34

[353]- بيروني: م.س، ص: 34 - وانظر كذلك: محمد بن صالح الصوفي: م.س ، ص: 710.

[354]- بيروني: م.س ، ص: 35- 34.

[355]- محمد بن صالح الصوفي: م.س، ص 711- 713، وانظر كذلك: بيروني: م.س ، ص:34-35.

وبين حق الملكية الثابت لمالك العقار المثقل بحق الزينة من جهة، وحق الجلسة والجزاء الواقع على نفس العقار من جهة أخرى.

3- حق الزينة، حق قابل للتصرف فيه، ويمكن أن يكون موضوع استغلال [انتفاع] ورهن كذلك، وهو لا يعتبر ماضيا بين المتعاقدين إلا من يوم تضمينه بالرسم العقاري إذا انصب على عقار محفظ.

الفقرة الثالثة:

حق الجزاء.

يسمى أيضا بحق الاستئجار، أو الكراء، وهو حق ناتج عن « عقد كراء على التبقية يقع على أرض فضاء من أجل البناء أو الغرس فوقها لمدة غالبا ما تكون طويلة»[356]، وهو حق ينشأ في الأرض المملوكة ملكا خاصا، وقد تكون مملوكة للدولة، وفي الغالب ما تكون هذه الأراضي موقوفة؛ إذ قد لا يستطيع ناظر الأوقاف استغلال تلك الأراضي للفلاحة أو البناء لانعدام الأموال اللازمة لذلك، فيعمد إلى تأجيرها لمن له الغرض في استغلالها بالبناء والزراعة، مقابل مقدار مالي دوري يتفق عليه، فينشأ بتمام ذلك حق الجزاء.[357]

ثم إن حق الجزاء، قد يشبه حق الجلسة، إلا أنه يفترق عنه في كون الأول يرد على أرض خلاء، بينما الثاني فيرد على محلات مخصصة للاستغلال الصناعي أوالتجاري.

كما أن حق الجزاء يختلف كذلك عن حق الكراء الطويل الأمد المنصوص عليه بالفصول 87 إلى 96 من ظهير 2 يونيو 1915، من حيث أن الأول كراء دائم، بينما الثاني فمدته لا تقل عن 18سنة ولا تتجاوز 99سنة في كل الاحوال.

على هذا الأساس يمكن تحديد طبيعة حق الجزاء في الخصائص التالية:

1- حق الجزاء هو حق عيني ناتج عن علاقة كرائية على وجه التبقية بين مالك الأرض الخلاء (أملاك موقوفة/ أملاك خاصة) وبين المكتري (صاحب حق الجزاء)، بخلاف الكراء العادي الذي يظل حقا شخصيا ذا طبيعة مؤقتة.
2- حق الجزاء حق عيني يقبل التصرف فيه بعوض أو بغير عوض، بين الأحياء أوبسبب الموت، ويمكن أن يكون موضوع حق استغلال (انتفاع) أو رهن، مثله في ذلك مثل باقي الحقوق العرفية الإسلامية.
3- حق الجزاء حق واجب التضمين بالرسم العقاري إذا تعلق بعقار محفظ، ولا يعتبر ماضيا بين المتعاقدين إلا من يوم إجراء ذلك التضمين.

---

[356]- محمد الكشبور: مفهوم وطبيعة حق الكد والسعاية ، م.س، ص: 40.

- وفي نفس السياق عرَّفه موريس بأنه :« كراء أرض بقصد تشييد بنايات أو إحداث أغراس».

- MORERE MAURICE : Le régime des biens Au Maroc, op.cit, p : 199

[357]- انظر في هذا المعنى:

- محيي الدين إسماعيل علم الدين: نظم الكراء بالمغرب، م.س، ص: 77.

- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية، ج 2، م.س، ص: 279.

• المطلب الثاني:

مناقشة إمكانية تبني الحقوق العرفية الإسلامية كأساس لحق الكد والسعاية.

لم أكن لأقف على دراسة إمكانية تأسيس حق الكد والسعاية على الحقوق العرفية الإسلامية، لولا التوجه الصريح الذي ركن إليه المفوض الملكي بالمحكمة الإدارية بالرباط[358] **بمناسبة إبداء** رأيه القانوني، بخصوص طلب يهدف إلى إلغاء قرار المحافظ **العقاري القاضي** برفض تقييد حق الكد والسعاية تقييدا احتياطيا، بدعوى عدم انسجام الطلب مع مقتضيات الفصل 85 من قانون التحفيظ العقاري، حيث اعتبر المفوض الملكي بهذه المناسبة؛ أن حق الكد والسعاية هو حق عيني يندرج ضمن الحقوق العرفية الإسلامية طبقا لما أقره الاجتهاد القضائي **المغربي**، و لذلك كان على المحافظ العقاري قبول طلب المدعية بتقييد حق الكد والسعاية تقييدا احتياطيا، دون رفضه، مما جعل قراراه غير مرتكز على أساس ويتوجب إلغاؤه.[359]

لكن إذا كان الرأي القانوني الذي اعتمده المفوض الملكي يمثل من جهة، رأيا متفردا وغير مسبوق من حيث تحديده لطبيعة حق الكد والسعاية، بحيث لم أعثر على من يقول بذلك سواء لدى الفقه أو القضاء، فإنه من جهة أخرى **يُلزم بضرورة إمعان النظر في مدى صحة** مسلكه وتخريجه القانوني، وذلك بمناقشته انطلاقا من التساؤل التالي:

هل يمكن اعتبار حق الكد والسعاية حقا عرفيا إسلاميا بمفهوم **الفصل الثامن (الفقرة** العاشرة) من ظهير 2 يونيو 1915 **المتعلق بالقانون المطبق على العقارات المحفظة؟ أم أن** هذا التكييف يظل غير مستقيم من الناحية القانونية؟

الحقيقة، أن هناك أوجه تشابه بين كل من حق الكد والسعاية والحقوق العرفية الإسلامية، على الأقل من جهة الخصائص الخارجية لكليهما(**الفقرة الأولى**) إلا أنه مع ذلك يبقى تكييف حق الكد والسعاية على أساس الحقوق العرفية الإسلامية مستبعدا **من وجوه عدة** (**الفقرة الثانية**)

---

[358]- مما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد، أن العديد ممن تعرضوا إلى هذه النقطة - اعتبار حق الكد والسعاية حقا عرفيا إسلاميا- أرجعوا مصدرها إلى حكم المحكمة الإدارية بالرباط (عدد 439 مؤرخ في 15-05-1997 ملف عدد96/583) وليس إلى الرأي القانوني الإستشاري للمفوض الملكي القائم بها، مع العلم أن المحكمة الإدارية بالرباط من خلال الاطلاع على قرارها، لم تشر إلى الحقوق العرفية الإسلامية كأساس لحق الكد والسعاية، وإنما اكتفت فقط باعتبار حق الكد والسعاية حقا قابلا للتقييد الإحتياطي بناء على أن الفصل85 من قانون التحفيظ العقاري جاء عاما في صياغته ومنح إمكانية طلب تقييد احتياطي لكل من يدعي أي حق في عقار محفظ دونما تحديد، ولهذا ركزت على الرأي القانوني للمفوض الملكي دون المحكمة الإدارية بالرباط، لكونه كان واضحا وصريحا في تحديده لطبيعة حق الكد والسعاية بأنه حق عرفي إسلامي، بخلاف المحكمة الإدارية بالرباط التي أكدت فقط على إمكانية تقييد حق الكد والسعاية تقييدا إحتياطيا طبقا للفصل85 من قانون التحفيظ العقاري.

انظر: - حكم المحكمة الإدارية بالرباط منشورا بمجلة رسالة المحاماة العدد 15 أكتوبر 2000 ص185، وكذلك بكتاب الأستاذ الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 172.

[359]- انظر تقرير المفوض الملكي ورأيه القانوني المقدم لدى المحكمة الإدارية بالرباط بخصوص حكمها الآنف ذكره، منشورا بكتاب الأستاذ الحسين الملكي: م.س، ص: 176- 177

الفقرة الأولى:

أوجه التشابه بين حق الكد والسعاية والحقوق العرفية الإسلامية.

يمكن إجمال أوجه التشابه هذه فيما يلي:

إن الحقوق العرفية الإسلامية — **وكما سبق ذكر ذلك** — ترجع في أصلها إلى الممارسة العرفية، **ا**لتي درج الناس على التعامل بها، وسعى الفقهاء في محاولات متعددة لإيجاد تأصيل لها داخل المؤسسات الشرعية بناء على العرف أو المصلحة — **على الرغم من معارضة** فقهية قوية لمشروعية هذه الحقوق على اعتبار مخالفتها للأصول التي تقضي بعدم تأبيد الكراء[360]— وهذه الخاصية (خاصية الأصل العرفي) التي تتسم بها الحقوق العرفية الإسلامية هي نفس الخاصية التي يتميز بها حق الكد والسعاية، على أساس كونه **حقا ذو** أصل عرفي أفرزته الممارسة العرفية، وأقره فقه العمل بناء على جريان **العرف** به، **رغم** معارضة بعض الفقهاء لمشروعيته، نظرا لكونه يخالف القياس القاضي بأن الفرع تابع للأصل وأن النسل تابع للأمهات.[361]

أضف إلى ذلك، فالحقوق العرفية الإسلامية في جملتها تقوم على وجود علاقة دائنية، فحق الجزاء والجلسة والزينة **مثلا**، هي حقوق ناتجة عن تعاقد بين المكري والمكتري، فنقول بذلك، عقد الجلسة، أو عقد الجزاء، أي أننا أمام علاقة تعاقدية ينتصب فيها الدائن المكتري، والمدين المكري كأطراف لهذه العلاقة.

وعلى نفس المنوال يمكن الحديث ولو بصورة تقريبية عن حق الكد والسعاية كحق **نا**تج عن علاقة دائنية قائمة بين اطراف ساهمت بشكل مشترك في تكوين أو تنمية الثروة الأسرية.

ثم إن الذي يدفع أكثر نحو التماهي مع فكرة اعتبار الحقوق العرفية الإسلامية كأساس لحق الكد والسعاية، هي الصياغة التشريعية التي استعملها المشرع المغربي بالفقرة العاشرة **من الفصل الثامن من** ظهير 2 يونيو 1915، **والتي توحي بأن** التعداد الوارد فيها للحقوق العرفية الإسلامية هو تعداد على سبيل المثال لا الحصر، بدليل أن المشرع استعمل حرف الكاف للتشبيه " الحقوق العرفية الإسلامية : كالجزاء والاستيجار والجلسة والزينة والهواء..." بحيث تفيد في هذا المقام، أن الأمر يتعلق بالتمثيل لا الحصر، ولذلك فصياغة المشرع لهذه الحقوق على هذا النحو يغري أكثر من بقية الحقوق الأخرى، بأن تكون الحقوق العرفية الإسلامية أساسا قانونيا لحق الكد والسعاية.

لكن، إذا كانت هناك خصائص مشتركة بين الحقين كما تقدم قد تجعلهما **أقرب إلى** بعضهما البعض، وتغري بتكيف حق الكد والسعاية على أنه حق عرفي إسلامي شأنه في ذلك شأن باقي الحقوق العرفية الإسلامية، فإن هذا التكييف مع ذلك يبقى **مستبعدا من وجوه عدة** :

---

[360]- وانظر بخصوص هذه الفكرة ص ومابعدها من هذا البحث.

[361]- انظر النقاش حول مشروعية حق الكد والسعاية ص من هذا البحث.

الفقرة الثانية:

مبررات استبعاد الحقوق العرفية الإسلامية كأساس لحق الكد والسعاية.

إن عدم ملاءمة الحقوق العرفية الإسلامية لمقتضيات حق الكد والسعاية كأساس قانوني له، ينطلق من عدة اعتبارات كلها تنبني على وجود اختلافات جوهرية بينهما، ويظهر ذلك من خلال مايلي:

1- **هناك اختلاف بين الحقين على مستوى صفة العلاقة الدائنية التي يترتب عنها كل منهما؛** فالحقوق العرفية الإسلامية هي حقوق عينية متمخضة عن علاقة كرائية في مجملها؛ **فكل من حق الجلسة، والجزاء،** والزينة، **ترجع في** مصدرها إلى تعاقد يحصل بين المكتري(صاحب الحق العرفي الإسلامي)، والمكري (مالك الرقبة المثقل عقاره بحق من الحقوق العرفية الإسلامية)، بحيث يترتب على هذا التعاقد **ذي الطبيعة الكرائية** أثر قانوني يتمثل في نشوء حق الجزاء، أو الزينة، **أو الجلسة.**

لكن، عندما نقف على طبيعة العلاقة التي ينشأ عنها حق الكد والسعاية، وعلى **الرغم من** كونها دائنية كما هو الحال بالنسبة للحقوق العرفية الإسلامية، إلا أن **صفة** هذه العلاقة مختلفة اختلافا جوهريا عن طبيعة العلاقة الدائنية التي تنشأ عنها الحقوق العرفية الإسلامية، فحق الكد والسعاية ليس بحق ناتج عن علاقة كرائية كما هو **الحال بالنسبة للجلسة والجزاء،** وإنما هو حق يتجسد في صورة مساهمة فرد أو مجموع أفراد ينتمون إلى أسرة واحدة في تكوين أو تنمية ثروة هذه الأسرة، فينتج عن مساهمتهم **تلك مجموع أرباح تسمى بالمستفاد؛** بحيث يترتب على قيام هذه العلاقة نشوء حق لفائدة السعاة يخول لهم المطالبة بجزء من المستفاد الذي ساهموا فيه كل على حسب مشاركته، وعلى قدر سعيه وكده؛ بمعنى أن الأمر يرتبط **بعلاقة شراكة ومشاركة،** وليس بكراء، **أي أننا أمام** أطراف علاقة لا يتصفون بصفة **المكري أو المكتري،** وإنما لهم صفة أخرى هي صفة المساهم **والساعي، ولذلك، فإن** أول مظاهر عدم الملاءمة تبرز من خلال اختلاف صفة وطبيعة العلاقة الدائنية.

2- **هناك اختلاف بين الحقين على مستوى طبيعة وخصائص كل منهما؛ فالحقوق** العرفية الإسلامية — **كما تقدم** — هي حقوق عينية تقع على عقار مملوك للغير، وهذا يعني: أنها حقوق تحمل خصائص الحق العيني، فهي تخول لصاحبها **استعمال الشيء** موضوع الحق واستغلاله، والتصرف فيه دون وساطة أحد؛ **أي أن صاحب الحق العرفي الإسلامي** له سلطة واقعية وقانونية مباشرة على الشيء محل هذا الحق **العرفي الإسلامي؛** فحق الجلسة مثلا يترتب عنه اكتساب صاحبه حقا دائما على **المحل موضوع حق الجلسة،** ويخوله سلطة مباشرة عليه، يكون له معها حق استعماله واستغلاله فيما أعد له، والتصرف فيه أيضا، بحيث لا ينتصب **مالك العقار المثقل بحق الجلسة** وسيطا في هذه العلاقة المباشرة، وهذا ما ينطبق على كافة الحقوق العرفية الإسلامية الأخرى.

وعلى خلاف ذلك، فحق الكد والسعاية لا يُخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء محل الحق، وإنما ينشئ فقط لصاحبه إمكانية المطالبة به تجاه من يقع هذا الحق تحت يده، أي: أن له سلطة غير مباشرة، بحيث ينتصب فيها المُطالَبُ بهذا الحق وسيطا في تمكين صاحب حق الكد والسعاية منه، فالزوجة التي كدَّتْ وسعت في مال زوجها، ونتج عن هذا الكد والسعي مستفاد، وليكن بناية مثلا، فحق الكد والسعاية في هذا المثال، لا يخول للزوجة سلطة مباشرة قانونية وواقعية في استعمال حصتها من البناية واستغلالها والتصرف فيها، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العرفية الإسلامية، وإنما يخول لها فقط الحق في المطالبة بالحصول على حقها في الكد والسعاية من المستفاد(البناية)، وهذا يعني أن فكرة الوسلطة في الاستفادة من الحق والحصول عليه، تعتبر خاصية أساسية تميز حق الكد والسعاية، ومن تم يكون إلباس هذا الحق لباس الحقوق العرفية الإسلامية مسلكا غير مبرر.

4- **هناك اختلاف بين الحقين على مستوى طبيعة الشيء محل الحق؛** فالحقوق العرفية الإسلامية بالإضافة لكونها حقوقا عينية، فهي كذلك تعتبر عقارات بحسب المحل الذي تنسحب عليه، أو حسب الصيغة العربية الرسمية المجهولة، تعتبر عقارات بحسب المقصود بها،[362] فلا يمكن تصور قيام حق عرفي إسلامي على منقول.

مقابل ذلك، فحق الكد والسعاية وعلى ما جرى به العرف والعمل، يسري على كافة الأموال، سواء أكانت عقارية أو منقولة، وهو مايشكل فارقا أساسيا بين هذا الأخير والحقوق العينية الإسلامية.

5- **هناك اختلاف بين الحقين على مستوى الآثار المترتبة على نشوء كل منهما؛ فحق** الكد والسعاية يُرتب لصاحبه فقط إمكانية المطالبة باستيفائه لا غير، مقابل التزام المدين — الشخص الذي يقع الشيء موضوع المُطالبة تحت يده — بتمكين صاحب حق الكد والسعاية من نصيبه في المستفاد، كما أن هذه الآثار ذات طبيعة مؤقتة تنقضي باستيفاء الحق من قبل صاحبه.

أما بالنسبة للحقوق العرفية الإسلامية، فهي ترتب آثارا ممتدة إلى غاية انقضاء الحق بأحد أسباب ذلك، كما وأنها ترتب حقوقا والتزامات من طبيعة خاصة لا تجد مثيلا لها ضمن مقتضيات حق الكد والسعاية.

6- **وأخيرا:** فالصياغة التي استعملها المشرع المغربي ضمن مقتضيات الفصل 8 (الفقرة10) من ظهير 2 يونيو 1915، والتي تفيد ورودها على سبيل المثال لا الحصر، لا تنهض مبررا لإقحام حق الكد والسعاية ضمن الحقوق العرفية الإسلامية، إذ لابد من تَبيُّن طبيعة الحق المراد إدراجه ضمن هذه الحقوق، ومدى ملاءمته لطبيعتها، أما أن تُلبس حق الكد والسعاية لباس الحقوق العرفية الإسلامية لمجرد أن المشرع لم يحصرها، وإنما أوردها على سبيل المثال، فهذا لا يستقيم مطلقا، خاصة إذا علمنا أن السبب في إيراد هذه الحقوق على سبيل المثال، كان

[362]- أحمد ادريوش: القانون العقاري الجديد: م.س، ص: 152.

راجعا إلى الجهل التام بهذه الحقوق من قبل المشرع في تلك الفترة، مما حدا به إلى اختيار هذه الطريقة لتبقى مستوعبة لكافة الحقوق العرفية التي لم يقف عليها المشرع في تلك الحقبة.[363]

على هذا الأساس، يبدو أن تكييف حق الكد والسعاية على أساس كونه حقا عرفيا إسلاميا، يبقى أمرا مستبعدا — على الرغم من وجود بعض الخصائص المشتركة بين الحقين، والتي تظل شكلية أكثر منها جوهرية — وهو ما يطرح السؤال حول إمكانية البحث عن تأسيس هذا الحق داخل نطاق أحد الحقوق العينية الأخرى؟

• المبحث الثاني:

افتراض الملكية الشائعة كأساس لحق الكد والسعاية.

إذا كان تكييف حق الكد والسعاية على أساس الحقوق العرفية الإسلامية لم يكن موفقا للأسباب السابق ذكرها، فإن محاولة الإبقاء على الطابع العيني لهذا الحق ضمن أحد الحقوق العينية المنصوص عليها بالفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915 ظلت مستمرة لتجد هذه المرة أساسها في شكل قانوني جديد يستند إلى حق عيني آخر : هو حق الملكية الشائعة.

حيث ذهبت المحكمة الابتدائية بتارودانت (مركز أولاد تايمة)[364] — وبمناسبة بثها في نزاع متعلق بمطالبة زوجة لزوجها بحقها في الكد والسعاية — إلى أن الزوجة المدعية محقة في طلبها، وهي بذلك تستحق جزء من العقار موضوع النزاع كدا وسعاية بناء على مقتضيات الفصل 978 وما يليه من ق. ل. ع، الأمر الذي يطرح السؤال حول مدى إمكانية تأسيس حق الكد والسعاية وحمله على مقتضيات الملكية الشائعة التي نظمها المشرع في إطار الفصل 960 إلى الفصل 981 من ق ل ع؟

مبدئيا يمكن القول، بأنه على الرغم من وجود بعض الخصائص المشتركة بين كل من مقتضيات حق الكد والسعاية، والملكية الشائعة، والتي تشكل أوجه الارتباط الحاصل بينهما (**المطلب الأول**) إلا أن إمكانية تبني هذه الأخيرة كأساس قانوني لهذا الحق، يبقى أمرا مستبعدا بالنظر إلى وجود فروقات جوهرية بين كل منهما (**المطلب الثاني**).

• المطلب الأول:

---

[363]- محمد الكشبور: مفهوم وطبيعة حق الكد والسعاية، م.س، ص: 46- 47.

[364]- الحكم منشور بمجلة نظرات في الفقه والقانون، عدد 4، ص:125 -133. وانظر في التعليق عليه:

- Tak Tak NAJIA : Gestion contractuelle des affaire familliales réalité et droit de l'épouse, op.cit, p : XXI et s.

تحديد مفهوم الملكية الشائعة ووجه علاقتها بحق الكد والسعاية.

إن التقرير في مدى الإمكانية التي توفرها قواعد الملكية الشائعة لاعتمادها كأساس لحق الكد والسعاية من عدمه، تقتضي مُسبقا الوقوف على مفهوم هذه الأخيرة، وتحديد طبيعة الحق الذي تخوله (**الفقرة الأولى**) على أن نَخْلُصَ في نهاية المطاف إلى كشف وجه العلاقة الرابطة بين كل من مقتضيات حق الكد والسعاية ومؤسسة الملكية الشائعة، انطلاقا من إعمال المقارنة بين العناصر التي تشكل الخصائص المميزة لكل منهما (**الفقرة الثانية**)

الفقرة الأولى:

مفهوم وطبيعة الملكية الشائعة.

يمكن تعريف الملكية الشائعة بأنها: ملكية مشتركة بين شخصين أو أكثر، تقع على مال معين، يكون فيها كل شخص مالكا لحصة معينة القدر من ذلك المال، من غير أن تكون تلك الحصة مفروزة عن باقي الحصص الأخرى.[365]

وقد عبر عن هذا المعنى الفصل 960 من ق. ل. ع بقوله:« إذا كان للشيء أو الحق لأشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم وعلى سبيل الشياع، فإنه تنشأ حالة قانونية تسمى الشياع، أو شبه الشركة، وهي إما اختيارية أو اضطرارية».

على هذا الأساس، يتضح أن الملكية الشائعة ترتكز في تعريفها وطبيعتها على العناصر التالية:

1- الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات يملكه أشخاص متعددون وليس شخصا واحدا.

---

[365]- وانظر بعض التعاريف الواردة في نفس المعنى:

- محمد بن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م.س، ص: 119.
- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية، ج2، م.س، ص:115 .

والفقه الإسلامي بدوره يميز بين الملكية المفرزة أو الملك المتميز، وبين الملكية الشائعة، فالأولى تنصب على« شيء معين ذي حدود تفصله عن سواه»، أما الثانية وهي تسمى كذلك بشركة الملك فهي تنصب على « جزء نسبي غير معين من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيرا أو صغيرا».

- مصطفى أحمد الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج1، م.س، ص: 261- 262، ولأخذ فكرة عن مفهوم شركة الأملاك وأنواعها عند مختلف المذاهب الفقهية، راجع:

- أحمد حمد: فقه الشركات، دراسة مقارنة، منشورات جامعة قطر، طبع دار القلم الكويت، الطبعة الأولى 1404هـ/1984م، ص: 31 وما بعدها.
- على خفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، نشر جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، طبعة 1962، ص: 6 وما بعدها.

2- الملكية الشائعة تنصب على مال مشترك وغير مُفرز بين عدة أشخاص، يملك كل واحد منهم حصة معينة، من غير أن تتحدد تلك الحصة ماديا على المال موضوع حالة الشياع؛ فحق الملكية هو الذي ينقسم بينهم، بحيث **يكون لكل من الشركاء** نصيب غير مفرز، **كالثلث أو الربع، أو أقل**، أو أكثر، أما المال ذاته فلا ينقسم بينهم **وإن كان قابلا للانقسام**، على خلاف الملكية المُفرزة حيث يتعين فيها نصيب المالك ماديا لانعدام تعدد الملاك.[366]

3- الملكية الشائعة ملكية فردية وليست جماعية، لأن كل شريك فيها على الشيوع يملك ملكية فردية لحصته في المال الشائع، وينصب حقه مباشرة على هذه الحصة «**فإذا** كانت الملكية الشائعة تسري بقدرها إلى كل أجزاء المال المشاع، فإن ذلك لا يمحو ما لكل حصة فيه من كيان ذاتي، فتكون في كل جزء منه متميزة بالقوة عن غيرها إلى حصول القسمة، وحينئذ تصير متميزة بالفعل، ذلك أن الحصة الشائعة، **وإن لم** تكن في العيان متميزة حالا، فإنها متميزة بالقسمة مآلا، وبموجب **ما للقسمة من أثر** رجعي كاشف، تكون في نظر القانون متميزة عن غيرها من أول الأمر»[367].

4- الملكية الشائعة ترجع في مصدرها؛ **إما للإرادة، كالعقد أو الإرادة المنفردة**[368]، فتكون بذلك اختيارية نابعة من إرادة الأشخاص القاصدين لها، وإما للقانون، **فتكون أنذاك اضطرارية** لا علاقة لها بإرادة الأفراد، كما هو الحال بالنسبة للشياع الناتج **بسبب الإرث.**

5- الأشخاص الذين هم شركاء في الملكية على وجه الشياع، قد تكون حصصهم في المال المشترك حصصا متساوية أو متفاوتة، وفي حالة الشك يفترض أن حصص المالكين فيها متساوية (الفصل 961 **من ق ل ع**).

6- الملكية **الشائعة من** حيث طبيعتها، هي حق ملكية بمعناها الدقيق ؛[369] فهي تشمل **على كافة عناصر حق الملكية**؛ فالمالك على الشياع له سلطة الاستعمال **والاستغلال**

---

[366]- انظر عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني ج 8، م.س، ص : 796.

[367]- عبد اللطيف كرازي: تصرف الشريك في المال المشاع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني ، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال –الرباط- السنة الجامعية 1998-1999، ص: 1

[368]- كأن يتفق عدة أشخاص على شراء منزل (العقد)، أو كأن يهب شخص داره لاثنين أو أكثر، بحيث تصبح مملوكة لهم على سبيل الشياع (الإرادة المنفردة).

[369]- اختلف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لحق الشريك في الشيوع، فبينما ذهب فريق إلى اعتباره حق ملكية بمعناه الدقيق، ذهب البعض الآخر إلى القول بأن حق الشريك المشتاع هو حق شخصي بالنظر إلى أن حقه يقع على حصة غير مفرزة أو محددة تحديدا ماديا، إذ المال الشائع هو مملوك ملكية مشتركة لمجموع الشركاء المشتاعين، فهو يشكل وحدة قائمة بذاتها، ومستقلة عن كل شريك، ولذلك فإن الأمر يقتصر على مجرد وجود حق شخصي يخول لصاحبه (الشريك المشتاع) سلطة الحصول على منافع الشيء واقتسامها بنسبة حصة كل شريك في الشياع، أو الحصول على نصيبه مفرزا عن طريق القسمة حيث يتحول حقه إثر ذلك بنتيجة القسمة من حق شخصي إلى حق عيني.

والتصرف في المال الشائع،[370] وإن كانت هذه السلطات تمارس من قبل أشخاص متعددين من جهة، وفي حدود مرتبطة بضرورة احترام حقوق كل الشركاء من جهة أخرى.

ولذلك، فإنه على الرغم من وجود تعدد على مستوى الأشخاص المالكين، **فإن ذلك لا** يتعدى إلى الشيء محل الملكية الشائعة، الذي يبقى وحدة لا تتجزأ أو تنقسم انقساما ماديا، وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي من خلال تنظيمه للشياع أو شبه الشركة.[371]

هذا **بشكل مختصر** عن مفهوم الملكية الشائعة وطبيعة الحق الذي تخوله، فماهو وجه العلاقة والترابط بين هذه الأخيرة ومقتضيات حق الكد والسعاية؟.

الفقرة الثانية:

أوجه ارتباط مقتضيات حق الكد والسعاية بأحكام الملكية الشائعة.

يمكن القول بأن من الأسباب الموضوعية التي تدعو للوقوف على دراسة الملكية الشائعة كأساس لحق الكد والسعاية — بالإضافة إلى ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بتارودانت (مركز أولاد تايمة) من الاستناد على مقتضيات الفصل 978 **من ق.ل.** ع لترتيب **حق** الكد والسعاية لفائدة الزوجة — هو وجود بعض **نقط التقارب والتشابه** بين المؤسستين، والذي قد يؤدي في كثير من الحالات إلى صعوبة التمييز بينهما، ويدفع نحو **الاعتقاد باعتبار** حق الكد والسعاية حق ملكية شائعة.

وتتجلى صور التشابه التي يمكن تلمسها من خلال نسبة العلاقة بين حق الكد والسعاية والملكية الشائعة، **في مجموعة من العناصر والمستويات:**

فحق الشريك في المال الشائع —**على ما تقدم**— يَنْصَبُّ على مال مشترك بين عدة أشخاص يملك كل واحد منهم حصة معينة من ذلك المال دون أن ينقسم ماديا فيما بينهم؛ **أي** أن حق كل شريك على الشياع وإن كان مرتبطا بحدود حصته، فإنه مع ذلك ينصب على المال الشائع كله إلى حين إجراء القسمة، فيصبح أنذاك متميزا بالفعل عن حصص باقي الشركاء الذين كانوا على الشياع.

وفي المقابل، ذهب فقهاء آخرون إلى اعتبار حق الشريك في الشياع حقا عينيا من نوع خاص ، فبما أن حق الملكية هو حق مطلق ومانع يمنح لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، وبما أن الشريك المشتاع ليس له ذلك إلا في حدود تمكن الشركاء الآخرين من مباشرة نفس السلطات على نفس الشيء، فهذا يعني أنه ليس بحق ملكية بمعناه الدقيق، بل هو حق من نوع خاص، لأن الشيوع صورة من صور التملك الذي لا يكون فيها الشيء الشائع مملوكا لمجموع الشركاء ولا لكل من الشركاء.

وللتوسع حول مضمون هذه الاتجاهات والانتقادات الموجهة لها انظر:

- جمال خليل النشار: تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر- الاسكندرية- طبعة 1999، ص: 33 وما بعدها.
- عبد اللطيف كرازي: تصرف الشريك في المال الشائع، م.س، ص: 3 وما بعدها .

[370]- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، م.س، ص: 797.

[371]- ويظهر توجه المشرع المغربي في اعتبار الملكية الشائعة حق ملكية، من خلال وصفه للشركاء على الشياع بصفة الملاك، انظر الفصل 961- 962- 963 من ق. ل .ع على سبيل المثال.

وبنفس الصورة ولوبشكل تقريبي يمكن القول، بأن حق الكد والسعاية قبل فرزه ينصب على مال مشترك بين السعاة(المستفاد) لكل واحد منهم حصة معينة من ذلك المال تتناسب مع قدر سعيه وكده، من دون أن تكون حصته تلك مفرزة عن باقي الحصص الأخرى فعليا؛ فإذا كان المستفاذ الذي نتج عن مساهمة ثلاثة أشخاص سعاة ينتمون إلى أسرة واحدة، هوبناية من ثلاثة طوابق على سبيل المثال — بعد إخراج الدمنة بطبيعة الحال— وكانت مساهمة كل واحد منهم تعادل الأخرى، فهذا يعني أن نصيب كل واحد فيهم محددة في الثلث من النيابة، ونتيجة لذلك, فحق كل ساع في المستفاد (البناية) وإن كان محددا بحصة معلومة تقدر بالثلث، فإن حق الكد والسعاية في هذه الحالة ينصب على المال المستفاد كله دون تخصيص أو فرز لجزء منه، فلا يصير نصيب كل ساع معينا ومُفرزا عن حصص الآخرين فعليا، إلا بعد إجراء القسمة، وهذا ما قد يؤدي إلى التباسه بحق الملكية الشائعة.

ثم إنه كثيرا ما تكون الثروة المنمَّاة من قبل السعاة راجعة في أصلها (رأس مالها) إلى ملكية مشاعة بسبب الإرث؛ فقد يحدث في الواقع العملي أن يتوفى شخص ويُخَلِّفَ أموالا كتركة للورثة، فتكون تلك الأموال نتيجة واقعة الوفاة وبقوة القانون أموالا شائعة ترجع إلى ورثة الهالك، وقد يحدث أن يُبْقِيَ الورثة على حالة الشياع فيما بينهم، دون اللجوء إلى قسمة التركة، ويعمدون إلى استثمارها وتنميتها بشكل مشترك، فينتج عن مساهمتهم في تنمية الأصل (المال الشائع) مستفاد يكون محل المطالبة بحق الكد والسعاية، حيث يقسم بين الورثة، كل حسب سعيه وكده فيه، مما يؤدي في هذه الحالة إلى صعوبة التمييز بين حق الكد والسعاية وحق الملكية الشائعة التي ترجع هي الأخرى من حيث مصدر نشوئها في أغلب الحالات إلى واقعة الإرث.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إذا كان للمشتاع حق التصرف في حصته الشائعة قبل حصول القسمة، سواء بعوض أو بدونه، حيث يكون له حق بيعها أو هبتها،[372] بل وتنتقل إلى الورثة عند هلاك أحد الشركاء المشتاعين، فإن حق الكد والسعاية يمكن أيضا أن يكون موضوع تصرف من قبل صاحبه هبة ولو قبل فرزه وتمييزه من مجموع المستفاد، وهذا على الأقل ما أقر به الفقه، وجرى عليه العمل في منطقة سوس.[373]

كما أن حق الكد والسعاية يمكن أن ينتقل إلى الورثة, فيطالبون به ويدخل أنذاك ضمن مجموع التركة التي يُخَلِّفُهَا الساعي الذي ثَبُتَ حقه في الكد والسعاية.

أضف إلى ذلك، فالملكية الشائعة إذا كانت تنقضي إما بهلاك الشيء المشاع كليا، أو بحصول القسمة بين الشركاء أو بجمع الحصص العائدة للشركاء في يد شخص واحد[374]، فإن حق الكد والسعاية بدوره يمكن أن ينقضي بهذه الأسباب الثلاثة، بحيث لا يبقى أي محل

---

[372]- للتوسع حول مضمون ونطاق حق التصرف الممنوح للشريك على الشياع في القانون المدني انظر:

- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني، ج8، م.س، ص: 842 وما بعدها.
- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية، ج2، م.س، ص: 118- 119.

[373]- انظر في ذلك، وثيقة عدلية تشير إلى حصول التصرف بحق الكد والسعاية هبة من أم لفائدة أولادها، حتى وأن الهبة في هذه الحالة تكون مستقبلة ومجهولة من حيث محلها.

- محمد المختار السوسي: المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية، إعداد عبد الله الدرقاوي، منشورات كلية الشريعة بأكادير، سلسلة كتب تراثية رقم 1، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء- الطبعة الأولى، 1416هـ1995م، ص: 73- 74.

[374]- وقد أورد المشرع هذه الأسباب في إطار الفصل 977 من ق ل ع، وحول طبيعة هذه الأسباب راجع:

- عبد الكريم شهبون: الشافي في قانون. ل .ع المغربي، الكتاب الثاني، العقود المسماة ومايشابهها، ج 3، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء- الطبعة الأولى 1422هـ2002م، ص: 227- 228.

للمطالبة به، وهذا ما دعى أحد الفقهاء إلى إدراج أسباب انقضاء الشيوع ضمن الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الاشتراك الموجب لحق الكد والسعاية[375].

على هذا الأساس يتضح أن حق الكد والسعاية يلتقي مع الملكية الشائعة في مجموعة من الخصائص، فهل يعني ذلك إمكانية اعتباره حق ملكية شائعة، وتكييفه على هذا الأساس؟

• المطلب الثاني:

استبعاد تأسيس حق الكد والسعاية على قواعد الملكية الشائعة.

إذا كانت الملكية الشائعة بما تتميز به من خصائص، تعتبر إحدى المؤسسات القانونية القريبة من حق الكد والسعاية، مما يشكل حافزا قويا نحو تبنيها كإطار قانوني له، فإن تحليل العناصر الجوهرية لهذه الأخيرة، وكذا النظام القانوني الذي تستند إليه، مع مقارنته بمقتضيات حق الكد والسعاية، تجعل من إمكانية هذا التبني محل نظر، خصوصا مع وجود صور تعارض عديدة بين المؤسستين، سواء على مستوى مفهوم وطبيعة كل منهما (الفقرة الأولى) أو على مستوى الآثار المترتبة عنهما (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

عدم ملاءمة مفهوم وطبيعة الملكية الشائعة لمقتضيات حق الكد والسعاية.

إن الملكية الشائعة — كما رأينا سابقا — تتميز بكونها ملكية تنصب على شيء معين بالذات، يملكه أشخاص متعددون على وجه الشياع، ويكون لكل واحد منهم حصة معينة من تلك الملكية،[376] كأن يقوم مجموعة من الأشخاص مجتمعين مثلا بشراء قطعة أرضية على الشياع، فالملكية الشائعة في هذه الصورة تقع على قطعة أرضية (شيء) محددة بذاتها وصفاتها حيث يكون لكل واحد من الشركاء فيها جزء منها كحصة يشارك بها.

مقابل ذلك، فحق الكد والسعاية لا ينصب على شيء معين بالذات، وإنما يمنح لصاحبه فقط إمكانية المطالبة بجزء من المستفاد الذي ساهم في تكوينه أو تنميته بكده وسعيه، دون أن تكون له سلطة مباشرة تقع على شيء معين بذاته نتيجة مساهمته بحصة معلومة في ذات الشيء.

أضف إلى ذلك، فحق الكد والسعاية يقوم على أساس مساهمة صاحبه في مال الأسرة، وقد يكون موضوع المساهمة مرتكزا على العمل فقط، دون المشاركة في رأس المال، بينما في الملكية الشائعة؛ فحق الشريك فيها يرتبط بضرورة مساهمته بحصة تشكل جزءا من الشيء موضوع الملكية الشائعة؛ فإذا ما توفي شخص وترك دارا على سبيل المثال، فالورثة

[375] -LAFOND.J: Les sources u droit coutumier dans le Sous, op.cit, p : 77.

[376]- جمال خليل بشار: تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، م.س، ص: 30

في هذه الحالة، **وبقوة القانون**، يصبحون مالكين لهذه الدار ملكية شائعة،حيث تكون مساهمتهم قائمة على ما يَمْلِكُهُ كل واحد منهم كحصة موروثة من الدارموضوع التركة، **وقدرأنذاك** بحسب سهم كل وارث طبقا لنظام الإرث.

وعلاوة على ذلك، فالملكية الشائعة تقتضي لنشوئها تقديم حصص معلومة القدر، وعند الشك يفترض أن أنصباء المالكين على الشياع متساوية[377]، وهذا يعني أن الملكية الشائعة تقوم على أساس مشاركة المساهمين فيها بحصص معلومة مسبقا من جهة، وثابتة لا تتجدد مبدئيا من جهة أخرى.

أما بالنسبة لحق الكد والسعاية، فيمكن أن نتصور تجديدا على مستوى حصة الشريك، حيث المساهمة مبنية على العمل، وهذا يعني أننا أمام مساهمة غير ثابتة ومعلومة القدر مسبقا، وإنما هي تتجدد باستمرار عمل الشريك في مال الأسرة، خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة للملكية الشائعة.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فالشيوع على العموم لا يهدف أصحابه من خلاله إلى الحصول على الربح وتحمل الخسائر، أو ما يسمى بنية المشاركة،[378]حتى ولو كان اختياريا، فالمالكون على الشيوع يرتبط سلوكهم بطبيعة المال المملوك لهم على سبيل الشياع «**فقد لا** يرغبون في تعاون إيجابي فيما بينهم للحصول على ربح، لأن هذا الشيوع يكون في معظم أحواله وليد الضرورة والاضطرار»،[379] **ومن** ثم تفتقد لديهم نية المشاركة، خلافا لما عليه الأمر بالنسبة لحق الكد والسعاية الذي ينبني على أساس وجود علاقة مشاركة قائمة في

---

[377]- وهذا ما نص عليه الفصل 961 من ق. ل. ع بقوله « عند الشك يفترض أن أنصباء المالكين على الشياع متساوية» و« معنى ذلك أن ملاك المال الشائع إذا كانوا متعددين فلابد من تعيين حصة كل واحد منهم في هذا المال: النصف، أو الربع، أو الخمس، أو غير ذلك، وتتعين حصص الشركاء المشتاعين والملاكين في الشياع عادة عند بدء الشيوع تبعا لمصدره، فإن كان ميراثا عين القانون حصة كل وارث، وإن كان وصية عين الموصي حصة كل موصى له، وإن كان عقدا تكفل العقد بتعيين حصة كل شريك، وقد لا تتعين الحصص، كأن يشتري عدة أشخاص مالا على الشيوع دون أن يبينوا حصة كل منهم فيما اشتروه... فعند ذلك وعند الشك، تفترض الحصص متساوية مادام لم يقم دليل على عدم التساوي ».

- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح ق ل ع المغربي، الكتاب الثاني، ج3، م.س، ص: 143.

[378]- تعتبر نية المشاركة من أهم المعايير المعتمدة في التمييز بين عقد الشركة عموما والعقود الأخرى التي يمكن أن تختلط بها، خصوصا حالة الشياع، وهي « تعني اتجاه إرادة أطراف العلاقة القانونية إلى الاتحاد في الأرباح وفي الخسائر بقصد المشاركة»

- حكم جنحي مؤرخ في 09-12-1963 قضية رقم 63/613، مجلة رابطة القضاة عدد3، السنة 1964، ص: 57، أورده الأستاذ أحمد ادريوش في كتابه: مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، الكتاب الخامس من سلسلة المعرفة القانونية، البوكيلي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 1997 ص: 80 ،

وحول مفهوم وطبيعة نية المشاركة وكيفية استخلاصها انظر:

- الحسن بيهي: الطبيعة القانونية لنية المشاركة في عقد الشركة، مجلة المحكمة، سلسلة ندوات الرماني، العدد3، 2004،ص26-34.

[379]- عز الدين بنستي: الشركات في التشريع المغربي والمقارن، دراسة مقارنة وعلى ضوء المستجدات التشريعية الراهنة بالمغرب، ج1، في النظرية العامة للشركات، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1998 ص22.

بالنسبة للمشرع المغربي، تتجلى مسألة الاضطرار والاستثنائية التي تتميز بها الملكية الشائعة، فيما نص عليه الفصل 978 من ق، ل،ع بقوله « لايجبر أحد على البقاء في الشياع، ويسوغ دائما لأي واحد من المالكين أن يطلب القسمة، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر»

فالمشرع من خلال هذا الفصل ينبه إلى أن الشيوع حالة طارئة، ولذلك فإن لكل شريك في الشياع الحق في طلب القسمة التي تعتبر من النظام العام، مالم يوجد استثناء في ذلك حسب مقتضيات الفصل 979 من ق. ل. ع.

ولأخذ فكرة حول هذه النقطة انظر:

- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح ق، ل، ع المغربي، الكتاب الثاني،ج3، م.س، ص: 231 وما بعدها

جوهرها على النية في الحصول على المستفاد، وإن كانت هذه النية كثيرا ما يَبنيها الفقه بالنسبة لهذا الحق — خصوصا عند إثباته — **على العرف المحلي**.

وأخيرا، فالملكية الشائعة تخول لأصحابها كما هو الأمر بالنسبة للحق العيني سلطة **مباشرة على الشيء دون وساطة أحد**؛ فكل شريك في هذه الملكية له الحق في استعمال حصته الشائعة واستغلالها، والتصرف فيها، سواء بعوض أو بدونه، ولا يتقيد في ذلك إلا بشروط منصبة على ضمان استعمال الشيء وفقا لطبيعته وأغراضه التي أعد لها من جهة، وألا يتعارض هذا الاستعمال مع مصلحة بقية المالكين على الشيوع وما تقتضيه حقوقهم من **ممارسة نفس السلطات على** الشيء الشائع بنسبة حصة كل واحد منهم في ذلك من جهة أخرى.

وعلى خلاف ذلك، فحق الكد والسعاية لا يمنح لصاحبه سوى إمكانية المطالبة بحقه المترتب عن سعيه وكده في تكوين أو تنمية ثروة الأسرة، دون أن تكون له سلطة مباشرة **على مستفاد تلك الثروة**.

الفقرة الثانية:

عدم ملاءمة مقتضيات الملكية الشائعة لحق الكد والسعاية على مستوى الآثار:

يترتب على نشوء الملكية الشائعة، جملة آثار **ترتبط بمجموعة** حقوق يتمتع بها كل شريك على الشياع، مقابل مجموعة التزامات يجب على الشريك أداؤها والانضباط لها؛ فمن جهة الحقوق، يترتب على الملكية الشائعة نشوء حق الشريك في استغلال حصته الشائعة واستعمالها وكذا التصرف فيها، كما وأنه له الحق في إجراء تجديدات وتحسينات على المال الشائع والقيام بكافة الأعمال التي من شأنها الحفاظ عليه، هذا علاوة عن حقه بالمشاركة في إدارة الملكية الشائعة حسب الضوابط القانونية التي وضعها المشرع لذاك.[380]

أما من حيث الالتزامات، فإن كل شريك مطالب باستعمال واستغلال حصته **الشائعة** في حدود لا تمس حقوق الشركاء الآخرين، وتتماشى مع طبيعة الشيء الشائع وأغراضه **المُيَسَّرة** لها.

ومقابل حقه في إدارة الملكية الشائعة، فإن كل شريك ملزم بتحمل كافة المصاريف والنفقات التي تتطلبها أعمال الإدارة والمحافظة عليها.[381]

لكن إذا ما رجعنا لمقتضيات حق الكد والسعاية، فسنجده حقا لا يمنح لصاحبه سلطة استعماله واستغلاله أو التصرف فيه بالبيع أو غيره، فإذا كان ذلك ممكنا بالنسبة للشريك على الشياع بحكم حصته المحددة والمعلومة، فإن ذلك غير ممكن بالنسبة لمن له حق الكد والسعاية، إذ القيام بمثل ذلك يعتبر تصرفا بمحل مستقبل ومجهول، وهو أمر غير جائز لدى الفقه الإسلامي، إلا أنه يستثني من ذلك حالة التصرف بحق الكد والسعاية هبة، لجواز

---

[380]- انظر:

- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية، ج2، م.س، ص: 116- 124.
- محمد بن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م.س، ص: 121- 129.

[381]- انظر:

- محمد بن معجوز: م.س، ص: 130 - 132.

إجرائها حتى ولو كانت مستقبلة ومجهولة، كما جاء في مختصر خليل،[382] **فحق الكد** والسعاية لا يرتب لصاحبه سوى الحق في المطالبة باستحقاقه تجاه المدين دون أن يكون له الحق في استعماله والتصرف فيه، إلا بعد استحقاقه، حيث يصير بعد ذلك ملكية مفرزة لصاحبه.

أما بالنسبة لباقي الحقوق والالتزامات الأخرى، فلا يمكن تصورها بالنسبة لمقتضيات هذا الحق.

وأخيرا فالطريقة التي حددها المشرع المغربي بالنسبة لإدارة المال الشائع **وفقا** لمقتضيات الفصل971 **و**972 **من ق.ل**،[383] تبقى طريقة غير ملائمة، بل وتتنافى مع طبيعة إدارة أموال الأسرة في إطار مقتضيات حق الكد والسعاية.

على هذا الأساس، يتضح أن الملكية **الشائعة** إذا كانت تلتقي مع مقتضيات حق الكد والسعاية في خصائص معينة، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العرفية الإسلامية، فإنها لا تصلح لأن تكون أساسا قانونيا له، وهو ما يطرح التساؤل حول إمكانية تجاوز الحق العيني والبحث عن الطائفة القانونية الملائمة لهذا الحق ضمن الحقوق الشخصية؟

---

[382]- جاء في مختصر خليل «الهبة تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة، وصحت في كل مملوك ينقل ممن له تبرع بها وإن مجهولا...».

ـ خليل بن إسحاق المالكي: مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، دار الرشاد الحديثة- الدار البيضاء- الطبعة الأولى 1424هـ/2003 م، ص: 191.

[383]- تقوم إدارة المال الشائع وفقا لمقتضيات الفصل 971 والفصل 972 من ق. ل.ع على مجموعة من القواعد:

فالفصل 971 نص على أن قرارات أغلبية الشركاء على الشيوع الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع تعتبر ملزمة للأقلية إذا تعلق الأمر بإدارة المال الشائع والانتفاع به، وإذا تعذر وصول الأغلبية إلى النصاب (ثلاثة أرباع) يكون على الشركاء اللجوء إلى القاضي الذي يقرر ما يراه موافقا لمصالحهم جميعا، مع إمكانية قيامه بتعيين مدير يتولى شؤون إدارة المال المشاع أو أن يأمر بإجراء القسمة عليه.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فقرارات الأغلبية لا تكون ملزمة للأقلية حسب الفصل 972 إذا تعلق الأمر:

- بأعمال التصرف.
- بأعمال الإدارة التي تمس الملكية مباشرة.
- بحالة إجراء تغيير في الاشتراك أو في الشيء الشائع.
- بحالة التعاقد على إنشاء التزامات جديدة.

ولأخذ فكرة عن طريقة إدارة المال الشائع وإشكالية تأرجحها بين ضرورة الإجماع أو الاكتفاء بالأغلبية راجع:

- عبد اللطيف كرازي: تصرف الشريك في المال الشائع، م.س، ص: 41 وما بعدها.

- **الفرع الثاني:**

ارتباط طبيعة حق الكد والسعاية بالحق الشخصي.

الحقوق الشخصية على خلاف الحقوق العينية، غير واردة على سبيل الحصر، حيث يلعب سلطان الإرادة — أو ما يسمى بالقانون الاتفاقي— دورا مهما في إنشائها، دون **الالتزام بحدود في** ذلك، والقيد الوحيد على هذه الحرية، هو عدم مخالفة النظام والآداب العامة.

وإذا كان تكييف حق الكد والسعاية — كما رأينا ذلك **بالفرع الأول— على أساس الحق** العيني لم يكن سليما للاعتبارات السابق بيانها، فإن البحث عن طبيعة هذا الحق ضمن مجال الحقوق الشخصية، طرح هو الآخر إشكالية تحديد نوع الحق الشخصي الذي يصلح **كأساس** لهذا الحق؛ حيث ذهب الفقه ومعه القضاء في ذلك مذهبين:

الأول يرى بحمل مقتضيات حق الكد والسعاية **على أحكام إجارة الخدمة، على اعتبار** أن العلاقة التي تربط بين السعاة المشتغلين بتنمية الثروة الأسرية وبين رب **الأسرة**، إنما هي **علاقة مؤاجرة وعمل**، حيث ينتصب الطرف الأول كأجير، **مقابل انتصاب الطرف الثاني كمستأجر.**

لكن على الرغم من استناد هذا التكييف إلى مبررات متعددة، إلا أنه يظل مع ذلك غير سليم، خصوصا فيما يتعلق بعدم مراعاته للخصوصية العرفية لهذا الحق وارتباط قواعده بها، وهو ما سيتضح من خلال المناقشة (**المبحث الأول**).

أما الثاني، فيذهب إلى أن حق الكد والسعاية يجد أساسه القانوني في عقد الشركة؛ فهو في نهاية المطاف ليس إلا حقا ناتجا عن مساهمة السعاة في تكوين أو تنمية الثروة الأسرية، بحيث يترتب عن مساهمتهم تلك مستفاد يكون موضوع المطالبة به، غير أن السؤال الذي طرحه هذا التكييف، يتمثل في إشكالية تحديد نوع الشركة التي يمكن إلحاق حق الكد والسعاية بها؟

وإجمالا يمكن **القول** بأن الطبيعة القانونية لحق الكد والسعاية — **انطلاقا من دراسة** مختلف أنواع الشركات سواء منها المنظمة في إطار الفقه الإ**سلامي أو القانون المغربي** والتي يفترض تأسيس حق الكد والسعاية عليها — تجد أساسها في شكل قانوني خاص يمكن تسميته بالشركة العرفية، وهو ما يمكن توضيحه من خلال المناقشة (**المبحث الثاني**).

- **المبحث الأول:**

تكييف حق الكد والسعاية على أساس عقد إجارة الخدمة[384]

يعتبر عقد إجارة الخدمة من أهم المؤسسات القانونية التي تم الاعتماد عليها كأساس لحق الكد والسعاية، حيث يذهب بعض الفقه، إلى أن الزوجة أو السعاة، الذين ثبتت مساهمتهم في تنمية مال الأسرة، ليس لهم إلا الأجرة، بناء على أن العلاقة التي تربط بينهم وبين رب الأسرة، هي علاقة إجارة وعمل، خصوصا وأن السعاة غالبا ما يوجدون في وضعية العامل الذي يشتغل بتنمية الدمنة الراجعة لرب الأسرة دون أن تكون لهم مساهمة في الدمنة ذاتها، وهو ما يبرر تصنيفه ضمن الحقوق الشخصية المبنية على علاقة عمل وإجارة.

والسؤال المطروح هنا: هو هل يمكن تصنيف حق الكد والسعاية ضمن طائفة الحقوق الشخصية المبنية على علاقة عمل وإجارة؟ أم أن هذا التصنيف يبقى غير مقبول؟ وإذا كان كذلك فعلى أي أساس يمكن تبريره؟.

الحقيقة أنه على الرغم من اتجاه بعض الفقه إلى تبني عقد إجارة الخدمة كأساس لحق الكد والسعاية، وهو ما يقتضي بيان ماهية هذا العقد ومبررات اعتماده، (**المطلب الأول**) فإن النظر إلى هذا الحق — أي الكد والسعاية — من جهة ارتباطه بالعرف المحلي لا يسعف في تبني عقد إجارة الخدمة كأساس له لاعتبارات عدة (**المطلب الثاني**).

• المطلب الأول:

اعتماد بعض الفقه لعقد إجارة الخدمة كأساس لحق الكد والسعاية.

إن ارتباط استحقاق حق الكد والسعاية في بعض تطبيقاته بصورة مساهمة السعاة في تنمية مال الأسرة(الدمنة)، دون مشاركتهم بحصة معينة في رأس مالها، دعا بعض الفقه إلى اعتبار تلك المساهمة من قبيل إجارة الخدمة التي يستحق عليها الساعي أجرة المثل، خلافا لما اعتبرها البعض الآخر موجبة لاستحقاق الساعي منابا كان جزء من المستفاد على وجه الشركة.

على هذا الأساس، يتعين بداية التعرف على ماهية إجارة الخدمة سواء لدى الفقه الإسلامي — خصوصا الفقه المالكي— أو التشريع المغربي، حتى يتسنى إدراك مفهوم هذا العقد وضوابطه (**الفقرة الأولى**). على أن نخلص في النهاية إلى بسط مبررات تكييف بعض الفقه لحق الكد والسعاية على أساس إجارة الخدمة ودواعي ذلك.(**الفقرة الثانية**).

---

[384]- لقد اخترت مصطلح "إجارة الخدمة" بدل مصطلح"عقد العمل" على اعتبار أنه المصطلح المتفق عليه سواء لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وخصوصا المذهب المالكي- الذي يميز بين نوعين من الإجارة: الإجارة الواقعة على الأشياء المنقولة والأراضي والدواب وتسمى بكراء الأشياء، وبين الإجارة الواقعة على الأشخاص ويطلق عليها اسم إجارة الخدمة أو إجارة الآدمي- أو لدى المشرع المغربي الذي أخذ بمسلك الفقه المالكي في تمييزه بين إجارة الأشخاص والأشياء، فنص في إطار الفصل626 من ق. ل. ع على أن « الإجارة نوعان: إجارة الأشياء وهي الكراء، وإجارة الأشخاص أو العمل» وهذه الأخيرة ميز فيها بين إجارة الصنعة، وإجارة الخدمة، بموجب الفصل 723 ق. ل. ع.

الفقرة الأولى:

ماهية عقد إجارة الخدمة.

لقد كانت معالجة فقهاء المذاهب الإسلامية لأحكام عقد إجارة الخدمة تجمع بين إجارة **الأشخاص**، بنوعيها الصنعة والخدمة، وإجارة الأشياء، ولذلك كان تعريفهم لهذا العقد شاملا للإجارتين معا، دون تمييز في كثير من المواطن.

ومبدئيا يمكن تعريف عقد إجارة الخدمة انطلاقا مما أورده فقهاء الشريعة الإسلامية في أنه «**عقد على منفعة (عمل إنسان) بعوض معلوم، لمدة معلومة**»،[385] أو هو« تمليك **منفعة (عمل إنسان) معلومة، زمنا معلوما بعوض معلوم** ».[386]

فالقول بأنه عقد، يفيد توافر الإيجاب والقبول (الصيغة) من جهة، ووجود متعاقدين لهما أهلية التصرف من جهة أخرى، وأما القول بأنه تمليك فهو يعني تصنيف الإجارة ضمن عقود التمليك مثل البيع والهبة وغيرهما.

أما المنفعة: فالمقصود منها المعقود عليه، الذي هو عمل الآدمي في إجارة الخدمة، على أن العوض يفيد الأجرة التي يقبضها الأجير مقابل عمله، والتي يجب أن تكون معلومة.

على هذا الأساس يتبين أن إجارة الخدمة على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء تنبني على أركان **أربعة:**[387]

1- **الصيغة**: وهي اللفظ الدال على انعقاد الإجارة سواء أكانت بلفظ الإجارة أو غيره فيما يدل عليها، وقد تنعقد بدون لفظ، **كأن** تنتهي مدة التعاقد ويستمر المتعاقدان في إجراء العقد دون الحاجة على التعاقد ثانية.

2- **المتعاقدان**: ويقصد بهما الأجير والمستأجر، ويشترط فيهما ما يشترط في عقد البيع من عقل وتمييز.[388]

3- **المعقود عليه**: وهي المنفعة أو العمل في إجارة الخدمة، ويشترط فيها أن تكون معلومة علما يمنع المنازعة، فإن كانت مجهولة لم يصح العقد،[389] فلابد من بيان طبيعة العمل من حيث نوعه وقدره وصفته، ولابد من تعيين المدة كذلك (**إما بالعادة**

---

[385]- وهذه الصيغة استعملها الشافعية والحنابلة في تعريفهم لعقد الإيجار على العموم، وانظر في هذه التعاريف:

- عبد الرحمان الجزيري: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، م.س، ص: 83.

[386]- وهذه الصيغة استعملها فقهاء المذهب المالكي على الخصوص عند تحديدهم لهذا العقد انظر:

- أحمد الشنقيطي: مواهب الجليل من أدلة خليل، ج4، مطبوعات إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر، طبعة 1407هـ-1987م، ص:121

- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، م.س، ص: 2

[387]- انظر: وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، م.س، ص: 731.

[388]- فيما يتعلق بهذه النقطة، فالمالكية يجعلون سن التمييز في الإجارة شرط صحة، و التكليف شرط لزوم، انظر على سبيل المثال:

- أبو عبد الله محمد الخرشي: الخرشي على مختصر خليل، ج7، م.س، ص: 3

[389] - شهاب الدين أبي العباس القرافي: الذخيرة، ج5، م.س، ص: 43.

– شمس الدين محمد الرملي: نهاية المحتاج، ج5، م.س، ص: 279.

أو الاتفاق)[390]،كما يشترط في المعقود عليه أن يكون مباحا وممكن الأداء حقيقة **وشرعا**، ومتقوما، ومقدورا عليه.[391]

4- **الأجرة**: وهي مقابل العمل، ويشترط فيها أن تكون مالا متقوما **ومعلوما** [392]، **فما جاز** ثمنا في البيع جاز عوضا في الإجارة، كما يجوز أن تكون الأجرة عينا أو منفعة **أخرى**، بل إن المالكية أجازوا استئجار الأجير حتى مقابل الطعام والكسوة على المتعارف عليه خلافا للشافعي.[393]

وأخيرا لابد **وأن** تكون الأجرة معلومة لقوله (ص)"من استأجر أجيرا فليعلمه **أجره**"، **والعلم** بالأجرة في هذه الحالة يحصل بالتعيين والبيان.[394]

أما فيما يتعلق بالتشريع المغربي، فقد عرف الفصل 723 **من ق. ل. ع عقد إجارة الخدمة، أو عقد الشغل** حسب المدونة الجديدة للشغل، بأنه « عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدد، أو من أجل **أداء** عمل معين في نظير أجر يلتزم هذا الأخير بدفعه له».

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لهذا التعريف التشريعي وخصوصا إغفاله التصريح بعنصر التبعية كعنصر جوهري في **عقد إجارة الخدمة**[395]، إلا أنه مع ذلك فقد **تضمن باقي العناصر الأخرى.**

وعلى العموم، يمكن تعريف **عقد إجارة الخدمة أو الشغل** بأنه « **اتفاقية** بمقتضاها يضع شخص يسمى الأجير، نشاطه المهني في خدمة شخص آخر يسمى المؤاجر، تكون له سلطة عليه، ويؤدي له مقابلا يسمى الأجر ».[396]

وانطلاقا من هذا التعريف، يمكن القول بأن عقد إجارة الخدمة باعتباره عقدا، فهو يخضع للأركان العامة للتعاقد[397]؛ إذ لابد من توفر رضا الطرفين على العقد، ولابد من توفر أهلية الإلتزام،[398] سواء بالنسبة للأجير أو المؤجر؛ وقد حددت مدونة الشغل الجديدة الحد

---

[390]- أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي: شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، المجلد 2، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية – بيروت- الطبعة الاولى 1420هـ/2000م،ص:171.

[391]- انظر تفصيل هذين الشروط :

- شهاب الدين أبي العباس القرافي: الذخيرة، ج5، م.س، ص: 25 ومابعدها.

[392] - شمس الدين محمد الرملي: نهاية المحتاج، ج5، م.س، ص: 266

[393] - ابن جزي: القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية-بيروت- (د.ذ.ت.ط) ص:181

[394]- وهبة الزحيلي: م.س، ج4، ص : 749.

[395]- ولقد حاولت مدونة الشغل الجديدة تدارك هذه الثغرة من خلال تعريفها للأجير، فنصت في مادتها السادسة على أنه « يعد أجيرا كل شخص التزم ببذل نشاطه المهني تحت تبعية مشغل واحد أو عدة مشغلين، لقاء أجر، أيا كان نوعه وطريقة أدائه».

- ظهير شريف رقم 1.03.194 صادر في 14 رجب 1424 (11 سيتمبر 2003) ، بتنفيذ القانون رقم 99.65 المتعلق بمدونة الشغل، الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد 5167 ، بتاريخ في 8-12-2003 ص:3977 .

[396]- موسى عبود: دروس في القانون الإجتماعي، نشر المركزالثقافي العربي –الدار البيضاء- الطبعة الثانية 1994م، ص: 161 وانظر في نفس المعنى: - عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل، ج1، علاقات الشغل الفردية، المطبعة والوراقة الوطنية – مراكش- الطبعة الأولى 2004، ص: 169

[397]- وهذا ما نصت عليه المادة 15 من مدونة الشغل الجديدة بقولها « تتوقف صحة عقد الشغل على الشروط المتعلقة بتراضي الطرفين وبأهليتهما للتعاقد، وبمحل العقد، وسببه، كما حددها قانون الالتزامات والعقود » - الجريدة الرسمية، عدد 5167، مؤرخة في 8-12-2003، ص: 3980.

[398]- انظر: عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح ق. ل.ع المغربي، الكتاب الثاني، ج2، م.س، ص: 221 وما بعدها.

الأدنى للتشغيل في 15سنة كاملة كمبدإ عام، وفي 16 أو 18سنة في بعض الحالات،[399] بعد أن كان محددا في 12سنة.[400]

وبالإضافة إلى ذلك، لابد وأن يكون المحل ممكنا ومشروعا، (فلا يجوز أن يؤجر الشخص خدماته إلى أجل غير معلوم)، وألا يكون مستحيلا استحالة مادية أو قانونية،[401] على أن يكون السبب مشروعا وغير مخالف للنظام العام حسب القواعد العامة للسبب.[402]

وإلى جانب هذه الأركان الأربعة للتعاقد، فإن عقد إجارة الخدمة يقوم على ثلاث عناصر أساسية:

1- **ضرورة التزام الأجير بأداء العمل**: ويشترط فيه أن يكون أداء شخصيا، فلا يجوز للأجير إنابة الغير عنه في أداء عمله، ما لم يظهر من طبيعة الخدمة أو من اتفاقه مع المؤجر ما يلزمه بالأداء الشخصي للعمل. (الفصل 736 ق ل ع).
ويترتب على هذا العنصر أن الأجير يعتبر مسؤولا في إطار خدمته عن فعله، وإهماله أو تقصيره أو عدم احتياطه،[403] كما أن موت الأجير يعتبر سببا لإنهاء علاقة الشغل، فلا يحل ورثته محله في عقد العمل.[404]

2- **التزام المؤجر بأداء الأجر**: فانتماء عقد إجارة الخدمة لعقود المعاوضة، يلزم المؤجر بضرورة أداء الأجر مقابل المنفعة التي يتحصل عليها من جراء قيام العامل بأداء عمله، على أنه يلزم أن يكون الأجر محددا أو قابلا للتحديد (الفصل 730 ق.ل. ع) سواء بمقتضى العقد، أو العرف، أو اتفاقية جماعية.[405]

3- **توفر علاقة التبعية**: وهي أهم عنصر من عناصر عقد الشغل، وتكون على نوعين:
تبعية قانونية، تفيد هيمنة المشغل أثناء تنفيذ العقد على نشاط الأجير، من خلال ممارسة سلطة التوجيه والمراقبة، وكذا توقيع بعض الجزاءات عليه عند

---

[399]- المادة 143 إلى المادة 147 من مدونة الشغل، راجع:
- عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل، ، ج1، م.س، ص: 534- 536 و538 -541.

[400]- فقد حظر الفصل التاسع من ظهير 2 يوليوز 1947 (نص ملغى بموجب المادة 586 من مدونة الشغل) تشغيل القاصرين الذين لم يبلغوا 12 سنة كاملة من العمر، وهي قاعدة من النظام العام راجع:
- موسى عبود: دروس في القانون الاجتماعي، م.س، ص: 184.

[401]- انظر الفصل 727 إلى الفصل 729 من ق، ل، ع، - وللإطلاع على مضمون هذه الفصول ومقتضياتها راجع:
- عبد الكريم شهبون: ن.م، الكتاب الثاني، ج2، ص:227- 232.

[402]- انظر:
- موسى عبود: دروس في القانون الاجتماعي، م.س، ص: 186.

[403]- المادة 20 من مدونة الشغل الجديدة، الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد 5167، مؤرخة في 8-12-2003، م س، ص: 3982.

[404]- راجع:
- عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل ج1، م.س، ص: 278.

[405]- انظر المادة 345 من مدونة الشغل الجديدة والفصل 734 من ق. ل. ع.

المخالفة، وتبعية اقتصادية تستند إلى فكرة حاجة الأجير إلى الأجر الذي يحصل عليه من المشغل واعتماده عليه كمورد عيش أساسي ووحيد .[406]

هذا إذن باختصار عن ماهية عقد إجارة الخدمة في كل من الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، لكن ماهي دواعي ومبررات تكييف حق الكد والسعاية على أساس قواعد إجارة الخدمة؟

الفقرة الثانية:

مبررات اعتماد عقد إجارة الخدمة كأساس لحق الكد والسعاية.

بداية لابد من الإشارة إلى أن تكييف بعض الفقه لحق الكد والسعاية على أساس عقد إجارة الخدمة، كان مبنيا على أن هذا الحق هو مقابل العمل أي الأجرة، على أن تحديد طبيعة هذه الأجرة وقدرها، يميز فيه بين ما إذا وجد اتفاق بشأن ذلك أم لا.

فإذا كان هناك عقد — على الصورة التي تم الحديث عنها بالفقرة الأولى من هذا المطلب— يجمع بين الساعي باعتباره عاملا يرتبط نشاطه بتنمية مال الأسرة، ورب الأسرة باعتباره مؤاجرا، فإن العامل بهذا التعاقد يستحق أجرا يتحدد عرفا أو اتفاقا، لكن إذا لم يكن هناك اتفاق بالمعنى المتقدم، فقد قرر الفقهاء قاعدة عامة، وهي أن الأجير في هذه الحالة له أجر المثل فقط، انطلاقا من القاعدة التي تقضي بأن كل من أوصل إلى غيره نفعا بفعله فله أجرة المثل.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن السؤال المطروح في هذا الإطار، يتحدد من خلال التساؤل عن المبررات والدواعي التي دفعت هذا الفقه إلى تكييف حق الكد والسعاية على أساس إجارة الخدمة، انطلاقا من كونه حق أجر؟

يمكن القول بأن من أهم الأسباب التي دفعت بعض الفقه[407] إلى حمل مقتضيات حق الكد والسعاية على أحكام إجارة الخدمة، ترجع في أصلها لعاملين أساسيين:

العامل الأول: يتمثل في وجود تشابه إلى حد التماثل بين كل من مقابل حق الكد والسعاية و الأجرة كعنصر أساسي في عقد إجارة الخدمة؛ فإذا كان الساعي في إطار حق الكد والسعاية يستحق مقابلا على كده وسعايته، فعقد إجارة الخدمة بدوره يخول للأجير حق استيفاء أجره مقابل ما قدمه لرب العمل من منفعة.[408]

---

[406] - وحول مفهوم عنصر التبعية في عقد الشغل، وموقف المشرع والقضاء المغربي منه، راجع:

- عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل، ج1، م.س، ص: 349 ومابعدها.

- محمد الكشبور: علاقة التبعية كعنصر مميز لعقد العمل، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون المقارن، عدد 12، سنة 1989.ص: 8 ومابعدها.

[407]- وتجدر الإشارة إلى أن القضاء المغربي، وإن كان في مجمل أحكامه وقراراته يحمل مقتضيات حق الكد والسعاية على أحكام الشركة، إلا أن المحكمة الابتدائية بأكادير اعتبرت في حكم حديث لها، أن حق الكد والسعاية يعتبر من قبيل الأجرة في عقد إجارة الخدمة، وهو ما يفهم من خلال قولها «.. وحيث إن العلاقة الزوجية لازالت قائمة بين المدعية والمدعى عليه حسب ما هو ثابت بالصورة طبق الأصل في رسم ثبوت الزوجية المضمن بتاريخ... عدد ... لذا فإنه من السابق لأوانه المطالبة بأجرة الكد والسعاية».

- حكم ابتدائية أكادير رقم 45، ملف عدد 03/1065، مؤرخ في 2004/01/15 (غير منشور).

[408]- الصديق بلعريبي: السعاية، م.س، ص: 60.

ويزيد من إذكاء هذا التقارب، أن حق الأجر في إطار عقد إجارة الخدمة، يمكن أن يؤدى نقدا أو عينا، بل ويجوز أن يكون جزءا من المنفعة المحصلة من عمل الأجير عند المذهب المالكي.[409]

فهذا التشابه الحاصل بين كل من حق الأجر ومقابل حق الكد والسعاية شكل عاملا مهما في حمل مقتضيات هذا الحق على أحكام إجارة الخدمة.

أما بالنسبة للعامل الثاني، فهو يرجع إلى ما استقر عليه الفقه من أن الذي لا يشارك في الأصل، ليس له إلا أجرة **المثل**، تأسيسا على **القاعدة** الأصولية المبنية على القياس **والتي** تنص على أن " **الفرع تابع للأصل**".

وانطلاقا من ذلك، وتأسيسا على بعض تطبيقات حق الكد والسعاية القائمة على أساس مساهمة السعاة بعملهم وكدهم في تنمية أموال الأسرة دون المشاركة في أصول تلك الأموال، اتجه بعض الفقه إلى القول بأن هذا الحق مبني على أحكام إجارة الخدمة، **ومن ثم فإن السعاة** مجتمعين أو منفردين لا يستحقون إلا أجرة المثل.

ومن أمثلة ذلك، فقد جاء في نوازل العلمي ما نصه:« وأجاب سيدي **أحمد البعل في** نحو المسألة: لم أزل أستثقل القسمة على الرؤوس في هذا المعنى **الذي ذكرت**[410]، إذ هي خارجة عن الأصول، إذ الأصل في ذلك أن الغلة تابعة لأصولها، فمن له شيء في الأصل أخذ غلته بحسبه من القلة والكثرة، **إلا ما استثناه الشرع وأباحه** لنا من المساقاة بشروطها العديدة، وهي في هذه المسألة مفقودة ويلزم عليها أمور محذ**ورة في الشرع، وكان** القياس بل النص أن من ليس له في الأصل شيء ألا يأخذ إلا أجرته على حسب خدمته...».[411]

ومن ذلك أيضا ما ورد في فتاوى الحكام للعمري السكدلتي والتي جاء فيها: « **وفي** العتيبة والواضحة، على ما نقله ابن زمنين في منتخب الأحكام ... وما وجدته الزوجة من الحيوان والعبيد بيد الزوج فالنسل تابع للأمهات، ولها أجرة المثل في ترتيبها بعد يمينها أنها ما فعلت ذلك على وجه الله للزوج... وكراء المثل في بلد الزوجة..».[412]

وفي النوازل الصغرى على ما نقله المازوني في درره **المكنونة، أجاب الإمام** الوغليسي « في الولد يخدم أباه في الحرث والبيع والشراء والرعاية مدة من زمان، قال: إنما للولد أجرة مثله في جميع خدمته، يعني ولا يكون شريكا لأبيه(هـ) والمرأة في هذا مثل الولد كما لا يخفى ».[413]

---

[409]- وفي ذلك يقول الإمام أبوالحسن علي التسولي في البهجة: « وعن ابن سراج أنه أجاز إعطاء السفينة بالجزء مما يحصل عليها، ومثله الجباح بالجزء من عسله، والزرع ممن يحرسه بجزء منه، ومذهب السلف جواز الإجارة بجزء منه قياسا على القراض... وعلى ذلك تخرج أجرة الدلال بربع عشر الثمن مثلا، ونص على جوازها بذلك صاحب المعيار في نوازل الشركة، ومنه إعطاء البقرة لمن يرعاها بنصف زبدها كما في نوازل الفاسي، وقد أجاز في المدونة كراء البقرة للحرث واشتراط لبنها مع جهل قدره.».

- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 229. وانظر كذلك:

- أبوعبد الله محمد بن أحمد المالكي: شرح ميارة الفاسي على تحفة الأحكام، المجلد 2، م.س، ص: 172.

[410]- يقصد بذلك إجراء قسمة الأموال المستفادة بين السعاة على أحكام الشركة.

[411]- عيسى بن علي الحسين العلمي: النوازل، ج2، م.س، ص: 102.

[412]- أورده أحمد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص: 90.

[413]- محمد المهدي بن محمد الوزاني: النوازل الصغرى، ج2، م.س، ص: 273.

وحول بعض الفتاوى التي بنت حق الكد والسعاية على أحكام إجارة الخدمة (أجرة المثل) انظر:

- الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس، م.س، ص : 185 و418 و419.

على هذا الأساس, يتضح من خلال هذه الأمثلة، أن اقتصار السعاة (في بعض الصور التطبيقية لحق الكد والسعاية) على السعاية بالعمل وبذل الجهد البدني في تنمية أموال الأسرة، دون مشاركتهم في أصولها، دفع بعضا من الفقه إلى حمل هذا الحق على أحكام إجارة الخدمة، فإلى أي حد يمكن القبول بهذا التكييف؟

• المطلب الثاني:

تقييم عقد إجارة الخدمة كأساس لحق الكد والسعاية.

إذا كان بعض الفقه قد رأى في عقد إجارة الخدمة الإطار القانوني الأنسب لحمل مقتضيات حق الكد والسعاية عليه — بالنظر للأسباب المتقدمة — فإن ارتباط مقتضيات هذا الحق بالعرف المحلي من جهة، وتفرده ببعض الخصائص المميزة له عن عقد إجارة الخدمة من جهة أخرى، شكل إحدى الأسباب القوية التي تقضي بضرورة إعادة النظر في صحة هذا التكييف وسلامة مسلكه، وهو ما يمكن رصده من خلال الملاحظات التالية:

1- إن حمل بعض الفقه لمقتضيات حق الكد والسعاية على أحكام إجارة الخدمة، انطلاقا من أن علاقة السعاة برب الأسرة هي علاقة عمل ومؤاجرة، ومن ثم فهم لا يستحقون سوى أجرة المثل على ما ساهموا به في تنمية ثروة الأسرة، يبقى " تكييفا تجزيئيا" ومقتصرا على صورة أحادية من الصور التطبيقية لهذا الحق دون بقية الحالات الأخرى.
فالفقهاء الذين سلكوا هذا التكييف، كانوا يقصرون نظرهم فقط على الحالة التي يساهم فيها السعاة بأعمالهم في تنمية أموال الأسرة (الدمنة) دون مشاركتهم في الأصل الذي عادة ما يكون لرب الأسرة، مع العلم أن هذا الحق بالإضافة إلى هذه الحالة، فهو يستند في نشوئه إلى حالتين أخريين: وهي حالة مساهمة كل السعاة — بالإضافة إلى أعمالهم — بأموالهم في الأصل (كالورثة الذين يسعون في المال الموروث مجتمعين) وحالة مساهمة السعاة بالعمل فقط دون الأصل — حالة عدم وجوده —، حيث ينتج عن عملهم ذاك، مستفاد يقسم بينهم بقدر عملهم وكدهم.[414]

2- إن تكييف حق الكد والسعاية على أساس إجارة الخدمة، لم يتم فيها مراعاة مقتضيات العرف المحلي وعلاقته بإجراء العمل بهذا الحق؛ فعلى الرغم من أن القاعدة الأصولية القياسية التي تقضي بأن "الفرع تابع للأصل" وأن "من أوصل إلى غيره نفعا ليس له إلا أجرة المثل" تفيد بضرورة أن يستحق السعاة أجرة المثل فقط في حال مساهمتهم بالعمل دون المشاركة في رأس المال (الدمنة) — كما هو الحال بالنسبة

[414]- وانظر حول هذه الحالات الثلاث:
- محمد بن أبي بكرالأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، ج1، م.س، ص: 264- 265.
- عبد الرفيع التونسي: أجوبة المتأخرين(مخطوط)، أورده الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس: م.س، ص: 417 .

للزوجة مثلا، التي تقوم بخدمة ماشية زوجها ورعايتها[415] — فإن الفقهاء مع ذلك لم يراعوا قاعدة أصولية أخرى تقضي بترجيح العرف ولو كان طارئا على النص القياسي.

وعليه، فبما أن مقتضيات العرف المحلي تمنح للسعاة ولو في الحالة التي لايشاركون بها في الأصل بأموالهم، الحق في الحصول على جزء من المستفاد يوازي قدر جهدهم وخدمتهم بناء على أحكام الشركة لا الإجارة،[416] يكون معه القول بتكييف هذا الحق على أساس إجارة الخدمة لا يراعي القاعدة الأصولية التي تمنح الأولوية للعرف على النص القياسي عند التعارض.[417]

ولذلك نجد بعض الفقهاء مراعاة منهم لقاعدة ترجيح العرف على القياس عند التعارض، يُكيفون حق الكد والسعاية بناء على الوصف الذي يحدده العرف، لا طبقا لمقتضيات القاعدة القياسية السابق بيانها.[418]

وعلى هذا الأساس ذهب بعض الفقه إلى أن الحكم لأهل السعاية بالأجرة فيه جور كبير ممن فعله، ومخالفة لما جرى به العمل، فقد سئل الإمام الأوزالي « عن الزوجة التي تعمل مع زوجها، وتشتغل معه في الحقول والأملاك، ثم قامت هي أو من يقوم مقامها من وكيل أو وارث بطلب كدها ومستفادها بعمل يدها، هل لها أن تأخذ السعاية مما استفدته هي وزوجها، أم تأخذ أجرة العمل الذي نشأ عنه المستفاد؟

فأجاب : ... إنه لا يجوز الحكم والفتوى في مسألة السؤال إلا بالسعاية إن كان بقي عند الزوجين ما استفاداه، ولا يحل القضاء لها بالأجرة، وأن الفتوى والقضاء بالأجرة خطأ صريح ونقض للإجماع المذكور في المقدمة [المقصود به الإجماع

---

[415]- من ذلك ما ورد في فتاوي الحكام وفي العتيبية والواضحة على ما نقله ابن زمنين في منتخب الأحكام أن «... ما وجدته الزوجة بيد الزوج من الحيوان فالنسل تابع للأمهات، ولها أجرة المثل في تربيتها بعد يمينها أنها ما فعلته على وجه الصلة للزوج...» انظر:

- محمد بن أبي بكرالأزاريفي: ج1، م.س، ص: 263- 264.

[416]- ومن أمثلة ذلك أن العلامة سيدي إبراهيم الجيلالي « سئل عن امرأة تخدم في بيتها الخدمة الظاهرة والباطنة من غزل، ونسج، وعجين، وطبخ، وغير ذلك من رعاية البهائم ونحوها، فهل لها شركة مع زوجها وأولادها في المال أم لا؟

فأجاب: إذا خدمت المرأة المذكورة ونتج بسبب خدمتها المال من الماشية والغلات وغير ذلك فهي شريكة بخدمتها، وأولادها بقدر خدمتهم...».

- عبد العزيز الزياتي: الجواهر المختارة (مخطوط) م.س، ص: 160 وانظر كذلك:

- الشريف المهدي أبو عيسى الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى، ج6، م.س، ص: 509.

[417]- انظر حول مسألة ترجيح العرف على القياس عند التعارض ص من هذا البحث.

[418]- من ذلك ما جاء في النوازل الجديدة الكبرى للشريف الوزاني« أن الولد إذا أقام مع والده سنين بعد بلوغه إلى أن زوجه، وكان يتولى الحرث والحصاد وخدمة الأملاك بنفسه ثم افترق عنه، فلا شيء له فيما بيد أبيه، ولا يقاسمه إلا أن يتفق على ذلك، **أو يجري عرف البلد متقرر به حتى يصير كالمدخول عليه، على ما وقعت الفتوى به من المتأخرين**... وقوله (لا شيء له) يعني في نفس الأملاك والغلل، وأما أجرة عمله فتكون له، ويحاسب بنفقته وكسوته والله أعلم..»

- الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: م.س، ج6، ص:535.

فمما يلاحظ على الفتوى، أنها وإن أقرت بداية بحق الولد في الأجرة ، وهو ما يعني أن العلاقة هي علاقة مؤاجرة وعمل، إلا أنها استثنت العمل بهذا التكييف في حالتين:

الأولى: وهي حالة وجود اتفاق بين الولد وأبيه على كون طبيعة العلاقة الرابطة بينهما بخصوص خدمة الولد في تلك الأموال ليست بعلاقة عمل.

الثانية: وهي جريان العرف على وصف تلك العلاقة،على خلاف أحكام إجارة الخدمة، وهو ما يؤكد على مراعاة هذه الفتوى لمسألة العرف المحلي ودوره في تحديد الوصف القانوني لأي علاقة قانونية.

القاضي بضرورة مراعاة العرف وما جرى به العمل من أحكام بين الناس]، والحكم بذلك ينقضه كل من رُفع إليه، وهذا ما علم في زماننا وقبله كثير بالضرورة بالفتوى والقضاء...».[419]

ويضيف العلامة سيدي العربي الأدوزي جوابا له عن مسألة تتعلق بالسعاية بين الزوجين أن «.... مخالفة ما جرى به العمل لا تجوز، والرجوع للكراء [الإجارة] في مسألة السعاية مع أنهن [أي الزوجات] غير داخلات عليه جور ممن فعله؛ إذ لو علم الرجل حين النكاح أنه يعطي ذلك لما قبل، وهي لم تدخل على أخذ العوض من الزوج عن خدمتها، وإنما دخلت على ما يزيد من المال إن كانت ثمة زيادة على الظاهر من حالهن أنهن إنما يطلبن ما يزيد من المال بينهن وبين الأزواج، وغيرهمكارمة لا يحاسبن به، وبه يعلم أن قول التحفة: والزوجة استفاد زوج مالها...[420] البيت، إنما هو في بلد لم تكن فيه المفاوضة جارية عرفا.».[421]

2- ثم إن ما يدعو إلى التشكيك في سلامة تكييف حق الكد والسعاية على أساس عقد إجارة الخدمة، هو أن الفقهاء الذين أفتوا بالأجرة لمن كد وسعى في مال الأسرة، بناء على أن مساهمته اقتصرت على خدمة المال دون المشاركة في الأصل، هم أنفسهم الذين أفتوا بالشركة فيما يتعلق بالألبسة الناتجة عن عمل الزوجة في الغزل، فقالوا بأن الزوج الذي يأتي بالصوف إلى زوجته لتقوم هذه الأخيرة بغزله ونسجه، تكون شريكة معه فيما نتج عن ذلك الغزل بقدر عملها، على الرغم من أن الزوجة في هذه الصورة لا تعتبر مشاركة في الأصل (الصوف) الذي هو ملك للزوج، وإنما عملت بالخدمة فيه، فأصبحت بعملها في الأصل مشاركة في مستفاد ذلك الأصل، دون أن تكون لها الأجرة فقط.[422]

3- إن ما يلاحظ على تكييف حق الكد والسعاية على أساس إجارة الخدمة، هو عدم انسجامه مع ما تتميز به العلاقات الأسرية وعلى الخصوص الزوجية من طبيعة

---

[419]- أورده الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي: العمل السوسي في الميدان القضائي، ج1، م.س، ص: 282- 283، وقد نظم الشيخ عبد الرحمان الجشتمي ذلك في أرجوزته بقوله:

والأجر لا تحكم به لمن كسب * بل كسبه فيما أفيد قد وجب**

انظر محمد المختار السوسي: المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية، م.س، ص: 206.

[420]- المقصود به قول بن عاصم في التحفة:

والزوجة استفاد زوج مالها ** وسكتت عن طلب لمالها
لها القيام بعد في المنصوص ** والخلف في السكنى على الخصوص
كذلك ما استغله من غير أن ** متع عن مات كمثل ما سكن
فيه خلاف والذي به العمل ** في الموت أخذها كرء(أجر) ما اشتغل

وانظر في شرح هذه الأبيات:

- محمد بن يوسف الكافي: إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م.س، ص: 133.

[421]- محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، ج1، م.س، ص: 259.

[422]-من ذلك ما ذهب إليه الشيخ الرهوني في حاشيته؛ فبعدما وافق شيوخ فاس في اعتراضهم على ابن عرضون، على اعتبار أن المرأة التي تخدم في مال زوجها ليس لها إلا أجرة المثل دون الشركة، أقر بنفسه بأن هذا التكييف(أي حمل عمل الزوجة في مال زوجها على أحكام إجارة الخدمة) لا يصدق على الحالة التي يأتي فيها الزوج بالصوف فتقوم الزوجة بغزله، فهذه الأخيرة تحمل على أحكام الشركة على الرغم من أن الزوجة لم تساهم في الأصل وإنما ساهمت بالخدمة فقط، انظر: - حاشية الرهوني، ج4، م.س، ص: 39 .

خاصة لا نجد مثيلا لها في إطار عقد إجارة الخدمة، فهذا الأخير، ينبني على أساس قيام شخص اسمه الأجير بوضع خدماته تحت إشراف ومراقبة شخص آخر يسمى المؤاجر، مقابل أجر معلوم، بحيث تكون العلاقة الرابطة بينهما هي علاقة تبعية.[423] على خلاف ذلك، فالعلاقة الزوجية مثلا، هي علاقة مبنية على قيم المودة والرحمة **وعلى فكرة الشراكة والتعاون، ولذلك** فالطبيعة الخاصة لهذه العلاقة لا تنسجم مع فكرة اعتبار الزوجة أجيرة لدى زوجها، بما تتطلبه هذه الصفة من ضرورة الخضوع لقانون العرض والطلب، ولمواصفات خدماتية يحددها سوق العمل.

ولذلك، فقد عارض الكثير من الفقهاء القول بالأجرة في عموم السعاية، على **اعتبار أن الزوجة لم تدخل على ذلك**،[424] **ولما في الأمر من اجتماع النكاح والإجارة في عقد واحد.**[425] وهو نفس التوجه الذي تركن إليه معظم « تشريعات العمل التي تستثني من نطاق سريان أحكامها من حيث الأشخاص، أفراد العائلة الواحدة الذين يعملون مع بعضهم البعض»[426]، **كالقانون العراقي والمصري والسوري، وفي ذلك** يقول الأستاذ صادق مهدي السعيد: « والحقيقة أنه من الأصلح والأحرى أن يكون الزوجان شريكين في العمل والحياة، وألا يبرم بينهما عقد عمل، لأنه قد يثير بينهما بروابطه بعض المشاكل التي قد تؤثر على الحياة الزوجية»[427].

4- **إن الإقرار للسعاة بالأجرة بناء على أن العلاقة** هي علاقة مؤاجرة، يتناقض مع أحكام ومقتضيات حق الكد والسعاية كما جرى عليه العرف، فإذا كان هذا الأخير لا يظهر إلا عندما يكون هناك مستفاد، فإن الحكم بالأجرة يقتضي منح الأجير أجره بغض النظر عن الذمة المالية للمؤاجر، وما **تَرَكَ** لديه من أموال نتيجة العمل الذي قدمه الأجير، بل حتى ولو هلكت المنفعة المحصلة من عمل الأجير، فإن حق هذا الأخير في أجره يبقى ثابتا دون أن يرتهن لحصول منفعة للمؤاجر وتزايد أمواله من عدمها.

وعلى خلاف ذلك، فللسعاة — طبقا لما جرى عليه العرف — لا يستحقون حق الكد والسعاية إلا بوجود مستفاد زائد على الدمنة، فيكون المستفاد بذلك موضوع القسمة بينهم، أما في حالة عدم وجوده، أو هلاكه، فلا يكون لهم أي حق في الرجوع على رب الأسرة قصد الحصول على حقهم في الكد والسعاية.

5- إن إخضاع مقتضيات حق الكد والسعاية لأحكام إجارة الخدمة، يعني إخضاع مقابل هذا الحق لأحكام الأجر من حيث طريقة ووقت أدائه، ومقداره، وكذا من حيث عدم

---

[423]- راجع: عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل، ج1، م.س، ص: 269

[424]- انظر: محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، ج1، م.س، ص: 259.
- أحمد الرسموكي: نوازل الرسموكي (مخطوط) م.س، ص: 16.
- الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس، م.س، ص: 419- 420.

[425]- محمد بن قاسم السجلماسي: شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي، ج1، م.س، ص: 253.

[426]- أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص: 92.

[427]- صادق مهدي السعيد: العمل وتشغيل العمال والسكان والقوى العاملة، الكتاب الأول: من مبادئ اقتصاد وتشريع العمل، مطبعة مؤسسة الثقافة العالمية – بغداد - الطبعة الثانية، 1978، ص: 311

ارتباطه بتحقق المنفعة،[428] كما أن ذلك يعني بالضرورة أن تكون مدة الخدمة والعمل **معلومة ومعروفة**،[429] **لأن من شرط صحة الإجارة على الخدمة** – كما تقدم– **أن** يكون أجلها معينا، وهذا بطبيعة الحال لا ينسجم ومقتضيات حق الكد والسعاية كما كرستها الأعراف وأقرها الفقه والقضاء تبعا لذلك.

على هذا الأساس، يتضح أن إعمال أحكام إجارة الخدمة وإخضاع مقتضيات حق الكد والسعاية لها، يبقى محل نظر، وهو ما يطرح السؤال حول إمكانية تبني أحكام الشركة كأساس قانوني ملائم لطبيعة هذا الحق؟.

• المبحث الثاني:

الطبيعة القانونية لحق الكد والسعاية أساسها الشركة العرفية.

اعتبارا للصعوبات التي طرحها إلحاق حق الكد والسعاية بمؤسسة **إجارة الخدمة، بالنظر لعدم ملاءمة** مقتضيات هذه الأخيرة للخصوصية العرفية التي ترتكز عليها القواعد الضابطة لهذا الحق.

وانطلاقا من ارتباط مقتضيات هذا الأخير بمفاهيم من قبيل الكد والسعي، **(حصص** المساهمة)، **الدمنة (رأس المال)، المستفاد (الربح)**، وهي مصطلحات تنتمي إلى حقل دلالي يرمز لعقد الشركة.

واعتبارا لهذا وغيره، ذهب العديد من الفقهاء،[430] إلى أن حق الكد والسعاية يجد أساسه القانوني في عقد الشركة، فهو في النهاية ليس إلا حقا ناتجا عن مساهمة مجموعة من الأشخاص (السعاة) في تكوين أو تنمية مال الأسرة وثروتها، بحيث ينتج عن مساهمتهم تلك مستفاد بشكل العنصر المادي لهذا الحق.

---

[428]- الصديق بلعريبي: السعاية، م.س، ص: 60-61.

[429]- وفي ذلك يقول محمد ابن رشد القرطبي في المقدمات: « فلا تجوز الإجارة إلا بأجرة مسماة معلومة، وأجل معروف، أو ما يقوم مقام الأجل من المسافة فيما يحمل، أو توقيت العمل بتمامه فيما يستعمل وعمل موصوف، أو عرف في العمل والخدمة يدخل عليه المتأخرون فيقوم ذلك مقام الصفة، ويدل على ذلك قوله تعالى:(قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) (القصص الآية 27) فسمى الأجرة وضرب الأجل...»

- محمد بن رشد القرطبي (الجد): المقدمات والممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، ج1، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية – بيروت- الطبعة الأولى 1423هـ/2002م، ص:438.

[430]- انظر في بعض الفتاوي التي يظهر فيها اتجاه بعض الفقهاء إلى تأسيس حق الكد والسعاية على أحكام الشركة:

- الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس، م.س، ص: 417 - 420.
- أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي: م.س، ص: 90-91.

لكن، إذا كان حق الكد والسعاية بهذا المعنى حقا شخصيا ينتمي إلى عقد الشركة، فإن الإشكال الذي يظل مطروحا، يتمثل في تحديد نوع الشركة التي ينتمي إليها هذا الحق؟ وبعبارة أخرى: ما هو نوع الشركات الأنسب لطبيعة حق الكد والسعاية ولمقتضياته؟.

الحقيقة: أنه على الرغم من توفر مجموعة من الخصائص والعناصر المشتركة بين كل من مقتضيات حق الكد والسعاية وأحكام العديدة من الشركات، إلا أن ارتباط مقتضيات هذا الحق بالعرف المحلي جعله ينتمي إلى إطار قانوني خاص يمكن تسميته "بالشركة العرفية"، ويتأكد هذا التوجه على الخصوص عندما نتبين عدم ملاءمة كل من نظام الشركات في الفقه الإسلامي — وذلك بالتركيز على المذهب المالكي— (المطلب الأول) والقانون المغربي (المطلب الثاني) لمقتضيات هذا الحق.

• المطلب الأول:

عدم ملاءمة أحكام الشركات في الفقه الإسلامي لمقتضيات حق الكد والسعاية[431].

يقوم نظام الشركات العقدية في الفقه الإسلامي على أساس وجود شركات متنوعة، كل منها يرتكز على أساس مختلف وقواعد متباينة.

وإذا كانت مختلف هذه الشركات بقواعدها وأحكامها يمكن أن نجد لها بعض الخصائص التي تشترك فيها مع مقتضيات حق الكد والسعاية، فإن ارتباط هذا الأخير بالعرف المحلي وتأثره به، جعل من إمكانية إلحاقه بأحد أنواع الشركات الفقهية أمرا صعبا، وهو ما يتأكد من خلال عدم ملائمة أحكام هذه الأخيرة لمقتضيات حق الكد والسعاية بغض النظر عما إذا كانت شركة مفاوضة أو أبدان (الفقرة الأولى) أو شركات استغلال زراعية كالمزارعة، والمساقاة، والمغارسة، (الفقرة الثانية) أو حتى شركة مختلطة كالقراض أو المضاربة (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى:

شركة المفاوضة والأبدان.

أولا: شركة المفاوضة.

يمكن تعريف شركة المفاوضة بأنها الشركة التي « يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره»،[432] وعرفها القرافي نقلا عن الإمام

[431]- سوف يتم التركيز فقط على أنواع الشركات العقدية التي أجازها الفقه المالكي والتي تقترب من حق الكد والسعاية، وأخص بالذكر:

- شركة المفاوضة.
- شركة الأبدان.
- شركات الاستغلال الزراعي.
- شركة القراض أو المضاربة.

الطرطوش بقوله: « هي أن يفوض كل واحد التصرف للآخر في البيع والشراء، والضمان، والكفالة ، والتوكيل، والقراض، وما فعله لزم الآخر إن كان عائدا إلى تجارتهما، ولا يكونان شريكين إلا فيما يعقدان عليه الشركة من أموالهما دون ماينفرد به كل واحد من ماله، سواء اشتركا في كل مايملكانه أو بعضه، كان رأس المال متفاضلا أم لا، إذا كان الربح والعمل على قدر ذلك.»[433] وشركة المفاوضة بهذا المعنى تقوم على أساس « أن يساهم شريكان أو أكثر في رأس مال الشركة، ويقول كل شريك لصاحبه اعمل بالذي ترى على أن يكون الربح بينهم بمقدار حصة كل شريك في أصل مال الشركة »،[434]

وانطلاقا من هذه التعاريف، يمكن تحديد العناصر المميزة لشركة المفاوضة فيما يلي:

- شركة المفاوضة عقد مركب [435] يتضمن من جهة بيعا ضمنيا يقوم على أساس أن كل شريك يبيع نصف ماله بنصف مال شريكه[436]، ومن جهة أخرى فهو يتضمن وكالة بالتصرف فيما يملكه الشريك من رأس مال الشركة.
- شركة المفاوضة باعتبارها عقدا، تتطلب صيغة دالة عليها لفظا أو عرفا، بل وقد تنعقد لمجرد الاتحاد في المائدة والكانون دون حاجة إلى التصريح بالتعاقد، وهو ما يسميه فقه العمل بشركة المفاوضة الحكمية.[437]

كما أنه لابد فيها من متعاقدين يشترط فيهما أهلية التوكيل والتوكل[438]، هذا بالإضافة إلى محل (المعقود عليه) موجود، سواء أكان نقدا أو عروضا، بل وحتى طعاما كما ذهب إلى ذلك ابن القاسم قياسا على الدنانير والدراهم.[439]

---

[432] - محمد بن رشد القرطبي (الحفيد): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، م.س، ص:245.

- وانظر في نفس المعنى: - أبو عبد الله محمد الخرشي: الخرشي على مختصر خليل، ج6، م.س، ص: 38

[433]- شهاب الدين أبي العباس القرافي: الذخيرة، ج6، م.س، ص: 414.

[434]- علال الهاشمي الخياري: منهج الاستثمار في ضوء الفقه الإسلامي، ج2، نشر شركة المدارس- الدار البيضاء، طبع مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء،الطبعة الأولى 1413هـ1992م ص:271-272.

انظر: - محمد سكحال المجاجي: أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المالكي، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى 1422هـ2001م، ص: 60 ومابعدها.

[435]- انظر: - محمد سكحال المجاجي: أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المالكي، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى 1422هـ 2001م، ص: 60 ومابعدها.

[436]- وفي ذلك يقول ابن رشد: « عقد الشركة في المال بيع من البيوع، لأن الرجلين إذا تشاركا بالعروض أو الدنانير والدراهم، فقد باع كل واحد منهما صاحبه نصف ما أخرجه هو، وهو بيع لا تقع فيه مناجزة لبقاء يد كل واحد منهما على ما باع بسبب الشركة ».

- محمد بن رشد القرطبي (الجد): المقدمات والممهدات، ج2، م.س، ص: 212

[437]- أي الشركة التي تنشأ بفعل التصرف على وجه الشركة دون القصد الصريح إليها، انظر على سبيل المثال:

- الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى، ج6، م.س، ص: 550 .
- محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، ج2، م.س، ص:232- 233 .

وحول هذا المقتضى راجع أيضا:

- PESLE. O : La société et le partage dane le rite malékite, op.cit, p : 25 et s.

[438]- راجع:

- أبو عبد الله محمد الخرشي: الخرشي على مختصرخليل، ج6، م.س، ص: 39 .
- أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الحطاب: مواهب الجليل، ج5، م.س، ص: 118.
- عبد الباقي بن يوسف بن محمد الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج4، م.س، ص: 73-74.

وانظر في الفقه الحنفي كذلك:

- علاء الدين بن مسعود الكساني: بدائع الصنائع،ج6، م.س، ص58-59.

- يتكون رأس مال شركة المفاوضة من مجموع الحصص المقدمة من الشركاء دون اشتراط مساواة تلك الحصص [440] على أن يكون الربح والخسارة مقسمين بنسبة الحصص المالية المقدمة من كل شريك.[441]
- لكل شريك في المفاوضة حرية التصرف، من بيع، وشراء، وكراء، وضمان، وغيره، سواء في حضورالشريك الآخر أو غيابه، فكل ما يأتيه الشريك المفاوض يُلزم الطرف الآخر[442]،شرط أن لا يكون في التصرف ضررا بالشركة. كما لا يشترط فيها اتحادشغل أو مكان، ويتحمل كل شريك مفاوض عهدة العيب والإستحقاق.[443]
- شركة المفاوضة على نوعين:[444]

- مفاوضة عامة، تكون سارية في جميع التجارات والتصرفات والمعاملات، وهي مطلقة في سائر الأموال.
- مفاوضة خاصة، تكون مختصة بنوع معين من الأموال تحدد عند التعاقد.

إن شركة المفاوضة بالمعنى المتقدم تقترب بشكل كبير من حق الكد والسعاية، وخصوصا ما يعرف بشركة المفاوضة الحكمية، إلا أنها تبقى غير ملائمة لمقتضيات هذا الأخير بالنظر لمجموعة من الاعتبارات:

فمن جهة، يتطلب قيام شركة المفاوضة بين الشركاء مساهمة كل هؤلاء في رأس مالها بحصص مالية معينة، على أن يكون الربح والخسارة تبعا لقدر مساهمة كل واحد من الشركاء، أما بالنسبة لحق الكد والسعاية، فاستحقاقه ليس بالضرورة مرتبطا بمشاركة السعاة في الدمنة (رأس المال) بل قد يترتب حتى في الحالة التي يكتفي فيها هؤلاء بالخدمة في تنمية مال الأسرة فقط، طبقا لما جرى عليه العرف.

من جهة أخرى، إذا كانت شركة المفاوضة على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، تتطلب أن يكون للشركاء فيها أهلية التوكيل والتوكل، وهو ما يعني ضرورة توفر الرشد والعقل

---

[439]- وفي ذلك يقول ابن رشد: « فأجاز -أي ابن القاسم- الشركة بالطعام إذا اتفق في الكيل والصفة قياسا على الدنانير والدراهم ومنع ذلك في الدنانير منعند أحدهما والدراهم من عند الآخر...».

- محمد ابن رشد القرطبي (الجد): م.س،ج2، ص: 213.

[440]– وهو مذهب المالكية، على خلاف ماذهب إليه أبو حنيفة من اشتراط التساوي في رأس مال شركة المفاوضة، انظر:

- ابن جزي: القوانين الفقهية، م.س، ص: 187.

وفي هذا يقول الإمام الكساني من -المذهب الحنفي- « وسمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة فيه في رأس المال...» - علاء الدين بن مسعود الكساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، م.س، ص: 58

[441]- فشركة المفاوضة تفسد إذا وقعت بشرط التفاوت في الربح، انظر: - أبو عبد الله محمد الخرشي: م.س، ص:45.

[442] - PESLE.O: La société et le partage, op.cit, p: 28-28.

[443]- أبو الشتاء بن الحسن الغازي: التدريب على الوثائق العدلية، وثيقة وشروح، كيفية تحريرها وبيان فقهها، ج2، مطبعة الأمنية - الرباط- الطبعة الأولى: 1387ه/ 1968م، ص: 485 .

وفي هذا الإطار، أكد المجلس الأعلى أن القاعدة الفقهية المقررة في مجال شركة المفاوضة« أن كل ما تعامل به أحد الشريكين هو لازم للآخر، لأن يد كل منهما هي يد الآخر.»

- قرار المجلس الأعلى عدد 89- 1962، ملف رقم 9785، مؤرخ في 5 نوفمبر 1962، الغرفة الشرعية، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 59- 60-61 ، مايو- يوليوز 1963، السنة السادسة، ص: 533.

[444]- المدونة الكبرى للإمام مالك، المجلد5، ج12، م.س، ص: 68. وانظر أيضا: - أبو الشتاء بن الحسن الغازي: م.س، ج2، ص: 484.

بالنسبة لأطراف عقد الشركة، فإن حق الكد والسعاية يثبت حتى بالنسبة للصغير غير المميز —على ما جرى به العرف والعمل[445]— فلا يتطلب في السعاة أهلية الإلزام والالتزام.

ثم إنه إذا كان من المتصور انعقاد شركة المفاوضة بين الأغيار، فإن تصور ذلك في **إطار حق الكد والسعاية** يبقى غير ممكن، على اعتبار أنه حق لا **يتجاوز حدود أفراد الأسرة الواحدة** وهي حالة خاصة تنفرد بها مقتضيات حق الكد والسعاية.

وأخيرا، إذا كانت شركة المفاوضة تقوم في إدارتها على أساس حرية التصرف المطلقة في جميع المال المشترك، فإن طبيعة إدارة مال الأسرة الذي ينتج عنه حق الكد و السعاية، ليس بالضرورة يخضع لنوع هذه الإدارة، إذ من المتصور **أن تكون إدارة المال المشترك (مال الأسرة) راجعة لرب الأسرة** دون غيره.

على هذا الأساس، يبدو أن شركة المفاوضة وإن كانت تقترب من مقتضيات حق الكد والسعاية إلا أنها مع ذلك لاتصلح كأساس قانوني له.

ثانيا: شركة الأبدان.

وهي الشركة التي تنعقد باتفاق شخصين أو أكثر على القيام بأعمال معينة، **قصد** تحقيق الربح، سواء عن طريق العمل اليدوي: **كالاحتطاب، وتسمى بذلك شركة أعمال، أو** عن طريق العمل الفني: **كأصحاب الحرف والصناعات**، وتسمى حينئذ بشركة الصنائع. وهي جائزة عند الجمهور،[446] خلافا للمذهب الشافعي.[447]

وعلى العموم، فشركة الأبدان بالإضافة إلى ركن الصيغة ومتعاقدين لهما أهلية التوكيل والتوكل، ومحل مشروع وممكن، فهي لا تصح عند المالكية — **خصوصا** — **إلا** بشرطين هما:[448]

1- **اتحاد عمل أو صنعة الشريكين ومحل شغلهما:**[449] **فلا** تجوز الشركة بين صانعين **مختلفي الصنعة**، كحداد وخياط، أو أن يتفرق الشركاء في أمكنة متعددة للقيام بأعمال **مشتركة.**

---

[445]- فقد جاء في أجوبة المتأخرين «أن الذي عليه العمل عند فقهاء سوس، أن السعاية لا تنضبط، فابن سبع سنين له نصف كسب، وربع لدونه، إلى أربعة عشر سنة تكتمل له سعايه».

-أجوبة المتأخرين لعبد الله التملي، نقلا عن عبدالله الجشتمي: العمل السوسي في الميدان القضائي، ج1، م.س، ص: 281.

من هنا يفهم أن حق الكد والسعاية يثبت حتى لمن هو دون سن السابعة، وهو بطبيعة الحال صغير غير مميز.

[446]- انظر: عبد الرحمان الجزيري: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، م.س، ص: 64 وما بعدها.

-علي خفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، م.س، ص: 100 ومابعدها.

[447]- أما الشافعية فيجعلون شركة الأبدان باطلة لما فيها من الغرر والجهل انظر:

- شمس الدين الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، م.س، ص: 4.

[448]- وحول مقتضيات هذه الشروط في المذهب المالكي انظر:

– محمد سكحال الجاجي: أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المالكي، م.س، ص: 136 وما بعدها.

-.PESLE .O: La Société et Le partage dans le Rite Malékite, op.cit, p : 32 et s.

[449]- ويستفاد هذا الشرط من قول الإمام مالك في المدونة، حيث جاء فيها: « (قلت) : أرأيت الحدادين، والقصارين، والخياطين، والصواغين، والخزارين، والسراجين، والفرانين، وما أشبه هذه الأعمال، هل يجوز لهم أن يشتركوا (قال): قال مالك، إذا كانت الصناعة واحدة ، خياطين، أو قصارين، أو حدادين، أو فرانين، اشتركا جميعا، على أن يعملا في حانوت واحد، فذلك جائز، ولا يجوز أن يشتركا، فيعمل هذا في حانوت، وهذا في حانوت، أو هذا في قرية، وهذا في قرية أخرى، ولايجوز أن يشتركا وأحدهما حدادا والآخر قصارا ، وإنما يجوز أن يكونا حدادين جميعا، أو قصارين جميعا، على ما وصفت لك.»

- المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس، المجلد 5، ج12، م.س، ص: 42.

وقد نظم هذا الشروط صاحب التحفة بقوله:

2- **التناسب بين قيمة العمل ونسبة الكسب**: فإذا كان العمل متساويا من حيث النوع والصفة قسمت الأرباح بالتساوي، لكن إذا اتحد العمل دون المساواة، يقسم الكسب على قدر العمل لا على المساواة [450]

وإذا كان مفهوم شركة الأبدان بنوعيها الأعمال والصنائع يقوم على هذا الأساس، فإن هناك من يرى بأنها هي الشركة المعنية بالسعاية. فقد جاء في مخطوط فتاوى الحكام للعمري السكدلتي بأن « الشركة بالأبدان أي بالأعمال، هي من العقود الجائزة المعتبرة بشروطها المفصلة في كتب الفقه من التساوي في الأعمال أو التفاوت وغير ذلك، وهي المعنية بالسعاية عند أهل سوس، فإن حصل بها مال قسم على حسب أعمال أهلها، ولا إشكال والله أعلم».[451]

لكن، إذا كانت شركة الأبدان بالمعنى المتقدم قد تتشابه مع حق الكد والسعاية خصوصا على مستوى طبيعة مساهمة السعاة المتمثل في العمل، إلا أنها مع ذلك لا تصلح لأن تكون أساسا قانونيا له، على اعتبار أن من شروطها اتحاد شغل أو محل، وهذا غير محقق بالضرورة بالنسبة للعلاقة التي يترتب عنها حق الكد والسعاية.

أضف إلى ذلك، فشركة الأبدان تتطلب توفر أهلية التوكيل والتوكل بالنسبة للمتعاقدين بها، وهذا أمر غير لازم بالنسبة لمقتضيات حق الكد والسعاية الذي يثبت حتى للصغير غير المميز كما سبق ذكره.

وأخيرا: إذا كانت « شركة الأبدان لابد وأن تنتج عن عقد قبل تكوينها، ويمكن أن يبرم هذا العقد بين الأغيار، [فإن السعاية] لا تنتج عن عقد، وإنما هي حق متعارف عليه من غير حاجة إلى إنشائه بعقد، كما انها تقتصر على أفراد الأسرة ولا تنتسب إلى غيرهم...».[452]

الفقرة الثانية:

شركات الاستغلال الزراعي.

المقصود بشركات الاستغلال الزراعي، المزارعة، والمغارسة، والمساقاة.

أولا: المزارعة:

وحيثما يشتركان في العمل * فشرطه إتحاد شغل ومحل**

« يعني أن محل جواز الشركة في العمل إذا اتحد شغلهما ومحل شغلهما، أو تقارب محلهما كخيلطين أو نجارين، أو لم يتحدشغلهما ملكن يتوقف شغل أحدهما على شغل الآخ، كأن يكون أحدهما نساجا والآخريدورعليه...ويشترط أن يتساويا في العمل أويأخذ كل منهما على حسب عمله..»

- محمد يوسف الكافي: إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م.س، ص: 179.

وانظر في شرح هذا المعنى: - عبدالباقي بن يوسف بن محمد الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج6، م.س، ص: 98.

[450]- وفي هذا يقول الشيخ خليل:« وجازت بالعمل؛ إن اتحد، أو تلازم، وتساويا فيه أو تقاربا ». - خليل بن إسحاق المالكي: مختصر العلامة خليل،م.س، ص: 163. وانظر في شرح هذا المعنى: - عبدالباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج6، م.س، ص: 98.

[451]- فتاوى الحكام للعمري السكدلتي، نقلا عن أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي م.س، ص:91.

[452]- الصديق بلعريبي: السعاية، م.س، ص: 60.

المزارعة «عقد شركة يسلم بموجبه المالك أرضه المعدة للزراعة لآخر، ليزرعها ويلتزم هذا المزارع بأداء نصيب معين من محصولاتها إلى المالك»،[453] **وقد عرفها ابن عَرَفَة** بقوله: « **المزارعة شرْكة في الحرث**»[454].

والمزارعة كعقد، لابد لها من أركان أساسية، تتمثل بالإضافة إلى الصيغة الدالة على انعقادها، وتوفر أهلية التصرف في المتعاقدين، وجود أرض مقدمة من **المالك لتكون** موضوع المزارعة، وتوفر البذار (الزرع)، وكذا العمل ووسائله من آلات ودواب، وأخيرا **المشاركة في المحصول الزراعي.**[455]

وبالإضافة إلى هذه الأركان، فالمزارعة لا تصح كما ذهب إلى ذلك أغلب فقهاء المذهب المالكي إلا بشروط **ثلاثة:**[456]

1- **السلامة من كراء الأرض بأجر ممنوع كراؤها به** [457] : كأن يتم كراء الأرض موضوع المزارعة مقابل بذر أو طعام ولو لم تنبته الأرض، **كعسل، أو ما** تنتبه ولو من غير طعام، **كقطن وكتان**، ويستثنى من ذلك الخشب والحطب ونحوهما.[458]

2- **السلامة من الدخول على التفاوت** [459]: والمقصود منه تكافؤ الشريكين وتساويهما فيما يسهمان به في الشركة، فلا يجوز أن يقدم أحدهما لأجل الشركة أكثر مما يقدمه الآخر، وهي تأتي على صورتين:

- إما مساهمة المتزارعين في كل متطلبات المزارعة (البذر- **كراء الأرض- العمل-** الآلات المستعملة في الزراعة) بحسب نسبة مشاركتهما، كأن يقدم الأول مساهمة

---

[453]- علال الهاشمي الخياري: المزارعة أو المشاركة في الإنتاج الزراعي، مجلة دار الحديث الحسنية، العدد 5، سنة 1406هـ/1985م، ص223، وهو نفس التعريف الذي تبناه في كتابه منهج الاستثمار في ضوء الفقه الإسلامي، م.س، ج2، ص:23.

[454]- انظر: محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج2 ، م.س، ص: 513.

وفي نفس السياق عرَّف لويس ميليو عقد المزارعة بقوله:

« Il s'agit de cultiver des céréales a frais communs et de partager la récolte, opération aléatoire et de profit incertain » MILLIOT. LOUIS: Introduction a l'étude du droit Musulman .op.cit, p : 666.

- وللتوسع في مفهوم المزارعة ومختلف التعاريف الفقهية بشأنها انظر على الخصوص:

– أنور محمود دبور: نظام استغلال الأراضي الزراعية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية، ج2، (المزارعة – المساقاة – المغارسة) نشر دار الثقافة العربية- القاهرة- طبعة 1407هـ/ 1987م، ص:12-14

- حبيبة عطافي : المزارعة وأحكامها من خلال الجامع الصحيح للبخاري (كتاب الحرث)، رسالة في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة، جامعة القرويين، كلية الشريعة بأكادير، السنة الجامعية 1997-1998، ص7-9.

[455]- وفي تفصيل هذه الأركان انظر:

- أنور محمود دبور: م.س ، ج2، ص: 34 وما بعدها.

[456]- انظر هذه الشروط مفصلة في المذاهب الفقهية :

– حبيبة عطافي: م.س ، ص: 35 وما بعدها.

– أنور محمود دبور: م.س، ج2، ص: 201 وما بعدها.

[457]- راجع: - شهاب الدين أبي العباس القرافي: الذخيرة، ج5، م.س، ص: 260. - أبو عبد الله محمد الخرشي: شرح الخرشي، ج6، م.س، ص: 63. - أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الحطاب: مواهب الجليل، ج5، م.س، ص: 178.

[458]- أبوعمر يوسف ابن عبد البر: الإستذكار، ج21، م.س، ص: 247.

[459]- أبو عبد الله محمد الخرشي: ج6، م.س، ص: 63 - شهاب الدين أبي العباس القرافي: الذخيرة،ج5، م.س، ص: 261.

- أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الحطاب، ج5، م.س، ص: 178

تقدر بالثلثين **في كل متطلبات المزارعة، والثاني بالثلث** الآخر، على أن يكون المحصول الزراعي بينهما على قدر المساهمة.

- وإما أن تكون مساهمة كل مزارع مختلفة، ولكنها متساوية من حيث متطلبات شركة المزارعة، كأن تكون مساهمة أحدهما في أجرة الأرض التي تساوي مثلا 1000 درهم، ومساهمة الآخر بالبذر والعمل والآلات التي تساوي قيمتها 1000 درهم، فيكون الربح بينهما بالتساوي.

3- **تماثل البذرين من كليهما نوعا: كقمح**،أو شعير، فإن اختلف بذر أحدهما فسدت **المزارعة.**[460]

ثانيا: المغارسة:

تعددت تعريفات الفقهاء **بخصوص المغارسة ، فعرفها** ابن عرفة بأنها « **جعل وإجارة وشركة**»،[461] **وعرفها** القرافي نقلا عن ابن يونس بقوله: « المغارسة أن يعطيه أرضه يغرسها نوعا أوأنواعا من الشجر يسميها، فإذا بلغت حدا، سماها في ارتفاعها، كانت الأرض والشجر بينهما على جزء معلوم.»[462] .

والمغارسة بهذا المعنى تتوزع إلى ثلاث أنواع:

1- **مغارسة على وجه الجعل:** صورتها أن يقول الرجل لآخر« **اغرس أرضي** تينا أو نحوه، ولك في كل ثمرة تنبث كذا، فيجوز لأنه جعل محض،[463] يقول صاحب التحفة:

وجاز أن يعطي بكل**شجرة** *** تنبت منه حصة مقدرة

2- **مغارسة على وجه الإجارة**: صورتها أن يقول الرجل لآخر، « **اغرس لي** هذه الأرض كرما، أو تينا، أو ماشابه ذلك، ولك كذا دراهم، أو دنانير، **أو عرضا صفته** كذا، فهذه إجارة محدودة بالعمل.[464]

3- **مغارسة على وجه الشركة:** « وهي أن يعطي الرجل أرضه لآخر بجزء **معلوم** منها، يستحقه بالإطعام، أوانقضاء **الأجل الذي ضربه.**»،[465] فهي ليست بإجارة منفردة، ولا جعالة، بل أصل مستقل فيه الشبهان، فيشبه الإجارة في اللزوم بالعقد، ويشبه الجعل في مسألة بطلان حق المغارس إذا

---

[460]- انظر: أبو عمر يوسف ابن عبد البر: ج21، م.س، ص: 247 - أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الحطاب: ج5، م.س، ص: 178.

[461]- أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدوح ابن عرفة، ج2، ص: 515.

[462]- شهاب الدين أبي العباس القرافي: الذخيرة، ج5، م.س، ص: 273.

[463]- شهاب الدين أبي العباس القرافي: ج5، م.س، ص: 727 ، وانظر أيضا : - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 324 .

[464]- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: ج2، م.س، ص: 324.

[465]- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: ج2، م.س، ص: 324.

بطل الغرس ولايعيده مرة أخرى،[466] وهذه الصورة الأخيرة هي المقصودة في هذا التحديد.

وعليه يمكن تعريف المغارسة بأنها « عقد يعطي بموجبه **مالك أرضه** لآخر ليغرس فيها على نفقته شجرا، **مقابل جزء معلوم من الأرض والشجر**، يستحقه **الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام**».[467]

وقد حدد الفقه المالكي لهذا العقد بالإضافة إلى أركانه المتمثلة في الصيغة، والمتعاقدين، **والأرض، والعمل، وحصة العامل والمالك** ،[468] شروطا عديدة لا يصح إلا بها، ويمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي:

1- أن يتعلق الغرس بأشجار ثابتة، كالنخل والزيتون وغيره، ولا يجوز في الزرع أو البقول وسائر النباتات التي لا أصل لها وإنما هي متجددة.[469]
2- أن تكون الأصناف المغروسة متفقة أو متقاربة في مدة إطعامها، أما إذا تباعدت أو تباينت فلا وجه للمغارسة فيها[470]، والغاية من هذا الشرط هي **تفادي الخلاف الذي قد** يطرأ بين الأطراف حالة إثمار بعض الشجر دون الآخر.[471]
3- **أن تكون المغارسة بجزء شائع ومعلوم من الأرض والشجر**،[472] ويعني ذلك أن نصيب العامل المغارس يستحق مقابل عمله جزءا معلوم القدر، سواء من الشجر **المغروسة أو الأرض**، باعتبارها موضع أصول الشجر.[473]
4- أن يغرس العامل شجرا مثمرا على نفقته.[474]
5- **أن تكون مدة عقد المغارسة محدودة بالإثمار أو الإطعام**.[475]

ثالثا: المساقاة:

المساقاة « **عقد على عمل مُؤْنِةِ** النبات بقدر لامن غير غلته، لابلفظ بيع، أو إجارة، أو **جعل**»،[476] أو هي« عقد على القيام لما يحتاج إليه النبات من سقي وعمل لجزء معلوم من **ثمره**».[477]

---

[466]- شهاب الدين أبي العباس القرافي: ج5، م.س، ص: 272.

[467]- هذا التعريف استقيته من المادة 128 من مشروع قانون رقم 01-19 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.
وللتوسع بشأن هذا التعريف ومقتضياته انظر:
- عز الدين عسيسوا: عقد المغارسة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة ، جامعة محمد الخامس- الرباط- كلية الحقوق – أكدال- السنة الجامعية 2002-2003، ص10-11.

[468]- انظر مقتضيات هذه الأركان بالتفصيل عند:
- أنور محمود دبور: نظام استغلال الأراضي الزراعية، ج2، م.س، ص: 346 وما بعدها.

[469]- ابن جزي: القوانين الفقهية، م.س، ص: 185 .

[470]- ابن جزي: م.س، ص: 185.

[471]- انظر: عز الدين اعسيسوا: عقد المغارسة ، م.س، ص: 35.

[472]- انظر: أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 325.

[473]- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: ج2، م.س، ص: 325-326.

[474]- انظر تفصيل هذا الشرط: - عز الدين اعسيسوا: م.س، ص: 34.

[475]- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: ج2، م.س، ص: 325. - انظر تفصيل ذلك: - عز الدين اعسيسوا: م.س، ص: 51 وما بعدها.

وصورته « أن يدفع مالك الأرض **شجره المثمر**، أو غرسه الموسمي، لعامل يكفيه مهمة السقي والعمل، على أن تكون الغلة بينهما على جزء شائع يتفقان عليه في العقد، كالنصف وشبهه».[478]

والمساقاة كعقد المغارسة يتطلب **عدة أركان**، وهي: الصيغة، والأطراف، ومحل العقد (**الشجر والزرع**)، والعمل الواجب على المساقي، وأخيرا حصة العامل من الثمار موضوع **المساقاة**.[479]

على أن صحة عقد المساقاة تتوقف على شروط يمكن تلخيصها فيما يلي:[480]

1- أن ترد على أصل يثمر.
2- أن تكون قبل طيب الثمر وجواز بيعها.
3- أن تكون لمدة معلومة، أقلها ما يكمل فيه الثمر، وأكثرها مدة بقاء الشجر.
4- **أن تكون بجزء مشاع معلوم.**
5- أن يكون العمل كله على العامل.
6- ألا يشترط أحدهما من الثمر ولا من غيرها شيئا معينا خاصا لنفسه.

فهذا إذن باختصار شديد عن مفهوم وأركان وشروط صحة عقود الاستغلال الزراعية، فهل يمكن القبول بها — بصورتها المتقدمة — كأساس لحق الكد والسعاية؟

يمكن القول بأنه على الرغم من وجود بعض صور التشابه التي يمكن ملاحظتها بين كل من مقتضيات حق الكد والسعاية ومختلف أنواع عقود الاستغلال الزراعية، خاصة وأن هذا الحق قد ينصب موضوعه **على أغراس** أو زرع، وهي كلها تعتبر محلا لهذه العقود، إلا أن إعمال المقارنة بينهما يؤدي إلى تأكيد عدم ملاءمة هذه الأخيرة لمقتضيات حق الكد والسعاية، وهو ما يظهر من خلال عدة نقاط:

فمن جهة أولى: تقوم عقود الاستغلال الزراعية على أساس اتفاق بين طرفي العقد، يتم من خلاله بيان مضمون العقد وشروطه وحصة كل طرف من الإنتاج وغيرها من **الشروط والتوافقات** السابق ذكرها.

وعلى خلاف ذلك، فحق الكد والسعاية لاينبني على أي اتفاق مسبق بين السعاة يحددون من خلاله شروط مشاركتهم وحصصهم من الأرباح وطبيعتها،[481] وإنما هو مبني

---

[476]- أبو عبد الله الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج2، م.س، ص: 508.

[477]- علال الهاشمي الخياري: منهج الاستثمار في ضوء الفقه الإسلامي، ج2، م.س، ص: 58

وقد عرفها أيضا لويس ميليو بقوله:

- «C'est un contrat qui a pour objet les soins a donner a des arbres en plein rapport, jusqu'à la cueillette des fruits, moyennant une part de la récolte : tiers, quart, cinquième.. » - MILLIOT LOUIS : Introduction à l'étude du droit Musulman .op.cit, p : 667.

[478]- علال الهاشمي الخياري: م.س، ج2، ص: 58 .

[479]- للتوسع راجع: - أنور محمود دبور: نظام استغلال الاراضي الزراعية، ج2، م.س، ص: 238 وما بعدها.

[480]- انظر:

- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 320.
- علال الهاشمي الخياري: الاستثمار في ضوء الفقه الإسلامي، ج2، م.س، ص: 62-63

[481]- انظر:

- الصديق بلعريبي: السعاية ، م.س، ص: 60.

على أساس عرف يقضي بإعماله حين تتحقق الشروط الموضوعية لذلك من غير الحاجة إلى توقيع اتفاق مسبق بشأنه.

وعلاوة على ذلك، فحق الكد والسعاية يبقى من حيث جريان العمل به محصورا بنطاق المعاملات القائمة بين أفراد الأسرة دون الأغيار، خلافا لعقود الاستغلال الزراعي **التي بالإضافة إلى إم**كانية إعمال مقتضياتها بين أفراد الأسرة الواحدة فهي تتعدى إلى الأغيار.

ومن جهة ثانية، **فقدسبق القول بأن حق ا**لكد والسعاية كما يثبت لفائدة الشخص الراشد الذي له أهلية التصرف وإجراء العقود، فهو يثبت أيضا للصغير الذي ليست له أهلية ذلك، بينما يتطلب الأمر في عقود الاستغلال الزراعية، ضرورة توفر أطراف العلاقة على أهلية التصرف من رشد وعقل، على اعتبار أنها من عقود المعاوضة.

ومن جهة ثالثة، إذا كان إجراء عقود الاستغلال الزراعية مبنيا على توفر شروط أساسية لا يصح العقد إلا بها كما تقدم، فإن كثيرا من هذه الشروط التي قد تكون **راجعة في** تحديدها إما لطبيعة العقد أو إرادة الأطراف لا نجد لها مثيلا فيما يتعلق بشروط استحقاق حق الكد والسعاية.

أضف إلى ذلك، فقواعد فرز حق الكد والسعاية تقوم على أساس التمييز بين الدمنة التي تعود لأصحابها والمستفاد الذي يقسم على السعاة، **كلّ** بحسب ما ساهم به، بينما في عقود الاستغلال الزراعية لا مجال لإعمال هذه القواعد، حيث تتم قسمة المحصول فيها بناء على النسبة التي توافق عليها الطرفان مسبقا أو بناء على ما جرى به العرف في ذلك، بل ويستحق العامل فيها جزء من الأصل (الأرض) كما هو الحال بالنسبة لعقد المغارسة.

على هذا **الأساس**، يتضح أن عقود الاستغلال الزراعية وإن كانت على الجملة تميل إلى فكرة المشاركة والتشارك بين أطرافها، إلا أنها تبقى ذات طبيعة خاصة وبعيدة كل البعد عن استيعابها لحق الكد والسعاية ومقتضياته العرفية، وهو ما يدفع إلى القول بعدم ملاءمتها كأساس لهذا **الحق**.

الفقرة الثالثة:

الشركة المختلطة : عقد القراض أو المضاربة.

تعرّف شركة القراض أو المضاربة بأنها « تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لابلفظ الإجارة.»،[482] أو هي« **عقد على ا**لشركة في الربح الناتج من عمل أحد الطرفين في الأثمان المطلقة المملوكة للطرف الآخر».[483]

فهي تقوم على أساس « أن يدفع المالك إلى العامل مالا ليتجر فيه، ويكون الربح مشتركا بينهما بحسب ما شرطا، وأما الخسارة فهي على رب المال وحده، ولا يتحمل العامل

[482]- أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: ج2، م.س، ص: 500.

[483]- محمد طموح: المضاربة في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، السنة الأولى، العدد 1، صفر 1397 هـ/ يناير 1977م، ص:217.

المضارب من الخسران شيئا، وإنما هو يخسر عمله وجهده»؛[484] **فالمضاربة شركة في** الربح دون رأس المال الذي يختص أحد طرفي العقد بتقديمه مقابل مشاركة الآخر بالعمل، **ولذلك** فهي تشبه الإجارة من حيث أن العامل يستحق فيها حصته من الربح نظير ما يقدمه **من عمل في رأس المال**[485]. وهي على نوعين:[486]

- مقيدة: بزمان، أو مكان، أو نوع **مخصوص من التجارة أو التعامل، كأن** يدفع شخص لآخر مالا **للمضاربة** فيه،على أن يعمل في وقت معين، أو في بلدة معينة، أو بخصوص تجارة محددة.
- مطلقة: وهي ما لم تكن مقيدة بما سبق من الشروط.

وشركة القراض أو المضاربة، بالإضافة إلى الأركان العامة للتعاقد (الصيغة، المتعاقدان، المعقود عليه) فهي ترتكز على ثلاث عناصر أساسية:

1- **<u>وجود رأس مال المضاربة</u>**: وهو المال الذي يضعه مالكه بين يدي العامل المضارب، ويشترط فيه ان يكون نقدا مضروبا في شكل نقود يتعامل بها أهل البلد،[487] **ولا تجوز** في العروض على ما ذهب إليه جمهور **العلماء، إلا في بعض الحالات الإستثنائية**،[488] كما يشترط في المال أن يكون مسلما إلى المُضارب دون بقائه بيد رب المال[489]، هذا بالإضافة إلى أن يكون المال معلوم القدر ومعينا **دفعا للمنازعة**[490].

وأخيرا: يجب أن يكون ضمان رأس المال على مالكه دون العامل المضارب[491].

2- **<u>العمل</u>**: وهو النشاط الإيجابي الذي يقوم به العامل المضارب لأجل استثمار رأس المال المضارب فيه، وهو على صورتين:

- إما عمل مطلق، يكون فيه العامل حرا في التصرف برأس المال والمضاربة فيه، ولا يتقيد في هذه الحالة إلا من جهة عدم الإضرار المؤدي إلى ضياع

---

[484]- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، م.س، ص: 836 - 837.

[485]- علي خفيف: الشركات في الفقه الإسلامي، بحث مقارن، م.س، 63.

[486]- انظر: علال الهاشمي الخياري: منهج الاستثمار في ضوء الفقه الإسلامي، ج2، م.س، ص: 233.

[487]- انظر:

- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 357.
- علاء الدين بن مسعود الكساني: بدائع الصنائع ،ج6، م.س، ص: 82.
- شهاب الدين أبي العباس القرافي: الذخيرة، ج5، م.س، ص: 170.

[488]- راجع هذه الحالات عند: - محمد طموح: م.س، ص: 223-224.

[489]- انظر: - أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الحطاب: مواهب الجليل من أدلة خليل، ج5، م.س، ص: 358.
- شهاب الدين أبي العباس القرافي: الذخيرة، ج5، م.س، ص: 173.

[490]- انظر: - أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الحطاب: 56، م.س، ص: 358.
- شهاب الدين أبي العباس القرافي: ج5، م.س، ص: 172و 175.

[491]- حول هذه الشروط مفصلة عند المذاهب الفقهية الإسلامية انظر:

- محمد سكحال المجاجي: أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المالكي، م.س، ص: 176 وما بعدها.
- وهبة الزحيلي: ن.م، ج4، ص: 843 وما بعدها.
- أحمد حمد: فقه الشركات، دراسة مقارنة، م.س، ص: 61 وما بعدها.

رأس المال وحصول الخسارة المحققة.[492] فالعامل يبقى ضامنا للمال في حال تعديه وتلف المال بسببه[493]

- وإما عمل مقيد، وفي هذه الحالة لابد من أن يكون التقييد مفيدا في تحقيق الربح، فإن كان غير ذلك، فلا تجوز المضاربة.[494]

3- **الربح**: وهو المستفاد من عملية المضاربة، ويشترط فيه:[495]

- أن يكون معلوم القدر بالنسبة لكل طرف؛ أي معرفة النسبة المتفق عليها عند العقد في حال حصول الربح[496].
- أن يكون قدر كل طرف جزءا شائعا في الربح حتى تتحقق المشاركة.

على هذا الأساس، قد يشكل عقد القراض أو المضاربة، أحد المفترضات التي يمكن أن يؤسس عليها حق الكد والسعاية، خاصة في الحالة التي ترتبط فيها مساهمة السعاة ببذل العمل في تنمية أموال الأسرة، كما لو كانوا يضاربون فيها.

ويزيد من هذا الافتراض، أن السعاة في حالة تحقق المستفاد (الربح) فهم يأخذون جزء منه على قدر كدهم وسعيهم، لكن في حالة عدم تحققه، فلا مقابل لهم فيما قدموه من عمل، ومن ثم يكون فقدانهم لمقابل عملهم مشاركة منهم في تحمل الخسارة، وهو ما عليه الأمر بالنسبة للعامل المضارب.

لكن على الرغم من وجود هذا التقارب بين كل من مقتضيات حق الكد والسعاية وشركة المضاربة، إلا أن هذه الأخيرة لا يمكن قبولها كأساس لهذا الحق لاعتبارات متعددة:

أولها، أن عقد القراض أو المضاربة يتطلب إرادة مقصودة يعبر فيها كل طرف على توجه إرادته لإبرامه، كما أن هذا الأخير يتطلب توفر أهلية الإلزام والالتزام، سواء بالنسبة لرب المال المُضَارِب فيه، أو بالنسبة للعامل المُضَارب، بينما لا يتطلب ذلك بالنسبة للتصرف المنشئ لحق الكد والسعاية كما تقدم.

ثانيها، أن عقد القراض يقوم على أساس تسليم المال المضارب فيه إلى العامل المضارب، دون بقاء حيازة رب المال عليه، بينما لا يشترط ذلك بالنسبة لمقتضيات حق الكد والسعاية.

ثالثها، أن اقتسام الأرباح في عقد القراض ينبني على اتفاق مسبق بين طرفيه حول نصيب كل واحد منهما فيه، أما بالنسبة لحق الكد والسعاية، فإن نصيب السعاة لا يتحدد إلا عند إجراء القسمة وبعد إخراج الدمنة ومنابها.

رابعها، أنه إذا كان من غير المتصور إبرام عقد القراض بدون وجود رأس المال، فإنه من المتصور نشوء حق الكد والسعاية لفائدة السعاة حتى مع عدم وجود رأس المال ابتداء، وعليه: يتأكد من خلال هذه الاعتبارات أن عقد القراض أو المضاربة لا يتلاءم في

---

[492]- محمد طموح: المضاربة في الشريعة الإسلامية، م.س، ص: 238.

[493]- أبوعبد الله محمد بن عبد الرحمان الحطاب: ج5، م.س، ص: 365- 366.

[494]- راجع:- شهاب الدين أبي العباس القرافي: الذخيرة ، ج5، م.س، ص: 175- 177.

[495]- انظر تفصيل هذه الشروط عند :

- علال الهاشمي الخياري: منهج الاستثمار في ضوء الفقه الإسلامي، ج2، م.س، ص238 ومابعدها.

- محمد طموح: م.س، ص: 246 وما بعدها.

[496]- شهاب الدين أبي العباس القرافي: ج5، م.س، ص: 177.

كثير من عناصره مع مقتضيات حق الكد والسعاية، ومن ثم استبعاد تأسيس هذا الأخير عليه تبعا لذلك.

• المطلب الثاني:

استبعاد نظام الشركات في القانون المغربي[497] كأساس لحق الكد والسعاية.

إذا كان البحث في إطار نظام الشركات في الفقه الإسلامي عن الشركة العقدية التي يمكن أن تصلح كأساس لحق الكد والسعاية، قد كشف عن عدم ملاءمة أحكام وقواعد هذه الأخيرة لمقتضيات هذا الحق، فإن التساؤل الذي يمكن طرحه بالمقابل، يرتبط بمدى ملاءمة نظام الشركات في القانون المغربي لطبيعة حق الكد والسعاية ومقتضياته؟ وهل من الممكن إلحاقه بأحد أنواع هذه الشركات؟ أم أن ذلك يبقى مستبعدا، ولماذا؟.

يمكن القول: أنه على الرغم من توفر بعض عناصر التقارب بين كل من مقتضيات حق الكد والسعاية وأنواع الشركات القانونية في مجموعة من المواطن، إلا أن الوقوف على طبيعة هذه الشركات، وقواعد عملها، وطرق إدارتها، يكشف بالمقابل عن وجود فروقات جوهرية بينهما تفضي إلى استبعاد هذه الشركات كأساس لحق الكد والسعاية ، وهو ما يمكن أن يتضح جليا سواء تعلق الأمر بالشركة المدنية من جهة، (الفقرة الأولى) أوشركة المحاصة والشركة المنشأة بفعل الواقع من جهة أخرى (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

الشركة المدنية أو العقدية.

عرّف الفصل 982 من ق.ل.ع الشركة المدنية / العقدية بقوله :« الشركة عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم، أو هما معا، لتكون مشتركة بينهم، بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ عنها».

فمن خلال هذا النص يتضح أن الشركة المدنية، هي عقد يرتكز على الأركان العامة للتعاقد من جهة، وعلى أركان خاصة، تشكل عناصر مميزة لها عن باقي العقود المدنية الأخرى.

---

[497]- سوف أقتصر فقط على الشركة المدنية والشركة المنشأة بفعل الواقع، وشركة المحاصة، دون غيرها من أنواع الشركات الأخرى، وذلك لاعتبارين:

الأول: يتمثل في أن الشركات (المدنية، المحاصة، المنشأة بفعل الواقع) تعتبر الشركات الأكثر اشتباها بمقتضيات حق الكد والسعاية.

الثاني: هو أن الشركات الأخرى (شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، شركة التوصية بالأسهم، الشركة المحدودة المسؤولية، شركة المساهمة) هي شركات شكلية ابتداء يترتب على عدم تضمينها بعقد عرفي أو رسمي بطلان الشركة، وهو ما لا ينسجم مطلقا مع مقتضيات حق الكد والسعاية.

فمن جهة الأركان العامة للشركة المدنية،[498] **لابد من توفر الرضا المتمثل في توافق** إرادة الشركاء على إحداث الشركة، وهذا التوافق يجب أن يكون بعيدا عن أي عيب من عيوب الرضا الموجبة لإبطاله، **كما** أنه لابد من توفر أهلية **التصرف من جانب الشركاء** المتعاقدين، علاوة على محل ممكن ومشروع وغير مخالف لمقتضيات القانون والنظام العام والأخلاق الحميدة، وأخيرا: يجب أن يكون هناك سبب مشروع لإحداث الشركة، **وإلا وقعت تحت طائلة البطلان.**

أما فيما يتعلق بالأركان الخاصة للشركة المدنية فهي على أربع عناصر:[499]

أولا: لابد من توفر عنصر التعدد في جانب الشركاء، وهذا ما أكد عليه الفصل 982 من ق ل ع بقوله:« **الشركة ع**قد يضع بمقتضاه شخصان أو أكثر...».

ثانيا: يجب أن يلتزم كل شريك بتقديم حصته كمساهمة له في رأس مال الشركة، وتتميز هذه المساهمة بالتنوع من جهة، (الفصل 988 ق. ل. ع) **وبعدم اشتراط** ضرورة تساوي الشركاء في قيمة ما يقدمونه من حصص لأجل الشركة من جهة أخرى،(الفصل 990 ق.ل .ع).

ثالثا: إن على كل شريك مساهم في رأس مال الشركة، أن يساهم أيضا في الأرباح من جهة، وتحمل الخسائر من جهة أخرى، كل على قدر حصته ومساهمته.

رابعا: ضرورة توفر نية المشاركة عند أعضاء الشركة، وهو عنصر أساسي في تمييز الشركة عموما عن باقي العقود الأخرى[500]

لكن إذا كانت الشركة المدنية بهذا المعنى ترتكز على مق**ومات عامة وخاصة تشكل** الخصائص الأساسية لها، فإلى أي حد يمكن تبنيها كأساس لحق الكد والسعاية بالنظر **إلى تلك الخصائص والمقومات؟**

مبدئيا يمكنني القول: بأن الشركة المدنية إذا كانت تتشابه في كثير من **الخصائص مع** طبيعة العلاقة التي ينتج عنها حق الكد والسعاية، **فإن ا**رتباط مقتضيات هذا الأخير بالعرف **المحلي** وتأثره به، جعله متميزا عنها في جوانب متعددة، وهو ما يفرض استبعاد تكييف هذا الحق على أساس الشركة المدنية.

---

[498]- وللتوسع حول مقتضيات الأركان العامة للشركة المدنية راجع على الخصوص:

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، ج1، النظرية العامة للشركات، نشر وتوزيع دار نشرالمعرفة- الرباط- مطبعة المعارف الجديدة- الرباط- الطبعة الأولى 2003، ص:68-112.
- عز الدين بنستي: الشركات في التشريع المغربي والمقارن، ج1، م.س، ص: 32-46.

[499]- وحول هذه الأركان الخاصة مفصلة انظر:

- عز الدين بنستي: م.س، ج2، ص: 48-49.
- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح قانون، ل، ع المغربي، الكتاب الثاني، ج3، م.س، ص: 232- 234.
- DECROUX PAUL: Les sociétés en droit Marocain, éd La Porte – Rabat- 4ème éd 1985. p :57 - 61.

[500] - وحول مفهوم نية المشاركة وطبيعة عقد الشركة انظر: - الحسن بيهي: الطبيعة القانونية لنية المشاركة في عقد الشركة، م.س، ص: 26-34.

أولا: صور التقارب بين الشركة المدنية ومقتضيات حق الكد والسعاية:

يمكن رصد هذه الصور في مجموعة من المستويات :

أولا: إذا كانت الشركة المدنية تقوم على أساس عنصر تعدد الشركاء ، طبقا لمقتضيات الفصل 982 من ق. ل. ع، فهذه الخاصية بدورها تتطابق مع طبيعة مقتضيات حق الكد والسعاية باعتباره حقا ناتجا عن علاقة تضم أطراف متعددين، أقلها رب الأسرة والساعي.

ثانيا: إذا كان عنصر المشاركة في الأرباح، وتحمل الخسائر في نفس الوقت ، يعتبر أحد مقومات الشركة المدنية، فإن ارتباط حق الكد والسعاية بمفهوم المستفاد (الربح) وانعدامه في حالة عدم وجوده —**أي المستفاد** — بحيث يتحمل السعاة الخسارة وفقا لطبيعة مساهمتهم، يجعل من هذا الحق قريبا من مقتضيات الشركة المدنية.

ثالثا: يشكل عنصر تنوع الحصة التي يمكن للشركاء في الشركة المدنية تقديمها كمساهمة، إحدى أهم الخصائص التي تجعل من الشكل المدني قريبا من مقتضيات حق الكد والسعاية، **فالفصل** 988 من ق. ل. ع ينص على أنه « يسوغ أيضا **أن تكون الحصة في رأس المال** نقودا **أو** أشياء أخرى منقولة كانت أو عقارية أم حقوقا معنوية، كما يسوغ أيضا أن تكون عمل أحد الشركاء أو حتى عملهم جميعا، ولا يسوغ بين المسلمين أن تكون هذه الحصة مواد غذائية » ؛ فهذا التنوع الذي يسمح به الفصل 988، يشكل إطارا مهما لاستيعاب مقتضيات حق الكد والسعاية، **على اعتبار** أن هذا الأخير قد يكون ناتجا عن مساهمة السعاة إما بأعمالهم فقط، أو بأموالهم وأعمالهم معا.

ويزيد من هذا التقارب —على مستوى طبيعة عنصر المساهمة— ما نص عليه **الفصل** 990 من ق ل ع من حيث أنه « يصح أن تكون حصص الشركاء في رأس المال متفاوتة في قيمتها ومختلفة في طبيعتها » وهذا بطبيعة الحال يلائم طبيعة مساهمة السعاة في إطار مقتضيات حق الكد والسعاية.

وأخيرا: إذا كان المشرع في إطار تنظيمه للشركة المدنية، لم يمنع قيامها بين الزوجين استنادا إلى مقتضيات الفصل 984 **من ق. ل. ع** بالنظر إلى عدم وجود أي تأثير لهذه الشركة على **النظام المالي للزوجين** القائم على مبدأ استقلال الذمة المالية لكل منهما —على عكس ما كان يقره الاجتهاد القضائي **الفرنسي سابقا**[501]— فإن ذلك يتماشى مع

---

[501]- مما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن الاجتهاد القضائي الفرنسي، كان لا يسمح بقيام الشركة بين الزوجين ويجعلها باطلة، انطلاقا من أنها تمس بمبدأ استقرار الاتفاقات المالية بين الزوجين، وبسلطة الزوج باعتباره رئيسا للأسرة، وعلى أساس أنها كذلك تقيد حرية الزوجين في إبرام بعض العقود.

إلا أن تدخل المشرع الفرنسي بصفة تدريجية لإزالة هذه القيود التي اعتمدها القضاء الفرنسي كأساس لمنع الشركة بين الزوجين، أضحى معه إجراء الشركة أمرا مشروعا.

انظر حول هذه النقطة:

- محمد الشافعي: الأسرة في فرنسا، م.س، ص: 159 وما بعدها.
- DECROUX PAUL : Les sociétés entre époux en France et au Maroc, R.M.D, 1955 p : 1 et s.

مقابل ذلك فالمشرع المغربي لم يمنع قيام الشركة بين الزوجين، إذ الفصل 984 من ق. ل. ع عدد بشكل حصري الأشخاص الذين لا يمكنهم تأسيس الشركة فيما بينهم، وداخل هذه القائمة لا يوجد من ضمنهم الزوجة أو المرأة عموما، أضف إلى ذلك أن القيود التي

مقتضيات حق الكد والسعاية، لكونه يثبت لكل السعاة العاملين في نظام الأسرة وعلى رأسهم الزوجة مع زوجها.

ثانيا: الفروق التي تجعل الشركة المدنية غير ملائمة لمقتضيات حق الكد والسعاية:

على الرغم من تَجمع بعض الخصائص المشتركة بين كل من الشركة المدنية ومقتضيات حق الكد والسعاية – كما توَضح آنفا – إلا أن وجود فروقات جوهرية بين الاثنين في بعض المواطن، شكل عائقا أمام إلحاق هذا الأخير بمقتضيات الشركة المدنية، وهو ما يظهر في أكثر من عنصر.

فإذا كان قيام الشركة يتطلب لزوما وجود عقد يعبر فيه الشركاء عن توجه إرادتهم نحو إحداث الشركة المدنية فيما بينهم، فإن ترتيب حق الكد والسعاية –على خلاف ذلك– يثبت لكل السعاة بمجرد انخراطهم في تكوين أو تنمية مال الأسرة، لأن العرف في هذه الحالة هو من يقوم بالتعبير عن تلك الإرادة وترتيب ذلك الحق.

أضف إلى ذلك، فالفصل 984 من ق. ل. ع يمنع قيام الشركة المدنية بين كل من :

- الأب وابنه المشمول بولايته.
- الوصي والقاصر إلى أن يبلغ هذا الأخير رشده ويقدم الوصي الحساب عن مدة وصايته ويحصل إقرار هذا الحساب.
- بين مقدم على ناقص الأهلية أو متصرف في مؤسسة خيرية وبين الشخص الذي يدير أمواله ذلك المقدم أو المتصرف.

فهؤلاء إذا كان من المحظور عليهم بصفة قانونية إقامة الشركة فيما بينهم، فإن مقتضيات حق الكد والسعاية تخرق هذا المنع، بالنظر لكون هذا الحق يثبت حتى بالنسبة للقاصر الذي يشارك أباه في تنمية أموال الأسرة أو تكوينها، وكذلك بالنسبة للوصي أو المقدم إذا كانا من أفراد الأسرة الواحدة.

ثم إن إدارة الشركة المدنية تتأتى بمجموعة من الطرق، فقد تكون مفاوضة (الفصل 1017 ق ل ع) أو عنانا (الفصل 1020 ق ل ع)، كما أن طريقة اتخاذ القرارات قد تتم بالأغلبية العددية، وعند تساوي الأصوات يؤخذ بالرأي الذي يقول به المعارضون، وإذا اختلف الشركاء بالنسبة إلى القرار الواجب اتخاذه، فإن الأمر يرفع إلى المحكمة لتقرر ما فيه مصلحة الشركة (الفصل 1021 ق.ل.ع).

كما يجوز في الشركة المدنية إسناد إدارتها إلى مدير يتم اختياره بالأغلبية، مع إمكانية إسناد هذه الإدارة لغير الشركاء (الفصل 1022 ق ل ع).

فهذه الطريقة في الإدارة واتخاذ القرارات لا تتلاءم وإدارة العلاقات بين السعاة في إطار مقتضيات حق الكد والسعاية، فالعرف جرى على أن يكون تسيير أموال الأسرة وتدبير علاقات السعاة فيما هم مشتركون فيه، راجعا لرب الأسرة، مع إمكانية انتقال هذا التسيير بين السعاة بحسب الحاجة، من غير أن يخضع لمنطق الأغلبية أو الأقلية، أو إلى ضرورة الاتفاق

كان يبرر من خلالها القضاء الفرنسي بطلان الشركة بين الزوجين، وخصوصا ما يتعلق بمبدأ استقرار الاتفاقات المالية بينهما، لا يوجد لها مقابل في النظام العام المغربي، وهو ما يزكي شرعية قيام الشركة بين الزوجين في القانون المغربي، انظر:

-DECROUX PAUL : op.cit, p : 5-6.

مسبقا على شكل إدارة الأموال واختيار مدير لذلك، إلى ما هنالك من قواعد وأحكام تتضمنها الشركة المدنية.

وعلاوة على ذلك، فالفصل 1038 من ق. ل. ع (الفقرة الأولى)، نص على أنه « يجب اقتطاع جزء من عشرين من صافي أرباح كل سنة مالية للشركة قبل إجراء أي قسمة، ويستخدم هذا لجزء في تكوين صندوق إحتياطي، ويستمر الاقتطاع إلى **أن** يصل الاحتياطي **إلى خمس رأس المال**».

فهذا المقتضى لا يوجد له مثيل فيما يتعلق بمقتضيات حق الكد والسعاية، فعند فرز هذا الحق، إنما ينظر فقط إلى مسألة الدمنة وضرورة إخراجها أولا، على أن يتم قسمة المستفاد على كافة السعاة، كل بحسب مساهمته وسعيه، دون اقتطاع جزء **من المستفاد بقصد** استخدامه **كا**حتياطي لرأس المال كما هو الحال بالنسبة للشركة المدنية.

وأخيرا: إذا كان استحقاق حق الكد والسعاية على ما جرى به العرف مقصورا **فقط** على الأشخاص الذين ينتمون إلى نفس الأسرة دون الأجانب، فإن الشركة المدنية تبقى **مفتوحة لكل الأطراف سواء** أكانوا منتمين للأسرة الواحدة أو كانوا أغيارا عنها، **وهو** ما **يجعل من** مقتضيات هذا الحق **ذات طابع خاص.**

على هذا الأساس، يتأكد أن الشركة المدنية — **بالنظر إلى** الفروقات الجوهرية **التي** تميزها عن مقتضيات حق الكد والسعاية وطبيعة العلاقة التي يترتب عنها — **لا تصلح لأن** تكون أساسا ملائما لمقتضيات هذا الحق، وهو ما يطرح السؤال حول إمكانية اعتماد كل من شركة المحاصة والشركة المنشأة بفعل الواقع كأساس قانوني له؟

الفقرة الثانية:

شركة المحاصة والشركة المنشأة بفعل الواقع.

أولا: شركة المحاصة:

شركة المحاصة هي شركة مستترة، ليس لها شخصية معنوية، تقوم على أساس اتفاق بين شخصين أو أكثر على اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر الناتجة عن الشركة، **وقد عرّ**فتها **المادة** 88 **من قانون الشركات** [502] بقولها:« لا وجود لشركة المحاصة إلا في العلاقات بين الشركاء، ولا ترمي إلى علم الغير بها.

لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

لا تخضع لأي تقييد في السجل التجاري، ولا لأي إجراء من إجراءات الشهر، ويمكن إثبات وجودها بكافة الوسائل...».

وانطلاقا من المادة أعلاه، يتضح أن شركة المحاصة ترتكز على الخصائص التالية:

[502]- ظهير شريف رقم.1.97.49 صادر في 5 شوال 1417 (13 فبراير 1997) بتنفيذ القانون رقم 96.5 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة، وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركة المحاصة، - الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد 4478، بتاريخ 23 ذي الحجة 1417هـ (فاتح ماي 1997) ص: 1070.

1- شركة المحاصة شركة عقدية مقصودة [503] **تخضع للأركان العامة للتعاقد** من جهة، (الرضا، الأهلية، المحل، السبب) وللأركان الخاصة بالشركة العقدية من جهة أخرى، (عنصر تعدد الشركاء، تقديم الحصة، المساهمة في الأرباح وتحمل الخسائر، نية **المشاركة**).

2- شركة المحاصة مبدئيا شركة مستترة، ينحصر وجودها فيما بين الشركاء، أما **بالنسبة** للغير فهي خفية، ولذلك فإن كل شريك فيها يتعاقد مع الغير باسمه، أما فيما بين الشركاء فالشركة قائمة فيما بينهم.[504]

ويترتب على هذه الخاصية، أنها لا تخضع لأي تقييد في السجل التجاري، ولا لأي إجراء من إجراءات الشهر، كما أن الحصص فيها لا تقبل الانتقال إلى الغير إلا بموافقة جميع الشركاء لقيامها على الاعتبار الشخصي.

3- **شركة المحاصة،شركة لا تتمتع** بالشخصية المعنوية، ويترتب عن ذلك: ألا يكون لها مقر اجتماعي، ولا ذمة مالية مستقلة، ولا أهلية للتقاضي والمقاضاة، ولا حتى تسمية أو موطن، ومن ثم فلا يمكن شهر إفلاسها وإنما شهر إفلاس الشخص الذي يقوم بأعمالها باسمه إذا توقف عن أداء ديونه.

لكن، إذا كانت هذه هي الخصائص الكبرى لشركة المحاصة، فهل من الممكن تبنيها كأساس لحق الكد والسعاية؟

الحقيقة أنه توجد مجموعة من الخصائص المشتركة بين كل من شركة المحاصة ومقتضيات حق الكد والسعاية، خصوصا فيما يتعلق بانعدام الشخصية المعنوية، وعدم خضوعها لتقييد في السجل التجاري، وكذا إمكانية تنوع الحصة المقدمة، وعدم اشتراط التساوي في تقديمها طبقا لمقتضيات الفصل 982-988 **من ق ل ع**، هذا **بالإضافة إلى** إمكانية إثبات**شركة المحاصة بكل وسائل الإثبات.**

فهذه الخصائص مجتمعة تشكل إحدى المميزات التي تتسم بها مقتضيات حق الكد والسعاية، وهو ما يجعل من شركة المحاصة الأقرب إلى مقتضيات هذا الحق، **خصوصا** وأن هذا النوع من الشركات غالبا ما يتمركز على مستوى الأعمال المشتركة المتوسطة والصغيرة الرائجة في الأوساط العائلية لسرعة تواصل أعضائها وسهولة تعاونهم.

لكن بالرغم من هذا التوافق الحاصل على مستوى هذه الخصائص. **إلا أن**شركة المحاصة تظل مع ذلك قاصرة عن استيعابها لمقتضيات حق الكد والسعاية، خاصة وأنها شركة تنبني **على** وجود تعاقد مقصود بين الشركاء يتم في صورة توافق إرادي على شروط وطبيعة **ال**شركة وغرضها وبشكل مسبق، وهذا يعتبر مخالفا لخصائص حق الكد والسعاية باعتباره حقا عرفيا كما سبق لفت الانتباه لذلك.

---

[503]- عز الدين بنستي: الشركات في التشريع المغربي والمقارن، ج2، القانون الخاص للشركات، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء- طبعة 2000، ص:71

[504]- هناك استثناء على هذه الخاصية، حيث يمكن أن توجد شركة المحاصة حتى ولو كانت معلومة ويتمثل هذا الاستثناء في الحالة التي يتصرف فيها المحاصون علنا بصفتهم شركاء، حيث يسألون تجاه الغير في هذه الحالة، لكن كشركاء متضامنين.
انظر المادة 89 من قانون رقم 96.5 المتعلق بشركة التضامن وغيرها، الجريدة الرسمية عدد 4478، م.س، ص:1070

ثم إن شركة المحاصة لا يمكن إعمالها إلا بين أشخاص لهم أهلية إجراء الشركة، وهي أهلية تتطلب سن الرشد القانوني، وهذا يقع خلافا لمقتضيات حق الكد والسعاية كما تقدم، كما أن ميزة هذه الشركة **تكمن في صفة الخفاء** التي تتسم بها، إذ لايكون لها وجود إلا بين الشركاء، أما بالنسبة للعلاقة التي يترتب عنها حق الكد والسعاية — ولو أنها لاتخضع لأي إشهار قانوني — فهي غالبا ما تكون معلومة لدى الغير، بل إن هذا العلم يشكل ركيزة أساسية يستند عليها **المُطالبُ** بحق الكد والسعاية عند حاجته إلى إثبات هذا الحق، ففي الغالب ما يستند إلى شهادة اللفيف في هذا الإثبات، وشهادة اللفيف بطبيعة الحال تعبر عن وجود علم مسبق للشهود بوجود واقعة المشاركة والمساهمة بين السعاة.

انطلاقا من هذه الأسباب وغيرها، يبدو أن الارتكاز على أحكام شركة المحاصة كأساس لحق الكد والسعاية يبقى محل نظر، وهو ما يدفع إلى البحث في مقتضيات الشركة **المنشأة بفعل الواقع علّ**ها تكون أساسا سليما لهذا الحق.

ثانيا: الشركة المنشأة بفعل الواقع:

الشركة المنشأة بفعل الواقع، أو المستخرجة من الواقع، هي الشركة التي لا يقصد إليها الأطراف من حيث توجه إرادتهم إليها مسبقا، وإنما **تقوم على أساس اتحاد مجموعة من الأشخاص في استغلال مشترك، من دون مراعاة كل الا**لتزامات القانونية المتطلبة مبدئيا في قيام الشركة، وخصوصا ما يتعلق بتوجه الإرادة الصريحة **لإجراء عقد الشركة، ولذلك فهي** لا تظهر إلا يوم النزاع حول الحقوق المرتبطة بها، كما أن إثباتها يكون **بكل وسائل الإثبات.**[505]

والشركة المنشأة بفعل الواقع تختلف عن الشركة الفعلية[506]، من حيث أن الأولى لا تظهر إلا من خلال توفر العناصر الخاصة للشركة طبقا للمادة 982 **من** ق. ل. ع من غير أن يسعى أطرافها إلى إنشاء شركة حقيقة طبقا للإجراءات الموضوعية والشكلية للشركة، بيد أن الثانية تظهر على أساس أنها شركة قانونية، إلا أنها تصبح باطلة لعيب مس إجراءات تأسيسها، هذا بالإضافة إلى أن الشركة المنشأة بفعل الواقع تثبت بكل الوسائل بينما **للشركة** الفعلية لا تثبت إلا بالبطلان.[507]

وعلى العموم، فالشركة المنشأة بفعل الواقع، تعتبر من أبرز الشركات اشتباها بمقتضيات حق الكد والسعاية، على اعتبار أنها لا تقوم على أساس وجود عقد مسبق يحدد من خلاله الشركاء طبيعة الشركة وغرضها وحقوق والتزامات الأطراف فيها، وإنما هي

---

[505]- وحول مفهوم الشركة المنشأة بفعل الواقع انظر:

- أحمد شكري السباعي: الوسيط في الشركات، ج1، م.س، ص274 وما بعدها.
- عز الدين بنستي: الشركات في التشريع المغربي المقارن، ج2، م.س، ص93 وما بعدها.
- DECROUX PAUL : Les sociétés en droit Marocain, op. cit, p : 120.

[506]- الشركة الفعلية، هي الشركة التي تنشأ عن بطلان نظامها الأساسي، لمخالفته حكم القانون المتطلب في قيام الشركة، على أن البطلان يمتد إلى المستقبل دون الماضي.

فقد تكون الشركة مثلا، شركة تضامن، وقد يستمر العمل بهذه الشركة سواء بين الغير أو المشاركين مدة معينة، إلا أن عدم تسجيلها بالسجل التجاري يجعلها شركة باطلة بالنسبة للمستقبل لمخالفتها حكم القانون المتمثل في ضرورة التسجيل.

ولأخذ فكرة عن طبيعة هذه الشركة ونطاق تطبيقها سواء في القانون المغربي أو المقارن راجع على الخصوص:

- عز الدين بنستي: حالات بطلان الشركات ونظرية الشركات الفعلية في التشريع المغربي والمقارن، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق- الدار البيضاء- السنة الجامعية 1990-1991، ص: 4 وما بعدها.

[507]- انظر: أحمد شكري السباعي: الوسيط في الشركات، ج1، م س، ص:277-278

تنشأ بفعل واقعة الاستغلال المشترك القائم بين شخصين أو أكثر، وهو ما يشكل عنصر **اشتباه قوي** بحق الكد والسعاية من حيث مصدرنشوئه.

ثم إن الشركة المنشأة بفعل الواقع، يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات التي تدل على **وجود الشركة**[508]، علاوة على أنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية.[509]وهذه الخصائص مجتمعة تشكل إحدى السمات التي تتميز بها مقتضيات حق الكد والسعاية، خاصة وأن هذا النوع من الشركات في الغالب، ما يكون بين الزوج وزوجته، أو بين الورثة الذين يستثمرون أموال المتوفى بصفة جماعية،[510] وهذه الحالات في الواقع تشكل إحدى الصور اليومية التي ينشأ عنها حق الكد والسعاية.

والسؤال المطروح هو إلى أي حد يمكن معه القبول بهذا النوع من الشركات كأساس لحق الكد والسعاية؟

لا جرم أن الاشتباه الحاصل بين كل من الشركة المنشأة بفعل الواقع ومقتضيات هذا الحق، تشكل دعامة أساسية نحو القبول بإمكانية اعتماد هذه **الشركة** كأساس له، لكن بإمعان النظر في خصائص وطبيعة كل من المؤسستين، سوف يتضح أن هذا الأمر يظل مستبعدا خصوصا مع وجود بعض الفروقات الجوهرية بين الاثنين.

فمن جهة أولى، عندما نتحدث عن الشركة المنشاة بفعل الواقع، فإننا نتحدث عن **شركة تتوفر على كل من الأركان** العامة (الأهلية، المحل، السبب) والأركان الخاصة (تعدد الشركاء، تقديم الحصة، المشاركة في الأرباح وتحمل الخسائر، نية المشاركة)[511]، **إلا أن ما** يميزها عن غيرها من الشركات هو أنها لا تتوفر على القصد المسبق لدى أفرادها نحو إجراء الشركة فيما بينهم، إذ تنشأ بموجب الواقع وبحكمه،[512] **مقابل ذلك إذا كان حق الكد** والسعاية هو نتاج علاقة لا تستند إلى عقد بالمفهوم القانوني له، وإنما إلى الاشتراك الفعلي بين السعاة، كما هو الحال بالنسبة للشركة المنشأة بفعل الواقع، فإن هذا الحق يرتكز على **واقع مَخصوص** يمكن تسميته "بالواقع العرفي" الذي يمنح للسعاة حق المطالبة به، وهو ما يعني أن عدم وجود هذا "الواقع العرفي المحلي" سوف يؤدي إلى عدم إمكانية الحصول على حق الكد والسعاية **حتى وإن تحققت حالة الاشتراك**.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إذا كان حق الكد والسعاية يثبت حتى بالنسبة لمن ليس له أهلية التصرف ولم يبلغ **الرشد القانوني، فإن الشركة المنشأة بفعل الواقع لا تكون إلا** بين أفراد يتمتعون بسن الرشد القانوني وأهلية إجراء الشركة.

من جهة ثانية، فإقرار القضاء والفقه بالشركة المنشأة بفعل الواقع مقيد بأن تكون طبيعة الاستغلال المشترك في هذه الشركة ذا طبيعة تجارية، **على اعتبار أن قواعد التضامن**

---

[508]- DECROUX PAUL : Les ociétés en droit Marocain, op. cit, p :120.

[509]- انظر: أحمد شكري السباعي: م.س، ج1، ص: 278- 279 .

[510]- انظر: عز الدين بنستي: الشركات في التشريع المغربي والمقارن، ج2، م.س، ص: 98.

[511]- انظر بخصوص هذه النقطة - أحمد شكري السباعي: الوسيط في الشركات، ج1، م.س،ص: 277

[512]- وحول هذه النقطة انظر:

- عز الدين بنستي: م.س، ج2، ص: 93، - أحمد شكري السباعي: م.س، ج1، ص: 279 .
- DECROUX PAUL : Les sociétés en droit Marocain, op. cit, p : 120.

في المادة التجارية مفترضة قانونا، خاصة وأن ميزة التضامن هذه تشكل إحدى القرائن المهمة الدالة على قيام هذا النوع من الشركات.[513]

ومن جهة ثالثة، فمقتضيات حق الكد والسعاية تتميز بطابع عائلي، على أساس أن نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص مرتبط بحدود الأسرة الواحدة دون غيرها، وهذا ما يجعلها ذات طبيعة خاصة ومتميزة عن الشركة المنشأة بفعل الواقع بالنظر إلى كونها ذات طابع عام، بل وتنسحب حتى على الأشخاص المعنويين.

على هذا الأساس، يتبين من خلال ما تقدم أن حمل مقتضيات حق الكد والسعاية على أحكام الشركة المنشأة بفعل الواقع –على الرغم من تشابههما في بعض الخصائص– يبقى محل نظر، وهو ما يطرح السؤال حول إمكانية تأسيسه على شركة من طبيعة خاصة؟.

يمكنني القول: بالنظر للصعوبات التي طرحها تكييف حق الكد والسعاية وتصنيفه ضمن أحد أنواع الشركات السابقة، سواء منها المنظمة في إطار الفقه الإسلامي أو القانون المغربي، واعتبارا للخصوصية العرفية التي تطبع قواعد هذا الأخير وضوابطه ابتداء وانتهاء، فإنه من السليم تأسيس هذا الحق على مقتضيات شركة من طبيعة خاصة يمكن تسميتها **" بالشركة العرفية"**؛ وأقصد بالشركة العرفية في هذا الإطار، الشركة التي وإن كانت تتقاسم مع أنواع عديدة من الشركات الأخرى، مجموعة من الخصائص والمقومات المشتركة، من قبيل وجود المساهمة، ورأس المال في بعض الحالات، وتوفر عنصر تعدد الشركاء، وكذا عنصر المشاركة في تحصيل الأرباح وتحمل الخسائر، إلا أنها مع ذلك تتميز عنها بخاصيتين أساسيتين:

1- **خاصية الاستثناء:**

والمقصود بذلك أن العديد من العناصر التي ترتكز عليها مقتضيات الشركة العرفية تمثل استثناء على بعض القواعد التي تستند إليها باقي أنواع الشركات الأخرى، وتتمثل هذه الاستثناءات على سبيل المثال في:

- استناد الشركة العرفية في قيامها على العرف الذي يجعل من سلوك معين يتخذه أشخاص معينين، مناطا لترتيب الشركة فيما بينهم، دونما حاجة إلى إبرام عقد بخصوص ذلك.
- عدم الاعتبار بعنصر الأهلية في إجراء العمل بها كما هو متطلب في الشركات العقدية.
- ارتباط نطاقها المكاني بحدود جريان العرف المنشئ لها.
- ارتباط نطاقها من حيث الأشخاص على الأفراد الذين يمنحهم العرف إمكانية إجرائها فيما بينهم.

2- **خاصية الطابع العرفي:**

[513]- عز الدين بنستي: م.س، ج2، ص: 98.

ومعنى ذلك، أنه إذا كان تنظيم الشركات يستند إلى ضوابط تشريعية في الجملة، فإن مقتضيات الشركة العرفية تقوم على أساس قواعد ذات طابع عرفي ابتداء من نشوئها، ومرورا بالقواعد الضابطة لها نطاقا وإثباتا، وانتهاء بانقضائها وزوالها.

على هذا الأساس، وبناء على هذه الخصائص التي تميز الشركة العرفية عن باقي أنواع الشركات الأخرى، ونظرا لِتَوَحُّدِ هذه الخصائص وانسجامها كاملة مع مقتضيات حق الكد والسعاية وخصائصه — كما تم تحديدها سابقا من خلال التحليل — يتضح أن الشركة العرفية تمثل أَوْفَقَ المؤسسات وأَقْدَرَهَا على استيعاب مقتضيات هذا الحق، ومن ثم إمكانية تبنيها كأساس قانوني له، وبذلك يكون حق الكد والسعاية حقا شخصيا مترتبا عن شركة عرفية قائمة بين السعاة، وهو مايجعل الطبيعة القانونية لحق الكد والسعاية مرتبطة بالعرف ومرتكزة عليه.

• الفصل الثاني:

تنظيم حق الكد والسعاية تكريس لخصوصيته العرفية.

إذا كان البحث في التكييف القانوني لحق الكد والسعاية، وضبط مجال انتمائه ضمن ثنائية الحقوق العينية أو الشخصية، قد أفضى إلى تأكيد الطبيعة العرفية لهذا الأخير والخلوص إلى كونه حقا شخصيا مترتبا عن شركة عرفية قائمة بين السعاة، أو بين هؤلاء وغيرهم من أفراد الأسرة، فإن السؤال الذي يمكن طرحه بالمقابل —استكمالا لبيان طبيعة القواعد الضابطة لحق الكد والسعاية — يتمثل في التساؤل عن طبيعة المفردات التنظيمية المتحكمة

في مقتضيات هذا الحق، وما إذا كانت هي الأخرى عبارة عن قواعد عرفية ابتداء وانتهاء، أم أنها تخضع للقواعد العامة، شأنها في ذلك شأن كل القواعد التي تحكم مقتضيات الحق الشخصي؟

الواقع، أن المجال التنظيمي لمقتضيات حق الكد والسعاية، **سواء** من حيث نطاق تطبيقه، أو من حيث القواعد الضابطة لإثباته وفرزه، إنما هي في الحقيقة قواعد لم تعمل إلا **على تكريس** الخصوصية العرفية لهذا الأخير؛ فمن جهة أولى، يشكل العرف المحلي أداة ومعيارا أساسيا في ضبط نطاق تطبيق حق الكد والسعاية، سواء تعلق الأمر بنطاقه من حيث **ط**بيعة العمل الموجب له، أو من حيث امتداده المكاني ونطاقه الموضوعي — أي نطاقه من حيث المحل الذي يرد عليه. (**الفرع الأول**)، ومن جهة ثانية، فإن قواعد إثبات هذا الحق **وفرزه — عند إجراء القسمة** — تبقى هي الأخرى متأثرة بقواعد عرفية محلية تكشف عن ارتباط عميق للقواعد التنظيمية لهذا الحق بالعرف المحلي (**الفرع الثاني**).

• الفرع الأول:

ارتباط نطاق تطبيق حق الكد والسعاية بالعرف المحلي

يمكن القول بأن تحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية[514] يعتبر من المجالات الخصبة التي يبرز فيها دور العرف بشكل واضح وبين، إن من حيث كونه— **أي العرف** — يمثل آلية مهمة يتم من خلاله بلورة حدود امتداد العمل بمقتضيات هذا الأخير، أو من حيث اعتباره سببا مباشرا في حدوث التباين الفقهي والقضائي بخصوص نطاق تطبيقه في بعض **المجالات**.

[514]- المقصود بنطاق تطبيق حق الكد والسعاية في هذا الإطار، بيان حدود المجال الذي يتم فيه إعمال مقتضياته، وطبيعة ذلك، على أن هذا المجال سوف يقتصر على ثلاث نطاقات أساسية:

- نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث طبيعة العمل الموجب له.
- نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المكان.
- نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المحل موضوع المطالبة به.

فإذا كان تحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث طبيعة العمل الموجب له، قد عرف اختلافا فقهيا وقضائيا حول المعايير التي يمكن اعتمادها كأساس للتمييز بين الأعمال، **وما إذا كانت** تُرتب لصاحبها الحق في الكد والسعاية أم لا، فإن أسباب هذا الاختلاف والتباين إنما يرجع في حقيقته إلى تعدد الأعراف وتمايزها من منطقة لأخرى، وهذا التمايز بطبيعة الحال، كان له تأثير بشكل أو بآخر على تصنيف طبيعة تلك الأعمال ومدى إمكانية الاعتبار بها لترتيب هذا الحق، وهو ما أنتج بالتالي تعددا على مستوى المعايير التي استخدمها الفقه والقضاء لتحديد طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية.(**المبحث الأول**)

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن البحث في نطاق تطبيق هذا الحق من حيث **المكان** أوالموضوع، يكشف هو الآخر عن خضوعه وتأثره بمقتضيات العرف؛ **فالامتداد** الجغرافي لحق الكد والسعاية يبقى محصورا بحدود جريانه كعرف، كما أن تحديد نطاق محل المطالبة به يبقى في كثير من جوانبه متأثرا به أيضا (**المبحث الثاني**)

• المبحث الأول:

اختلاف الفقه والقضاء في تحديد طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية أساسه العرف.

يعتبر تحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث طبيعة العمل الموجب لاستحقاقه، أحد العناصر الأساسية التي يتجلى فيها دور العرف بشكل جلي وواضح، ليس فقط من حيث كونه يشكل محددا جوهريا في بلورة المعايير التي استخدمها الفقه والقضاء لضبط وتصنيف الأعمال التي يمكن إدراجها ضمن العمل الموجب لحق الكد والسعاية فحسب، وإنما كذلك من حيث كونه يمثل آلية أساسية تساعد على تصنيف تلك الأعمال وبيان مدى انتسابها لتلك المعايير من عدمها.

وعلى الجملة، يمكن إرجاع الاتجاهات الرئيسية بشأن تحديد طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية إلى اتجاهين أساسيين:

الأول، يرى بحصر طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية ونطاقه في إطار مفهوم الخدمة الظاهرة، كمقابل للخدمة الباطنة ووفق معايير متعددة **ومتأثرة بالأعراف والعادات** (**المطلب الأول**)

بينما يذهب الثاني إلى تكريس فكرة العمل المنتج كأساس لتحديد طبيعة العمل الموجب لهذا الحق من دون تمييز بين الخدمة الظاهرة أو الباطنة. (**المطلب الثاني**).

• المطلب الأول:

حصر طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية بمفهوم الخدمة الظاهرة.

لم يضع الفقه تعريفا محددا لمفهوم الخدمة الظاهرة، وإنما اكتفى بعض الفقهاء الذين تعرضوا لهذا المفهوم، باستعراض بعض الأعمال التي تندرج ضمن الخدمة الظاهرة تمييزا لها عن الخدمة الباطنة.

فقد جاء في كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن زيد القيرواني **لأبي** الحسن قوله: «...وتكون عليها الخدمة الباطنة كالطبخ والعجن، بخلاف الخدمة الظاهرة **كالطحن..**»[515] فالعلامة أبو الحسن لم يحدد لنا مفهوم الخدمة الظاهرة بقدر ما أعطى مثالا عن العمل أو الأعمال التي تندرج ضمن الخدمة الظاهرة تمييزا لها عن الخدمة الباطنة.[516]

على أن ابن القيم الجوزية رحمه الله — نقلا عن ابن حبيب في الواضحة — **كان أكثر** توضيحا لمفهوم الخدمة الظاهرة وتمييزها عن الخدمة الباطنة، حيث يقول:« قال ابن حبيب **في الواضحة : حكم** النبي صلى الله عليه وسلم بين علي ابن أبي طالب رضي الله عنه، وبين زوجته فاطمة (رضي)، حين **اشتكيا** إليه الخدمة، **فحكم على فاطمة بالخدمة الباطنة خدمة** البيت، وحكم على علي بالخدمة الظاهرة، ثم قال ابن حبيب: والخدمة الباطنة: العجين، والطبخ، **والفرش،** وكنس البيت، واستيقاء الماء، وعمل البيت كله ».[517]

على هذا الأساس، يتضح أن مفهوم الخدمة الظاهرة عند الفقهاء تتحدد **انطلاقا من** مفهوم سلبي ينبني على كافة الأعمال والخدمات التي لا تندرج ضمن العمل المنزلي/ البيتي — باعتباره عملا باطنيا — وإنما تقع خارج نطاقه.

وإذا كان مفهوم الخدمة الظاهرة ينبني على هذا الأساس، فإن الفقه والقضاء — **تحت** تأثير الأعراف والعادات بشكل أو بآخر— **اتفق** بعضهم حول حصر طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية بالخدمة الظاهرة على الجملة.[518] لكنهم اختلفوا حول المعيار المتخذ

---

[515]- أبو الحسن: كفاية الطالب الرباني: لرسالة ابن أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك (رضي) ، وهو متن حاشية العلامة العدوي، ج2، م.س، ص: 124.

[516]- وانظر في نفس المعنى:

- عبد الباقي بن يوسف بن محمد الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج4، م.س، ص: 442 .

[517]- ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 5، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر- بيروت- مكتبة المنار الإسلامية- الكويت- الطبعة السادسة، 1404هـ/1984م، ص: 186.

[518]- مقابل هذا الاتجاه، هناك فتاوى لبعض الفقهاء أكدوا من خلالها أن السعاة لاحق لهم لا في الغلة ولا في الأصل من أموال الأسرة، على الرغم من مساهمتهم في تكوينها أو تنميتها، وذلك بناء على أن العرف يقضي بعدم منحهم ذلك .

فقد ورد في شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي تعليقا على قول الناظم:

لكن أهل فاس فيها خالفوا ** قالوا لهم في ذاك عرف يعرف.

إن « المراد بهذا العرف والله اعلم، أن المرأة لا تتشاح مع زوجها في الزرع، ولا تطالبه بشيء حتى صارذلك عندهم كالخدمة اللازمة للمرأة، مثل استيقاء الماء، وجلب الحطب ... فإذا طلبت المرأة زوجها والحالة هذه بأجرة خدمتها لم يقض لها بها».

– محمد بن قاسم السجلماسي: شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي، ج1، م.س، ص: 249.

وفي نفس الإطار سئل الإمام يحيى السراج « عن نساء البادية للاتي يحصدن ويدرسن ونحو ذلك، هل لهن حظ في الزرع؟ فأجاب بأنه لا شيء لهن في ذلك».

– محمد المهدي بن محمد الوزاني: النوازل الصغرى، ج2، م.س، ص: 288.

كأساس لتمييز هذه الأعمال إن كانت من قبيل الخدمة الظاهرة الموجبة لحق الكد والسعاية أم لا، وتتمثل هذه المعايير فيما يلي:

1- **معيار الأعمال الشاقة الخارجة عن الخدمة المعتادة**.

ومبنى هذا المعيار، أن الساعي -**وخصوصا الزوجة**- لا يستحق مقابل الكد والسعاية **إلا إذا باشر أعمالا** شاقة خارجة عن الأعمال الظاهرة المعتاد القيام بها لفائدة الأسرة.

فقد جاء في أجوبة العباسي أنه « سئل عن امرأة مات زوجها وادعى ورثته أنها لا سعاية لها في متخلف زوجها، مع أنها تنقي الزرع وتقليه، **وتطحن، وتخدم الطعام والصوف، وتلتقط الهرجان في المراح في داخل** الدار، ويغيب عنها زوجها شهرا أو **أكثر، وتسقي الماء** للدار، ألها سعايتها في ذلك أم لا؟ .

فأجاب رضي الله عنه، للمرأة التي ثبت **أنها تخدم في الأشغال الشاقة** سعايتها في المستفاد بقدر عملها»[519].

وهذا المعيار هو نفسه الذي جرى عليه العرف في بعض المناطق لترتيب حق الكد والسعاية لفائدة السعاة، ويمكن أن نستشف ذلك من خلال إحدى الوثائق العدلية المتضمنة لشهادة لفيفية توضح طبيعة عمل المرأة وخدمتها في تنمية أموال الأسرة، جاء في هذه الوثيقة: « حمد لله، شهوده الموضوعة أسماؤهم عقب تاريخه يعرفون المرأة ... زوج المرحوم... من عين عنصر بأنجرة... يعلمون الزوجة المذكورة منذ تزوجت **وهي تخدم الخدمة الشاقة الخارجة عن الخدمة المعتادة للنساء**، من القيام بحفظ المواشي ليلا ونهارا، ومن خدمة الفحم وحمله إلى طنجة، وتقريب ما يحتاجان إليه من الأسواق والبيع والشراء وغير ذلك، حتى نتج من خدمتهما معا ما هو مسدى لهما من العروض والأصول، وجميع ما يملكانه من **گِيدِ هَما لأنها** وقت تزوجها لم يكن زوجها يملك شيئا...».[520]

فمن خلال هذه الوثيقة يتوضح **أن العدول** كانوا حرصين على تحديد **وسرد الأعمال** — وهي كلها من الأعمال التي تدخل في مفهوم الخدمة الظاهرة — التي توجب لهذه الزوجة حقها فيما كدّت فيه مع زوجها، واتخذوا في ذلك معيارا لهذه الأعمال، وهو معيار **الخدمة الشاقة الخارجة عن الخدمة المعتادة للنساء**.

2- **معيار الأعمال البدائية**:

يقوم هذا المعيار على أساس التمييز بين الأعمال البدائية، من قبيل الحرث، **والدرس**، وتربية المواشي، وكافة الخدمات المرتبطة بالمجال الفلاحي أو القروي عموما، وبين الأعمال العصرية ذات الطابع الحديث كالمهن الحرة وغيرها.

وبناء على هذا المعيار، فالسعاة الذين كدّوا وسعوا باعتماد الأعمال البدائية يستحقون مقابل عملهم، وأما ما دون هذه الأعمال، فلا وجه لمطالبتهم بحق الكد والسعاية.

فانطلاقا من هذين المثالين، يتضح أنه على الرغم من مساهمة السعاة في أعمال تعتبر من قبيل الخدمة الظاهرة (الاحتطاب، خدمة الأرض بالدرس والحصاد) إلا أن بعض الفقهاء مجاراة منهم للعرف، أفتوا بعدم استحقاق السعاة لأي مقابل لا على وجه الشركة ولا على وجه إجارة الخدمة.

وانظر في نفس الاتجاه:

- محمد العلوي العابدي: الأموال في الفقه المالكي، م.س، بند 884، ص: 118.

[519]- أجوبة العباسي: مخطوط، ص: 16. أوره أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص: 83.

[520]- تسجيل الشهادات لعام 1361هـ-1938 م، المختلطة، الناحية الجبلية، رقم 8، العدد 83، - المختار الهراس، المرأة والملكية في أنجرة إبان فترة الاستعمار، م.س، ص: 17.

ولقد وجد هذا الاتجاه صداه على المستوى القضائي — وإن كان قليلا — حيث ذهبت المحكمة الابتدائية بأكادير إلى أن استحقاق الكد والسعاية مقتصر على العمل البدائي، فجاء في حيثيات حكمها: « وحيث إنه تبعا لما ذكر أعلاه، فإن مَالِكَ المُدّعَى فِيه هو المدّعى عليه، وحسب اللفيف أعلاه، فإنه كان يتوفر على عيادتين، أي له ذمة مالية مستقلة، ويعمل بمدينة تارودانت، وأن سعاية الكد المشترك تنحصر في العمل البدائي، مما يجعل الطلب في غير محله ويتعين رفضه...».[521]

كما أن هذا التوجه نحو إعمال معيار الأعمال البدائية لتحديد طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية — وإن كان منتقدا[522]— يجد سنده فيما جرت عليه الممارسة العرفية بشأن تطبيق مقتضيات حق الكد والسعاية، والذي غالبا ما كانت المطالبات بشأنه قائمة على أساس مساهمة السعاة في أعمال بدائية (فلاحية على وجه الخصوص) خاصة أن الفتاوى التي أقرت بهذا الحق في جلها كانت تقوم على أساس هذه الصور البدائية من الأعمال وهذا ما جسده الناظم بقوله:

وخدمة النساء في البوادي * للزوج بالدرس والحصاد**[523]

3- معيار العمل المكسب أو المنتج:

ويتجلى ذلك في ضرورة التمييز بين ما إذا كان العمل الظاهري عملا تكسبيا ومنتجا أم لا، فإذا كان كذلك، اعتبر عملا موجبا لحق الكد والسعاية، أما إذا كان غير منتج، فلا وجه للاعتبار به، فوجوب السعاية لفائدة السعاة مرتبط « بالخدمة التي هي من معنى التكسب وتنمية الأموال والقدر الزائد على الخدمة اللازمة للمرأة ».[524]

وعلى هذا الأساس، ذهبت محكمة الاستيناف بالرباط إلى « أن الكد والسعاية من لدن المرأة سواء في البادية أو الحاضرة المعتبر للتعويض عنه هو المترتب من عمل مكسب وافر على الحاجيات الشخصية يصب في ثروة مادية أنشأت أثناء الحياة الزوجية...»،[525] وفي نفس السياق، اعتبرت محكمة الاستيناف بأكادير أن « مآخذ الطاعنة على الحكم الابتدائي غير مرتكزة على أساس، ذلك أن الطلب يرمي إلى استحقاق نصيب — نصف— الأملاك المدعى فيها بعلة أنها ناتجة عن كد الزوجة وسعايتها إلى جانب الزوج خلال فترة

---

[521]- حكم ابتدائية أكادير: ملف رقم 90/174 مؤرخ في 1991/04/02، أوره منشورا الحسين الملكي، نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 252.

وانظر في نفس الاتجاه قرار محكمة الاستيناف عدد 1060، ملف رقم 95/200، مؤرخ في 1996/04/02، - الحسين الملكي: م.س، ص:121.

[522]- وحول هذه الانتقادات راجع:

- عبد السلام حسن رحو: تعليق على القرار رقم 1520 بشأن القضية العقارية رقم 77/2276 الصادر بتاريخ 05-03-1998، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 52، السنة العشرون يوليوز 1998 ص: 335-336.
- محمد الخضراوي: دور المجلس الأعلى في حماية المرأة، م.س، ص: 131-132.

[523]- انظر:

- محمد بن قاسم السجلماسي: شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي: ج1، م.س، ص:249.

[524]- محمد بن قاسم السجلماسي: م.س، ج1، ص: 253.

[525]- قرار محكمة الاستئناف بالرباط، عدد 2344 ملف عقاري رقم 99/6323 ، مؤرخ في 2000/04/04، منشور بمجلة رسالة المحاماة عدد 16 ماي 2001 ص: 208 .

استمرار العلاقة الزوجية، وأن مثل هذا الطلب يقتضي إثبات كون الزوجة عاملة، أي لها **عمل محدد ومعروف ومنتج**».[526]

على هذا يتضح أنه على الرغم من توجه بعض الفقه والقضاء إلى حصر طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية بمفهوم الخدمة الظاهرة — وهذا واضح من خلال تركيزهم على الأعمال **التي تقع خارج دائرة العمل المنزلي** — إلا أنهم **مع ذلك اختلفوا حول** المعايير الموضوعية التي يمكن الأخذ بها كأساس لتحديد تلك الأعمال، ومدى خضوعها لهذا المفهوم من عدمه، غير أن مايلاحظ على تلك المعايير هو ارتباطها في كثير منجوانبها بمحددات عرفية، فتمييز العمل الشاق من ضده مثلا، **أو**العمل المكسب من غيره، يستند على عرف كل بلد، فما هو شاق في بلد ليس بالضرورة يحمل نفس الصفة والطبيعة في بلد آخر.

خلاصة القول: أن العرف يلعب دورا مهما في تحديد طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية، سواء من حيث اعتباره معيارا لتصنيف طبيعة العمل وما إذا كان من قبيل أعمال الظاهر أوالباطن، أو من حيث كونه يشكل عنصرا أساسيا في بلورة المعايير التي يستخدمها الفقه والقضاء لتحديد مجال انتماء الأعمال وتصنيفها ضمن ثنائية العمل الظاهري والباطني.

• المطلب الثاني:
تبني فكرة العمل المنتج كأساس لتحديد طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية.

ينطلق هذا الاتجاه، من فكرة أساسية، مبناها أن العمل المنتج الذي يؤدي إلى مراكمة الثروة الأسرية، هو الأساس المعتمد في تحديد طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية من دون تمييز بين الخدمة الظاهرة والخدمة الباطنة، فكل عمل يسخره السعاة سواء في اتجاه تكوين الثروة الأسرية أو تنميتها،، يعتبر عملا موجبا لاستحقاقهم هذا الحق.

وعلى هذا الأساس، فقد سئل العلامة القاضي إبراهيم الجيلالي « **عن المرأة تخدم** بيتها الخدمة الظاهرة والباطنة، من غزل ونسج وعجين وغير ذلك من رعاية البهائم ونحوها، فهل لها شركة مع زوجها وأولادها في المال أم لا؟

فأجاب: إذا خدمت المرأة المذكورة ونتج بسبب خدمتها المال من الماشيات والغلات وغير ذلك، فهي**شريكة** بخدمتها مع زوجها وأولادها بقدر خدمتها..»،[527] « وكتب سيدي **علي بن محمد**، فالذي جرى به الحكم عند فقهاء جزولة أن الزوجين **إذا كانا متعاونين في خدمتهما وأفادا بذلك أملاك** أنها مشتركة بينهما على قدر خدمتهما، وأن الزوج لا يستبد بالأشربة ولو كتبت وثائقها عليه».[528]

---

[526]- قرار محكمة الاستيناف بأكادير، عدد 806، ملف رقم 534-03 غرفة الأحوال الشخصية والميراث، مؤرخ في 14-09-2004 (قرار غير منشور)

[527]- الشريف أبوعيسى المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى: ج6، م.س، ص: 509.

[528]- أجوبة المتأخرين (مخطوط) نقلا عن أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص: 82-83.

وفي ذلك أيضا، أن داوود بن محمد بن عبد الحق التملي التازولتي قال: « فالذي جرى به العمل عند فقهاء المصامدة وجزولة أن الزوجة شريكة الرجل فيما أفاداه مالا باعتنائهما مدة انضمامهما ومعاونتهما، ولا يستبد الزوج بما كتبه على نفسه من الأشرية، بل هي شريكة له فيها بالاجتهاد والشركة إذا أطلقت تحمل على التساوي...».

- أجوبة المتأخرين (مخطوط)- أورده الحسن العبادي: عمل المرأة في سوس، م.س، ص: 26- 27.

فانطلاقا من هذين النموذجين من الفتوى، يتضح جليا اتجاه العديد من الفقهاء **إلى** ترتيب حق الكد والسعاية بناء على معيار أساسي، هو مباشرة العمل (المساهمة) الذي يؤدي إلى نماء مال الأسرة دون التمييز فيما إذا كان من قبيل الخدمة الظاهرة أو الباطنة كما يذهب **إلى ذلك البعض على ما تقدم.**

لكن، وعلى الرغم من بساطة هذا المعيار، وشموله لكل الأنشطة التي يمارسها السعاة في اتجاه تنمية أموال الأسرة أو تكوينها **من دون التمييز** بين العمل الباطني والظاهري؛ فإن إعماله مع ذلك طرح إشكالا موازيا حول مدى إمكانية الاعتبار بالعمل المنزلي الذي تمارسه الزوجة كعمل منتج يخول المطالبة بحق الكد والسعاية؟ خاصة وأن هناك اتجاها فقهيا يرى بأن طبيعة هذه الأعمال لا تستحق أداء مقابل عنها.

إن الإجابة على هذا التساؤل، تتطلب بحث نقطتين أساسيتين:

الأولى، ترتبط بمدى إلزامية العمل المنزلي للزوجة من عدمه من الناحية الشرعية والقانونية.

الثانية، تتمثل في بحث طبيعة هذه الأعمال، وما إذا **كانت أعمالا منتجة أم لا؟ ومن ثم** هل تستحق الزوجة عنها مقابلا، أم أنها لا تستحق عنها **أي شيء ؟.**

فمن جهة السؤال الأول، اختلفت إجابات الفقهاء بشأنه بين من يرى بإلزامية خدمة المرأة لبيتها، وبين من يرى بعدم إلزامية ذلك لها، في حين هناك من يتوسط الاتجاهين ويرى **بأن**ها ملزمة في أحوال دون أخرى.[529]

بالنسبة لمن يرى بإلزاميتها، فقد اعتبر أبو ثور، وأبو بكر ابن أبي شيبة، و أبو إسحاق **الجوزاني**[530] أن على المرأة خدمة زوجها وبيتها في كل شيء، واحتجوا بقوله **تعالى** (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف)،[531] وقوله **عز من قائل (الرجال قوامون على النساء)**[532] **وفي** هذا الإطار، يقول ابن القيم الجوزية: « واحتج من أوجب الخدمة بأن هذا هو المعروف عند من خاطبهم الله سبحانه بكلامه، وأما ترفيه المرأة وخدمة الزوج، وكنسه، وطحنه، وعجنه، وغسله، وفرشه، وقيامه بخدمة البيت، فمن المنكر والله تعالى يقول (ولهن مثل الذي عليهن **بالمعرف) وقال (الرجال قوامون على النساء)** وإذا لم تخدمه المرأة بل يكون هو الخادم لها، فهي القَـَـَـَـَوّامَةُ عليه»[533] .

---

[529]- وحول هذه الاتجاهات راجع:
- فريدة بناني: تقسيم العمل بين الزوجين، م.س، ص: 143- 146.
- محمد بلتاجي: دراسات في أحكام الأسرة، م.س، ص: 388- 392.
- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، نشر وطبع دار الفكر العربي (د. ذ. ت.ط) ص: 166 وما بعدها.
- فتيحة الشافعي: التزام المساكنة بين الزوجين وآثارها، م.س، ص: 44- 46 .
- محمد البشيري: مناقشة المطالب النسائية، م.س، ص: 498- 499.

[530]- انظر:
- موقف الدين أبي محمد بن قدامة: المغني، ج8، م.س، ص: 130.
- محمد بلتاجي: م.س، ص: 388.

[531]- سورة البقرة الآية: 228

[532]- سورة النساء الآية: 34.

[533]- ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، م.س، ص: 188.

كما احتجوا كذلك بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لما حكم فيه على ابنته فاطمة (رضي) — بعدما شكت له خدمتها — بالقيام بخدمة البيت وشؤونه، مقابل انصراف زوجها علي كرم الله وجهه إلى مباشرة الأعمال الخارجية.[534]

واستدلوا كذلك بأن رسول الله (ص) « **لما رأى أسماء (رضي) والعلف على** رأسها ، والزبير [زوجها] معه، لم يقل له: لا خدمة عليها وأن هذا ظلم لها، بل اقره على استخدامها وأقر سائر أصحابه على استخدام أزواجهن، مع علمه بأن منهن الكارهة والراضية»[535].

وما يعزز هذا الاتجاه، كون أن العرف، أو " الذاكرة الجماعية " ترسخ لديها ارتباط **العمل المنزلي بالمرأة** ووجوب قيامها به،[536] وهو ما يظهر بشكل جلي في **بعض الإحصاءات التي** أجراها بعض الباحثين حول هذا الموضوع[537].

أما بالنسبة لمن يرى بعدم إلزاميتها، فقد ذهب الظاهرية، والشافعية، وأبو حنيفة، إلى أن الزوجة لا يجب عليها القيام بأي شيء من أعمال البيت، فهي غير ملزمة بذلك، وفي هذا يقول **ابن قدامة**: « وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه، نص عليه أحمد... **ولنا أن المع**قود عليه من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره، كسقي دوابه وحصاد زرعه...»[538]

وإلى نفس المعنى، ذهب ابن حزم إلى أنه « لا يلزم المرأة أن تخدم زوجها في شيء أصلا، لا في عجن، ولا طبخ، ولا فرش، ولا كنس، ولا غزل، ولا نسج، ولا غير ذلك **أصلا**، ولو أنها فعلت لكان أفضل لها».[539]

وقد استدل هذا الاتجاه على رأيه، انطلاقا من أن قضاء الرسول (ص) على ابنته **فاطمة (رضي)**، بمباشرة خدمة البيت، وإقراره (ص) بخدمة أسماء (رضي)، لزوجها الزبير، إنما هو محمول على سبيل التطوع منهن، وعلى « ما تليق به الأخلاق المرضية **ومجرى العادة**، لا على سبيل الإيجاب...».[540]

كما أن عقد الزوج هو « للعشرة الزوجية لا للاستخدام وبدل المنافع، فليس من مقتضى العقد خدمة البيت والقيام بشؤونه».[541]

---

[534]- ونص الحديث كما جاء في صحيح الإمام البخاري: « أن فاطمة عليها السلام أتت إلى النبي (ص) تشكو إليه ما تلقى في يدها من الرحى- وبلغها أنه جاءه رقيق- فلم تصادفه، فذكرت ذلك لعائشة، فلما جاء، أخبرته عائشة. قال: فجاءنا وقد أخذنا مضاجعنا، فذهبنا نقوم فقال: على مكانكما، فجاء، فعقد بيني وبينها حتى وجدت برد قدميه على بطني، فقال: ألا أدلكما على خير مما سألتما؟ إذا أخذتما مضاجعكما، أو أويتما إلى فراشكما، فسبحا ثلاثا وثلاثين، واحمدا ثلاثا وثلاثين، وكبرا أربعا وثلاثين، فهو خير لكما من خادم ». رواه البخاري في باب عمل المرأة في بيت زوجها (حيث رقم 5361) – صحيح البخاري، ج4، م.س، ص: 1727.

[535]- ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، م.س، ص: 188.

[536]- انظر: معادي زينب: المرأة بين الثقافي والقدسي: سلسلة بإشراف فاطمة الزهراء ازرويل نشر الفنك، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء- طبعة ، 1992 ص:114

[537]- انظر :

-MOLAY RˇCHID ABDRRAZAK : La condition de la femme Au Maroc, op. cit. p : 337.

[538]- موقف الدين أبي محمد ابن قدامة: المغني، ج8، م.س، ص: 131.

[539]- أبومحمدعلي ابن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج9، م.س، ص: 227

[540]- موقف الدين أبي محمد ابن قدامة: المغني، ج8، م.س، ص:131.

[541]- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية، م.س، ص: 166.

وأخيرا ذهب المالكية — متوسطين للرأيين السابقين — إلى أن قيام الزوجة بشؤون البيت، ينظر إليه من زاوية ما إذا كانت من عادة الزوجة الخدمة، أو أن الزوج فقير لا قدرة له على الإخدام، حيث تجب عليها الخدمة في هذه الحالة، أما إذا كانت الزوجة غنية وذات قدر وشرف، أو كان الزوج كذلك، فإن الزوج ملزم في هذه الحالة بإخدامها.[542]

وتلخيصا لذلك، يقول ابن جزي: « (الوجه الثالث) نفقة الخادم: **فإن كانت الزوجة ذات** منصب وحال، والزوج مليء، فليس عليها من خدمة بيتها، ولزمه إخدامها، وإن كانت بخلاف ذلك، والزوج فقير، فعليها الخدمة الباطنة من عجن، وطبخ، **وكنس، وفرش،** واستيقاء ماء، **إذا كان** معها في البيت، وليس عليها غزل ولا نسج، وإن كان معسرا فليس عليه إخدام، وإن كانت ذات منصب وحال، ولا تطلق عليه بذلك».[543]

وفيما يخص التشريع المغربي، فقد اكتفت م. أ. ش الملغاة، **من خلال الفقرة الرابعة** من الفصل السادس والثلاثين، التأكيد على أن من حقوق الرجل على المرأة الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه.

وانطلاقا من هذه الفقرة يرى البعض، أن المشرع لم يلزم الزوجة بالقيام بأعمال البيت، وإنما أوكل لها مهمة الإشراف والتوجيه، وهو ما يعني أن الزوج يتحمل هذه الأعمال، ومن ثم عليه استئجار من يقوم بها لفائدة الزوجة على غرار ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي.[544]

مقابل ذلك ، فهناك من فسر هذه الفقرة على أساس أنها تعبير **عن حق الزوج على** زوجته في قيامها بالأعمال المنزلية، من إعداد الطعام وتنظيف الثياب وتنظيم البيت[545].

أما بخصوص مدونة الأسرة الجديدة، فقد نصت من خلال فقرتها الثالثة من **المادة** 51 **على** « تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية **تسيير** ورعاية شؤون البيت والأطفال »، وهو ما يفهم منه اتجاه المشرع **إلى إلزام كل من الزوج والزوجة معا بتحمل** الأعباء المنزلية وبصفة **مشتركة؛** « فالمقصود بتحمل الزوجين معا لمسؤولية تسيرورعاية شؤون البيت والأطفال، أن لكل منهما نصيب في تلك المسؤولية، يجب أن يقوم به على أحسن وجه... فالمسألة **تقتضي التعاون والتشاور** بشأن موقع البيت، وكيفية اقتنائه، وكيفية تأثيثه، ومن يشتغل به...»[546]

---

[542]- انظر في تفصيل ذلك:

- أبوعبد الله محمد الخرشي: الخرشي على مختصر خليل، ج4، م.س،ص:186- 187.
- محمد أحمد عليش: فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج2، م.س، ص: 74- 75.

[543]- ابن جزي: القوانين الفقهية، م.س، ص: 147.

[544]- راجع على سبيل المثال:

- أحمد الخمليشي: التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج1، الزواج والطلاق ، م س، ص: 237- 238.
- عبد الخالق أحمدون: الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، م.س، ص: 250.
- علال الفاسي: التقريب، م.س، ص: 211-212.
- فريدة بناني: تقسيم العمل بين الزوجين، م.س، ص: 146.

-MOLAY R'CHID ABDERRAZAK : La condition de la femme Au Maroc, op. cit , p : 336

[545]- أحمد أفزاز: نظام الأسرة في الفقه الإسلامي، مقال منشور في إطار ندوة " مدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي" مجلة الميادين، عدد خاص سنة 1998 ص:43.

[546]- محمد الكشبور: شرح مدونة الأسرة، ج1، م.س، ص: 305 . وانظر في نفس المعنى: - زهور الحر: المسؤولية المشتركة في تدبير شؤون الأسرة، م.س، ص: 2- 3.

أما من جهة السؤال الثاني، والمتعلق بطبيعة العمل المنزلي، وما إذا كان عملا منتجا أم لا؟ فقد عرف هو الآخر نقاشا **مُطولا**، و يمكن تلخيص مضمون هذا النقاش ورده إلى اتجاهين:

الأول: يرى بأن العمل المنزلي عمل طبيعي، وبيولوجي لا تستحق الزوجة عليه أي مقابل مادي؛ إذ العمل المنتج هو الذي يؤدي إلى خلق قيم اقتصادية تبادلية، ومادام أن العمل المنزلي الذي تقوم به الزوجة لا يؤدى عنه الأجر، فهو بذلك يخرج من دائرة العمل الاقتصادي المنتج.[547]

الثاني: يرى عكس ذلك، فالعمل المنزلي بالنسبة إليه، هو عمل اقتصادي ومنتج بامتياز ، بل إن « له صلة وثيقة باقتصاد السوق»،[548] ولذلك فإن تحليل عناصر العمل المنزلي، وتقييمه بأدوات التحليل الاقتصادية، يفضي إلى النتيجة ذاتها، أي: **أن العمل** المنزلي هو عمل منتج،[549] بل يبقى ممكن التقييم من الناحية المالية[550] كما أنه لو افترضنا أن المرأة /الزوجة توقفت عن مباشرة العمل المنزلي، ولو ليوم واحد، فإن ذلك سيؤدي حتما إلى اضطراب سير الحياة وتعطل المصالح.[551]

على هذا الأساس — وانطلاقا من هذا النقاش وتأثرا به — اختلف الفقه ومعه القضاء حول مدى إمكانية الاعتبار بالعمل المنزلي كعمل يخول الزوجة المطالبة بحق الكد والسعاية؟ فذهب فريق إلى أن العمل المنزلي لا يخول للزوجة إمكانية المطالبة بهذا الحق، على اعتبار أن هذا الأخير— **أي العمل المنزلي** — يدخل ضمن العمل الواجب عليها، فالعرف جرى على **عدم استحقاق الزوجة مقابلا عن ذلك العمل**؛ وفي هذا الإطار ذهبت محكمة الاستئناف بأكادير إلى أن الزوجة التي لا تحترف أي عمل يدر عليها مالا والاكتفاء بكونها ربة بيت **— أي تشتغل بالعمل المنزلي—** يجعل مطالبتها بحق الكد والسعاية غير مبررة.[552]

مقابل ذلك، يرى فريق آخر **أن الزوجة، حتى ولو كانت من ذوات الحجاب — أي تقوم بالعمل المنزلي** فقط ولا تقوم بالعمل خارجه — فإنها مع ذلك تستحق مقابلا **على ذلك**، لأنها « تسهم بعملها داخل البيت، وبحسن تدبيرها في تنمية الثروة، فلولا عملها هذا ما

---

[547]- انظر فريدة بناني: تقسيم العمل بين الزوجين، م.س، ص183-184 وانظر في نفس المعنى:

- محمد البعدوي: وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع، م.س، ص: 164.

- BENNIS KANOUNI FADELA : Le travail féminin cas du Maroc, R·L, N°151, Novembre\Décembre, 1983, p :54 .

[548]- انظر: عبد السلام الشمانتي الهواري: الحقوق المالية للمرأة المتزوجة، م.س، ص: 240.

[549]- وحول خلاصات هذا الاتجاه في مقاربة العمل المنزلي وفق أدوات التحليل الاقتصادية راجع:

- فريدة بناني: تقسيم العمل بين الزوجين، م.س، ص: 184- 185.

[550]- BENNIS KANOUNI FADELA : op.cit, p: 55.

[551]- انظر في هذا المعنى:

- زينب معادي: المرأة بين الثقافي والقدسي، م.س، ص: 118.

[552]- قرار محكمة الاستئناف بأكادير، عدد 211، ملف رقم 99/206، مؤرخ في 2000/6/9 (غير منشور) وانظر في نفس الاتجاه:

– قرار محكمة الاستئناف بأكادير عدد 806، ملف رقم 534-03-مؤرخ في 2004/09/14 (غير منشور).

حكم محكمة الشرع بتزنيت، ملف رقم 314-1959 مؤرخ في 1959/11/28، الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص:194 .

استطاع الزوج العمل خارج البيت في طمأنينة، ولما استطاع النجاح في مهامه ومراكمة أمواله ».[553]

والخلاصة التي يمكن تحصيلها من هذا النقاش: هي أنه مهما يكن الاختلاف حاصلا بشان استحقاق الزوجة لحق الكد والسعاية كمقابل لمباشرتها العمل المنزلي من عدمه، فإن مرد كل ذلك يبقى من اختصاص العرف، الذي يرجع له أمر الحسم فيما إذا كان العمل **يُرتب مقابلا (حق الكد** والسعاية) أم لا، وهو ما يفسروجود هذا الإختلاف الفقهي حول الموضوع.

• المبحث الثاني:

خضوع التحديد المكاني والموضوعي[554] لنطاق تطبيق حق الكد والسعاية للعرف:

بعد ما تبين من خلال ما تقدم، كيف أن العرف يلعب دورا مهما في تحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث طبيعة **العمل** الموجب له؛ فإن التساؤل يبقى مطروحا حول حدود هذا الدور وفعالية تأثيره فيما يتعلق بتحديد نطاق تطبيق هذا الحق من حيث المكان والموضوع، خاصة وأن نشوء هذا الأخير وجريان العمل به كان وما يزال مرتبطا بحدود جغرافية معينة لا يتجاوزها؟

وعموما: يمكن القول بأن العرف يحتفظ بدور متميز في رسم وتحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية، وهو ما يمكن أن يتضح بشكل جلي عند الوقوف على حدود نطاق هذا الحق، سواء من حيث المكان (**المطلب الأول**) **أو الموضوع** (**المطلب الثاني**)

• المطلب الأول:

العرف كأساس لتحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المكان.

يعتبر تحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المكان، عملية ذات أهمية بالغة، ليس فقط من حيث أن ذلك يُمَكِّنَ من معرفة الحدود الجغرافية لامتداد العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية وكفى، وإنما للوقوف على طبيعة القواعد الضابطة لهذا الحق، **وما** إذا كانت ترتكز على عنصر المكان في إجراء العمل بها، أم أن هذا الأخير لا يشكل سوى عنصرا ثانويا، على اعتبار أن العمل وبذل الجهد في مراكمة الثروة الأسرية هو أساس إجراء العمل بمقتضيات هذا الأخير.

وإجمالا، فقد اختلف الفقهاء حول تحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث **المكان؛** فبينما يذهب البعض إلى قصره بالمجال القروي فحسب، دون أن يتعدى إلى

---

[553]- رجاء ناجي مكاوي: قضايا الأسرة، م.س، ص:104.

[554]- المقصود بالنطاق الموضوعي أي المحل الذي تقع المطالبة بحق الكد والسعاية فيه.

غيره(**الفقرة الأولى**) يذهب آخرون إلى التأكيد على أنه لا مجال للتمييز بين البادية والحاضرة، ما دام أن العمل وبذل الجهد هو أساس إعمال مقتضيات حق الكد والسعاية (**الفقرة الثانية**).

لكن، وعلى الرغم من استناد كل طرف على مبررات محددة، إلا أنها تبقى **محل** نظر، على اعتبار أن إجراء العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية يرتبط وجودا وعدما بالعرف المكرس له، دون الحاجة إلى قصره بحدود المجال القروي أو تعديته إلى المجال الحضري (**الفقرة الثالثة**).

الفقرة الأولى:

قصر نطاق تطبيق حق الكد والسعاية بحدود المجال القروي.

يرى بعض **الفقهاء**، أن إعمال مقتضيات حق الكد والسعاية يرتبط بالأشخاص الذين ينتمون للعالم القروي؛ ذلك أن جل الفتاوى التي كرست هذا الحق، إنما هي فتاوى تتعلق بحياة البادية ومعاملاتها.

ففتوى أحمد ابن عرضون، إنما كانت في شأن المرأة التي تخدم مع زوجها في الدرس والحصاد، يقول الناظم:[555]

وخدمة النساء في البوادي ** للزوج والدرس والحصاد
قال ابن عرضون لهن قسمة ** على التساوي بحساب الخدمة

كما أن فتوى أخيه محمد ابن عرضون، ومن قبله الشيخ القوري، **وأبو القاسم بن خجو** وغيرهم، كل هؤلاء، إنما كان إفتاؤهم في إجراء العمل بحق الكد والسعاية، مرتبطا بحدود المجال القروي دون أن يتعداه.[556]

بل إن هناك من الفقه من أكد صراحة على أن حق الكد والسعاية، إنما يجري العمل به في البادية دون الحاضرة، ويستشف ذلك من فتاوى **ونوازل** متعددة، منها ماجاء **في فتوى لأبي إسحاق التونسي** « أن الزوجة في البادية تشارك زوجها على قدر سعايتها، ولا يستبد الزوج بما عقد على نفسه من الأشرية، ولا بما جهز به **وَلِيَّ تَرَكَهُ، إلا إن كان ذلك من** ماله الخاص له من صدقة عليه، أو هبة أو نحو ذلك، والإخوة كذلك، **ونساء الحاضرة بخلاف ذلك لأنهن للفراش...**».[557]

أما على المستوى القضائي، فقد ذهبت محكمة الاستئناف بأكادير، إلى أن العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية إنما هو مقتصر على الأشخاص القاطنين بالبادية دون الحاضرة جاء في حيثيات القرار:

---

[555]- انظرمحمد بن قاسم السجلماسي: شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي ،ج1، م.س، ص: 249.

[556]- انظر الفتوى عند: الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس، م.س، ص: 277.

[557]- انظر: الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس، م.س، ص 179-180. وانظر كذلك : - محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، ج1، ص: 206

« وحيث إن الاجتهادات المدلى بها من **طرف المستأنفة، تخص الزوجة العاملة مع** زوجها في البوادي، ولا تنطبق على الزوجة القاطنة بالمدينة، سواء كانت عاملة أو محتجبة، **وبذلك تبقى تلك النظر**يات غير مقيدة لها في هذه الدعوى»،[558] وفي نفس السياق، ذهبت ابتدائية الرباط إلى أن « القاعدة الفقهية القائلة بمبدأ حق الكد والسعاية، هو مجرد عرف **مقصور على نساء البوادي.**

وحيث إن المدعية من مدنية الرباط وهي منطقة حضرية معروفة، وأن العرف فيها لا يأخذ بالمبدأ المؤسس عليه الدعوى ».[559]

الفقرة الثانية:

عدم التمييز بين المجال الحضري والقروى في إعمال مقتضيات حق الكد والسعاية.

مقابل الاتجاه القاضي بحصر نطاق تطبيق حق الكد والسعاية على أهل البادية، يرى اتجاه آخر، بأن التمييز بين البادية والحاضرة في إجراء العمل بمقتضيات هذا الأخير يبقى أمرا منتقدا من جهتين:

الأولى، أن مذهب الإمام مالك وأصحابه، **على ما أورده الإمام ابن العطار**« **أن المرأة** إذا كانت تعمل مثل الغزل والنسج ونحوهما، أنها شريكة للزوج فيما نشأ من خدمتهما، وكذا الأم مع أولادها، والأخت مع أخواتها، والبنت مع أبيها، ونساء الحاضرة والبادية في هذا **سواء** ».[560]

الثانية، « أن المرأة في الحواضر، إذا كانت قديما وفي غير هذا العصر، تمتاز عن أختها **في العالم القروي بعدم** الكد والسعاية، حيث كانت أشغالها — **على أكثر** تقدير — تنحصر في تدبير شؤون المنزل أو في خصوص الإشراف عليه، إذ في الأعم الغالب تستعين بخادمة، فإنها اليوم تكابد مع زوجها الحياة وتقاسمه هموم الأسرة بكل تجلياتها، فإذا كانت موظفة، فإلى جانب عملها الوظيفي اليومي الدؤوب، ينتظرها تدبير شؤون المنزل، وإذا كانت عاملة في غير القطاع العمومي، فقرح مثله أيضا ... ومن ثم فلا فرق بين المرأة في البادية وبين أختها في الحاضرة..».[561]

---

[558]- قرار محكمة الاستئناف بأكادير، عدد 1060 ملف رقم 95/200 مؤرخ في 1996/04/02، أورده منشورا: الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 121.

[559]- حكم ابتدائية الرباط، عدد 1076 ملف رقم 98/2298/10، مؤرخ في 1999/6/7- الحسين الملكي:م.س، ص: 247.
وانظر في نفس الاتجاه:
- حكم ابتدائية أكادير، ملف رقم 90/174، مؤرخ في 1991/04/02.
- حكم المحكمة الشرعية بتزنيت، ملف رقم 1960/228 مؤرخ في 1960/12/24
الحكمان أوردهما منشورين الحسين الملكي: م.س ، ص: 213 و 252.

[560]- محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، ج1، م.س، ص:263،
وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن هذه الفتوى، إنما تتعلق بشركة العمل والصنائع فقط.

[561]- انظر:

وعلى هذا الأساس، اعتبر البعض،[562] أن ما ذهبت إليه استئنافية أكادير[563] **من قصر** تطبيق مقتضيات حق الكد والسعاية على **الزوجة** العاملة بالبادية لا سند له؛ ذلك « أن الفقهاء المعتبرين، عندما اتفقوا في زمانهم على عدم اعتبار نساء الحضر من السعاة فذلك بعلة عدم مساهمتهن بعملهن ولا يكلفن بالأشغال الشاقة مثل التي تقوم بها نساء البوادي.

ولأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، فإن هذه العلة المعتبرة لم تعد عاملة الآن، بل ولربما نساء الحضر مع ولو جهن مجالات العمل المختلفة أصبحن يعملن ويبذلن جهدا كبيرا لا يعرفه نساء البوادي في وقتنا الحاضر، وذلك قصد تلبية حاجيات الأسرة والرفع من **مستواها** المعيشي والتصدي لعوادي **الزمن** ».[564]

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بالرباط — **خلافا لما** ذهبت إليه ابتدائية الرباط في حكمها المومأ إليه[565]— بأن حق الكد والسعاية « **المعتبر** للتعويض عنه هو المترتب من عمل مكسب وافر على الحاجيات الشخصية يصب في ثروة **م**ادية أنشئت أثناء الحياة الزوجية» سواء أكان الكد والسعاية من لدن المرأة في البادية أو **الحاضرة**.[566]

وعموما: فإن ما يشكل العنصر الأساس والمعتمد في تحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية عند هذا الاتجاه، ليس هو المكان، وإنما هو عنصر الكد والعمل الذي به يتم الفصل فيما إذا كان بالإمكان تطبيق مقتضيات هذا الحق **أم لا**.

الفقرة الثالثة:

العرف كمعيار لتحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المكان.

يمكن القول: بأن ما ذهب إليه الاتجاه الأول من حصر نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المكان، بحدود المجال القروي، أو ما ذهب إليه الاتجاه الثاني من استبعاد أي تمييز بين البادية والحاضرة بخصوص ذلك، يبقيان محل نظر؛ **ذلك** أن حق الكد والسعاية هو **عرف محلي، والقاعدة العامة:** أن العرف يبقى محدود الزمان والمكان؛ إذ لا يمكن تعديته إلى مكان غير المكان الذي يجري العمل به كعرف، حتى ولو تحققت الشروط المادية لجريانه.

- عبد السلام حادوش: إدماج المرأة في التنمية، م.س، ص: 385.

وانظر في نفس المعنى:

عبد الكبير العلوي المدغري: المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، م.س ص: 85- 86 .

[562]- راجع:

- محمد الخضراوي: دور المجلس الأعلى في حماية حقوق المرأة ، م.س، ص:131- 132.

[563]- انظر قرار محكمة الاستئناف بأكادير المومأ إليه سابقا، عدد 1060 المؤرخ في 1996/04/02.

[564]- محمد الخضراوي: م.س ، ص: 132 . وانظر في التعليق على نفس القرار:

- عبد السلام حسن رحو: تعليق على القرار رقم 1520، م.س، ص:335- 336.

[565]- تجدر الإشارة هنا إلى أن قرار محكمة الاستئناف هذا، يتعلق بنفس القضية التي فصلت بها المحكمة الابتدائية بالرباط في حكمها السابق.

[566]- انظر: قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 2344، ملف رقم 6323/99، مؤرخ في 2000/04/4، منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد 16 ماي 2001، ص: 208.

ولذلك فإن نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المكان، إنما يتحدد انطلاقا من معرفة وجود عرف الكد والسعاية بذلك المكان من عدمه، وإلا فإن إطلاق العمل به دون الاعتبار لعنصر العرف، سوف يؤدي لا محالة إلى المساس بمبدإ الاستقرار والتوقع القانوني الذي تنبني عليه كافة المعاملات.

وإلى هذا المعنى — تقريبا — أشار العلامة أبو عبد الله محمد بن عبد الوهاب الزقاق، لما سئل عن المرأة البدوية التي تخدم الخدمة الظاهرة والباطنة، عما إذا كانت تستحق حظها من السعاية أم لا؟.

فأجاب: بأن « العادة هي المحكمة في أفعال الزوجة المذكورة، فما دلت العادة على أن الزوجة إنما تفعله على وجه طيب النفس والمعاونة لزوجها في المعيشة لا شركة لها في ذلك ولا أجر، وما كان على العكس فحكمها على ذلك»،[567] فيفهم من هذا، أن الأساس في إجراء العمل بمقتضيات حق الكد و السعاية إنما يرجع لجريان العرف به وليس إلى أساس آخر.

كما أن المجلس الأعلى اعتبر في قرار حديث له، أن تطبيق مقتضيات حق الكد والسعاية على طرفي الدعوى إنما يتأتى في الحالة التي يكونان فيها- أي الطرفين- منتمين إلى منطقة جريان هذا الحق كعرف،[568] وهو ما يعني ربط نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المكان بالعرف.

وفي نفس السياق، أكدت المحكمة الابتدائية بمراكش في حكم لها، أنه لما كان « موضوع الدعوى تتعلق بحق الكد والسعاية المستمدة من الأعراف المحلية لمنطقة سوس ماسة، وأن تطبيق العرف يتميز بطابع الحصرية المكانية والتحديد الجغرافي، ومن ثم فإنه لا يمكن تطبيقه على أناس يعيشون في مدار حضري خارج منطقة سوس ماسة، حسب الاجتهاد القار للمجلس الأعلى ».[569]

خلاصة القول: أن نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المكان، يجب أن يراعى فيه عنصر جريان العرف من عدمه، دون الاستناد على غيره من المعايير التي تبقى محل نظر واعتبار.

• المطلب الثاني:

محل حق الكد والسعاية ودور العرف في تحديده.

القاعدة العامة أن نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المحل الذي تنصب المطالبة به، هو نطاق واسع جدا[570] ، فهو بالإضافة إلى كونه يشمل العقارات بمختلف أنواعها (الأراضي، الدور...) فهو يمتد كذلك للمنقولات بشتى أشكالها.

---

[567]- انظر: عبد العزيز الزياتي: الجواهر المختارة، مخطوط، م.س، ص: 160.

[568]- قرار المجلس الأعلى، عدد 159، ملف رقم 2002/2/192، ملف شرعي، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، مؤرخ في 2003/04/16 (غير منشور).

[569]- حكم ابتدائية مراكش، عدد 322، ملف رقم 04/08/99/ مؤرخ في 2004/12/27 (غير منشور).

[570]- انظر: أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص: 97.

لكن ما يثير السؤال بخصوص هذه النقطة، أن اتساع نطاق تطبيق حق الكد والسعاية بهذا المعنى قد يؤدي إلى تداخله مع نطاق تطبيق أحكام النزاع حول متاع البيت من حيث أن الشيء محل النزاع في كل منهما قد يكون متماثلا وشيئا واحدا، فما المقصود بأحكام النزاع حول متاع البيت؟ وما هي حدود نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المحل الذي ينصب عليه، علما بأن أحكام النزاع حول متاع البيت قد تتقاطع معه في هذا الإطار؟

يقصد بأحكام النزاع حول متاع البيت، مجموع القواعد التي وضعها الفقهاء بقصد ضبط ملكية الأمتعة التي توجد داخل بيت الزوجية، والتي إما أن تكون مما هو معتاد للنساء أومما هو معتاد للرجال أو هما معا .[571]

وقد نظم المشرع المغربي أحكام النزاع حول متاع البيت –طبقا لما ذهب إليه الفقه المالكي– في إطار المادة 34 من مدونة الأسرة، التي يقابلها الفصل 39 و40 من م.أ.ش الملغاة، ويمكن تحديد هذه الأحكام حسب مقتضيات المادة 34 من مدونة الأسرة فيما يلي [572]:

1- القاعدة العامة: أنه إذا وقع نزاع بين الزوجين حول أمتعة المنزل، فالفصل بينهما في ذلك يكون بمقتضى قواعد الإثبات العامة، فمن أثبت ملكيته للمتاع قضي له به.على أن مجرد إثبات الزوجة دخول الأمتعة في ضمان الزوج، يحللها من عبء الإثبات ويظل الزوج مطالبا بإثبات خلو ضمانه من هذه الأمتعة، وإلا يقضى بذلك للزوجة [573].

2- في الحالة التي لا يتوفر فيها الزوجان معا على بينة تفيد تملك أحدهما للأمتعة، فإن الحكم في ذلك على ثلاث حالات:
   - إذا كان المتاع من المعتاد للرجال، فيأخذه الزوج مع يمينه، مع مراعاة قاعدة النكول.
   - إذا كان المتاع من المعتاد للنساء، فتأخذه الزوجة مع يمينها، مع مراعاة قاعدة النكول.
   - إذا كان المتاع يدخل فيما هو معتاد للرجال والنساء معا، فيحلفان، ثم يقتسمانه، وإذا رفض أحدهما اليمين وحلف الآخر، قضي له بالمتاع.

لكن، إذا كانت أحكام النزاع حول متاع البيت الموأ إليها أعلاه تتميز عن أحكام وطبيعة حق الكد والسعاية، وإذا كانت دعوى الأمتعة هذه هي دعوى تتعلق بالمنقول الموجود بالبيت،[574] خلافا لدعوى حق الكد والسعاية التي ترد على المنقولات والعقارات معا؛ فإن الذي يثير الانتباه في هذا الصدد، هو وجود نوع من التنازع من حيث نطاق المحل الذي تنصب عليه المطالبة في كل من أحكام النزاع حول متاع البيت ومقتضيات حق الكد والسعاية، ذلك أن بعض الفقه، إذا كان يطبق أحكام النزاع حول متاع البيت بخصوص شيء

---

[571]- وحول بيان هذه الأحكام في المذهب المالكي راجع على الخصوص:
- أبو عبد الله محمد الخرشي: الخرشي عللى مختصر خليل، ج3، م.س، ص: 301 ومابعدها.

[572]– راجع: - محمد الكشبور: شرح مدونة الأسرة، م.س، ص: 373 – 374.

[573]- عبد العزيز فتحاوي: نظرات في الأحوال الشخصية، مطبعة فضالة- المحمدية- (د. ذ. ت. ط)، ص:11.

[574]- انظر: عبد العزيز فتحاوي: م.س، ص: 9.

معين (مال) ويعتبره من متاع البيت، فإن البعض الآخر يرى بتطبيق مقتضيات حق الكد والسعاية رغم أن الأمر يتعلق بنفس الشيء.
ويمكن إعطاء مثال على هذا التأرجح، من خلال الوقوف على فتويين مختلفتين من حيث الحكم المقضي بهما، ومتفقتين من حيث المحل موضوع النزاع فيهما.

الفتوى الأولى: نصها أنه « سئل... عن رجل من أهل البادية طلق امرأته، وله مال: غنم وبقر، فقامت تدّعي أن لها الحظ في ذلك، وقال هو: المال كله له، فلمن القول منهما، وإذا قضي بالمال للرجل، هل تتبعه المرأة بأجرة خدمتها أيام كانت في عصمته أم لا؟.
فأجاب: بأن القول في الماشية قول الرجل مع يمينه أنها له، وعلى المرأة البينة فيما تدعي من الحظ، وإنما كان القول للرجل لنص الأئمة على أن ما جرى به العرف يكون للرجل فقط، أو للرجال والنساء يقضى به عند التنازع للرجل، والماشية قال ابن فرحون تعرف للرجال (هـ) وعلى تقدير كون عرف أهل بلد النازلة المسؤول عنها أن الغنم والبقر يملكهما الرجال والنساء معا، فالقول للرجل أيضا أنها له، ففي الحطاب النقل عن ابن رشد، قال: لم يختلف قول مالك وابن القاسم في أن القول قول الرجل إذا اختلفا في متاع البيت، وهو مما يكون للرجال والنساء (هـ) وهذا هو المشهور الذي درج عليه في المختصر، وهذا الحكم عام، سواء كان الزوجان باقيين على عصمة النكاح أو افترقا بطلاق أو غيره ».[575]

الفتوى الثانية: فقد « سئل... عن امرأة تخدم في بيتها الخدمة الظاهرة والباطنة من غزل ونسج وعجن وطبخ وغير ذلك من رعاية البهائم ونحوها، فهل لها شركة مع زوجها وأولادها في المال أم لا:
فأجاب: إذا خدمت المرأة الخدمة المذكورة ونتج بسبب خدمتها نمو المال من الماشيات والغلات وغير ذلك، فهي شريكة بخدمتها مع زوجها وأولادها بقدر خدمتها...».[576]
فالملاحظ — انطلاقا من الفتويين — أن الماشية تدخل كمحل للنزاع سواء في الفتوى الأولى أو الثانية، إلا أن الحكم في كل منهما جاء مختلفا، حيث طبقت الأولى أحكام النزاع حول متاع البيت، بينما طبقت الفتوى الثانية مقتضيات حق الكد والسعاية، وهذا ما يطرح السؤال حول حدود نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المحل الذي ينصب عليه؟
وإجمالا: فالواضح أن وجود هذا النوع من التنازع بين أحكام النزاع حول متاع البيت ومقتضيات حق الكد والسعاية — من حيث النطاق الموضوعي لكل منهما — إنما يمكن تفسيره بشيء واحد، وهو اختلاف الأعراف بشأن تصنيف الأشياء وما إذا كانت داخلة في إطار دعوى المتاع أو في نطاق دعوى حق الكد والسعاية، ومن هنا يمكن القول بأن تحديد محل حق الكد والسعاية يبقى من وظيفة العرف واختصاصه.

---

[575]- انظر: محمد المهدي بن محمد الوزاني: النوازل الصغرى، ج2، م.س، ص272.
[576]- انظر: الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى، ج6، م.س، ص:509

- **الفرع الثاني:**

تأثر القواعد المنظمة لحق الكد والسعاية بالعرف المحلي (الإثبات والقسمة)

إذا كان تحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية سواء من حيث طبيعة العمل الموجب له، أو من حيث نطاقه المكاني والموضوعي، قد كشف عن وجود دور مهم لمقتضيات العرف المحلي وتأثيره بشكل أو بآخر في نسج ورسم القواعد الضابطة لهذا النطاق؛ فإن **البحث** في إطار نظام إثبات هذا الحق، **وكذا** قواعد فرزه، كشف هو الآخر عن تأثره بمقتضيات هذا العرف وفي مستويات متعددة.

فعلى الرغم من خضوع مبادئ ووسائل إثبات حق الكد والسعاية **للقواعد العامة** للإثبات مبدئيا [577] إلا أن ارتباط هذا الأخير بمقتضيات العرف المحلي، وتأثره به يجعله في كثير من الأحيان مُتَفَرِّداً ببعض القواعد الخاصة التي تميزه إلى حد التعارض مع قواعد **العامة للإثبات (المبحث الأول).**

على أن طريقة القسمة المعتمدة في فرز هذا الحق، وكذا ضوابط فرزه وتقدير مقابله، تبقى في الجانب الأكبر منها خاضعة ومتأثرة بمقتضيات عرفية محلية وهو ما سيتضح ج **عند عرض ذلك. (المبحث الثاني)**

- **المبحث الأول:**

نظام الإثبات والطبيعة العرفية لحق الكد والسعاية

إن الحق كقاعدة عامة، لا يستقيم لصاحبه من الناحية القانونية، إلا إذا أقام الدليل على نسبته إليه، فلا دعوى حيث لا إثبات، ولا حق حيث لابينة، ولذلك فالإثبات يبقى السبيل

[577]- والمقصود هنا بالقواعد العامة للإثبات، قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي، على اعتبارأن نشوء عرف الكد والسعاية وجريان العمل به، كان في إطار بيئة تشكل فيها قواعد الفقه الإسلامي القانون السائد، ولذلك سوف ينصب البحث في هذه النقطة على بيان مدى ملائمة قواعد الإثبات في دعوى حق الكد والسعاية لمقتضيات الإثبات وفق قواعد الفقه الإسلامي، وكذا موقف كل من الفقه والقضاء من إعمال هذه القواعد وتطبيقها، على ألا يتم إغفال قواعد الإثبات المقررة في القانون الوضعي كلما تطلب الأمر ذلك.

الوحيد الذي يسلكه القضاء للوصول إلى غايته المتوخاة، ألا وهي تحقيق العدالة، وإحقاق الحقوق للأفراد والجماعات.

ولما كان حق الكد والسعاية، حقا يطلبه الساعي كمقابل لما قدمه من مجهود، وساهم به من كد في تنمية مال الأسرة أو تكوينه، كان لزاما عليه إقامة الدليل على ثبوت هذا الحق لفائدته.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الإطار ، هو **: هل تتلاءم قواعد إثبات حق الكد والسعاية مع نظام الإثبات طبقا للقواعد العامة؟.**

وإجمالا يمكن القول، بأن إثبات حق الكد والسعاية، إذا كان من حيث المبدأ يخضع للقواعد العامة للإثبات، فإن ارتباط مقتضياته وإجراء العمل به بالعرف المحلي، يجعله في كثير من الحالات متفردا بخصائص تميزه عن هذه الأخيرة، وهو ما يظهر، سواء على مستوى المبادئ العامة لإثباته (**المطلب الأول**)، أو وسائل إقامة الدليل على استحقاقه (**المطلب الثاني**).

• المطلب الأول:

المبادئ العامة للإثبات في دعوى حق الكد والسعاية.

المقصود بالمبادئ العامة للإثبات في دعوى حق الكد والسعاية، مجموعة الضوابط الأولية التي تحكم نظام إثبات هذا الحق – على غرار القواعد العامة للإثبات –سواء من جهة محل الإثبات فيه، أو من جهة الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات.

وإذا كانت هذه المبادئ تتفق في جوانب كثيرة منها مع القواعد العامة للإثبات، سواء الفقه الإسلامي أو القانون التشريع المغربي، وهذا ما يمكن رصده بالخصوص على مستوى محل إثبات حق الكد والسعاية (**الفقرة الثانية**)؛ فإن الطبيعة العرفية لهذا الحق، كثيرا ما تكون سببا مباشرا أو غير مباشر في تَفَرُدِ قواعد إثباته بخصائص متميزة عن هذه الأخيرة – القواعد العامة للإثبات – وهذا ما يمكن أن نلحظه بخصوص بتحديد عبء الإثبات في دعوى حق الكد و السعاية (**الفقرة الأولى**).

الفقرة الأولى:

عبء الإثبات في دعوى حق الكد والسعاية

إن معرفة الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات، مسألة تنطوي على أهمية كبرى، بل إن « تعين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين، يكاد يتوقف عليه في كثير من الأحوال، مصير الدعوى من الناحية العملية؛ فقد يكون الحق متراوحا بينهما، لا يستطيع أي منهما أن يثبته أو ينفيه، فإلقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه »[578]، كما

[578]- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2، الإثبات، آثار الالتزام، م.س، ص: 67.

أن انفراد أحد الخصمين بعدم تحمل عبء الإثبات يعتبر مَزية له في مركز الخصومة، ذلك انه سيستفيد من تحمل خصمه عبء الإثبات من جهة، وسيكسب الدعوى إذا عجز خصمه عن الإثبات من جهة أخرى.[579]

وعلى العموم، فالقاعدة المتفق عليها فقها وقضاء وتشريعا، وهي أن " **عبء الإثبات يقع على المدعي** "، **فقد نص الفصل** 399 **من ق.ل.ع على أن**« إثبات الالتزام على مدعيه »، وأقر فقهاء الشريعة الإسلامية بنفس القاعدة، انطلاقا من عدة أحاديث نبوية شريفة[580]، **كما أن** القضاء المغربي أكد هو الآخر في أكثر من مناسبة على أن عبء الإثبات يقع على المدعي، وأن عدم الالتزام بهذه القاعدة، يعتبر قلبا لعبء الإثبات.[581]

لكن ما المقصود بالمدعي والمدعى عليه؟.

بالنسبة للفقه الإسلامي، تعددت التعاريف التي أعطيت للمدعي والمدعى عليه، **فالحنفية** يرون بأن المدعي هو « من إذا ترك الخصومة لايجبر عليها»، والمدعى عليه من « إذا ترك الجواب يجبر عليه »، **أو أن** « المدعي من يلتمس قبل غيره لنفسه عينا أو دينا أو حقا، والمدعى عليه من يدفع ذلك عن نفسه»، [582] فمعيار التمييز بين المدعي والمدعى عليه

---

[579]- انظر: محمد حافيضي : أحكام عبء الإثبات في القانون المغربي والتشريع الإسلامي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة، جامعة القرويين، كلية الشريعة أكادير ، السنة الجامعية 1422هـ1423هـ/2001-2002م ، ص : 32.

[580]- منها، أنه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ص قال:« لو يعطي الناس بدعواهم لادَّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكنَّ اليمين على المدعى عليه ». أخرجه مسلم في الأقضية، (الحديث رقم 1711) باب اليمين على المدعي عليه، - الإمام الحسن البغوي: شرح السنة، ج10، طبع المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية 1403هـ/1983م، ص: 101.

ومنها أيضا، أنه عن بن أبي وائل، قال عبد الله :« من حلف على يمين يستحق بها مالا، لقي الله وهو عليه غضبان»، ثم أنزل الله تصديق ذلك (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم) إلى (عذاب أليم)، ثم إن الأشعث بن قيس خرج إلينا فقال: ما يحدثكم أبو عبد الرحمان،؟ فحدثناه بما قال، فقال صدق، لفيَ أنزل، كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاختصمنا إلى رسول الله (ص)، فقال: « شاهداك أو يمينك ».

- رواه البخاري في باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، (الحديث رقم 2669) انظر : صحيح البخاري: ج2، م.س، ص: 810.

ومنها كذلك ، أنه « عن بن أبي مُليكة قال: كتب ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي(ص) قضى باليمين على المدعى عليه» .

- رواه البخاري في نفس الباب، (الحديث رقم 2668) - انظر صحيح البخاري: ج2، م.س، ص: 810.

فمن خلال هذه الأحاديث وغيرها، أقرالفقهاء بمختلف مذاهبهم، أن البينة تقع على المدعي، وأن اليمين على المدعى عليه.

[581]- انظر على سبيل المثال:

- قرار المجلس الأعلى عدد 311، حكم شرعي، مؤرخ في 2 ذي الحجة 1386 هـ موافق 14 مارس 1967م، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 6 ، السنة الأولى ، مارس 1969، ص: 8.

- قرار المجلس الأعلى عدد 317 حكم شرعي، مؤرخ في 2 ذي الحجة 1386 هـ موافق 14 مارس 1967م، منشور بنفس المجلة عدد 6 السنة الأولى، مارس 1969، ص: 13.

[582]- انظر: - علاء الدين بن مسعود الكساني: بدائع الصنائع، ج6، م.س، 224. وفي نفس السياق يعرف الإمام السرخسي المدعي والمدعى عليه بقوله: « قال بعض أصحابنا رحمهم الله، أن المدعي من يستدعي على الغير بقوله، وإذا ترك الخصومة يترك، والمدعى عليه من يستدعى عليه بقول الغير، وإذا ترك الخصومة لايترك.».

- شمس الدين السرخسي: المبسوط، المجلد التاسع، ج 17، م.س، ص: 31.

عند الحنفية، مأخوذ من طبيعة الدعوى من حيث كونها تصرفا إراديا صادرا من المدعي، فمن يرفع الدعوى هو المدعي ، ومن ينكر الدعوى فهو المدعى عليه.[583]

أما الشافعية فقد عرفوا المدعي بأنه: « من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه هو من يوافقه»، أو أن « المدعي من لو سكت حتى ولم يطالب بشيء، والمدعى عليه من لايخلى ولايكفيه السكوت»[584].

وعرف الحنابلة المدعي والمدعى عليه بأن الأول هو « من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت عن الطلب ترك،[أما الثاني فهو] المُطَالَبُ، أي الذي يطالبه غيره بحق يذكراستحقاقه عليه، وإذاسكت عن الجواب لم يترك، بل يقال، إن أجبت وإلا جعلتك ناكلا وقضيت عليك .»[585]

أما المالكية، فقد تعددت التعاريف التي حددوا بها المقصود بالمدعي والمدعى عليه، منها على ما ذكر بن فرحون أن المدعي هو « من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف»، وقال بن شاس: « المدعي من تجردت دعواه عن أمر يصدقه، أو كان أضعف المتداعين أمرا في الدلالة على الصدق،أو اقترن بها مايوهنها عادة.» ،[586] وذكر بن عرفة أن « المدعي من عَرِيت دعواه عن مرجح غير شهادة، والمدعى عليه من اقترنت دعواه به »،[587] ففقهاء المالكية متفقون على أن المدعي هو: من تجردت دعواه من أصل أو عرف يؤيده ويعضده، والمدعى عليه : من كان على خلافه، حيث يشهد الأصل أو العرف بقوله.

أما بخصوص القانون الوضعي؛ فيعرف المرحوم عبد الرزاق السنهوري المدعي بقوله:« هو من يرفع الدعوى على الغير، يطالبه بحق معين، فهو مدع في دعواه هذه، وعليه عبء إثبات ما يدعيه، فلو أن شخصا طالب آخر بمبلغ معين، فعليه أن يثبت مديونية المدعى عليه بهذا المبلغ له، بأن يثبت مصدر الدين، تصرفا قانونيا كعقد قرض أو بيع، أو واقعة قانونية كعمل غير مشروع، أو إثراء بلاسبب »[588].

لكن المدعي في الدعوى ليس دائما هو المدعي في الإثبات، ولذلك يعتبر الشخص مدعيا في الإثبات، إذا ادعى خلاف الثابت بحسب ماهو مألوف من الأمور، ولذلك فالبينة هي

---

[583]- شمس الدين السرخسي: المجلد التاسع، ج17، م.س، ص: 31.

[584]- انظر: - شمس الدين بن أحمد الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، نشر دار إحياء التراث العربي – بيروت- طبعة 1356ه/ 1933م، ص: 464. – شمس الدين محمد الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج8، م.س، ص: 339

[585]- منصور بن يوسف البهتوي: كشاف القناع عن متن الإقناع، ج6، عالم الكتب – بيروت- طبعة 1403ه/ 1983م، ص: 384 .

[586]- انظر: - برهان الدين محمد بن فرحون: تبصرة الحكام، ج1، م.س، ص: 98.

وفي شرح المقصود بالأصل والعرف، جاء في شرح لامية الزقاق: « مدعي الذي يؤمر بالإثبات، هو من تجرد قوله عن مصدق من أصل أو عرف، فالأول كدعوى بدين أو برقبة عبد، لأن الأصل البراءة والحرية، والثاني كاختلاف الراهن والمرتهن في قدر الدين ، والزوجين في متاع البيت، فإن قيمة الرهن شاهد عرفي لقدر الدين، فمن ادعى خلافه عليه الإثبات، ومايليق بالزوجة من المتاع كالحلي، شاهد عرفي لها، وما يليق بالزوج كالسيف، شاهد عرفي له، فمن ادعى خلافه عليه الإثبات.»

- محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني: شرح لامية الزقاق المسمى حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، ضبط وتعليق محمد القدوري، مطبعة النجاح الجديدة –الدار البيضاء- الطبعة الأولى 1424ه/ 2004م، ص: 135- 136 .

[587]- انظر أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود بن عرفة، ج2، م.س، ص: 609.

[588]- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، م.س، ص: 68.

دائما على من يدعي خلاف الأصل؛ ففي نطاق الحقوق الشخصية، يكون الأصل هو براءة الذمة، ومن يدعي غير ذلك يكون عليه عبء الإثبات، وفي نطاق الحقوق العينية، يكون الأصل هو الظاهر، فالحائز للعين غير مطالب بالإثبات لتمسكه بالوضع الظاهر، خلافا لمدعي الملكية الذي يقع عليه عبء الإثبات، كما أن القانون قد يقرر قرينة معينة تكون أساسا يحدد من خلاله عبء الإثبات، فمن كان يدعي خلاف تلك القرينة، يقع عليه عبء الإثبات.[589]

وإجمالا، فإن تحديد من يقع عليه الإثبات في الدعوى هي مسألة قانونية تخضع لرقابة المجلس الأعلى[590].

هذا بالنسبة لمبدأ عبء الإثبات على مقتضى القواعد العامة، أما فيما يتعلق بعبء الإثبات في إطار حق الكد والسعاية، فالاتجاه العام للاجتهاد القضائي الحديث — على الخصوص — وكذا بعض الفقه، يرى بأن عبء الإثبات يقع على من يدعي هذا الحق، وفي هذا الإطار يرى الأستاذ الصديق بلعريبي أنه « وطبقا للقاعدة المعروفة في ميدان التقاضي أو البينة على المدعي، فإن مدعي السعاية يتحمل عبء إثباتها..»[591].

وعلى المستوى القضائي، فأغلب القرارات والأحكام تتجه نحو تحميل طالب حق الكد والسعاية عبء الإثبات[592]، حيث اعتبر المجلس الأعلى في إحدى قراراته، أن عدم تمكين مدعية حق الكد والسعاية من إثبات حقها تطبيقا لقاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وكذا مقتضيات الفصل 344 من قانون المسطرة المدنية، يعرض القرار الاستئنافي للنقض[593].

وقد سارت محكمة الاستئناف بأكادير في نفس الاتجاه معتبرة أن طلب حق الكد والسعاية من قبل الزوجة يقتضي إثبات كونها عاملة وليست من ذوات الحجاب، وهو ما يفيد تحميل المحكمة الزوجة عبء الإثبات[594].

---

[589] - انظر تفصيل ذلك: - عبد الرزاق السنهوري: ج2، م.س، ص: 70 ومابعدها.

- محمد حافضي: أحكام عبء الإثبات، م.س، ص:

[590]- انظر: - محمد الكشبور: رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء- الطبعة الأولى، 1412هـ/2000م، ص: 267، والهامش رقم 50 من نفس الصفحة.

[591]- الصديق بلعريبي: السعاية، م.س ، ص 70،

- وانظر في نفس السياق، أحمد إد الفقيه، إشكالية الشغل النسوي،م.س، ص: 96 . حيث يقول « إن استحقاق الساعي لحظه يتوقف على ضربه الكد، ويتحمل عبء إثبات ذلك».

[592]- انظر على سبيل المثال:

- قرار المجلس الأعلى عدد 1520 ملف رقم 76/2276، الغرفة المدنية، مؤرخ في 1998/03/05. - الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 86

- قرار محكمة الاستيناف بأكادير عدد 673، ملف رقم 79/101، في 1979/12/09. - الحسين الملكي: م.س ، ص : 129

- قرار محكمة الاستيناف بأكادير عدد 339 ملف رقم 91/182، مؤرخ في 1991/12/13. - الحسين الملكي: م.س، ص: 108.

- حكم ابتدائية انزكان، عدد 1644 ملف رقم 94/956، مؤرخ في 26/ 1995/09. - الحسين الملكي: م.س، ص: 161.

[593]- قرار المجلس الأعلى، عدد 662، ملف رقم 93901، الغرفة الاجتماعية، مؤرخ في 1982/10/02، - الحسين الملكي: م.س، ص: 73.

[594]- قرار محكمة الاستيناف بأكادير، عدد 806، ملف رقم 534-03 مؤرخ في 2004/09/14 (غير منشور)، وهو نفس التوجه الذي عبرت عنه محكمة الاستيناف بالرباط، والتي جاء في حيثيات قرارها: « حيث تبين للمحكمة من خلال دراستها للملف المتعلق

أما على مستوى المحاكم الابتدائية، فقد ذهبت ابتدائية الرباط، إلى أن « المدعية [لما] لم تدل بأي حجة قانونية أنها ساهمت بشكل فعال في تنمية وازدهار ثروة المدعى عليه، إذ أن المدعي مطالب بالبينة، الشئ الذي يستوجب معه في هذه الحالة رد دعوى المدعية على حالتها..»[595].

على هذا الأساس يتضح أن التطبيق القضائي الحديث لحق الكد والسعاية، حاول ألا يحيد عن القاعدة العامة فيما يخص تحميل طالب هذا الحق عبء الإثبات، اعتبارا لكونه مدعيا، والمدعي حسب القاعدة العامة مطالب بالبينة، ومن تم تحمل عبء الإثبات.

لكن ما يلاحظ على هذا الاتجاه، أنه لم يراع الطبيعة العرفية لحق الكد والسعاية وخصوصية قواعد إثباته،[596] بل وخالف قواعد الفقه المالكي في تعيين المدعي وتمييزه عن المدعى عليه، ومن ثم تحديد من يقع عليه عبء الإثبات، فالساعي في **إطار حق الكد** والسعاية، لايعتبر مدعيا يقع عليه عبء الإثبات، وإنما هو مدعى عليه، بالنظر إلى أن العرف يشهد بصحة قوله، فالأصل هو وجود الشركة العرفية، وأن من يدعي الإختصاص بالمال، عليه أن يثبت مدخل تملكه واختصاصه، وهو في هذه الصورة هو المدعي ، لأنه مجرد من أصل أو عرف يعضد قوله أويشهد لحاله، **بخلاف الساعي، الذي على الرغم من** كونه أول من يبدأ الدعوى والكلام أمام القاضي، إلا أن العرف يشهد لحاله وصدق مقاله، فيصبح بذلك مدعى عليه، ومعفى من عبء الإثبات.[597]

ويظهر هذا التوجه في تحميل عبء الإثبات **للمُطالِبْ** بحق الكد والسعاية دون السعاة، **في** العديد من الفتاوى والنصوص الفقهية التي تناولت مسائل إثبات السعاية.

فقد ورد في المنهل العذب السلسبيل ما نصه:

« **فرض على مقيدي الجهاز *** أن يذكروا بيان الإمتيـاز**
تمييزا ما به نصيب سعيها * من غيره مخافة من بغيهـا**

ذكر في هذه الأبيات ما تعين على كاتب رسم الجهاز من ذكر مبتدأ سعاية المجهزة تمييزا للأنصباء، لما تقرر أن نساء البوادي ذوات يد وسعاية، وشغل ونسج وغزل واحتشاش

بموضوع الدعوى الرامية من طرف المستأنفة للحصول على الكد والسعاية في الشقة موضوع النزاع، أن المدعية لم تثبت دعواها بأية حجة تفيد أنها اكتسبت حقا في موضوع النزاع بأي سبب، مما اعتبرت الدعوى المدعية غير مبنية على أساس. ».

- محكمة الاستيناف بالرباط، قرار عدد 2003، ملف رقم 89/8746، مؤرخ في 1991/14/08،الحسين الملكي، م.س، ص : 116

[595]- حكم ابتدائية الرباط، عدد 223، ملف رقم 95/1992، مؤرخ في 22-01-1997، الحسين الملكي: م.س: 156.

[596]- وقد أكد على الطبيعة العرفية لإثبات حق الكد والسعاية صراحة، القاضي عيسى بن عبد الرحمان السكتاني بقوله بعد الإجابة عن سؤال متعلق بسعاية المرأة « هذا الكلام من أبي مهدي رحمه الله فيه إثبات السعاية على مقتضى العرف والعادة في القطر السوسي». فهذا الكلام واضح في الدلالة على إن إثبات حق الكد والسعاية يتم فيه مراعاة مقتضيات العرف المحلي، ولذلك فهو لم يقل إثبات السعاية على مقتضى قواعد الفقه أوالشريعة ، انظر:

- محمد بن أبي بكر الأزاريفي : المنهل العذب السلسبيل ، ج1 ، م.س ، ص: 263.

[597]- ويعزز ذلك قول شارح لامية الزقاق سيدي محمد الرهوني عند شرحه للبيت :

ألا أيها القاضي لتأمر من ادعى ** بدعواه عن عرف وأصل تحولا

حيث يقول: « والمعنى أنه يجب على القاضي أن يأمر المدعي بذكر دعواه، فإذا ذكرها وتجردت عما يصدقها من عرف، أي غالب، وأصل، فهو المدعي الذي يؤمر بالإثبات.»

- محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني: شرح لامية الزقاق، م.س، ص: 135

ورعاية واحتطاب وغير ذلك، مشتركات لأزواجهن وأخواتهن على قدر سعايتهن، ولا يستبد الزوج ولا الأخ بما عقد لنفسه من الأشرية ولا بما جهز به وليته، إلا أن يكون ذلك مالا استفاده من صدقة عليه أوهبة أو شبهه، أو تشهد له بينة أنه جهزها من خالص ماله، وليس فيه للزوجة سبب، فيستبد به حينئذ على ما كانت تدور عليه أحكام فقهاء المتأخرين المبتلين بأحكام البوادي كأبي عمران الفاسي.

ويؤيده ما في النوادر، ونصه: إذا عملت المرأة صوفا للرجل يأتيها به، فغسلته و نسجته، فهي شريكة بما عملت من ذلك بقدر عملها، وما انفرد به الزوج من أجرة الشرط فهو له لا تشارك فيه..».[598]

فمن خلال هذا النص يتبين أن عبء الإثبات لا يقع على من يدعي حق الكد والسعاية، وإنما هو على من ادعى الاختصاص بشيء من الأموال والممتلكات؛ إذ يظل الزوج أو الأخ في هذه الصورة المطالبين بإثبات الاختصاص، حتى ولو كانت عقود الأشرية باسمهم الخاص.[599]

وعلى هذا الأساس كذلك، كانت الفتوى تذهب إلى عدم تكليف الزوجة بإقامة البينة فيما يتعلق بعملها في الغزل، وتكتفي منها باليمين، على أنها ما قامت بذلك الغزل والنسج إلا على وجه الشركة، وذلك « تغليبا للأصل الذي هو قيام الشركة بين الزوجين ».[600]

على هذا يتضح أن تحميل مدَّعي حق الكد والسعاية لوحده عبء الإثبات، لا ينسجم مع ما جرى به العرف والعمل، فالأصل في ذلك أن ما اكتسبه السعاة هو الشركة فيما بينهم، وعلى من ينفي ذلك إثبات العكس، لكونه مجردا من ذلك الأصل[601]، وهذا ما يزكيه قول ابن عاصم في التحفة[602]:

فالمدَّعي من قـــول مجــرد * من أصل أو عرف بصدق يشهد**
والمدَّعى عليه من قد عضــدا * مقاله عرف أو أصـــل شهـــدا**

وإلى جانب ذلك، توجد بعض الأحكام القضائية — وهي قليلة جدا — حاولت التخفيف من جعل عبء الإثبات على مدعي حق الكد والسعاية لوحده، واستندت في ذلك إلى أن الأصل فيما نشأ بين السعاة هو الشركة، حتى يثبت الاختصاص لأحدهم بالبينة الشرعية؛ فقد جاء في حكم للقاضي المقيم بماسة ما نصه « وحيث إن الأصل هو الشركة حتى يثبت الاختصاص والاشتراك فيما بيد أحدهما إلا لبينة، والمدعى عليه لم يثبت اختصاصه بالمدعي

---

[598]- انظر: محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، ج1، م.س، ص: 256-257.

[599]- انظر في نفس المعنى: عبد السلام حادوش: إدماج المرأة في التنمية ، م.س، ص: 396.

وفي نفس الإطار « كتب داوود من محمد بن عبد الحق ، فالذي جرى به العمل عند الفقهاء المصامدة وجزولة أن الزوجة شريكة لزوجها فيما أفاداه مالا بتعنيتهما و كلفتهما مدة انضمامهما ومعاونتها، ولا يستند الزوج بما كتبه على نفسه، بل هي شريكة له فيها بالاجتهاد، والشركة إذا أطلقت تحمل على التساوي ».

- أجوبة العباسي: (مخطوط)، أورده أحمد اد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص: 82

[600]- انظر: - عبد الكبير العلوي المدغري: المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، م.س، ص: 89.

[601]- راجع: عبد السلام حاد وش، م.س ، ص: 403.

[602]- وفي شرح هذه الأبيات، يقول الشيخ محمد بن يوسف الكافي:

« قوله فالمدعي من – الأبيات – يعني إذا أردت معرفة وصف كل منهما، فالمدَّعي وصفه أن يتجرد قوله عن أصل وعرف يشهدان أو أحدهما بصدقه في دعواه، والمدَّعى عليه من عضد وقوي مقاله عرف أو أشهد أصل بصدقه»

- محمد بن يوسف الكافي: إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م.س ، ص: 10.

فيه، بل ولم يدع حتى اختصاصه به...»[603].وهو نفس ما أكدت عليه المحكمة الابتدائية بأكادير[604].

وأخيرا: فإن ما تجدر الإشارة إليه، أن جريان العرف على عدم تحميل **المدعى** عبء **الإثبات** وافتراض الشركة في جانبهم، لا يعني أنهم غير معنيين بالإثبات مطلقا، بل لابد من أن يدلوا بما يفيد أنهم كدوا وسعوا، ونتج عن كدهم وسعيهم مستفاد، إلى غير ذلك من العناصر التي تفيد القاضي في تحديد قدر السعاية من جهة، وإقرار كدهم ومساهمتهم من جهة أخرى، على أن مقتضيات العرف المحلي تفرض على **المُطالَبَ** بحق الكد والسعاية إثبات اختصاصه بالمال موضوع الدعوى، انطلاقا من أن العرف يفترض وجود الشركة، وهذا ما يجعل قواعد إثبات حق الكد والسعاية متأثرة بالعرف، فهل الأمر كذلك بالنسبة لمحل إثباته؟.

الفقرة الثانية:

محل الإثبات في دعوى حق الكد والسعاية

المقصود بمحل الإثبات، الشيء أو الواقعة المراد إثباتها، والتي إما أن تكون واقعة قانونية، أو تصرفا قانونيا[605]، على أنه يشترط فيه — حسب القواعد العامة — خمس شروط أساسية:[606]

1. أن تكون الواقعة المراد إثباتها محل نزاع.
2. أن تكون الواقعة محددة ومعلومة.
3. أن تتعلق الواقعة بالحق المطالب به.
4. أن تكون الواقعة المراد إثباتها جائزة القبول.
5. أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات قانونا.

وبالنسبة للفقه الاسلامي، فقد وضع الفقهاء لمحل الإثبات خمس شروط أساسية، سموها بشروط المدعى به، وهي: [607]

---

[603]- حكم القاضي المقيم بماسة، عدد 87/61 ملف رقم 87/62، مؤرخ في 1987/07/28. - الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م س، ص 137.

[604]- راجع الحكم منشورا عند الحسين الملكي: م.س، ص: 142.

[605]- المقصود بالتصرف القانوني، هو التصرف المبني على وجود إرادة مزدوجة أو منفردة تهدف إلى إحداث أثر قانوني، مثل العقد الذي هو بمثابة تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين بهدف إنشاء حق شخصي أو اكتساب حق عيني.

أما الواقعة القانونية، فهي « واقعة مادية يرتب القانون عليها أثرا » وهي إما أن تكون « واقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها كالموت، وقد تكون واقعة اختيارية حدثت بإرادة الإنسان كالبناء والغراس.وإذا كانت واقعة اختيارية، فقد يقصد الإنسان من ورائها إحداث الأثر القانوني المترتب عليها، كالاستيلاء والحيازة وقد لا يقصد هذا الأثر، كدفع غير المستحق، وقد يقصد عكس هذا الأثر كالعمل غير المشروع ..... فهي دائمة واقعة مادية، وليس إرادة كما هو الحال في التصرف القانوني.» - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني: ج2، م.س، ص: 1- 2 .

[606]- انظر تفصيل هذه الشروط:

- إدريس العلوي العبدلاوي : وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي ، م.س، ص: 25-31.

1- أن يكون الشيء أو الحق المدعى به معلوما.
2- أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت.
3- أن يكون المدعى به مما يدخل في نطاق المصالح المعتبرة.
4- أن يكون المدعى به مشروعا.
5- أن يكون المدعى به عند ثبوته لازما للخصم.

وبالرجوع إلى مقتضيات حق الكد والسعاية باعتباره عرفا محليا، يكون محل الإثبات فيه — طبقا للتحديد الأنف الذكر — منصبا على الواقعة التي أنشأته، وهي الشركة العرفية، على أن استخلاص عرف الكد والسعاية يبقى عملا قانونيا يرتبط بعمل القاضي، ولا حاجة للأطراف أو مدعي هذا الحق إلى إثباته.

فما دام أن العرف هو قانون، فإن وظيفة القاضي تفرض عليه العلم المسبق به، وإن كان من الناحية العملية يصعب هذا الأمر،[608] خلافا للعادة الاتفاقية التي يجب على المتقاضين إثباتها.[609]

وقد أكدت المحكمة الابتدائية بمراكش على هذا المعنى، **معتبرة أن قاضي** الموضوع ملزم قانونا بمعرفة عرف الكد والسعاية مادام أن العرف يعتبر مصدرا من **مصادر القانون.**

جاء في حيثيات **الحكم:**

« وحيث إنه من جهة ثانية، فإن المحكمة ملزمة بتطبيق النصوص القانونية على الدعاوى المعروضة عليها بصفة تلقائية ولو لم يطلب منها ذلك،**طبقا للفصل الثالث من** قانون المسطرة المدنية، وأن القواعد القانونية تستمد من مجموعة من المصادر، ومنها العرف، الذي يطبقه القاضي، ويلزمه معرفته من غير أن يطلب من الخصوم إثباته، والنازلة موضوع الدعوى تتعلق بحق الكد والسعاية المستمد من الأعراف المحلية **لمنطقةسوس ملسة.»**[610].

وعلى هذا الأساس أيضا، نقض المجلس الأعلى قرار المحكمة الاستئناف باكادير لتبنيها الحكم الابتدائي الذي تجاهل تطبيق مقتضيات حق الكد والسعاية حسب العرف **السائد بسوس.**

جاء في حيثيات قرار المجلس الأعلى:

« حقا، حيث إن الحكم المطعون فيه تبنى الحكم الابتدائي وصححه.

---

[607]- راجع تفصيل ذلك: - محمد الحبيب التجكاني: النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقانون الوضعي، سلسلة الدراسات التشريعية رقم 1 ، طبع دار النشر المغربية – الدار البيضاء – طبعة 1405هـ/ 1985م، ص: 170.
ولقد لخص هذه الشروط صاحب لامية الزقاق بقوله:

يؤول لذا أوذا **وكان محققا** *** **ومعتبرا شرعا وعلما به صلا**
وذا غرض إن صح مع نفي عادة *** **مكذبة فامر مجيبا وأبطلا**
إذا إختل شرط بذا المجيب من ادعى *** عليه يرى بالعرف أو ما تأصلا

- انظر: محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني: شرح لامية الزقاق، م.س، ص: 138.

[608]- انظر : - محمد الكشبور : رقابة المجلس الأعلى على المحاكم الموضوع ، م.س ، ص: 166.
- إدريس العلوي العبدلاوي : وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م.س، ص : 22.

[609]- محمد الكشبور: م.س، ص: 168 وما بعدها.

[610]- حكم ابتدائية مراكش، عدد 322، ملف رقم 04/08/99، مؤرخ في 2004/12/27 (غير منشور).

وحيث يتضح من الإطلاع على الحكم الابتدائي أنه يكتسي صبغة **القصور في** الأسباب، ولم يجر على السنن المتبعة في القطر السوسي في شأن الكد والسعاية للزوجات المتوفى عنهن أو المطلقات، والتي نص عليها الفقهاء في فتاويهم وأحكامهم، ومما أشير إلى بعض منه في الوسيلة، مما تكون معه الوسيلة في محلها، وما أجابت عنه المطلوبة في النقض لا يقاوم ما نعته وسيلة النقض على الحكم.»[611].

من هنا، يبدو أن محل الإثبات في حق الكد والسعاية، يخضع لنفس الضوابط المتعلقة بمحل الإثبات حسب القواعد العامة، على أن العناصر التي يتطلبها القضاء لثبوت حق الساعي في مال الأسرة تبقى متنوعة بحسب طبيعة محل المطالبة بهذا الحق من جهة، وطبيعة العمل المبذول من قبل الساعي من جهة ثانية، وبصيغة وشكل مساهمة هذا الأخير من جهة ثالثة.

وإجمالا، يمكن رصد العناصر المتطلبة قضائيا – **انطلاقا من جرد الأحكام والقرارات المتوفرة في الموضوع، والتي ترتكز في كليتها** على صورة مطالبة الزوجة لزوجها بحق الكد والسعاية – **لإثبات حق الكد** والسعاية فيما يلي:[612]

1 – **إثبات كون الساعي يعمل، وأنه سخر هذا العمل في سبيل تكوين ثروة الأسرة أو تنميتها:** جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بأكادير توضيحا لهذا الأمر،« حيث اتضح للمحكمة من خلال دراستها للملف أن مأخذ الطاعنة على الحكم الابتدائي غير مرتكز على أساس، ذلك أن الطلب يرمي إلى استحقاق نصيب – **نصف – الأملاك** المدعى فيها، بعلة أنها ناتجة عن كد الزوجة وسعايتها إلى جانب الزوج خلال فترة استمرار العلاقة الزوجية، وأن مثل هذا الطلب يقتضي إثبات كون الزوجة عاملة، أي لها عمل محدد ومعروف ومنتج، وليست من ذوات الحجاب، وأنها بعملها قد ساهمت بشكل غير مباشر في إنماء ثروة الزوج.»[613]

2- **بيان طبيعة مساهمة الساعي ونوعها و ما إذا كانت مساهمة بمال أو عمل أو هما معا مع تحديد نوع كل منهما**: ولذلك اعتبرت المحكمة الابتدائية بأكادير أن من الواجب على الزوجة مدعية حق الكد والسعاية بيان نوعية عملها وطبيعته، جاء **في** حيثيات الحكم:

---

[611]- قرار المجلس الأعلى عدد177، ملف رقم 74469، مؤرخ في 1980/05/12، الغرفة الاجتماعية، أورده منشورا الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 68.

[612]- وحول بعض هذه العناصر راجع:

- محمد الخضراوي: دور المجلس الأعلى في حماية حقوق المرأة، م.س، ص: 128.
- الصديق بلعريبي: السعاية، م.س، ص: 70.

[613]- قرار محكمة الاستيناف بأكادير، عدد 806، ملف رقم 534-03 مؤرخ في 2004/09/14 (غير منشور).

وانظر في نفس الاتجاه:

- قرار محكمة الاستيناف بأكادير عدد 211، ملف رقم 99/206، مؤرخ في 2000/06/9 (غير منشور).

« وحيث إنه بالرجوع إلى رسم السعاية أعلاه، والذي يشهد فيه شهوده بكد المدعية وسعايتها مع زوجها كطرازة بالآلة، فإن الوثيقة لم توضح نوعية عمل المدعية كطرازة بالآلة.»[614].

3- **إثبات وجود أملاك مستفادة، وأن هناك دمنة**: وهذا العنصر ضروري في استحقاق حق الكد والسعاية، فقد ذهبت المحكمة الابتدائية بأكادير إلى أن عدم بيان الاستفادة التي حصلت للزوجين، وكذا هل هناك دمنة أم لا، يجعل من طلب حق الكد والسعاية ناقصا، جاء في حيثيات الحكم:
« وحيث إن الكد والسعاية غير مبنية، وأن الاستفادة التي حصلت للزوجين غير واضحة، وحيث إن المدعين لم يبينوا هل هناك دمنة أم لا حتى تعلم حظوظ السعاية، حسب ما جرى بذلك العرف والعادة...»[615]

4- **بيان قدر السعاية ونوع ما يطلب الساعي منه سعايته**: وهذا ما أكد عليه حكم قاضي تزنيت، حيث اعتبر أن المدعية لا تستحق حقها من الكد والسعاية، لأنها «لم تبين قدر سعايتها ولا ما هو النوع الذي تطلب منه سعايتها». [616]

هذه إذن بخلاصة، أهم عناصر الإثبات التي تعتمد عليها محاكم الموضوع كأساس لترتيب حق الكد والسعاية، إلا أن السؤال يبقى مطروحا حول وسائل إثبات حق الكد والسعاية من حيث نوعها، ومدى خضوعها للقواعد العامة للإثبات من عدمه؟.

• المطلب الثاني:

وسائل الإثبات في دعوى حق الكد والسعاية

إن المبدأ العام المتفق عليه ، أن السعاية تعتبر من المسائل الواقعية التي يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات، على أن شهادة الشهود، سواء منها المضمنة في شكل لفيف عدلي، أو عن طريق إحضار الشهود والاستماع إليهم، تعتبر من أهم الطرق المستعملة والشائعة في إثبات السعاية على المستوى العملي، خاصة وأن استحضار الدليل الكتابي

---

[614]- حكم ابتدائية أكادير عدد 94/55، ملف رقم 93/429، مؤرخ في 1994/02/15. الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س ص: 152.
- وانظر كذلك، حكم ابتدائية أكادير ملف رقم 97/102،(تضمنه قرار محكمة الاستيناف بأكادير عدد 211 ملف رقم 99/206، مؤرخ في 2000/06/09) (غير منشور).

[615]- حكم ابتدائية أكادير عدد 335، ملف رقم 72/585، مؤرخ في 1973/12/12 ، الحسين الملكي: م.س، ص: 93.
وفي نفس السياق، ذهبت المحكمة الابتدائية بالرباط إلى رفض طلب المدعية لكونها لم تدل بما يثبت حقها ولا بما يفيد وجود ممتلكات .
- ابتدائية الرباط، حكم عدد 104، ملف رقم 89/13/07، مؤرخ في 1989/04/26، الحسين الملكي: م.س، ص: 163.

[616]- حكم قاضي مدينة تزنيت، ملف رقم 1959/309 مؤرخ في 1959/10/14. الحسين الملكي: ، م.س، ص: 183

في هذا المجال، يكون منعدما، نظرا لطبيعة العلاقة الخاصة التي تربط بين السعاة، والتي تدفعهم إلى الامتناع عن الكتابة لاعتبارات أخلاقية وثقافية،[617] (**الفقرة الأولى**).

إلا أن هذا لا يعني عدم إمكانية الاستفادة من الوسائل الأخرى للإثبات، **وخصوصا الإقرار**، واليمين، **والقرائن** (**الفقرة الثانية**)، **على أن ارتباط المطالبة بحق** الكد والسعاية بعقار محفظ يطرح السؤال حول مدى ملائمة نظام التحفيظ [التقييد] العقاري لإثبات حق الكد والسعاية (**الفقرة الثالثة**).

الفقرة الأولى:

شهادة الشهود كوسيلة إثبات متداولة

عرف ابن عرفة الشهادة بقوله: « قَول هو بحيث يوجبُ على الحاكم سَمَاعَهُ الحُكْمَ بِمُقْتَضَاهُ إن عُدلَ قائله مع تَعَدُدِهِ أو حَلِفَ طَالِبُهُ »،[618] وعرفها بن فرحون بأنها: « إخبار يتعلق بمعين، وبقيد التعيين، تفارقه الرواية » .[619]

والشهادة بهذا المعنى تعتبر من أهم وسائل الإثبات المعتمدة في دعوى حق الكد والسعاية، ويرجع السبب في ذلك إلى عاملين أساسيين:

الأول: عامل تاريخي وثقافي، يرتبط بظهور الممارسة العرفية لحق الكد والسعاية بمجال كانت فيه الشهادة تعد الوسيلة السائدة والمعتمدة المعتمدة في إثبات المعاملات التي في جلها كانت تستغني عن شكلية الكتابة؛ أضف إلى ذلك، فاقتصار إعمال مقتضيات حق الكد والسعاية في إطار محدود وهي الأسرة، شكل عاملا مهما في عدم اللجوء إلى توثيق المعاملات بين أفرادها لاعتبارات أخلاقية و ثقافية على الخصوص.

الثاني: عامل عملي وموضوعي، يتمثل في أن الشهادة تعتبروسيلة إثبات سهلة وميسرة، ولا يتطلب الأمر في الحصول عليها كثيرا من العناء والشقاء، فالأمر لا يكلف سوى استجماع العدد المتطلب في شهادة اللفيف، أو إحضار الشهود لإدلاء بشهادتهم أمام المحكمة، خاصة وأن وسائل الإثبات الأخرى تطرح صعوبات من حيث الضوابط التي تتطلب إعمالها.

والشهادة المعتمدة في إثبات حق الكد والسعاية، إما أن تكون في صورة شهادة الشهود أمام المحكمة، وهذا ما يطلبه القاضي في كثير من دعاوى حق الكد والسعاية بقصد جلاء

---

[617]- انظر في هذا المعنى:

- أحمد إد الفقيه: ضمانات حقوق المرأة المالية في ممتلكات الأسرة.... أية ضمانات ؟ مجلة المحامات، العدد 40، أبريل 1997 ، ص: 106- 107.

[618]- انظلا: أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج2، م.س، ص: 582.

[619]- برهان الدين محمد بن فرحون: تبصرة الحكام ، ج1، م.س، ص: 164.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن الفقهاء يميزون بين الشهادة كوسيلة للإثبات، وبين الرواية؛ فعلى الرغم من أن كلا منهما خبر، إلا أن الشهادة خبر تعلق بجزئي، وقصد به ترتيب فصل القضاء عليه، خلافا للرواية التي ليست كذلك. انظر في بيان هذا التمييز: - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة، ج2، م.س، ص: 138.

حقيقة الدعوى،[620] وإما أن تتم في إطار شهادة اللفيف،[621] التي يجب – **إنطلاقا من استقراء بعض الأحكام والقرارات** القضائية – ألا تحمل أي تناقض بينها وبين تصريحات الشهود **أمام المحكمة**، وإلا ردت الشهادة، **فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بأن المحكمة** « لم تناقشت الحجج التي استدلت بها الطالبة واستمعت إلى تصريحات الشهود أثناء البحث الذي أجرته، وتبين لها عن حق أنهم لا يعرفون الأرض المتنازع فيها، وأن تصريحاتهم مناقضة لما سبق وأن صرحو به أمام العدلين المتلقين للشهادة، تكون قد أسست قضاءها **على أسباب** تبرر ما انتهت إليه وعللت قرارها تعليلا سليما.»[622].

أضف إلى ذلك، أن نقصان علم الشهود بأحوال المتنازعين، إما لاختلاف مكان إجراء الشهادة والمحل المدعى فيه، حيث أيدت محكمة الاستئناف بأكادير حكم المحكمة الابتدائية **انطلاقا من أن** « اللفيف المدلى به أنجز بمدينة خريبكة والعقار المدعى فيه يوجد بمدينة أكادير، [ومن ثم] صار اللفيف المذكور عاما...الشيء الذي يجعله ناقص عن درجة الاعتبار **الشرعي**. »[623].

أو لاختلاف الزمان بين الشهود وطرفي الدعوى، حيث رفضت المحكمة الابتدائية **الاعتبار برسم السعاية** لكون أن « المدعية قد عقد عليها زوجها بتاريخ 20 يناير 1951 **أي قبل** 15 سنة من ازدياد بعض شهود السعاية، وأن هؤلاء لا علم لهم بالوضعية المادية

---

[620]-ومن ذلك ما جاء في حكم ابتدائية انزكان بأنه « وحيث أن المحكمة وللوقوف على الحقيقة... وللتأكد من عمل الزوجة وما قد تكون قد قدمته من مجهودات وأموال ومساهمة في تنمية أموال الأسرة التي تكونت خلال الحياة الزوجية، فإنها أمرت بإجراء البحث، والذي اتضح من خلال المحضر المنجز بتاريخ 2005/02/16 أن جميع الشهود قد أجمعوا بعد نفيهم القرابة والعداوة وأدائهم اليمين القانونية، أن المدعية كانت تكد وتجتهد بجانب زوجها طيلة فترة الزواج .»

- حكم ابتدائية انزكان، عدد 447 ملف رقم 2004/38، مؤرخ في 2005/03/23 (غير منشور).

وانظر في نفس الاتجاه: - حكم ابتدائية أكادير عدد 86/221، ملف رقم 86/54 مؤرخ في 1986/12/26،- الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 142.

[621]- شهادة اللفيف، تطلق على الوثيقة التي تتضمن بها شهادة عدد من الناس غير مزكين أو معروفين بالعدالة أو منتصبين للشهادة، وهي على ما ذهب إليه فقهاء المالكية المتأخرين على وجهين:

- شهادة جماعة من الناس يحصل مع خبرهم العلم، لاستحالة تواطئهم على الكذب، كشهادة أهل القرية على رؤية الهلال ويسمى باللفيف التواتري.

- شهادة من لا يحصل بخبرهم العلم، وهو الذي جرى به العمل لدى المتأخرين لتعذر وجود العدول في كل وقت ونازلة.

وشهادة اللفيف يصح اعتمادها في كل ما لم يوجب القانون إثباته بوسيلة معينة (قرار المجلس الأعلى عدد 34 ملف رقم 61405 مؤرخ في 1980/02/06، منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 6 يونيو 1983، ص 145.) سواء في القضايا المدنية والعقارية، أو الأحوال الشخصية والحالة المدنية.

وحول القوة الثبوتية لشهادة اللفيف العدلي في هذه المجالات المختلفة، وموقف القضاء منها انظر:

- سعيد كوكبي: شهادة اللفيف العدلي بين حجيتها والحاجة إليها في الإثبات أمام القضاء، مجلة ندوات محاكم فاس، العدد الأول، أكتوبر 2003، ص 86 وما بعدها.

ولأخذ فكرة موسعة حول مفهوم شهادة اللفيف وحجيتها في الإثبات انظر:

- سعاد داد: اللفيف وحجيته في الإثبات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض ،كلية الحقوق – مراكش – السنة الجامعية، 1998- 1999، ص: 27 وما بعدها.

- محمد بن معجوز: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديد – الدار البيضاء – طبعة 1416ه/ 1995م، ص: 234 وما بعدها.

[622]- قرار المجلس الأعلى عدد1018،رقم 97/1/2/139، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، مؤرخ في 2005/10/26 (غير منشور). وانظر في نفس الاتجاه: - حكم ابتدائية إنزكان، عدد 1601، رقم 2004/185، مؤرخ في 2004/12/29 (غير منشور)

[623]- قرار محكمة الاستئناف بأكادير عدد518،ملف رقم 00/138،مؤرخ في 2000/11/17 (غير منشور).

للزوج، ولا بذمته المالية قبل أن يعقد على المدعية، مما تكون معه الوثيقة ناقصة ويتعين معه **الحكم بعدم قبول الطلب.**»[624].

وعموما، يبقى تقدير الشهادة ومدى الاعتبار بها من عدمه، خاضعا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي له أن يأخذ بالشهادة متى اطمأن إليها، أو ألا يأخذ بها متى ارتأى له ذلك، ولا رقابة للمجلس الأعلى عليه في هذه الحالة[625].

الفقرة الثانية:

وسائل الإثبات الأخرى.

سبق القول، بأن السعاية والكد مسألة واقعية يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات، فبالإضافة إلى شهادة الشهود، جرى العمل فقها وقضاء على إمكانية إثبات هذه الأخيرة حتى باليمين والإقرار وكذا القرائن القضائية القوية.

أولا: يمين الإنكار:

في الحالة التي يعجز فيها مدّعي حق الكد والسعاية عن إثبات سعايته، فلا يبقى أمامه سوى إعمال مقتضيات اليمين، وارْتِجَاءِ **النكول من طرف الخصم**[626].

وهذا ما أقره القضاء المغربي في مناسبات عديدة، **فقد جاء في قرار** لمحكمة الاستئناف **بأكادير**، أنه لما كانت « دعوى المستأنفة هي دعوى مالية، وحيث إن دعاوى المال في حالة **عدم إثبات** المدعي لدعواه توجه اليمين على المدعى عليه ردا لدعوى المدعي مع إعمال قاعدة التكول عملا بالحديث "شاهداك أو يمينه" **وقول المتحف.**

والمدعى عليه باليمين * في عجز مدع عن التبيين**...إلخ

وحيث ينبغي لذلك إبطال الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب **المستأنفة** والتصدي، والحكم على المستأنف عليه بيمين الإنكار ردا لدعوى المدعية على أنه لا يعلم لها أي حق في الدار المدعى بها، فإن حلف سقطت دعوى المدعية،وإن نكل تخلف المدعية على

---

[624]- حكم ابتدائية أكادير عدد 94/55 ملف رقم 93/429 مؤرخ في 1999/02/15. –الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 152.

[625]- انظر على سبيل المثال: قرار المجلس الأعلى عدد 1018، ملف رقم 139- 97/1/2، مؤرخ في 2000/10/26، غرفة الأحوال الشخصية (غير منشور).

[626]- وتسمى هذه اليمين بالفقه الإسلامي اليمين الدافعة أو يمين الإنكار، وهي « تتوجه على المدعى عليه عندما يعجز تامدعي عن إثبات دعواه.».

ويمين الإنكار لا توجه للمدعى عليه المنكر إلا في الدعاوى المالية التي تقتضي عمارة الذمة.

- انظر : محمد بن معجوز: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، م.س، ص: 253 ومابعدها.

صحة دعواها وما تدعيه وتستحق حينئذ ربع الدار المدعى بها، وإن نكلت فلا شيء لها.»[627].

وفي قرار آخر، اعتبرت محكمة الاستئناف **بأكادير** بأن الحكم الابتدائي كان في محله من حيث رفضه لطلب المدعية في الكد والسعاية،وإقراره بأن المدعى عليه يمين الإنكار مع **مراعاة قاعدة النكول**.[628]

فانطلاقا من القرارين، يتضح أن إعمال يمين الإنكار لإثبات دعوى الكد والسعاية، تبقى وسيلة فعالة في حسم النزاع، ومن ثم إثبات استحقاق الساعي لحقه أو نفي ذلك، لكن ما يمكن لفت الانتباه إليه، أن بعض الفتاوى — **بالنظر** إلى جريات العرف بخدمة السعاة — كانت تتساهل في إثبات حق الكد والسعاية عن طريق اليمين، وتكتفي بأن **يحلف الساعي على** أنه كد وسعى **لا**على وجه الإحسان والبر، وإنما على وجه الشركة، **من دون مراعاة قاعدة** توجيه يمين الإنكار للمدعى عليه وارتجاء النكول، فقد جاء في كتاب المنهل العذب « **إذا** ادعى الولد على أبيه بكده وكسب يده في جميع ما عنده من المال وغلة الأصول، فعليه أن يحلف أنه لم يقصد بخدمته البر والإحسان إليه، فيعطى سعايته على حسب العادة **والعرف...**».[629]

ثانيا: الإقرار.

إن الإقرار، **باعتباره** وسيلة إثبات تقوم على أساس « اعتراف شخص بحق عليه للآخر قصد ترتيب حق بذمته وإعفاء الآخر من إثباته»،[630] يشكل وسيلة مهمة جرى العمل بقبولها في إثبات حق الكد والسعاية.

وهو يأتي على صورتين:

إما أن يكون إقرارا قضائيا، يعترف بموجبه المدعى عليه في إطار دعوى حق الكد والسعاية بثبوت هذا الحق لفائدة خصمه أمام القضاء ،ولو لم يثبت الساعي حقه بنفسه،[631] وإما أن يكون إقرارا غير قضائي لا يتم أمام القاضي وينصب على الاعتراف للساعي بحقه

---

[627] - قرار استئنافية أكادير عدد339، ملف رقم91/182، مؤرخ في 1999/12/13 - الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 108.

[628]- قرار استئنافية أكادير، عدد673 ملف رقم 79/101، مؤرخ في 1979/10/9، أنظر - الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 129.

[629] - محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل،ج2، م.س، ص:236- 237، وانظر في نفس المعنى، فتوى أوردها عيسى بن علي الحسين العلمي في كتابه النوازل ج1،م.س، ص: 187- 189، وراجع أيضا تعليق الأستاذ عبد الكبير العلوي المدغري على هذه الفتوى: المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، م.س، ص:89.

[630]- أنظر - إدريس العلوي العبدلاوي: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م.س، ص:161.

وقد عرف بن عرفة الإقرار بقوله:« خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه ». – أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، ج2، م.س، ص: 443 ، وقال عنه ابن رشد بأنه « الإخبار عن أمر يتعلق به حق الغير». – انظر: برهان الدين محمد بن فرحون: تبصرة الحكام، ج2، م.س، ص: 55.

[631]- أنظر في أمثلة لبعض القرارات والأحكام التي أقرت بالإقرار كوسيلة لإثبات حق الكد والسعاية:

- قرار استئنافية مراكش عدد 410 ملف رقم 83/1346 مؤرخ في 1984/03/30.
- المحكمة الشرعية بتزنيت، حكم عدد639، ملف رقم 1960/367،مؤرخ في 1960/11/05.
- حكم محكمة الشرع بتزنيت، ملف رقم 98/178 مؤرخ في 1958/06/24.
- حكم المحكمة الشرعية بتزنيت، ملف رقم 1960/261مؤرخ في 1460/09/20.
- حكم المحكمة الشرعية بتزنيت، ملف رقم 1960/18 مؤرخ في 1960/01/27.
- أنظر جميع هذه الأحكام والقرارات عند:الحسين الملكي: ن.م، ص: 97، 186، 190، 220، 223.

أمام الجماعة أو العدول، وهذا النوع من الإقرار غالبا ما يتم تضمينه في وثيقة عدلية توضح مضمون الاعتراف ونطاقه.[632]

ثالثا: القرائن القضائية:

في كثير من القضايا، تكون للقرائن القضائية دورا مهما في إثبات السعاية، ذلك أن القاضي ومن خلال الوقائع الثابتة لديه، واعتمادا على مجموعة من العناصر التي تبرز من خلال تلك الوقائع ودفوعات طرفي الدعوى، يمكن إذا تأكد لديه وجود قرائن قوية تثبت مساهمة السعاة في تكوين أو تنمية مال الأسرة، أن يقر لفائدة مدعي حق الكد والسعاية بحقه.

وهذا ما يمكن استخلاصه من بعض الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع،والتي يظهر من خلالها،توجه المحكمة نحو الإقرار بحق الكد والسعاية بناء على مجموعة من القرائن التي تثبت مساهمة الساعي في تكوين ثروة الأسرة أو نمائها.[633]

وإجمالا، فإن قاضي الموضوع تبقى له سلطة تقديرية واسعة في تقييم الحجج وتقديرها، بحسب قناعاته في الموضوع،ولا يخضع في ذلك لرقابة المجلس الأعلى،وهو ما فتئ يؤكد عليه المجلس الأعلى بنفسه.[634]

الفقرة الثالثة:

مدى ملاءمة نظام التحفيظ [التقييد] العقاري لإثبات حق الكد والسعاية.

في كثير من الحالات، قد يكون محل المطالبة بحق الكد والسعاية منصبا على عقار محفظ، وقد يكون هذا العقارمقيدا أو تم تحفيظه باسم (المدعى عليه) المطالب بهذا الحق، مما يطرح السؤال حول إمكانية إثبات حق الكد والسعاية في هذا الوضع؟

الحقيقة أن الإجابة على هذا التساؤل يمر عبر التمييز بين ما إذا كان الأمر يتعلق بالتحفيظ أم التقييد؛ فإذا كان العقار موضوع المطالبة بحق الكد والسعاية قد تم تحفيظه باسم (المدعى عليه) المطالب بهذا الحق، فإن قواعد التحفيظ العقاري في هذه الحالة، يقضي باعتبار هذا الأخير المالك الوحيد للعقار، وأن الرسم العقاري الذي بيده له صفة نهائية لاتقبل الطعن بأي وجه من الوجوه، كما أن جميع الحقوق التي كانت موجودة قبل تحفيظ العقار تعتبر كأن لم تكن إعمالا لمبدأ التطهير الذي يرتكز عليه نظام التحفيظ العقاري.[635]

وعليه فإنه لايبقى أمام السعاة سوى إقامة دعوى شخصية للتعويض عن حقهم في الكد والسعاية طبقا للقواعد العامة.

---

[632]- ومن أمثلة بعض الوثائق التي تضمنت إقرار الزوج لحق زوجته في الكد والسعاية أنظر:

- المختار الهراس:المرأة والملكية في أنجزة إبان فترة الاستعمار:م.س،ص16.

[633]- أنظر: حكم ابتدائية أكادير عدد1118، ملف رقم 99/385، مؤرخ في 2002/12/26 (غير منشور).

- وبمفهوم المخالفة راجع: حكم ابتدائية انزكان، عدد 1601، ملف رقم 2004/185، مؤرخ في 2004/12/29، (غير منشور).

[634]- أنظر: قرار المجلس الأعلى عدد1018، ملف رقم 97/1/2/139، مؤرخ في 2000/10/26 (غير منشور).

[635] - ويجد هذا المبدأ أساسه في كل من الفصل 2 و62 من الظهير الشريف المتعلق بتحفيظ الأملاك العقارية.

لكن بالمقابل، هناك من يرى – **خلافا لما تقدم** – بأن تحفيظ العقار باسم **(المدعى عليه)** ولفائدته لاينهض كدليل على أنه المالك الوحيد للعقار، إذ لاعبرة بما عقده **(المدعى عليه)** في اسمه الشخصي، **حتى ولوقام** بتحفيظه، لأن مقتضيات حق الكد والسعاية تفترض وجود الشركة بين السعاة، وأن عبء الإثبات يقع **على من** يدعي الإختصاص بالعقار، **أي** على الشخص الذي يدعي امتلاكه للعقار بموجب رسم التحفيظ، فالذي جرى به العرف **والعمل،** أن أشرية الزوج وماعقده على نفسه لايعتد بها، وعليه إثبات مدخل تملكه، لأن الأصل هو الشركة.[636]

هذا فيما يتعلق بالتحفيظ، أما بخصوص التقييد، فإن تسجيل(المدعى عليه) **لعقارفي** اسمه ولفائدته – وإن كان يجعل ملكيته للعقار نافذة بالنظر إلى أن التسجيل هو شكلية نفاذ –[637] لا يمنع السعاة من المطالبة بحقهم في الكد و السعاية من خلال استصدار حكم قضائي **بشأن ذلك،** و تسجيله بالرسم العقاري على أساس أنه حق ملكية، حيث يتحول **حق الكد و** السعاية من حق شخصي إلى حق عيني.[638]

لكن، إذا قام (المدعى عليه) بتفويت العقار المسجل باسمه إلى شخص آخر، وقام هذا الشخص بتقييده باسمه في الرسم العقاري، فهل يمكن للسعاة **أنذاك** المطالبة بالتشطيب على هذا التقييد و الحصول على حقهم في الكد و السعاية ؟.

---

[636]- أنظر في هذا المعنى:-عبد السلام بن حادوش: إدماج المرأة في التنمية، م.س، ص: 42.

وفي هذا الإطار، أقرت المحكمة الابتدائية بأنزكان بحق المرأة في الكد والسعاية، حتى وأن العقارات موضوع المطالبة بهذا الحق هي عقارات محفظة باسم الزوج، واعتبرت أنه مادام قد ثبت كد وسعاية الزوجة، فإن ذلك يبرر استحقاقها جزء من تلك العقارات ولو أنها مسجلة في اسم الزوج. أنظر:

- حكم ابتدائية إنزكان، عدد447، ملف رقم2004/38، مؤرخ في 2005/03/23 (غير منشور).

[637]- المقصود بشكلية النفاذ، هي الشكلية التي يشترطها القانون لكي ينتج العقد أثاره في مواجهة الغير، ولا تأثير لها على وجود العقد أو صحته، لكن اشترطها المشرع حماية للغيلر من تصرف لايعلم به، أو لم يكن في وسعه أن يعلم به، وأكثر من ذلك، فقد يوقف القانون إنتاج العقد لبعض آثاره بين المتعاقدين أنفسهما على استنفاذ هذه الشكلية

انظر : أحمد ادريوش أصول نظام التحفيظ العقاري بحث في مصادره المادية و الرسمية و في توجيه لبفقهاء لنظر الشرع الإسلامي عليه، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية – الرباط – الطبعة الأولى 1424 هـ / 2003 م ص 116 – 117

[638]- خلافا لذلك، هناك من يرى بأن الأمر إذا تعلق بعقار محفظ، فإن مدعي حق الكد و السعاية ليس له إلا وسيلة إثبات واحدة و هي وجود حقه مسجلا بالرسم العقاري دون التمييز بين ما إذا كان الأمر متعلقا بالتحفيظ أم بالتسجيل .

أنظر: راجع عبد السلام حسن رحو: تعليق على القرار عدد1520 المتعلق بحق الكد والسعاية، م س، ص: 337.

و أنظر كذلك قرار المجلس الأعلى حيث جاء في حيثياته ما نصه: « وحيث 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 المدعي فيه، ما دامت غير مسجلة على الشياع في الرسم العقاري، عملا بمقتضيات الفصل 67 من ظهير 12غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري،وما دامت المحكمة قد اعتبرت أن ما أدلت به الطالبة غير كاف لاستحقاقها لعقار محفظ باسم الغير، الأمر الذي تكون معه الوسيلة في وجهيها المذكورين غير مرتكزة على أساس...»

- قرار المجلس الأعلى عدد 1520، ملف مدني رقم 97/2276، مؤرخ في 1998/03/05، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 52، السنة20، يوليوز1998، ص: 329.

وانظر في نفس الاتجاه :

- قرار محكمة الاستئناف بالرباط، عدد 2003، ملف رقم 89/8746، مؤرخ في 1991/84.
- حكم ابتدائية الرباط، عدد 447، ملف رقم/89/13، مؤرخ في 1985/04/26.

منشوران عند: الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 116و163 على التوالي.

في هذه الحالة يجب التمييز أيضا بين ما إذا كان الشخص المفوت إليه العقار حسن النية أم سيئها؛ فإذا كان حسن النية، فإن التقييد الذي قام به يكتسي قوة قاطعة و لا يمكن التشطيب عليه، طبقا للفقرة الثانية من الفصل 66 من الظهير الشريف المتعلق بتحفيظ الأملاك العقارية 12 غشت 1913. [639]

و عليه، فإنه لا يكون أمام السعاة أي حق في المطالبة بالتشطيب على التقييد الذي قام به المفوت إليه حسن النية، أما إذا كان المفوت إليه سيء النية، كأن يكون عالما بوجود حقوق للسعاة متعلقة بنفس العقار موضوع التفويت، فإن التقييد في هذه الحالة لا يكون له أي حجة قاطعة في مواجهة السعاة، ومن تم يكون لهم الحق في المطالبة بالتشطيب على التقييد و إبطال التفويت .

خلاصة القول: أن نظام التحفيظ العقاري بقواعده المتعددة و المتمايزة في نفس الوقت، يشكل عقبة قانونية أمام استحقاق السعاة لحقهم في الكد و السعاية، **خصوصا وأن** نشأة هذا الأخير وتبلوره كممارسة فعلية، كان في إطار بيئة قانونية تميل إلى البساطة في الإثبات، ولا تعرف مثل هذه الأنظمة القانونية الشكلية، وهو ما يفسر لنا وجود صور تعارض بين كل من قواعد إثبات حق الكد و السعاية، و نظام التحفيظ العقاري .

• المبحث الثاني:

خضوع قواعد فرز حق الكد والسعاية للعرف المحلي.

بعد ثبوت حق السعاة في المستفاد من مال الأسرة الذي ساهموا فيه بجهدهم وكدهم تنمية وتكوينا، يعمد القاضي أو من يتولى الفصل في الموضوع إلى الشروع في عملية القسمة وفرز أنصبة السعاة إذا كانوا متعددين، أو الساعي إذا كان منفردا، وذلك وفق ضوابط **وطرق محددة**، تخضع في جلها لمقتضى العرف المحلي وما جرى عليه عمل القضاء في **القسمة**.

ويظهر تأثر قواعد فرز حق الكد والسعاية وتحديد أنصبة السعاة من المستفاد بالعرف المحلي في مستويين:

الأول: يرتبط بطريقة القسمة المعتمدة في تحديد حظوظ السعاة وتمييزها عن رأس **المال (الدمنة) إن وجد (المطلب الأول).**

أما الثاني: فيتعلق بالمعايير والضوابط التي يستخدمها القائم بأعمال القسمة في تقدير **أ**نصبة السعاة، حيث كثيرا ما يعتمد على العرف كمعيار معتبر في ضبط أنصبتهم وتحديدها **(المطلب الثاني).**

---

[639]- ينص الفصل 66 على ما يلي : « كل حق من الحقوق العينية الموظفة على العقار المحفظ [المقيد] لا يحتج بها على الغيرإلا إذا ضمنه المحافظ في الرسم العقاري (وابتداءا من تاريخ التضمين).
و أما الغاء التضمين المذكور فلا يمكن الإحتجاج به على الغير في جميع الأحوال إذا كان هذا الخير صادقا في كلامه (حسن النية) »
- أحمد ادريوش: القانون العقاري الجديد ، م.س،ص: 78- 79

• المطلب الأول:

طريقة القسمة المعتمدة في فرز حق الكد والسعاية.

من المتفق عليه فقها، وقضاء، وعرفا، أن إجراء القسمة وفرز أنصبة السعاة في إطار حق الكد والسعاية، يقتصر فقط على الأموال العقارية والمنقولة التي نَمَتْ وَتَكَوَّنَتْ نتيجة لمجهود السعاة ومساهمتهم، على أن الأموال التي كانت موجودة قبل قيام الشركة العرفية بين السعاة، أو التي وجدت بعد قيام تلك الشركة، لكنها لم تكن نتيجة سعيهم وكدهم، فإنها تبقى بعيدة عن مشروع القسمة، ولا تدخل في نطاقه، وإنما ترجع لمالكها وصاحب الأمر فيها، وذلك انسجاما مع مقتضيات مبدأ استقلال الذمة المالية التي تقرره الشريعة الإسلامية في هذا الإطار؛ فكل الأموال التي يكتسبها أحد السعاة بكده وجهده، أو تنتقل إليه بطريق شرعي، كالإرث، والهبة، وغيرهما، فإنها تظل ملكية خالصة له، ولا مدخل لغيره فيها، وفي هذا يقول الناظم:[640]

وما به الزوج من الكسب انفرد ** لاحق للزوجة فيه يعتمد
كذلك ما عن الحليل تنفرد ** به فلا حق له فيما يرد

وعلى هذا الأساس ذكر صاحب "الأجوبة وظواهر الأدلة" أنه « إن كانت للزوج حرفة يكتسب بها كسبا يستبد به، فله ما اشترى على كل واحد حتى يثبت خلافه، وإن لم تكن له حرفة إلا ما استفاد من غلة دمنة زوجته، أو غلة غنمها، أو غير ذلك، فالمشترى بينهما أنصافا على وجه الاستحسان.».[641]

وفي أجوبة المتأخرين، أن « الذي نص عليه علماؤنا أن النساء إذا كن ذوات سعاية في شيء، شريكات للأزواج بحسب سعايتهن، ولا شيء لهن فيما لا سعاية لهن فيه، كشرطه[642] وهبته إلا بالميراث..».[643]

وعلى المستوى القضائي، فالقضاء متفق على أن المطالبة بحق الكد والسعاية لا تنصب إلا على الأموال التي كانت محل مساهمة من قبل المدعي، دون غيرها من الأموال

---

[640]- نص عليها ابن هلال في فتاويه، انظر:
- محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، ج2، م.س، ص:236، - وفي نفس السياق نظم الشيخ عبد الرحمان الجشتمي في أرجوزته بقوله:

وما استفاد المرؤ من كالشرط * لطالب أسفر ذي شحط**
به يخص مطلقا وإن سلم * من أن يعينه شريك لم يرم**

- الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي: العمل السوسي في الميدان القضائي، م.س، ج1، ص: 284.

[641]- انظر: الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس، م.س، ص: 179.

[642]- يقصد بالشرط، أجرة إمام المسجد التي اكتسبها من قيامه بأعمال المسجد إمامة وتعليما، فالزوجة في هذه الحالة لا تشاركه الشرط، لأنها ببساطة، لا تساهم معه في القيام بهذه الأعباء.

[643]- انظر: محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، ج1، م.س، ص: 260.

الخاصة بالمدعى عليه، وإلا اعتبر ذلك خرقا لمبدأ استقلال الذمة المالية لطرفي العلاقة؛ وفي هذا الإطار، ذهبت استئنافية أكادير إلى أن « مأخذ الطاعنة على الحكم المستأنف غير جدير بالاعتبار، ذلك أن الأصل في النظام المالي للزوجين في الشريعة الإسلامية هو أن لكل منهما ذمة مالية مستقلة عن الآخر، وأن الطاعنة تقر في مقالها بأن الزوج عامل بالمهجر، وأن المال ماله، ولم تدَّع أن لها مالا مستقلا ساهمت به في تكوين الثروة...».[644]

وإلى جانب استبعاد الأموال الخاصة بالسعاة التي تكونت ونمت بالجهد الفردي لكل واحد منهم، فإن عملية القسمة لاتتم إلا بعد إخراج الدمنة — إن وجدت — وإرجاعها لأصحابها، بحيث تنصب القسمة فقط على المال المستفاد، ولذلك فالقاعدة الأساسية التي يقوم عليها مشروع القسمة وفرز حق الكد والسعاية، هو وجود مستفاد أولا، وعلى أن يكون ذلك المستفاد قد نما أو تكون نتيجة مساهمة السعاة وكدهم.

لكن، كيف تتم قسمة المستفاد وفرز حقوق السعاة وحظوظهم؟

القاعدة العامة التي جرى بها العرف، أن المستفاد الناتج عن مساهمة السعاة وكدهم يقسم إلى شطرين: للشطر الأول، يخصص لمناب الدّمنة (أي الأصل المشكل لرأس المال) يستأثربها أصحابها دون غيرهم من المساهمين الذين لم يشاركوا فيها، أما الشطر الثاني فيخصص لحظوظ العاملين بها — أي الدمنة — حيث يأخذ كل واحد منهم منابه بحسب مساهمته، على أن ذلك لا يمنع من أن يأخذ السعاة بالوجهين إذا كانوا مشاركين في الدمنة، أي يأخذون منابهم من الدمنة من جهة، ومنابهم من السعاية من جهة أخرى.[645]

على أن بعض الفقه، ذهب إلى تقسيم المستفاد وبشكل تحكمي إلى نصفين، نصف لمناب الدمنة، والنصف الآخر للسعاة، من دون تمييز بين طبيعة الدمنة، وما إذا كانت زرعا، أو شجرا، أو أرضا، ومن دون مراعاة مقدار تلك الدمنة التي يشارك بها أصحابها، وفي ذلك يقول عبد الرحمان الشجتمي نظما:

وما استفاده السعـاة يقســم ** نصفين للدمنة نصف يعلـم
وبين أهل الكد نصف اقسما ** كلا بقدر كـــده لتكرمـــا

---

[644]- قرار محكمة الاستئناف بأكاديرعدد 285، ملف رقم 03،/176 مؤرخ في 2003/05/27 (غير منشور). وانظر في نفس الاتجاه:

- حكم ابتدائية مراكش عدد 996، ملف رقم 001/9/53 مؤرخ في 2001/04/12 (غير منشور)
- حكم ابتدائية تارودانت (مركز أولاد تايمة)، ملف رقم 91/7 مؤرخ في 1994/01/10، منشور بمجلة نظرات في الفقه والقانون، م.س، ص: 125.

[645]- وقد ورد في مجموع فقهي أنه « سئل عن أهل بيت يتشاحون على قسمة ما ينشأ من دمتهم؟ فإنهم يقسمونه على شطرين، شطر للدمنة يقتسمه أربابها على ما اشتركوه بينهم من المساواة والمفاضلة على حسب ما كان بينهم، والشطر الآخر يقسم بين الكسبة على كسبهم وعنايتهم، فمن له سهم بين أهل الدمنة يأخذ بالوجهين من الشطرين ».

- مجموع فقهي خاص، أورده الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس، م.س، ص: 107 .

وفي أجوبة العباسي أنه «... يؤخذ منه (أي المستفاد) ما ناب الدمنة فيقسم على قدر ما لكل واحد منهم منها، ويؤخذ ماناب كد الكادين فيقسم على قدر كدهم، فإن كان فيه من له أصل في الدمنة ولم يشتغل فيها أخذ ما ينوب مما ناب الدمنة خاصة، وإن كان فيهم من اشتغل فيها ولا سهم له منها أخذ ما ينوب الكد خاصة، وإن كان فيهم من يأخذ بالوجهين أخذ بهما معا...».

- أجوبة العباسي، مخطوط، أورده أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س،الهامش رقم 59 ص:94.

أي « إذا استفاد أهل البيت من دمنتهم وكدهم، فإنهم يقسمونه أنصافا، فالنصف للدمنة، والنصف الآخر للسعاة، فيقسم نصف الدمنة على أربابها، فيأخذ كل واحد بقدر سهمه في الدمنة، ويقسم السعاة بينهم، فيأخذ كل واحد بقدر عمله قل أو كثر».[646]

كما أن العرف جرى في بعض المناطق التي كانت تعرف تطبيق مقتضيات حق الكد والسعاية، على أن تكون القسمة على هذا النحو، نصف للدمنة، والنصف الآخر للكسب، فقد ذكر الأستاذ محمد الهبطي المواهبي أن العرف الذي كان قائما بقبيلة بني زجل — وهي قبيلة تقع بمنطقة اغمارة بشفشاون — أن « الزرع يقسم نصفين، النصف للأصل، والنصف الآخر للمشقة، يقسم على قدرها، والكسب كذلك من بقر وغنم ».[647]

وعلى المستوى القضائي، يلاحظ اتجاه بعض المحاكم إلى إعمال هذه القسمة، حيث اعتبر القاضي المقيم بمساسة أن « العرف في السعاية عند قسمتها أنه يخرج النصف للدمنة، وتجري القسمة في النصف الباقي بين السعاة لكل حسب سعايته».[648] وهو نفس ما ذهبت إليه المحكمة الشرعية بتزنيت.[649]

مقابل ذلك، هناك جانب آخر من الفقه، يرى بأن نصيب السعاة لا يتحدد في نصف المستفاد، مقابل صرف النصف الآخر للدمنة، وإنما يكون على أساس طبيعة الدمنة ونوعها، وهكذا ذهب أبو حفص الكرسيفي إلى أنه إذا كانت الدمنة أشجارا، فإن حظ السعاة يكون الربع من غلل الأشجار، وإذا كانت أرضا فهو على النصف، أما إذا كانت أغراسا فحق السعاة فيها يتحدد في الثلث.[650]

ويذكر محمد الأزاريفي أن الذي جرى به العرف والعادة عند فقهاء جزولة في قسمة تركة الكسب، إن كان زرعا أن يجعلوا للأرض نصفها فيقسمها أربابه، والنصف الآخر لأهل الكسب من السعاة .[651]

وعموما فالخلاف القائم بين الفقهاء حول مسألة تحديد مناب كل من الدمنة، وحظ السعاة في المستفاد، إنما هو خلاف راجع في أصله إلى تعدد الأعراف والعادات، واختلاف نظرتها لطبيعة الدمنة وأهميتها من جهة، وتقدير دور السعاة وجهدهم في تنمية تلك الدمنة من جهة أخرى.

ثم إنه إذا كان من المتفق عليه أن يتم التمييز في القسمة بين مناب الدمنة وحظ السعاة في المستفاد، بغض النظر عن الاختلاف الموما إليه، فإن هناك استثناء أورده الفقهاء على ذلك، ويتمثل في عدم إخراج مناب الدمنة في الحالة التي تكون فيها هذه الأخيرة قليلة بحيث لا تفي حتى بنفقة الزوجين والسعاة معهم، حيث يتم آنذاك قسمة كل المال المستفاد على السعاة العاملين وقصره بهم كل بقدر عمله.

---

[646]- الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي: العمل السوسي في الميدان القضائي، ج1، م.س، ص: 284-285.

[647]- محمد الهبطي المواهبي: فتاوى تتحدى الإهمال، ج1، م.س، ص: 163

[648]- حكم عدد 87/61/، ملف رقم 62/، 87 مؤرخ في 1987/07/28 - الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: .137

[649]- ومما جاء في حيثيات حكمها: « ورعيا لذلك، حكم الشرع: للمدعية باستحقاق حظها فيما عدا الحمارة، وزرع ابن عباس والخشب، كما في مقالها من الدار والغنم والشعير، والظفيرة والأرهنة والثياب كما بين أعلاه، يقسم قيمة الجميع نصفين، نصف للدمنة، كما هو الجاري به العمل بهذه البلاد، والنصف الباقي يقسم بين المدعية (...) وبين المدعى عليه(...) لكونهما وحدهما في الدار والسعاية لهما فقط.. ».

- حكم المحكمة الشرعية بتزنيت، ملف رقم 1959/369، مؤرخ في 1959/12/19 - الحسين الملكي: ن.م، ص: 207.

[650]- انظر: محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، ج2، م س، ص:239.

[651]- محمد بن أبي بكر الأزاريفي: م.س ، ج2، ص: 238.

وقد أشار الشيخ إبراهيم بن علي المرتيني الويداني إلى هذا المعنى في أجوبته حيث جاء فيها ما نصه: « وسئل عن السعاية كيف تقسم بين أهلها والدمنة، هل يكون نصف المستفاد للدمنة ولو قلت بحيث لم تكف غلتها نفقة الزوجين والسعاة معهما, أو لا يكون للدمنة نصف المستفاد، إلا إذا كانت غلتها تزيد على نفقة الزوجين، ومن معهما من السعاة، ويكون النصف الآخر للسعاة يقسم بينهم على قدر سعيهم قلوا أو كثروا... فأجاب : والذي جرى به العمل وتظافرت عليه أحكام قضاة إقليمنا السوسي عصرا بعد عصر، وجيلا بعد جيل، أن ينظر إلى الدمنة إن كانت تكفي الزوجين ومن معهما ويزيد شيئا عن الكفاية، أعني غلة الدمنة هي المعتبرة هل تكفي وفيها زيادة أم لا، فإن زادت على كفايتهم ولو بشيء قليل، إذا كان له بال، لا قليلا جدا، فإن رب الدمنة يأخذ نصف المستفاد، والنصف الآخر يقسم بين بقية السعاة على قدر عملهم، قلوا أو كثروا، وإن كانت الغلة لم تقم بالزوجين، أو قامت بهما، ولا زيادة على ذلك، أو كانت الزيادة على ذلك، ولكن قلت جدا كالدرهمين، فلا عبرة بها، ولا مدخل للدمنة في مثل هذا المستفاد، بل جميعه على السعاة بقدر عملهم وعددهم...».[652]

على هذا الأساس، يتضح أن قسمة الأموال المستفادة في إطار مقتضيات حق الكد والسعاية،لابد فيها من مراعاة مجموعة من الضوابط والشروط التي يأخذها القائم بالقسمة بعين الاعتبار؛ إذ هي في جملتها ضوابط عرفية، وهذا ما يفسر اختلاف الفقهاء حول إعمال بعض القواعد بشأن هذه القسمة، وإن كانت القاعدة المتفق عليها، أنه لابد من مراعاة الدمنة (رأس المال) التي ترجع لأصحابها أولا، على أن يقسم المستفاد إلى جهتين، جهة تُخَصَصُ لمناب من شارك بالدمنة، وجهة أخرى تعود إلى من شارك بالعمل فقط.

لكن على الرغم من وضوح هذه القاعدة وتكريسها من قبل المجلس الأعلى،[653] إلا أن بعض محاكم الموضوع خالفت هذه المقتضيات، ولم تراع عند قسمتها للمستفاد مسألة التمييز بين مناب كل من الدمنة وحظ العاملين فيها،[654] وهو ما يعتبر خروجا عن مقتضيات القسمة العرفية التي جرى بها العمل.

• المطلب الثاني:

معايير وضوابط تقدير حق الكد والسعاية.

القاعدة العامة، أن مسألة تقدير حظوظ السعاة ومنابهم من المستفاد بعد إخراج الدمنة ومنابها إن وجدت، أن يأخذ كل ساع –سواء أكان مشاركا في الدمنة أم لا – منابه على قدر يوازي في قيمته قدر مساهمته وضربه للكد والسعي.

---

[652]- أجوبة الشيخ المرتيني الويداني: مخطوط، أورده أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص:95.

[653]- انظرعلى سبيل المثال: قرار المجلس الأعلى، عدد 177، ملف رقم 74469 مؤرخ في 1980/5/12، الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 68.

[654]- راجع على سبيل المثال:

- حكم ابتدائية إنزكان: عدد 447 ملف رقم 2004/38 مؤرخ 2005/03/23 (غير منشور)
- حكم ابتدائية أكادير، عدد 1118، ملف رقم 99/385 مؤرخ في 2002/12/26 (غير منشور)

ففي أجوبة المتأخرين « كتب سيدي علي بن محمد.... **وبعد:** فالذي جرى به الحكم عند فقهاء جزولة أن الزوجين إذا كانا متعاونين في خدمتهما وأفادا بذلك أملاكا، أنها مشتركة بينهما **على قدر خدمتهما..**» .[655]

وفي أجوبة العباسي أنه « سئل عن امرأة مات زوجها وادعى ورثته أنها لا سعاية لها في متخلف زوجها، مع أنها تنقي الزرع وتقليه، وتطحن وتخدم الطعام والصوف، وتلتقط الهرجان في المراح في داخل الدار، ويغيب عنها زوجها شهرا أو أكثر، وتسقي الماء للدار، ألها السعاية في ذلك أم لا ؟ فأجاب رضي الله عنه: للمرأة التي ثبت أنها تخدم **في الأشغل** الشاقة سعايتها في المستفاد **بقدر عملها..**».[656]

وفي تحفة أكياس الناس للشريف المهدي الوزان — وهو بصدد **التعرض لفتوى ابن عرضون — ذكر** « أن ابن عرضون... أفتى في خدمة نساء البادية للزرع بالحصاد والدراس والنقل والتدرية والتنقية **بأن لهن قسمة فيه التساوي بينهن بحسب الخدمة فيه، فكل واحدة منهن تأخذ منه بقدر عملها، فمعنى القسمة على التساوي أخذ كل واحدة منه بقدر خدمتها** »[657].

على هذا الأساس، يتضح أن الفقهاء متفقون كقاعدة عامة على أن تقدير مقابل حق الكد والسعاية ينبني على أساس الجهد والكد المقدم من قبل كل ساع.

لكن ما يلاحظ في هذا الإطار، أن العرف جرى في بعض المناطق على تحديد نصيب **الساعي** بسهم معين كلما ثبتت سعايته وكده — وإن كان هذا التحديد يختلف من منطقة إلى أخرى، وعلى حسب طبيعة المال المستفاد ومساهمة السعاة ونوعها — فيحددها بعضهم في **الربع، وآخرون في النصف أو الثلث** إلى غير ذلك.

ففي قبيلة بني زجل الغمارية، **كان العرف قائما على « أن المرأة إذا كانت تخدم في** دار زوجها واشترى أصولا بذلك، فإنها تأخذ معه الربع في تلك الأشرية ».[658]

وذكر ابن عبد الرفيع التونسي في أجوبته أن « **الذي جرى** به الفتوى عند المصامدة **وجزولة** أنهما [**أي الرجل والمرأة**] شريكان بالنصف».[659]

كما أن فتوى أحمد ابن عرضون -على من يذهب إلى ذلك- **أعطت للمرأة الحق في** مقاسمة زوجها فيما نتج بينهما على النصف[660]، ويذكر الأستاذ عمر الجيدي أن العرف بمنطقة غمارة لم يعد يعطي للمرأة النصف وإنما تقدر سعايتها في الربع على خلاف فتوى **أحمد ابن عرضون.**[661]

---

[655]- نقلا عن أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص: 82.

[656]- نقلا عن أحمد إد الفقيه: م.س، ص: 83.

[657]- الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس، م.س، ص: 276، - وانظر كذلك: عبد الصمد كنون: جني زهر الآس، م.س، ص: 52.

[658]- محمد الهبطي المواهبي: فتاوى تتحدى الإهمال،ج1، م.س، ص: 162.

[659]- أورده الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس، م.س، ص: 417.

[660]- انظر: عمر الجيدي، ابن عرضون الكبير: م س، ص:194

[661]- انظر: عمر الجيدي: م.س، ص: 206.

وفي نفس الاتجاه جرى العرف على تحديد نصيب السعاة على ما بين ذلك أبو حفص الكرسيفي بحسب طبيعة الدمنة، ففي غلل الأشجار يكون حظ السعاة هو الربع، وفي غلل الأرض يكون النصف، وفي الأغراس يتحدد في الثلث.[662]

فالملاحظ من خلال هذه الأمثلة، **أن ضبط مقابل حق الكد** والسعاية — **وإن كانت القاعدة** العامة تجعله بحسب الخدمة — يختلف من عرف إلى عرف، وبحسب طبيعة الدمنة وتقدير العرف لعمل الساعي ومشاركته. ويرجع هذا التباين إلى سببين أساسيين:

الأول: دفع الحرج والمشقة التي قد تطرحها مسألة التقويم بحسب الخدمة، وما يتطلب **ذلك من محاسبة**، وتقصي، وضبط، ومراجعة، واستحضار لأهل المعرفة والخبرة لإجراء المحاسبة والتقدير،[663] ولذلك فرفعا لهذا الحرج، جرى العرف على أن مشاركة الساعي بعمل معين وجهد متعارف عليه يستحق في مقابل ذلك الربع أو الثمن، **أو النصف من المستفاد.**

الثاني: أن العرف عندم جريانه على تحديد نصيب الساعي بسهم معين، فإن ذلك لا يعني أن هذا التحديد **جزافي، أو** أنهلا ينبني على تقدير وتقويم، وإنما في غالب الأحوال ما يكون ذلك التقدير مبنيا على التجربة والممارسة التي جرت على أن القيام بأعمال معينة توجب نصيبا معينا من المستفاد، وهذا ما يفسر اختلاف الأعراف في تحديد أسهم السعاة **وحظ**وظهم، وعلى هذا يجب أن يفهم ذلك التحديد، فالسعاية كما يقول الفقهاء لا تنضبط.

هذا من جهة ،ومن جهة أخرى، فإن تقدير مقابل حق الكد والسعاية **يُسْتَنَدُ** فيه لمحددات موضوعية وذاتية مختلفة، يسترشد بها القاضي أو من **يقوم بالقسمة في** تحديد ذلك **المقابل** — وإن كانت تلك المحددات بدورها تخضع لمقتضيات **العرف** — ويمكن إجمال هذه المحددات فيما يلي:

1- **مراعاة السن**: فالمتفق عليه لدى الفقهاء — **كماسبق ذكر ذلك — أن حق الكد** والسعاية يثبت حتى للصغير،إلا أنهم اختلفوا حول السن الذي يستحق فيه، وكذا **مقدار** السهم الذي يحصل عليه الساعي، فمذهب ابن سليمان الجزولي أن من بلغ سن الرابعة عشرة له سهم كامل، ومن بلغ الثانية عشرة يأخذ ثلاثة أرباع السهم، أما من بلغ سن الحادية عشرة فإنه يأخذ نصف السهم فقط، ومن كان في سن التاسعة له ربع السهم، ومن لم يبلغ الثامنة لا يعتبر كسبه.[664]

أما الشيخ المرتيني الويداني فقد ذهب إلى أن السهم الكامل لا يثبت إلا لمن بلغ سن العشرين سنة، أما ابن الثانية عشرة فله نصف السهم فقط، **وأما من كان دون الثامنة**

---

[662]- انظر محمد بن أبي بكر الأزاريفي، المنهل العذب السلسبيل ج2، م.س، ص: 239.

[663]- راجع في هذا المعنى:

- عبد الكبير العلوي المدغري: المرأة بين أحكام الفقه والدعوة على التغيير، م.س، ص: 205.

[664]- أنظر: أحمد إد الفقيه: إشكالية الشغل النسوي، م.س، ص:95 - 96 .

- وفي بيان ذلك يقول الناظم:

وربع كسب لابن (حا) ولابن (يا) * نصف وأرباع ثلاثة(بيا)

ولابن(يد) حظه مكملا * إذ كسبه يساوي فيه الرجلا

ودون(حاء) كسبه لا يعتبر * لابن سليمان الجزولي ما ذكر.

-أنظر محمد بن أبي بكر الأزاريفي:المنهل العذب السلسبيل ج2، م.س، ص: 239.

فلا سهم له[665].

وعلى خلاف ذلك، فإن الفقيه محمد ابن إبراهيم بن يعقوب يرى بأن « **الذي جرى** عليه العمل عند فقهاء سوس،أن السعاية لا تنضبط، فابن سبع سنين له نصف **الكسب**، وربع لدونه، إلى أربعة عشر سنة تكتمل له السعاية، **إلا من رعي الغنم في** الفيافي، فإنه داخل في الإتمام ولو كان صغيرا »[666].

2- **مراعاة مدة المساهمة: إذ من العناصر المعتبرة في** تحديد مقابل حق الكد والسعاية أن تحسب المدة التي قضاها الساعي وهو يباشر السعي والكد في مراكمة الثروة الأسرية أو تنميتها، وهذا ما قصده الناظم بقوله:[667]

أليس حقا اعتبار الزمــن * وحالة الكسب وحال الدِّمَــن**

ولذلك يعتبر تاريخ بدء السعاية وانتهائها أمرا مهما للغاية، فبالنسبة للزوجة تحسب سعايتها ابتداء من انضمامها إلى بيت الزوجية ومباشرتها للخدمة، وفي ذلك كتب **داوود بن** عبد الحق ما نصه أن « الزوجة شريكة لزوجها فيما أفاداه ما لا بتعنيتهما وكلفتهما مدة انظمامهما ومعاونتهما...»[668].

أما بالنسبة لغير الزوجة، فاحتساب ذلك، إما أن يرتبط بسن استحقاق حق الكد والسعاية، أو يحتسب ابتداء من يوم مباشرة الخدمة والسعي.

وعلى ضوء تبين مدة السعي والكد، يتم تحديد مقدار نصيب **الساعي في حق الكد** والسعاية، وهكذا فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بأكادير، أن المحكمة الابتدائية كانت على **صواب** لما حددت قدر سعاية الزوج في 2000 درهم، مادام أن هذه الأخيرة لم تقم ببيت الزوجية إلا سنتين،[669] وهذا ما يشير إلى أن عنصر المدة يعتبرأساسيا في تقدير حظوظ السعاة ومنابهم.

3- **مراعاة عدد السعاة** : فقد يكون المستفاد ناتجا عن مشاركة أشخاص متعددين،وقد يقوم أحدهم بالمطالبة بحقه في الكد والسعاية دون الآخرين، ففي هذه الحالة يكون على القاضي أو من يتولى القسمة البحث فيما إذا كان هناك سعاة آخرون أم لا.

---

[665]- انظر: أحمد إد الفقيه، م.س، ص: 96 .

[666]- أجوبة المتأخرين لعبد الله التملي، أوردها عبد الله الحبشتمي:العمل السوسي في الميدان القضائي،ج1، م.س، ص: 281.

- أنظر:

[667]-محمد المختار السوسي:المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية: م.س، ص: 204.

[668]- أجوبة العباسي:(مخطوط) أورده أحمد إد لفقيه: ن.م، ص:82.

[669]- جاء في حيثيات الحكم: «..وحيث إن الحكم المستأنف إنما قضى لفائدة المستأنفة لمبلغ ألفي درهم.

وحيث أن المستأنفة لم تقم ببيت الزوجية إلا سنتين، ولا يمكن أن يستثمر مال الشركة إلى الحد الذي تطالب فيه المدعية بنصيبها، لأنها قد وجدت حسبما تضمنه مقالها جميع ما تطالب فيه بسعايتها قائما.

وحيث إن الحكم قد حدد سعايتها في مبلغ 2000 درهم، فإنه مبلغ ملائم للمدة التي قضتها ببيت الزوجية إذا كانت قد عملت بكدها في استثمارما وجدته أمامها في هذا البيت، الشيء الذي يكون الحكم الابتدائي في محله ويتعين تأييده.».

- قرار استئنافية أكادير:عدد154، ملف رقم87/97ن مؤرخ في 1988/06/24 (غير منشور).

أنظر في نفس الاتجاه:

- حكم المحكمة الشرعية بتزنيت: ملف رقم 1960/228، مؤرخ في1960/12/24، - الحسين الملكي: نظام الكد والسعاية، م.س، ص: 213.

وقد أكدت محكمة الاستئناف بمراكش هذا المقتضى،حيث جاء في حيثيات قرارها « وحيث إن الثلث الذي منحه الحكم المستأنف للمستأنفة الفرعية كنصيبها في السعاية حسب تقرير وتقويم الخبير يعتبر منطقيا **ومنسجما مع العمل السوسي،** لعدم إثبات وجود غير المستأنف والمستأنفة الفرعية في المنزل موضوع السعاية، وليس بالملف ما يفيد أن والد ووالدة وبنت المستأنف يوجدون بالمنزل المذكور وأن مجرد ذكرهم في مذكرته لا يعني وجودهم الفعلي...».[670]

4 ـ مراعاة المؤهلات الحرفية والقوة البدنية للسعاة: والمقصود بذلك، أن نصيب القوى بدنيا ليس كنصيب الضعيف، ونصيب من يمتلك مهارة فنية يسخرها في تنمية أو تكوين ثروة الأسرة، ليس كمن لا يملك تلك المهارة.[671]

وإجمالا، تبقى مسألة تقدير نصيب الساعي في الكد والسعاية من الأمور الواقعية التي تخضع لسلطة القاضي التقديرية التي لا رقابة للمجلس الأعلى عليها، وهوفي جميع الأحوال له الحق في استعمال كافة الطرق والوسائل التي يرى فيها دليله للوصول إلى التقدير المناسب.[672]

---

[670]- استئنافية مراكش، قرار عدد 410، ملف رقم 83/1346، مؤرخ في1984/03/30، - الحسين الملكي: م.س، ص: 97.
وانظر كذلك:
- حكم المحكمة الشرعية بتزنيت: ملف رقم 1959/369 مؤرخ في 1959/12/19
- الحسين المالكي: م.س، ص : 207.

[671]- أنظر في هذا المعنى:
- محمد بن قاسم السجلماسي: شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي، ج1، م.س، ص:255.

[672] - تكون رقابة المجلس الأعلى على قاضي الموضوع فقط في الحالة التي لايطبق فيها القاضي قواعد القسمة وضوابط التقدير التي جرى العرف والعمل بها،
انظر: - قرار المجلس الأعلى عدد 177، ملف رقم 74469، مؤرخ في 1980/05/12، - الحسين الملكي: م.س، ص: 68

خاتمة الباب الثاني

على هذا الأساس يتضح أن حق الكد و السعاية، منظورا إليه من جهة القواعد الضابطة له، يظل حقا شخصيا خاضعا للأعراف و مرتبطا بها، و هو ما تجلى في نقطتين أساسيتين:

الأولى: وهي ارتباط الطبيعة القانونية لحق الكد و السعاية بالعرف المحلي، حيث يشكل هذا الأخير العنصر المتحكم في تكييفه، فحق الكد و السعاية في النهاية يجد أساسه في الشركة العرفية.

الثانية: وهي خضوع تنظيم هذا الحق سواء من حيث نطاقه، أو إثباته، أو فرزه، للأعراف المحلية؛ فمن جهة نطاقه يشكل العرف عنصرا أساسيا في تحديد طبيعة **العمل الموجب لحق** الكد و السعاية، بل و أساسا لتحديد امتداده المكاني و نطاقه الموضوعي (نطاقه من حيث محله) ، أما من جهة إثباته، فإن العرف المحلي يحتفظ بدور مهم في بلورة قواعد إثباته، مما يخلق في حالات عديدة نوعا من التعارض بين الطبيعة العرفية لحق الكد و السعاية **و القواعد** العامة للإثبات، أما فيما يتعلق بفرزه و قسمته بين السعاة، فحق الكد و السعاية يبقى متأثرا

بالأعراف سواء من حيث طريقة القسمة المعتمدة في فرزه، أو من حيث ضوابط تقديره و تقويمه .

خـاتـمـة

يبدو من المهم في نهاية هذا البحث التساؤل عن الخلاصة المستفادة من وراء مقاربة موضوع حق الكد والسعاية، وعما إذا كانت ثمة إجابات عن الإشكالات النظرية والعملية التي أثارها على امتداد فصوله ومباحثه.

وإجمالا: يمكن القول بأن أهم نتيجة مستخلصة من هذه الدراسة التأصيلية، تكمن في الوقوف على أصول وماهية المصدر القانوني الذي يحكم مقتضيات حق الكد والسعاية، وهي نتيجة تجسدت في ارتهان هذا الأخير سواء من حيث مفهومه ومشروعيته، أو من حيث القواعد الضابطة له إلى مقتضيات العرف المحلي، وهو ما تم التعبير عنه بشكل واضح من خلال فصول هذه الدراسة.

لكن في المقابل، هل يمكن تبني حق الكد والسعاية وتعميم العمل بمقتضياته- **على** الرغم من ارتباطه القوي وفي جميع مفرداته التنظيمية بالعرف المحلي- كأساس لحل إشكالية تدبير العلاقات المالية داخل مجال الأسرة، وضمان الحقوق المالية لأفرادها المترتبة عن مساهمتهم في تكوين الثروة الأسرية أو نمائها؟

أعتقد أن الإجابة ستكون بالسلب، لأن من شأن تبني هذا الحق والإقرار بتعميم مقتضياته — كما هي — لن يكون ممكنا مادام أنه يستند إلى قواعد عرفية محلية ابتداء وانتهاء، وأن هذه القواعد تتعارض في كثير من جوانبها التنظيمية مع القواعد العامة **الجاري** بها العمل.

ولذلك فإن أي محاولة لتعميم مقتضيات حق الكد والسعاية تبقى قاصرة إن لم يتم فيها إعادة النظر في القواعد الضابطة لهذا الحق بما يتماشى والقواعد العامة من جهة، وتطور البنية الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع والأسرة المغربيين من جهة أخرى.

وتبقى أقوى أسباب رفض هذا التبني- سواء تشريعيا أو قضائيا- **منطلقة من اعتبارات متعددة**:

1- **إن من شأن تبني** مقتضيات هذا الحق وتعميمه- كما كرسته الأعراف وجرى به **العمل**- أن يطرح إشكالية المشروعية مجددا، فمادام أن مشروعية حق الكد والسعاية — كما تقدم من خلال مباحث هذه الدر**اسة — ترتبط وجودا وعدما بالعرف المحلي،** على اعتبار أن في إعمال مقتضياته تعارض مع النص القياسي القاضي بأن "الفرع تابع للأصل"، وبما أن رفع هذا التعارض والإقرار بمشروعية هذا الحق تبعا لذلك- حسب القواعد الأصولية- لا يكون إلا بانتماء هذا الحق لدائرة العرف، فإن من شأن إعماله دون مراعاة شرط جريان العرف به، سوف يؤدي إلى المساس بمشروعية هذا الحق، ومن تم تعارضه مع النص الشرعي الذي هو القياس.

2- إن من شأن تبني هذا الحق أن يطرح إشكالية التكييف القانوني بالنظر إلى أن الطبيعة القانونية لحق الكد والسعاية ترتبط بالعرف، فهو حق شخصي **مترتب عن شركة** عرفية، ومادام أن التكييف القانوني لهذا الأخير يحمل طابعا خاصا واستثنائيا عن **القواعد العامة،** فإن من نتائج تبنيه وتعميم مقتضياته على نطاق واسع، أن يؤدي إلى الإخلال بالطبيعة القانونية التي يقوم عليها من جهة، وإلى التوسع في الاستثناء على **حساب** القواعد العامة من جهة أخرى.

3- إن التنظيم القانوني لحق الكد والسعاية يقوم على مجوعة من الضوابط، وهذه الضوابط في جزء غير يسير منها تنتمي إلى قواعد عرفية محلية تتعارض في كثير من الحالات مع القواعد العامة، وذلك فإن من شأن تبني هذا الحق وتعميم مقتضياته أن يؤدي إلى تغليب القواعد العرفية المحلية على المقتضيات القانونية الجاري بها **العمل،** وهو أمر غير مقبول، لم سيؤدي إليه **من إخلال بمبدأ التوقع والاستقرار في** المعاملات الذي تحافظ عليه القواعد العامة، ولأنه سنكون أنذاك أمام نظامين قانونيين متقابلين؛ نظام قانوني عرفي محلي، ونظام قانوني عام فكيف سيتم الترجيح بينهما؟

على هذا الأساس، فإن أي محاولة تهدف إلى تبني مقتضيات حق الكد والسعاية وتكريسه تشريعا لابد وأن تتقيد باعتبارين أساسيين:

1- ضرورة مراعاة الإشكالات التي قد يطرحها تعميم مقتضيات حق الكد والسعاية، وخصوصا ما يرتبط منها بمسألة المشروعية والتكييف القانوني-على ما تقدم بيانه-

2- إعادة النظر في القواعد التنظيمية لهذا الحق وملاءمتها مع القواعد العامة من جهة، وبما تتماشى مع خصوصية المجال الأسري من جهة أخرى.

لكن، إذا كان العمل بمقتضيات حق الكد والسعاية — **على ما تم الخلوص** إليه — يرتبط بالعرف المحلي وجودا وعدما، ابتداء وانتهاء، فإن تقلص جريان العرف بهذا الحق في المناطق التي كان سائدا بها، وخصوصا بمنطقة الشمال، يجعلنا نتساءل عن أسباب هذا

التراجع؟ وما إذا كان الحديث عن حق الكد والسعاية كعرف محلي — من الناحية الفعلية — **قد أصبح** محل نظر واعتبار ؟ تلك إشكالية أخرى.

وبالله التوفيق

مـلـحق

لائحة المراجع

أولا: مراجع باللغة العربية.

1- المؤلفات:

أ- المراجع العامة:

- **مراجع الفقه الإسلامي:**

ابن جزي:

- القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية- بيروت، (د. ذ. ت. ط)

ابن قيم الجوزية:

- إعلام الموقعين من رب العالمين، ج 2و3و4، مطبعة دار الفكر - بيروت- (د. ذ.ت.ط)
- زاد المعاد في هدي خير العباد، ج5، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر- بيروت- مكتبة المنار الإسلامية- الكويت- الطبعة السادسة 1404هـ/1984م.

أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي:

- البهجة في شرح التحفة، وبهامشه حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم ج1و2، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة الأولى، 1418هـ/1998م.

أبو إسحاق الشاطبي:

- الموافقات في أصول الشريعة، المجلد الأول ج2 و المجلد الثاني ج4، دار الكتب العلمية –بيروت- (د. ذ.ت.ط)
- الإعتصام، ج2، دار الفكر، مكتبة الرياض الحديثة - الرياض- (د. ذ.

أبو الشتاء بن الحسين الغازي:

- التدريب على الوثائق العدلية، وثيقة وشروح، كيفية تحريرها وبيان فقهها، ج2،مطبعة الأمنية- الرباط- الطبعة الأولى 1387هـ/1968م.
- مواهب الخلاف على شرح التاودي للامية الزقاق، ج1و2، مطبعة الأمنية- الرباط- الطبعة الثانية، 1375هـ/1955م.

أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي:

- إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد المجيد تركي، - بيروت- الطبعة الأولى 1407هـ/ 1986م.

أبو الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي:

- تفسير القرآن العظيم، ج2 و7، دار الرشاد الحديثة- الدار البيضاء- دار الفكر - بيروت- طبعة 1409هـ / 1989م.

أبو الفضل شهاب الدين محمود الألوسي:

- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم، والسبع المثاني، المجلد 2، ج3و4 - المجلد 14 ج 27و28، صححه عبد الباري عطية، نشر وطبع دار الكتب العلمية-بيروت- الطبعة الأولى، 1415هـ/1994م.

أبو محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي:

- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ج2، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة الأولى 1413هـ/1993م.

أبومحمد علي بن حزم الأندلسي:

- المحلي بالآثار، ج9 و10، نشر دار الفكر –بيروت- (د. ذ.ت.ط).

أبوعبد الله محمد الأنصاري الرصاع:

- شرح حدود ابن عرفة الموسوم بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق بن عرفة الوافية، تحقيق أبو الأجفان والطاهر المعمور، ج1 و2، دار الغرب الإسلامي – بيروت – الطبعة الأولى 1993م.

أبو عبد الله محمد الخرشي:

- الخرشي على مختصر خليل، وبهامشه حاشية الشيخ العدوي ، ج3 و4 و6 و7، دار صادر - بيروت - الطبعة الثانية 1317هـ.

أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي:

- الجامع لأحكام القرآن، المجلد التاسع، ج17و18، دار الكتب العلمية - بيروت- الطبعة الأولى، 1408هـ/1988م.

أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي:

- شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، وبهامشه حاشية أبي علي الحسن بن رحال المعدني على الشرح والتحفة، ج2، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية –بيروت- الطبعة الأولى 1420هـ/2000م.

أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري:

- صحيح البخاري، ج2و4، المكتبة العصرية - بيروت –طبعة 1422 هـ/ 2001م.

أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الحطاب:

- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، وبهامشه التاج والإكليل لمختصرخليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف الشهير بالمواق، ج5، دار الفكر- بيروت- الطبعة الثانية 1398هـ/ 1978م.

أبوعمر يوسف بن عبد البر:

- الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاءالأمصاروعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثاروشرح ذلك كله بالإيجاز والإختصار

ج17، دار قتيبة للطباعة والنشر- دمشق- ودار الوعي- حلب والقاهرة- الطبعةالأولى 1414هـ/1993م.

أحمد الشنقيطي:

- مواهب الجليل من أدلة خليل، ج4، مطبوعات دار إحياء التراث الإسلامي، - قطر-،طبعة 1407هـ/1987م.

أحمد حمد:

- فقه الشركات، دراسة مقارنة، منشورات جامعة قطر، طبع دار القلم- الكويت- الطبعة الأولى 1404هـ/1984م.

أحمد فهمي أبو سنة:

- العرف والعادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في التشريع الإسلامي، الطبعة الثانية1412هـ/ 1992م.

إدريس حمادي:

- آفاق تحرير المرأة في الشريعة الإسلامية، طبع ونشر دار أبي رقراق – الرباط- الطبعة الثانية، 2003م.

الحافظ بن حجر العسقلاني:

- فتح الباري شرح صحيح الإمام البخاري، ج5 و9، تحقيق محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، طبع المكتبة السلفية - القاهرة- الطبعة الثالثة، 1407هـ/.

الحافظ ابن ماجة:

- السنن، وبحاشيته مصباح الزجاجة في روائد ابن ماجة، المجلد الثالث، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع- الرياض- الطبعة الأولى، 1419هـ/1998م.

الإمام الحسن البغوي:

- شرح السنة، ج10، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه، شعيب الأرناؤوط، طبع المكتب الإسلامي - بيروت- الطبعة الثانية، 1403هـ/1983م.

امحمد العثماني:

- ألواح جزولة والتشريع الإسلامي، دراسة لأعراف قبائل سوس في ضوء التشريع الإسلامي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المملكة المغربية- طبع فيد بيرانت، الطبعة الأولى، 1425هـ/2004م.

أنور محمود دبور:

- نظام استغلال الأراضي الزراعية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية، ج2، المزارعة- المساقاة - المغارسة، نشر دار الثقافة العربية- القاهرة طبعة 1407هـ/1987م.

الشريف أبو عيسى المهدي الوزاني:

- النوازل الجديدة الكبرى فيها لأهل فاس وغيرهم من البدو القرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب

ج6، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المملكة المغربية- مطبعة فضالة- المحمدية-طبعة 1419هـ/1998م.
- تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المملكة المغربية- مطبعة فضالة- المحمدية- طبعة 1422هـ/2001م.

الشريف علي بن محمد الجرجاني:
- كتاب التعريفات، مطبعة دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة الأولى، 1403هـ/1983م.

برهان الدين محمد بن فرحون:
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج1، (د. ذ. ت ط)

تاج الدين عبد الوهاب بن السبكي:
- حاشية العلامة البناني على شرح الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلى على متن الجوامع، ج2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر- الطبعة الثانية 1356هـ/ 1937م.

جلال الدين عبد الرحمان السيوطي:
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، ، دارالكتب العلمية - بيروت-الطبعة الأولى 1399هـ/ 1979م.

خليل بن إسحاق المالكي:
- مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، دار الرشاد الحديثة – الدار البيضاء- الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م.

زين العابدين بن نجيم:
- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية - بيروت- الطبعة الأولى 1418هـ/ 1989م.

مالك بن أنس:
- المدونة الكبرى على رواية سحنون عن الإمام عبد الرحمان بن القاسم، المجلد الثاني، ج 4 و5 ، المجلد الخامس ج12، دار صادر

محمد أبو زهرة:
- أصول الفقه، دار الفكر العربي، (د. ذ. ت. ط) - بيروت- مطبعة السعادة،طبعة 1323هـ.
- الأحوال الشخصية، نشر وطبع دار الفكر العربي، (د.ذ.ت.ط).

محمد أحمد الكزني:
- نظرية الإستحقاق في الفقه والقانون المدني، مكتبة النهضة المصرية - القاهرة- (د.ذ.ت.ط).

محمد أحمد عليش:

- **فتح العلي المالك في** الفتوى على مذهب الإمام مالك، وبهامشه **تبصرة الحكام للقاضي ابن فرحون**، ج2، الطبعة الأخيرة (د. ذ. ت. ط).

محمد الحبيب التجكاني:

- النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية **مع مقارنات** بالقانون الوضعي، سلسلة الدراسات التشريعية رقم1**طبع دار النشر** المغربية - الدار البيضاء-**طبعة** 1405هـ/ 1985م.

محمد المختار السوسي:

- المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية، إعداد عبد الله الدرقاوي منشورات كلية الشريعة بأكادير، سلسلة كتب تراثية رقم 1، **مطبعة** النجاح الجديدة – الدار البيضاء- **الطبعة الأولى**، 1416هـ1995م.

محمد الهبطي المواهبي:

- فتاوى تتحدى الإهمال في شفشاون وما حولها من الجبال، جمع وتنظيم،ج1 منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- **المملكة** المغربية- **مطبعة فضالة**- المحمدية، طبعة 1419هـ/1998م.

محمد المهدي الحجوي:

- المرأة بين الشرع والقانون، مطابع دار الكتاب –الدار البيضاء- **الطبعة الأولى**، 1967.

محمد أمين عابدين الدمشقي:

- رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، ج5 طبع دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ **العربي- لبنان- الطبعة الأولى**، 1419هـ 1998م.
- مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، (د. ذ.ت.ط)

محمد العلوي العابدي:

- الأموال في الفقه المالكي، طبع إفريقيا الشرق، طبعة 1999.

محمد بلتاجي:

- **دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب،طبعة** 1990.

محمد بن أحمد بن يوسف الرهوني:

- حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، وبهامشه حاشية المدني كنون، ج4 و5، **دار الفكر**- بيروت- **طبعة** 1398هـ 1978م.
- شرح لامية الزقاق المسمى حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، تقديم وضبط وتعليق محمد القدوري، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء- **الطبعة الأولى** 1424هـ /2004م.

محمد بن إدريس الشافعي:

- **الأم**، ج7، دار الفكر للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 1403هـ 1983م.

محمد المهدي بن محمد الوزاني:
- النوازل الصغرى، المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، ج2، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية –المملكة المغربية- مطبعة فضالة- المحمدية-طبعة 1412هـ/1992م.

محمد بن رشد القرطبي(الجد) :
- المقدمات والممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات، ج1، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية –بيروت- الطبعة الأولى 1423هـ/2002م.

محمد بن رشد القرطبي (الحفيد):
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج2، نشر دار المعرفة –بيروت- الطبعة السابعة، 1405هـ/1985م.

محمد بن محمد بن عاصم الغرناطي الأندلسي:
- مرتقى الوصول إلى علم الأصول نشر وتوزيع دار النجاري - المدينة المنورة-طبعة 1415هـ/1993م.

محمد بن معجوز:
- وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء-طبعة 1416هـ/ 1995م.

محمد بن عبد الله:
- الوقف في الفكر الإسلامي، ج2، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية –المملكة المغربية- مطبعة فضالة- المحمدية- طبعة 1416هـ/1996م.

محمد بن قاسم السجلماسي:
- شرح السجلماسي على نظم العمل الفاسي، ج1 و2، طبعة حجرية (د. ذ. ت.ط).

منصور بن يوسف البهوتي:
- كشاف القناع عن متن الإقناع، ج6، عالم الكتب - بيروت-طبعة 1403 هـ/1983م

محمد بن يوسف الكافي:
- إحكام الأحكام على تحفة الحكام، المكتبة العصرية- بيروت- دار الرشاد الحديثة- الدار البيضاء- الطبعة الأولى 1423هـ/2003م.

محمد رشيد رضا:
- تفسيرالقرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار، ج5، دار المعرفةللطباعة والنشر- بيروت- الطبعة الثانية ، (د. ذ.ت.ط).

محمد رياض:
- أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء- الطبعة الثالثة، 1423هـ/2002م.

محمد سكحال المجاجي:
- أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المالكي، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1422هـ/2001م.

مصطفى أحمد الزرقا:
- الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج1 و2 مطبعة طربين - دمشق- دار الفكر، الطبعة العاشرة، 1387ه/-1968م.

موفق الدين أبي محمد بن قدامة :
- المغني، ج 8 و9، دار الفكر بيروت-،طبعة 1412هـ 1992م.

شمس الدين بن أحمد الشربيني:
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، نشر دار إحياء التراث العربي- بيروت- 1356ه/1933م

شمس الدين السرخسي:
- المبسوط، المجلد الثالث ج5، المجلد التاسع ج17، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، - بيروت-طبعة 1409هـ/1989م.

شمس الدين محمد الرملي:
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، ج 5 و6 و 8،طبع شركة مكتبة مصطفى الجبلي وأولاده- مصر- الطبعة الأخيرة، 1386هـ/1967م.

شمس الدين محمد عرفة الدسوقي:
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وبهامشه الشرح المذكور مع التقريرات للعلامة الشيخ محمد عليش ج 2و 4، طبع دار إحياء الكتب العربية (د. ذ. ت. ط).

شهاب الدين أبي العباس القرافي:
- الفروق، ج1، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والإقتصادية دار السلام - القاهرة- الطبعة الأولى 1421ه/ 2001م.
- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، تحقيق أبو بكر عبد الرزاق، المكتب الثقافي - القاهرة – الطبعة الأولى 1989م.
- الذخيرة في فروع المالكية، تحقيق وتعليق أبو إسحاق أحمد عبد الرحمان، ج4و5و6 ، منشورات علي بيضون دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة الأوى 1422ه /2001م.
- تنقيح الفصول في علم الأصول، دار البلاغ للنشر والتوزيع- الجزائر – الطبعة الأولى 1424ه/2003م.

عبد الباقي بن يوسف بن محمد الزرقاني:
- شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ج4 و 6، منشورات علي بيضون، طبع دار الكتب العلمية - بيروت- الطبعة الأولى، 1422هـ/2002م.

عبد الرحمان الجزيري:
- كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3 و 4، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، 1416هـ/1996م.

عبد الكبير العلوي المدغري:
- المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، مطبعة فضالة- المحمدية- طبعة 1420هـ-1999م.

عبد السلام الرافعي:
- فقه المقاصد وأثره في الفكر النوازلي، طبع افريقيا الشرق – الدر البيضاء –طبعة 2004م

عبد السلام العسري:
- نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المملكة المغربية- مطبعة فضالة -المحمدية-طبعة 1417هـ/1996م.

عبد الصمد كنون:
- جني زهر الآس في شرح نظم عمل فاس، دار التراث، مطبعة الشروق الوحيدة، (د. ذ. ت. ط).

عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام:
- القواعد الكبرى الموسوم بقواعد الأحكام في إصلاح الأنام، تحقيق نزيه كمال حماد، عثمان جمعة ضميرية، ج2، دار القلم – دمشق – الطبعة الأولى 1421هـ/ 2000م.

علاء الدين بن مسعود الكساني:
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4 و6، دار الكتب العلمية –بيروت- الطبعة الثانية 1406هـ/1986م.

علال الهاشمي الخياري:
- منهج الاستثمار في ضوء الفقه الإسلامي، ج2، نشرشركة المدارس - الدار البيضاء- مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء- الطبعة الأولى 1413هـ/1992م.

على الصعيد العدوي:
- حاشية العلامة العدوي على شرح رسالة أبي زيد القيرواني، ج2، مطبعة الاستقامة –القاهرة-طبعة 1372هـ/1953م.

علي بن محمد الآمدي:
- الإحكام في أصول الأحكام، ج3 و 4، المكتب الإسلامي -بيروت-، الطبعة الثانية 1406هـ.

علي خفيف:
- الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، نشر جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية، طبعة 1962م.

عمر الجيدي:

- العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، نشر صندوق إحياء التراث الإسلامي، مطبعة فضالة- المحمدية- طبعة 1404هـ/1984م.

عيسى بن على الحسين العلمي:

- كتاب النوازل، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، - المملكة المغربية- تحقيق المجلس العلمي بفاس، مطبعة فضالة –المحمدية- الجزء الأول: طبعة 1403هـ1983م/ الجزء الثاني: طبعة 1406هـ- 1986م.

وهبة الزحيلي:

- الفقه الإسلامي وأدلته، ج4 و7،طبع ونشر دار الفكر –دمشق- الطبعة الثالثة 1409هـ 1989م.

- **المراجع القانونية:**

أحمد ادريوش:

- أصول نظام التحفيظ العقاري، بحث في مصادره المادية والرسمية وفي توجيه الفقهاء لنظر الشرع الإسلامي عليه، سلسلة المعرفة القانونية مطبعة الأمنية – الرباط- الطبعة الأولى 1424هـ/ 2003م.
- نطاق ظهير الالتزامات والعقود تأملات حول موقف القضاء المغربي من مشكلة علاقة ظ. ل. ع بالفقه الإسلامي، سلسلة المعرفة القانونية رقم 3 مطبعة الامنية- الرباط- الطبعة الأولى 1996م.
- مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، الكتاب الخامس من سلسلة المعرفة القانونية، البوكيلي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 1997.
- القانون العقاري الجديد، الصيغة العربية الرسمية المجهولة للتشريعات المتعلقة بالتحفيظ والعقارات المحفظة، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية- الرباط- الطبعة الأولى، 1423هـ- 2002م.

أحمد أرحموش:

- القوانين العرفية الأمازيغية، ج1، مطابع أمبريال – الرباط – الطبعة الأولى نونبر 2004م.

أحمد الخمليشي:

- التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج1، الزواج والطلاق، مكتبة المعاريف للنشر والتوزيع –الرباط- مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثانية 1987.
- التعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج2، آثار الولادة والأهلية والنيابة القانونية، نشر دار المعرفة، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الأولى (د. ذ.ت.ط).

إدريس العلوي العبدلاوي:

- وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، القواعد العامة لوسائل الإثبات: الكتابة – الشهادة- القرائن- الاقرار- اليمين، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء- 1410هـ- 1990م.
- أصول القانون، ج 1 ،نظرية القانون، مطابع دار القلم - بيروت –طبعة 1391هـ/1971م
- أصول القانون،ج2، نظرية الحق، مطابع قدموس الجديدة، الطبعة الأولى 1392هـ/1972م

أحمد شكري السباعي:

- الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، ج1، النظرية العامة للشركات، نشر وتوزيع دارنشر المعرفة، مطبعة المعاريف الجديدة- الرباط- الطبعة الأولى 2003

أحمد فهمي بهنسي:
- نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، دار الشروق، الطبعة الأولى 1408هـ/1988م

توفيق حسن فرج :
- المدخل للعلوم القانونية ،(النظرية العامة للقانون ، والنظرية العامة للحق)، الدار الجامعية- بيروت- الطبعة الأولى 1988م

جمال خليل النشار:
- تصرف الشريك في المال الشائع وأثره على حقوق الشركاء، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر- الاسكندرية-طبعة 1999م.

حماد العراقي:
- القضاء المغربي بين الأمس واليوم، نشر وتوزيع مكتبة الرشاد –الدار البيضاء- الطبعة الأولى، 1395هـ- 1975م.

خالد برجاوي:
- إشكالية الأصالة والمعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية بالمغرب – وضعية المرأة نموذجا- دار القلم- الرباط - الطبعة الأولى (د. ذ.ت.ط).
- قانون الطلاق بالمغرب بين مدونة الأحوال الشخصية والجدل حول التغيير، سلسلة دليل قانون الأسرة بالمغرب، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2000م.

خديجة صبار:
- الإسلام والمرأة واقع وآفاق، طبع إفريقيا الشرق- الدار البيضاء - 1999م.

رجاء ناجي مكاوي:
- قضايا الأسرة بين عدالة التشريع وفرة التأويل، قصور المساطر، وتباين التطبيق، سلسلة اعرف حقوقك رقم 3،طبع دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع –الرباط- (د. ذ.ت.ط).

مأمون الكزبري:
- التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، ج2، الحقوق العينية والأصلية والتبعية، نشر شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 1987م

محيي الدين إسماعيل علم الدين:
- نظم الكراء بالمغرب، مطبعة الساحل –الرباط-طبعة 1986م

محمد الكشبور:
- رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، محاولة للتمييز بين الواقع والقانون، مطبعة النجاح الجديدة- الدار لبيضاء- الطبعة الأولى 1412هـ- 2001م.

- الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء- الطبعة الخامسة 1423هـ 2003م.
- شرح مدونة الأسرة،ج 1 :الزواج، ج 2 : انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح الجديدة ـ الدار البيضاء –طبعة 1427هـ/2006م

محمد الشافعي:

- أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، دار وليلي للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، 1998م.
- قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، سلسلة البحوث القانونية، رقم 8، المطبعة والوراقة الوطنية –مراكش- الطبعة الأولى، (د. ذ. ت.ط).
- الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية، وحالات شاذة، سلسلة البحوث القانونية رقم 3، المطبعة والوراقة الوطنية –مراكش- الطبعة الأولى 2001م.

محمد بن معجوز:

- الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، ـ الدار البيضاء – الطبعة الثانية، 1419هـ/1999م.

محمد بن صالح الصوفي:

- الحقوق العرفية العينية الإسلامية: دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المغربي، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع –الرباط- الطبعة الأولى 2002.

محمد خيري:

- حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب، دار نشر المعرفة، مطبعة المعاريف الجديدة – الرباط-طبعة 2001.

موسى عبود:

- دروس في القانون الاجتماعي، نشر المركز الثقافي العربي- الدار البيضاء ـ الطبعة الثانية، 1994م

صادق مهدي السعيد :

- العمل و تشغيل العمال و السكان و القوى العاملة، الكتاب الأول من مبادئ اقتصاد و تشريع العمل، مطبعة مؤسسة الثقافة العالمية – بغداد- الطبعة الثانية 1978 /1979م.

عبد الخالق أحمدون:

- الزواج و الطلاق في مدونة الأسرة، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي و قوانين دول المغرب العربي و الاتفاقيات الدولية، مطبعة طوب بريس ـ الرباط –طبعة 2006.

عبد الرزاق السنهوري:

- الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي –لبنان – (د. ذ. ت. ط)، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام /

الجزء الثاني: الإثبات، آثار الالتزام/ الجزء الثامن: حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال.

عبد الكريم شهبون:

- **الشافي في قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الثاني: العقود** المسماة و ما يشابهها ج2 و3، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء- **الطبعة الأولى**، 1422هـ/2002م.

عبد اللطيف خالفي:

- الوسيط في مدونة **الشغل**، ج1، علاقات الشغل الفردية، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش- **الطبعة الأولى** 2004.

عبد النبي ميكو:

- الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية، ج1 **الزواج والطلاق**، **الطبعة الأولى** 1971

عبد العزيز فتحاوي:

- نظـرات فـي الأحـوال الشخصيـة، مطبعـة فضالـة –المحمدية- (د. ذ. ت ط).

عبود رشيد عبود :

- الأحوال الشخصية، قواعد ونصوص وشروح، نشر وتوزيع مكتبة **الرشاد** –الدار البيضاء- مطبعة المعاريف الجديدة، الطبعـة الأولى 1965م

عز الدين بنستي:

- الشركات في التشريع المغربي والمقارن، دراسة مقارنة على ضوء **المستجدات** الراهنة بالمغرب، ج1، النظرية العامة للشركات، الطبعة الثانية 1998م.
- الشركات في التشريع المغربي والمقارن، ج2، **القانون الخاص** للشركات، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء-**طبعة** 2000م.

علال الفاسي :

- التقريب، شرح مدونة الحوال الشخصية، الكتابان الأول **و الثاني، نشر مؤسسة الرسالة، مطبعة الرسالة - الرباط** –**طبعة ماي** 2002

فريدة بناني:

- تقسيم العمل بين الزوجين في ضوء القانون المغربي والفقه الإسلامي – الجنس معيارا- سلسلة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – مراكش- **رقم** 9،**طبعة** 1992-1993م.
- حق تصرف الزوجة في مالها: حق شرعي وقيود تشريعية، مطبعة دار تينمل للطباعة والنشر، -مراكش- **الطبعة الأولى** 1995.

وزارة العدل:

- دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد1، مطبعة فضالة – المحمدية-طبعة 2004.
- المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية عن الأسئلة والاستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلسي البرلمان، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد4، مطبعة فضالة – المحمدية- توزيع دار القلم – الرباط- الطبعة الأولى 2004.

- **مراجع مختلفة :**

جمال الدين محمد بن منظور:

- لسان العرب،المجلد رقم 3و9 و14، دار صادر للطباعة والنشر، دار بيروت للطباعة والنشر- بيروت-طبعة 1388هـ/1968م.

زينب معادي:

- الأسرة المغربية بين الخطاب الشرعي والخطاب الشعبي،نشر المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي والتقني، طبعة1988م.
- المرأة بين الثقافي والقدسي(صورة المرأة في القانون)،سلسلة بإشراف فاطمة الزهراء أزريول،نشر الفنك،مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء-طبعة1992.

مثنى أمين الكردستاني:

- حركات تحرير المرأة من المساواة إلى الجندر: دراسة نقدية إسلامية، نشر وتوزيع دار القلم للنشر والتوزيع – القاهرة- الطبعة الأولى، 1425هـ/ 2003م

مجد الدين الفيروزآبادي:

- القاموس المحيط، باب الواو والياء، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة،طبع مؤسسة الرسالة، ،الطبعة الأولى،1406هـ/1986م.

محمد المختار السوسي :

- المعسول، ج 17 ، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1380هـ/1961م

محمد شريف بسيوني:

- الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان،المجلد الأول،الوثائق العالمية،طبع الشروق،الطبعة الأولى 1423هـ/2003م

عائشة التاج:

- المرأة والتنمية،سلسلة شراع رقم 41، 23 جمادى الثانية /1419هـ منتصف أكتوبر 1998،طبع دار النشر المغربية.

عبد الصمدالديالمي:

- القضية السوسيولوجية:نمودج الوطن العربي،طبع إفريقيا،الشرق-الدار البيضاء-(د.ذ.ط).
- المعرفة و الجنس من الحداثة الى التراث، منشورات عيون المقالات، مطبعة دار قرطبة للطباعة و النشر - الدار البيضاء - 1987م

عبد القادرالقصير:

- الأسرة المتغيرة في مجتمع المدينة العربية،دراسة ميدانية. في علم الاجتماع الحضري والأسري،دار النهضة العربية للطباعة والنشر- بيروت-الطبعة الأولى1999م.

ب- **المراجع الخاصة**:

الحسن العبادي:

- فقه النوازل في سوس، قضايا وأعلام ، من القرن التاسع إلى نهاية القرن الرابع عشر الهجري، منشورات كلية الشريعة بأكادير، مطبعة **النجاح** الجديدة – الدار البيضاء- **الطبعة الأولى**، 1420هـ/1999م.
- عمل المرأة في سوس، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المملكة المغربية- طبع طوب بريس – **الرباط- الطبعة الأولى**، 1525هـ/2004م.

الحسين الملكي:

- من الحقوق المالية للمرأة،نظام الكد والسعاية،ج1،مطبعة دار السلام – الرباط– الطبعة الأولى1999م.
- نظام الكد والسعاية،نشر **مكتبة دار السلام -الرباط**-طبعة 2002م.

الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي:

- العمل السوسي في الميدان القضائي، نظم أبي زيد عبد الرحمان بن عبد الله الجشتمي، ج1، مطبعة المعاريف الجديدة- **الرباط- الطبعة الأولى** 1404هـ/1984م.

محمد بن أبي بكر الأزاريفي:

- المنهل العذب السلسبيل شرح نظم أبي زيد الجشتمي لما لم يذكره الشيخان ابن عاصم وخليل، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء- **الجزء الأول: الطبعة الأولى**: 1399هـ/1979م- **الجزء الثاني: الطبعة الأولى**، 1400هـ/1980م.

عبد السلام حادوش:

- إدماج المرأة في التنمية في محك السياسة الشرعية، إخراج وسحب، الطوبريس-طنجة- **الطبعة الأولى أكتوبر** 2001.

عمر الجيدي:

- ابن عرضون الكبير،حياته وآثاره ـ آرائه وفقهه، منشورات عكاظ،مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء-**الطبعة الأولى** 1407هـ-1987م.

2- **المخطوطات:**

أحمد الرسموكي:

- نوازل الرسموكي، مخطوط المكتبة الوطنية بالرباط تحت رقم 3566.

مجهول صاحبه:

- مجموع نصوص وأجوبة مختارة لجماعة من العلماء،مخطوط المكتبة الوطنية بالرباط تحت رقم1724.

محمد ناصر الدراعي:

- الأجوبة الناصرية في بعض مسائل البادية،مخطوط خزانة آل سعود بالدار البيضاء، تحت رقم 203-3.

عبد العزيز الزياتي:

- الجواهر المختارة مما وقفت عليه من النوازل بجبال غمارة،مخطوط المكتبة الوطنية بالرباط ،تحت رقم 1698.

3- الأطروحات، الرسائل والبحوث.

أحمد إدالفقيه:

- إشكالية الشغل النسوي:وضعية المرأة العاملة في إطار القانون الإجتماعي المغربي،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس-الرباط-السنة الجامعية:1409هـ/1989م.

حبيبة عطافي:

- المزارعة وأحكامها من خلال الجامع الصحيح للبخاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة،جامعة القرويين كلية الشريعة-أكادير-السنة الجامعية:1997-1998م.

ربيعة بنغازي:

- أحكام التطليق للضرر من خلال الاجتهاد القضائي المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق-أكدال-الرباط، السنة الجامعية:2000-2001م.

رشيد تباتي:

- قراءة في مستجدات مدونة الأسرة، دراسة مقارنة من خلال موقف الفقه والقانون القديم والمدونة الجديدة، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء الفوج 33 ، السنة الدراسية:2003-2005

محمد البعدوي:

- وضعية الزوجة في الأسرة والمجتمع(بني ورياغل نموذجا) أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس-أكدال الرباط- السنة الجامعية:2000-2001م.

محمد بشري:

- مناقشة المطالب النسائية الهادفة إلى تغيير مدونة الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية 1994 - 1995م

محمد حافظي:

- أحكام عبء الإثبات في القانون المغربي والتشريع الإسلامي رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة، جامعة القرويين، كلية الشريعة-أكادير- السنة الجامعية 1422-1423هـ/2001-2001م.

سليمان اسكاو:

- مدونة الأحوال الشخصية مطالب التغيير وإشكالية المرجعية،دراسة وتقييم في ضوء التعديلات الجديدة،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الشريعة،جامعة القرويين،كلية الشريعة-أكادير- السنة الجامعية:2003-2004.

سعاد داد:

- اللفيف وحجيته في الإثبات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص،جامعة القاضي عياض،كلية الحقوق مراكش،السنة الجامعية 1998-1999م.

عبد المجيد غميجة:

- موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس-أكدال-السنة الجامعية 1420-1421هـ/1999-2000م.

عبد اللطيف الأنصاري:

- الشروط الاتفاقية بين الزوجين وتطبيقاتها في المجال المالي، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء الفوج 33 ، السنة الدراسية 2005/2003

عبد اللطيف كرازي:

- تصرف الشريك في المال الشائع،رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص،جامعة محمد الخامس،كلية الحقوق أكدال-الرباط- السنة الجامعية:1998- 1999

عبد السلام الشمانتي الهواري:
- الحقوق المالية للمرأة المتزوجة،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص،جامعة محمد الخامس كلية الحقوق -الرباط- السنة الجامعية:1988-1989.

عز الدين اعسيسوا:
- عقد المغارسة،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص،جامعة محمد الخامس،كلية الحقوق أكدال-الرباط-السنة الجامعية:2002-2003.

عز الدين بنستي:
- حالات بطلان الشركات ونظرية الشركة الفعلية في التشريع المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني،كلية الحقوق الدار البيضاء السنة الجامعية،1990-1991م.

فتيحة الشافعي:
- الترام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس-أكدال الرباط-السنة الجامعية:1423-1424هـ/2002-2003م.

4- المقالات والتعليق على الأحكام والقرارات القضائية:

أحمد إد ا لفقيه:
- ضمانات حقوق المرأة المالية في ممتلكات الأسرة أية ضمانات؟مجلة المحاماة، العدد40، أبريل1997.

أحمد أفزاز:
- نظام الأسرة في الفقه الإسلامي، مقال منشور في إطار ندوة كلية الحقوق بوجدة، تحت عنوان"مدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي"مجلة الميادين،عدد خاص،سنة1409هـ/1988م.

أحمد زوكاغي:
- تعليق على القرار الصادر عن المجلس الأعلى يوم5مارس1998، بشأن حق الكد والسعاية، مجلة رسالة المحاماة، العدد 17مارس2002.
- حق الكد و السعاية من خلال الحكم الصادر عن المجلس الأعلى يوم 5 مارس 1998 مجلة الملحق القضائي، العدد 39 دجنبر 2005

إدريس الفاخوري:

- بعض مظاهر قيم حقوق الإنسان في مدونة الأسرة الجديدة، **مقال منشور** في إطار الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية،رقم5،إشراف المعهد العالي للقضاء طبع ونشر مكتبة **دار السلام-الرباط**،شتنبر2004.
- دور الإدارة في إبرام عقود الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة الجديدة،مجلة القصر، **عدد** 9شتنبر2004.

لحسن السراج:

- **المتعة في الطلاق، مجلة الملحق القضائي، عدد**9- 10- 11، **نوفمبر** 1983.

الحسن العبادي:

- **نوازل الألواح"الأعراف"في**سوس، **مقال منشورفي إطار ندوة** جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية الآداب الدار البيضاء - **بعنوان "النوازل** الفقهية وأثرها في الفتوى والاجتهاد"،مطبعة المعاريف الجديدة-**الرباط**-.

الحسن بيهي:

- الطبيعة القانونية لنية المشاركة في عقد الشركة،مجلة المحكمة سلسلة **ندوات الرماني**،**العدد**3**سنة**2004.

الحسين الملكي:

- الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية ومقتضيات حق الكد والسعاة، جريدة العلم، عدد 19705، **الثلاثاء** 14 ربيع الأول 1425، **موافق** 4 **ماي** 2004.

الحسين بلحساني:

- مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي ومدونة الأحوال الشخصية، مقال **منشور** في إطار ندوة كلية الحقوق بوجدة، **تحت** عنوان"الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي" مجلة **الميادين**، عدد خاص، سنة 1409هـ/1988م.

الحسين رشيد :

- **بعض المجالات** المنظمة بالعرف الأمازيغي، مقال منشور في إطار أعمال الأيام الدراسية التي نظمها مركز الدراسات الأنتروبولوجية و السوسيولوجية بالرباط بعنوان "**القانون و المجتمع بالمغرب** "**سلسلة** الندوات و المناظرات رقم 7 **الرباط** 2005.

الحسين محجوبي:

- **دعوى استحقاق عقار، مجلة الملحق القضائي ، العدد**21شتنبر 1993.

المختار الهراس:

- المرأة والملكية في أنجرة إبان فترة الاستعمار: مقال منشور بسلسلة مقاربات، بعنوان " نساء قرويات" سلسلة بإشراف عائشة **بلعربي نشر الفنك** 1996.

المقرئ الإدريسي أبو زيد:

- منهجية الخطة وإطارها المرجعي، بحث مقدم في أشغال اليوم الدراسي حول" مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية بعنوان " المرأة بين الأصالة والتغريب"، نشر حزب العدالة والتنمية طبعة 1420هـ- 1999م

الصديق بلعريبي:

- السعاية، مجلة المرافعة، العدد6، يونيو 1997.

العياشي المسعودي:

- نظام فصل الأموال في الزواج بين وهم القانون ووزن الواقع، مجلة الاقتصاد والمجتمع، العدد4سنة 1988

بوشعيب الناصري:

- قراءة في المادة 400 من مدونة الأسرة، مجلة المناهج، عدد مزدوج 7-8سنة 2005.

بيرونى:

- عقد الزريبة والزينة، تعريب يوسف كرم، المجلة المغربية للقوانين والمذاهب والأحكام الأهلية (المذهب المالكي، والعرف البربري، والقانون الإسرائيلي)العدد5 –6- 7- 8- السنة 2،1937هـ- 1938م.

جامع بن يدير:

- وضعية المرأة و الأسرة بين السياسة التشريعية و القضائية و بين الممارسة الإجتماعية مقال منشور في إطار أعمال الأيام الدراسية التي نظمها مركز الدراسات الأنتروبولوجية والسوسيولوجية بالرباط بعنوان "القانون و المجتمع بالمغرب "سلسلة الندوات و المناظرات رقم 7 الرباط 2005.

حساين عبود:

- قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب المتعلق بالزواج، مقال منشورفي إطار أشغال الصبيحة العلمية الثانية في موضوع "مدونة الأسرة الجديدة"، سلسلة ندوات، مجلة "محكمة" العدد 4 نوفمبر 2004.

خديجة ركانى:

- ممتلكات الأسرة حق لمن؟ جريدة الأحداث المغربية ، 29 ماي 2004.

رحمة بورقية:

- العرف والعلماء والسلطة في القرن التاسع عشر (المغرب) قراءة في بعض النصوص والنوازل، المجلة المغربية للاقتصاد والاجتماع عدد7، سنة 1984.

زهور الحر:

- حق الزوجة في المستفاد من الثروة بين السند الشرعي والرأي الفقهي، والعمل القضائي، مقال منشور في إطار الأيام الدراسية حول مدونة

الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية رقم 5، إشراف المعهد العالي للقضاء، طبع ونشر مكتبة السلام –الرباط-شتنبر 2004.

- دور القضاء في تفعيل مقتضيات قانون الأسرة، مقال منشور في إطار الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية رقم 5، إشراف المعهد العالي للقضاء، طبع ونشر مكتبة السلام –الرباط-شتنبر 2004.
- المسؤولية المشتركة في تدبير شؤون الأسرة من خلال قواعد العدل و المساواة في الحقوق و الواجبات، مع قراءة للمادة 49 من مدونة الأسرة، مقال منشور في إطار الحلقة الدراسية الجهوية المنظمة لفائدة قضاة الأسرة بتطوان حول "مدونة الأسرة و دور الوساطة " أيام 5إلى 8 ديسمبر 2005

زينب عبد العزيز:

- المرأة والنظام العالمي، رؤية إسلامية، مقال منشور في إطار الدورة الخامسة لجامعة الصحوة الإسلامية بعنوان "حقوق المرأة وواجباتها في الإسلام" ج2، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية -المملكة المغربية-طبعة 1422هـ/1999م.

محمد الخضراوي:

- دور المجلس الأعلى في حماية حقوق المرأة، مجلة المنتدى، عدد خاص رقم 4،سنة 2004.

محمد الكشبور:

- علاقة التبعية كعنصر مميز لعقد العمل، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن عدد 12،سنة 1989.
- مفهوم وطبيعة حق الكد والسعاية، (قراءة في حكم إدارية الرباط تحت رقم 439 الصادر في 15 ماي 1997)، الندوة الوطنية المقامة بمراكش، يومي 5 و6 أبريل 2002، بعنوان " الأنظمة العقارية في المغرب" نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، كلية الحقوق جامعة القاضي عياض- مراكش-طبعة 2003.
- أحكام الزواج والانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى، مقال منشور في إطار اليوم الدراسي حول" مدونة الأسرة المغربية بين الفقه المالكي والقانون الوضعي، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد 50 سنة 2004.
- الحقوق المالية للزوجين، مداخلة ألقيت في إطار الندوة الوطنية التي نظمتها جامعة عبد الملك السعدي، كلية الحقوق طنجة حول "مدونة الأسرة " يومي 20 و21 فبراير2004 (غير منشورة).

محمد الصغير جنجار:

- النقاش العمومي حول خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية، (مكوناته وأبعاده ورهاناته)، سلسلة شرفات، عدد 12 بعنوان " ثورة

هادئة من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة" منشورات الزمن،طبعة 2004.

محمد الهبطي المواهبي:

- ما مدى إمكانية التأويل التي يوفرها المذهب المالكي لإصلاح حقيقي لقانون الأسرة بالمغرب؟ المجلة المغاربية للكتاب، مقدمات: عدد خاص رقم 4 بعنوان" مدى إمكانية التأويل من أجل إصلاح جوهري لقانون الأسرة" مطبعة النجاح الجديدة ـالدار البيضاء-طبعة 2002.
- العمل في الإفتاء المغربي، مجلة الإحياء، العدد 15 من السلسلة الجديدة، 27شوال 1420هـ/يناير 2004م.

محمد بن علي الكتاني:

- دور العمل الفاسي في تطور الفقه واستمراره، مجلة كلية الشريعة بفاس، العدد6،شوال 1400هـ/ غشت 1980م.

محمد بونبات:

- في تاريخية حق المنفعة في المغرب،(الجزاء،الجلسة وماشابهها)، المجلةالمغربية للقانون المقارن، عدد3،سنة 1984.

مريم جراف:

- الحقوق المالية للمطلقة: حق الكد والسعاية، جريدة الأحداث المغربية عدد704 السبت 26 رمضان 1421هـموافق 23 دجنبر 2000.

محمد طموح:

- المضاربة في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، السنة الأولى، العدد1، صفر 1397هـ/ يناير 1977م.

محمد مهدي شمس الدين:

- المرأة بين التقاليد المختلفة وشعار التحرير الخادع، مقال منشور في إطار الدورة الخامسة لجامعة الصحوة الإسلامية بعنوان" حقوق المرأة وواجباتها في الإسلام" ج1، نشر وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية- المملكة المغربية-طبعة 1999.

محمد فارق النبهان:

- علة الانفاق على الزوجة في نظر الفقه الإسلامي، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد8، أكتوبر- تشرين 1988.

محمد يعقوبي خبيزة:

- وقفة ضد تعديل مدونة الأحوال الشخصية، جريدة التجديد، عدد45، 1 دجنبر 1999.

نجاة إخيش:

- تاريخ الحركة النسائية في علاقتها بمدونة الأسرة، مقال منشور بسلسلة شرفات، عدد 12 بعنوان " ثورة هادئة من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة" منشورات الزمن،طبعة 2004.

سعيد السعدي:
- إدماج المرأة في التنمية - التجربة المغربية- **سلسلة شرفات عدد 12** بعنوان " ثورة هادئة من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة" **منشورات الزمن،طبعة** 2004

سعد العنزي:
- العرف والعادة في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق الكويتية السنة23 **العدد1 ذو الحجة** 1419هـ/ مارس 1999م.

سعيد اعراب :
- علماؤنا **بالبادية: أبو العباس بن عرضون** (992ه) جريدة الميثاق **العدد** 50 **للسنة الثالثة فاتح ذي القعدة** 1383 ه/15 **مارس** 1964

سعيد كوكبي:
- شهادة اللفيف العدلي بين حجيتها، و الحاجة إليها في الإثبات أمام **القضاء، مجلة ندوات محاكم فاس، العدد الأول أكتوبر**2003

عبد الخالق أحمدون:
- القوانين العرفية بالمغرب (قانون ماسة ادوامط نموذجا)، مجلة كلية الآداب بتطوان، العدد8،**سنة** 1997.

عبد اللطيف الأنصاري :
- مفهوم السعاية و نطاق تطبيق أحكامها في الفقه **المالكي و القضاء المغربي، مجلة الملحق القضائي، العدد** 39، **دجنبر** 2005.

عبد الناصر موسى أبو البصل:
- المدخل إلى فقه النوازل، مقال مقدم في إطار ندوة جامعة الحسن الثاني كلية الآداب- الدار البيضاء- بعنوان " النوازل الفقهية وأثرها في الفتوى **والاجتهاد**" مطبعة المعاريف الجديدة –**الرباط**-.

عبد السلام العسري:
- نشأة نظرية الأخذ بما جرى به العمل عند فقهاء الأندلس والمغرب، مجلة دار الحديث الحسنية، العدد3،**سنة** 1402هـ/1982م.
- اختيارات مدونة الأحوال الشخصية من أقوال وروايات المذهب المالكي غير المشهورة واختياراتها من خارج المذهب، مجلة دار الحديث الحسنية، العدد8،**سنة** 1410هـ/1990م.

عبد السلام حسن رحو:
- تعليق على القرار رقم 1520 بشأن القضية العقارية رقم 77/2276 **مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد** 52، **للسنة** 20، يوليوز 1998.

عبد الصمد الديالمي:
- **في الاتصل** بين الشريعة الإسلامية والشريعة الدولية في عدم التمييز بين المرأة والرجل في الحقوق والواجبات، المجلة المغاربية للكتاب، مقدمات: عدد خاص بعنوان " إمكانيات التأويل من أجل تعديل جوهري لقانون الأسرة" مطبعة النجاح الجديدة -الدار البيضاء-**طبعة** 2002.

عبد العالي العبودي:

- التوضيح الموجز لبعض مواد مدونة الأسرة، **مقال منشور في إطار** الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية رقم 5، إشراف المعهد العالي للقضاء، طبع ونشر مكتبة السلام **الرباط شتنبر** 2004.

عبد القادر العافية:

- ما اقترحته الخطة ليس مستوحى من شرع الله، بل من القوانين السائدة في الغرب، جريدة التجديد، عدد 48- 22 **دجنبر** 1999.

عبد الهادي بوطالب:

- **قانون** 1965 حول مغربة وتوحيد وتعريب القضاء، تقيم قانون 26 يناير 1965 حول توحيد القضاء ومغربته وتعريبه، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، **عدد خاص رقم** 10، **بعنوان** "**ربع قرن من القانون المغربي** " **النصف الثاني من سنة** 1981.

علال الهاشمي الخياري:

- المزارعة أو (المشاركة في الإنتاج الزراعي)، مجلة دار الحديث الحسنية، العدد 5، **سنة** 1406هـ/1985م.

على المحمدي:

- العرف، الشرع، المخزن، تعارض أم تعايش وتكامل؟ **بحث مقدم في** إطار الجامعة الصيفية، يوليوز 1987 بعنوان " المغرب من العهد العزيزي إلى سنة 1912" ج1، المحمدية.

عمر الجيدي:

- تطور التشريع المغربي من خلال ما جرى به العمل، **مقال منشور في** إطار ندوة بعنوان" فلسفة التشريع الإسلامي" مطبوعات أكاديمية المملكة المغربية.

عمر بكاري :

- أهلية الزوجة في التبرع بين الإطلاق و التقييد على ضوء الفقه و التقنين، مجلة كلية الشريعة أكادير، العدد 2 يونيو 2003

عمر عبد الله:

- العرف في الفقه الإسلامي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، السنة5، **العددان** الأول والثاني، يناير- **مارس** 1951.

يوسف بنباصر:

- جديد مدونة الأسرة: المسار والتطلعات، قراءة تحليلية وتقييمية في مستجدات قانون الأسرة الجديد، 03- 70، **سلسلة بنباصر للدراسات** القانونية والأبحاث القضائية، السنة الثالثة، العدد8.

5 - دراسات، وثائق، تقارير:

- بيان الشبكة الوطنية لدعم الخطة، جريدة الاتحاد الاشتراكي، 22 يوليوز 1999.
- بيان رابطة علماء المغرب حول الخطة، جريدة التجديد عدد22، 4 يوليوز 1999.
- تقرير أعدته الشبكة الوطنية لدعم الخطة:" الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية آلية لخدمة تنمية المغرب" (غير منشور)
- تقرير اللجنة العلمية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية حول ما سمي بالخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية.(غير منشور)
- حركة التوحيد والإصلاح: موقفنا مما سمي: خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية" طبع طوب بريس-الرباط- الطبعة الأولى، رمضان 1420هـ يناير 2000م.
- حقوق المرأة المغربية ومدونة الأحوال الشخصية، دراسة أنجزتها الرابطة الديموقراطية لحقوق المرأة بمساهمة مركز الدراسات الإستراتيجية ماروتا ملسنا .
- ربيع المساواة: مذكرات الجمعيات من أجل تغيير شامل لمدونة الأحوال الشخصية مطبعة المعاريف الجديدة -الرباط- طبعة 2002.
- مطالب النساء الاتحاديات فيما يتعلق بمدونة الأحوال الشخصية، صادر عن القطاع النسائي لحزب الاتحاد الاشتراكي، الكتابة الوطنية للنساء الاتحاديات، صادر في 7 يونيو 2001.
- كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة: مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية 1999.

6- القوانين، ومشاريع القوانين، الأعمال التحضيرية:

- ظهير شريف رقم 1.96.157. صادر في 23 من جمادى الأولى 1417 هـ (7 أكتوبر 1996) بتنفيذ نص الدستور المراجع، الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد 4420 بتاريخ 10 أكتوبر 1996
- قانون الالتزامات والعقود المغربي (نسخة وزارة العدل)
- ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالقانون المطبق على العقارات المحفظة (الصيغة العربية الرسمية).

- ظهير 12 غشت المتعلق بالتحفيظ العقاري (الصيغة العربية الرسمية).
- مدونة الأسرة: الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03، بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عـدد 5184-14 ذي الحجـة (5 فبراير 2004).

- مدونة الأحوال الشخصية:

1- ظهير شريف رقم 1.57.343 كعح تطبق بموجبه في سائر المملكة المغربية مقتضيات الكتاب الأول و الثاني المتعلق أولها بالزواج و ثانيهما بانحلال ميثاقه، الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد 2354 -13 جمادى الأولى 1377 ه (6 دجنبر 1957).
2- ظهير شريف معتبر بمثابة قانون رقم 1.93.347 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993) بتغيير وتتميم بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد 4222-12 ربيع الآخر 1414 (29 شتنبر 1993)

- قانون رقم 3.64 بتاريخ 22 رمضان 1384 (26 يناير 1965) يتعلق بقانون توحيد المحاكم، الجريدة الرسمية (باللغة العربية)، عدد2727 –فاتح شوال 1384 (3فبراير 1965).

- قانون الشركات: ظهير شريف رقم 1.97.49 صادر في 5شوال 1417 (13 فبراير 1997) بتنفيذ القانون رقم 5.96 المتعلق بشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركة المحاصة، الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد 4478 بتاريخ 23 ذي الحجة 1417ه (فاتح ماي 1997).

- مدونة الشغل: ظهير شريف رقم1.03.194، صادر في 14 من رجب 1424ه (11سبتمبر2003) بتنفيذ القانون رقم 99.65 المتعلق بمدونة الشغل، الجريدة الرسمية (باللغة العربية) عدد5167، مؤرخ في 8-12-2003.

- مشروع قانون رقم 19.01 المتعلق بمدونة الحقوق العينية

- الأعمال التحضيرية المتعلقة بالمادة 49 من مدونة الأسرة

ثانيا: مراجع باللغة الفرنسية:

1- المؤلفات:

COLOMER ANDRE:

- Droit civil, régimes matrimoniaux, litec, éd du juris-Classeur, paris, 11ème éd 2002.

DECROUX PAUL:

- Droit foncier Marocain, imprimerie Elmaarif Eljadida, - Rabat- éd. La porte – Rabat, 2002.

- Les sociétés en droit Marocain, éd, la porte Rabat, 4ème éd, 1985.

LAFOND. J :

- Les sources du droit coutumier dans le sous, le statut personnel et successoral, éd imprimerie du sous - Agadir- (D.I.N.C).

MALAURIE PHILLIPE et AYNES:

- Droit civil,les régimes matrimoniaux, defrénois, éd juridiques associée- paris- 2004

MILLIOT LOUIS :

- Introduction à l'étude du droit musulman recueil Sirey pari 1953 .
- Démembrement du Habus, Manfàa, Gza, Gualsa, Zinà, éd Leroux - paris- 1918

LAFOND. J :

- Les sources du droit coutumier dans le sous, le statut personnel et successoral, éd imprimerie du sous - Agadir- (D.I.N.C).

MOLAY R'CHID ABDERRAZAK:

- La femme et la loi au Maroc, collection dirigée pa Fatima MERNISSI, éd, le fennec, 2ème Ed. 1993.

PESLE. O :

- La société et le partage dans le rite malékite imprimeries Réunies – Casablanca , éd . 1948.

2- الأطروحات:

BOUSSETA MOURAD :

- la coutume en droit marocain, aspects historiques et contemporains, thèse pour doctorat d'Etat en droit, université de Lille II, 1992.

MANEL BASIL:

- Assai sur la nature juridique des droits reeles et des droits de creance; these pour le doctora,universite de paris, faculte de droit 1912.

MOLAY R'CHID ABDERAZZAK :

- La condition de la femme au Maroc, thèse pour doctorat d'Etat, université Mohammed v, faculté de droit, Rabat 1981.

3- المقالات:

BENNIS KANOUNI FADELA:

- Le travail feminin, cas de Maroc, R.L, N° 151 novembre / décembre 1983.

BENTAHAR MUSTAFA:

- Lacoutume au Maroc, simpl phenoméne social ou véritable source normative ? Acte du colloque organise par le centre des etudes Anthropologique et socialogique, à « Droit et société au maroce » série : colloque et séminaire –N º 7 rabat 2005 p : 17 et

CHERKAOUI ABDELAZIZ:

- L'évolution du droit Marocain, Atravers la légilation, R.J.P.E.M, Numéro spécial, Nº 2éme semestre 1981, p : 173-175.

DAOUD ZAKYA :

- La révolté des marocains, Revue lamalif, N° 93, décembre 1977.

DAYALMI ABDESAMAD :

- Un fqih Marocain et les droits de la femme du XVI siècle. Revue maghrébine du livre prologues,hors, série N° 2, impression Najah El jadida, Casablanca 2002.

DECROUXPAUL :

- Les sociétés entre époux en France et au Maroc, R. M.D 1955.

DENAT COMMANDANT :

- Droit coutumier Berbère ICHKERN, contrat d' « Amhars», R.M.D 1951.

LAPANNE-JOINVILLE.J :

- Le régime des biens entre époux dans le rite malékite, R.M.D 1950 .

DANNOUNI HADJIRA:

- Le régime des biens des époux en droit Algérien, R.T.D 1986

MORERE MORICE :

- Le régime des biens au Maroc, R.T.D , 1954 .

SAREHANE FATNA :

- Les relations patrimoniales de la famille dans le nouveau code, R.M.D.E.D, numéro spécial relatif à la journée d'étude « la famille marocaine entre le fiqh malékite et le droit positif » N° 50, 2004.

TAK TAK NAJIA :

- Gestion contractuelle des affaires famillialles , réalité et droits de l'époux :commentaire, R.A.J, Nº 11-Décembre-1998. p : XXI

4- القوانين:

- **Code civil Français, éd, Litec 2005**

الفهرس:

الموضوع **الصفحة**

- **مقدمة:**..... 1

***الباب الأول:**

ارتباط مفهوم ومشروعية حق الكد والسعاية بالعرف المحلي.....13

الفصل الأول:

ارتكاز مفهوم حق الكد والسعاية على مقتضيات العرف المحلي..... 16

الفرع الأول:

قصور التحديد الفقهي في ضبط مفهوم حق الكد والسعاية.....17

المبحث الأول:

تبني مفاهيم ضيقة لحق الكد والسعاية.....17

المطلب الأول:

اختزال مفهوم حق الكد والسعاية في صورة حق للمرأة المتزوجة.....18

المطلب الثاني:

قصر استحقاق حق الكد والسعاية بواقعة **الطلاق أو وفاة الزوج**.....22

المبحث الثاني:

اعتماد مقترح مشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية 27

المطلب الأول:

الإطار العام لمشروع الخطة وعلاقة مقترحها بحق الكد والسعاية 28

المطلب الثاني:

مناقشة اعتبار مقترح الخطة كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية.....32

الفرع الثاني:

ضرورة تحديد مفهوم حق الكد والسعاية كعرف محلي.....36

المبحث الأول:

مناقشة إمكانية تبني المادة 49 **من مدونة الأسرة** كأساس لمفهوم حق **الكد** والسعاية 36

المطلب الأول:

قراءة في مضمون المادة 49 من مدونة الأسرة.....37

الفقرة الأولى:

التأكيد على مبدأ استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين 37

الفقرة الثانية:

إقرار جواز الاتفاق التعاقدي بين الزوجين على تدبير الأموال المكتسبة.....39

الفقرة الثالثة:

حالة عدم وجود اتفاق بشأن تدبير الأموال **المكتسبة** 42

المطلب الثاني:
استبعاد المادة 49 كأساس لمفهوم حق الكد والسعاية 45
المبحث الثاني:
محاولة في تعريف حق الكد والسعاية 50
المطلب الأول:
تمييز حق الكد والسعاية عن بعض المؤسسات المشابهة.....51
الفقرة الأولى:
تمييز حق الكد والسعاية عن نظام الاشتراك القانوني بين الزوجين بالتشريع **الفرنسي**.....51
الفقرة الثانية:
تمييز حق الكد والسعاية عن دعوى الاستحقاق.....55
المطلب الثاني:
تعريف حق الكد والسعاية.....57
الفصل الثاني:
تأرجح مشروعية حق الكد والسعاية بين الرفض والقبول: (ارتباط المشروعية **بالعرف المحلي**).....60
الفرع الأول:
الاتجاه القاضي بعدم مشروعية حق الكد والسعاية. 61
المبحث الأول:
مخالفة حق الكد والسعاية لأصول الشريعة.....61
المطلب الأول:
حق الكد والسعاية مبني على عرف فاسد 62
الفقرة الأولى:
مفهوم وشروط العرف الصحيح 63
الفقرة الثانية :
مبررات اعتبار حق الكد والسعاية عرفا فاسدا.....66
الفقرة الثالثة:
مناقشة الاتجاه القاضي باعتبار حق الكد والسعاية عرفا **فاسدا**.....69
المطلب الثاني:
مخالفة حق الكد والسعاية للمشهور وما جرى به العمل.....73
الفقرة الأولى:
مفهوم المشهور وماجرى به العمل.....73
الفقرة الثانية:
مناقشة اعتبار حق الكد والسعاية مخالفا للمشهور وما جرى به العمل.....76
المبحث الثاني:
تعارض حق الكد والسعاية مع مؤسسات قانونية وشرعية.....79
المطلب الأول:
حق الكد والسعاية و مقتضيات النفقة الزوجية.....79

المطلب الثاني:
تعارض حق الكد والسعاية مع أحكام المتعة ونظام الإرث.....85
الفقرة الأولى:
الإقرار بحق الكد والسعاية محاولة لهدم أحكام المتعة.....85
الفقرة الثانية:
الإقرار بحق الكد والسعاية محاولة لتعطيل قواعد الإرث.....88
الفرع الثاني:
الاتجاه القاضي بمشروعية حق الكد والسعاية.....90
المبحث الأول:
استناد حق الكد والسعاية إلى أدلة شرعية عامة.....91
المطلب الأول:
تأسيس حق الكد والسعاية على أحكام القرآن الكريم.....91
المطلب الثاني:
تأصيل حق الكد والسعاية على قضاء الخليقة عمر بن الخطاب (رضي).....95
المبحث الثاني:
ارتكاز حق الكد والسعاية على أسس قانونية.....99
المطلب الأول:
استبعاد تعارض حق الكد والسعاية مع مقتضيات القانوني المغربي.....99
الفقرة الأولى:
عدم تعارض حق الكد والسعاية مع قانون التوحيد.....99
الفقرة الثانية:
استناد حق الكد والسعاية إلى مذهب الإمام مالك بمفهوم " قاعدة الإحالة".....102
المطلب الثاني:
تكريس القضاء المغربي لمقتضيات حق الكد والسعاية.....104

خاتمة الباب الأول : 109

- **الباب الثاني:**

خضوع القواعد الضابطة لحق الكد والسعاية للعرف المحلي.....110

الفصل الأول:
الطبيعة القانونية لحق الكد والسعاية وعلاقتها بالعرف.....112
الفرع الأول:
استبعاد الطبيعة العينية لحق الكد والسعاية.....113
المبحث الأول:
اعتبار حق الكد والسعاية حقا عرفيا إسلاميا.....114
المطلب الأول:
تحديد مفهوم وطبيعة الحقوق العرفية الإسلامية.....115
الفقرة الأولى:
حق الجلسة 116
الفقرة الثانية
حق الزينة.....117
الفقرة الثالثة:
حق الجزاء.....119
المطلب الثاني:
مناقشة إمكانية تبني الحقوق العرفية الإسلامية كأساس لحق الكد والسعاية.....120
الفقرة الأولى:
أوجه التشابه بين حق الكد والسعاية والحقوق العرفية الإسلامية..... 121
الفقرة الثانية:
مبررات استبعاد الحقوق العرفية الإسلامية كأساس لحق الكد والسعاية.....122
المبحث الثاني:
افتراض الملكية الشائعة كأساس لحق الكد والسعاية.....124
المطلب الأول:
تحديد مفهوم الملكية الشائعة ووجه علاقتها بحق الكد والسعاية.....125
الفقرة الأولى:
مفهوم وطبيعة الملكية الشائعة.....125
الفقرة الثانية:
أوجه ارتباط مقتضيات حق الكد والسعاية بأحكام الملكية الشائعة.....127
المطلب الثاني:
استبعاد تأسيس حق الكد والسعاية على قواعد الملكية الشائعة.....129
الفقرة الاولى:
عدم ملاءمة مفهوم وطبيعة الملكية الشائعة لمقتضيات حق الكد والسعاية.....129
الفقرة الثانية:
عدم ملاءمة مقتضيات الملكية الشائعة لحق الكد والسعاية على مستوى الآثار...131
الفرع الثاني:
ارتباط طبيعة حق الكد والسعاية بالحق الشخصي.....134
المبحث الأول:

تكييف حق الكد والسعاية على أساس عقد إجارة الخدمة.....135
المطلب الأول:
اعتماد بعض الفقه لعقد إجارة الخدمة كأساس لحق الكد والسعاية.....135
الفقرة الأولى:
ماهية عقد إجارة الخدمة.....136
الفقرة الثانية:
مبررات اعتماد عقد إجارة الخدمة كأساس لحق الكد والسعاية.....139

المطلب الثاني:
تقييم عقد إجارة الخدمة كأساس لحق الكد والسعاية.....141
المبحث الثاني:
الطبيعة القانونية لحق الكد والسعاية أساسها الشركة العرفية.....146
المطلب الأول:
عدم ملاءمة أحكام الشركات في الفقه الإسلامي لمقتضيات حق الكد والسعاية....147
الفقرة الأولى:
شركة المفاوضة والأبدان.....147

الفقرة الثانية:
شركات الاستغلال الزراعي.....151
الفقرة الثالثة:
الشركة المختلطة: عقد القراض أو المضاربة..... 156
المطلب الثاني:
استبعاد نظام الشركات في القانون المغربي كأساس لحق الكد والسعاية.....159
الفقرة الأولى:
الشركة المدنية أو العقدية.....160
الفقرة الثانية:
شركة المحاصة والشركة المنشأة بفعل الواقع.....164

الفصل الثاني:
تنظيم حق الكد والسعاية تكريس لخصوصيته العرفية.....169
الفرع الأول:
ارتباط نطاق تطبيق حق الكد والسعاية بالعرف المحلي.....170
المبحث الأول:
اختلاف الفقه والقضاء في تحديد طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية أساسه العرف.....170
المطلب الأول:
حصر طبيعة العمل الموجب لحق الكد والسعاية بمفهوم الخدمة الظاهرة.....171

المطلب الثاني:
تبني فكرة العمل المنتج كأساس لتحديد طبيعة العمــل الموجب لحق الكـد والسعايــة.....174
المبحث الثاني:
خضوع التحديد المكاني والموضوعي لنطاق تطبيق حق الكد والسعاية للعرف...179
المطلب الأول:
العرف كأساس لتحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المكان.....180
الفقرة الأولى:
قصر نطاق تطبيق حق الكد والسعاية بحدود المجال القروي.....180
الفقرة الثانية:
عدم التمييز بين المجال الحضري والقروى في إعمال مقتضيات حق الكد والسعاية.....181
الفقرة الثالثة
العرف كمعيار لتحديد نطاق تطبيق حق الكد والسعاية من حيث المكان.....183
المطلب الثاني:
محل حق الكد والسعاية ودور العرف في تحديده.....184
الفرع الثاني:
تأثر القواعد المنظمة لحق الكد والسعاية بالعرف المحلي (الإثبات والقسمة).....187
المبحث الأول:
نظام الإثبات والطبيعة العرفية لحق الكد والسعاية.....187
المطلب الأول:
المبادئ العامة للإثبات في دعوى حق الكد والسعاية.....188
الفقرة الأولى:
عبء الإثبات في دعوى حق الكد والسعاية.....188
الفقرة الثانية:
محل الإثبات في دعوى حق الكد والسعاية.....194
المطلب الثاني:
وسائل الإثبات في دعوى حق الكد والسعاية.....198
الفقرة الأولى:
شهادة الشهود كوسيلة إثبات متداولة.....198
الفقرة الثانية:
وسائل الإثبات الأخرى.....200
الفقرة الثالثة:
مدى ملاءمة نظام التحفيظ [التقييد] العقاري لإثبات حق الكد والسعاية.....203
المبحث الثاني:
خضوع قواعد فرز حق الكد والسعاية للعرف المحلي.....205
المطلب الأول:
طريقة القسمة المعتمدة في فرز حق الكد والسعاية.....205

المطلب الثاني:
معايير وضوابط تقدير حق الكد والسعاية.....209

خاتمة الباب الثاني.....214
خاتمة.....215
الملحق.....
218
لائحة المراجع.....219
الفهرس.....251