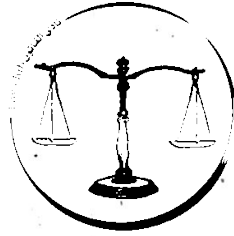


محمد الكشبود
دكتور في الحقوق



نادي الطلبة و الباحثين في

العلوم القانونية

www.club-droit-marocain.blogspot.com

الوسيط في شرع مدونة الأسرة

الكتاب الأول

عقد الزواج وأثاره

تقديم الطبعة الثانية

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

﴿ ربنا عليك توكلنا، وإليك أنبنا، وإليك المصير ﴾

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

أما بعد :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

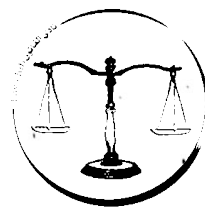
ولأن من شأن هذا العمل المصني أن يزيد في حجم الكتاب، فقد آثرنا أن نسميه بـ « الوسيط في شرح مدونة الأسرة »، الذي سيحتوي على عدة أجزاء، يتقدمها كتاب الزواج.

ومن الله نسأل العون والتوفيق والسداد

والسلام.

الدار البيضاء، في 25 رمضان 1429

الموافق 26 شتمبر 2008



نادي الطلبة و الباحثين في

العلوم القانونية

www.club-droit-marocain.blogspot.com

كلمة البداية

أولا - نظرة تاريخية :

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

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

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

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

(1) انظر حول الموضوع :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) وانظر حول الفكرة :

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

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

وانظر حول جوانب تتصل بهذا التعديل:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ثالثا - تقديم أهم مستجدات مشروع مدونة الأسرة :

أمام البرلمان بواسطة خطاب ملكي :

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

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

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

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

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

(11) نرمة كسوس، م.س.، بنفس الموضوع.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

محضرات السيدات والسادة البرلمانيين المحترمين؛

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

- لا يمكنني بصفتي أمير المؤمنين، أن أحل ما حرم الله وأحرم
ما أحله.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

كما أمرناه أيضا، بأن يرفع إلى جلالتنا اقتراحات بشأن تكوين

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

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

رابعاً - مشروع مدونة الأسرة أمام البرلمان :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

خامسا - صدور القانون رقم 70-03 :

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

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

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

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

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

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

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

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

سادسا - التوجهات العامة لمدونة الأسرة :

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

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

(13) الفصلان 5 و8 من دستور المملكة.

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

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

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

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

ج.ر. عدد 4866 بتاريخ 18 يناير 2001.

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

حديث خرجه أبو داود والترمذي والدارمي وأحمد بن حنبل.

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

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

1 - الصياغة :

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

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

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

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

2 - مركز القضاء :

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

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

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

أ - القضاء الواقف :

يقصد بالقضاء الواقف ذلك الذي يعمل في إطار النيابة العامة.

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

(17) المادة 3 من مدونة الأسرة.

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

ومما إشكال سوف نفصله فيما بعد.

(18) انظر حول هذه الاختصاصات :

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

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

144 وما بعدها.

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

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

ب - القضاء الجالس :

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

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

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

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

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

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

وانظر حول مؤسسة قاضي الأسرة:

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

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

3 - مصادر مدونة الأسرة :

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

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

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

(21) ينص الفصل 182 من ق.م.م. على أنه:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

أ - المصادر الشرعية :

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

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

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

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

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

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

ب - المصادر الوضعية :

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

(24) انظر لمزيد من الإيضاح حول الموضوع :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

والسلام

الدار البيضاء، في 10 رمضان 1429

الموافق 11 شتبر 2008

(26) وانظر من أجل التوسع:

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



نادي الطلبة و الباحثين في

العلوم القانونية

www.club-droit-marocain.blogspot.com

مدخل عام

تمهيد :

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

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

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

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

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

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

(1) راجع كتب المدخل لدراسة القانون.

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

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

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

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

فقرة أولى - مبادئ أولية :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

وانظر من أجل التوسع:

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