

ذ يوسف بنباصر

مدونة الأسرة

المسار والتطلعات

تقديم :

احتضنت مدينة الداخلة بتاريخ 10 مارس 2004 ، بحضور العديد من فعاليات المجتمع المدني من جمعيات و منتديات ثقافية و اطر تربوية و مهتمي الشأن القانوني و الحقوقي بالمنطقة ، لقاء علميا لمناقشة مستجدات قانون الاسرة 03.70 و ذلك بشراكة بين منظمة الكشاف المغربي و مجموعة من الجمعيات المهتمة و مؤسسة النيابة العامة لدى المحكمة الابتدائية بالداخلة .

و قد ترأس هذا اللقاء المتميز الاستاد يوسف بنباصر نائب وكيل الملك لدى نفس المحكمة الذي ألقى عرضا في غاية الأهمية بشأن هذا الموضوع ، نقدم فيما يلي ابرز محطاته ، مساهمة منا في اغناء النقاش و التعريف بجديد هذا المولود التشريعي المتميز .

بسم الله الرحمن الرحيم

غني عن التذكير كون المملكة المغربية عرفت في الآونة الأخيرة مجموعة من التحولات السوسيوسياسية - و المتغيرات الاقتصادية التي تمت وفق مجموعة من المعايير و المفاهيم الحديثة كتعزيز دولة الحق و القانون و الشفافية و ديمقراطية المؤسسات التمثيلية و تكريس المكتسبات الحقوقية للأفراد و الجماعات و هي تحولات فرضت معالمها مجموعة من المتغيرات الراهنة ، تشخصها بالأساس مضاعفات العولمة الجارفة و اكرهات و تحديات الألفية الثالثة .

و اعتبارا لهذا المعطى الاستراتيجي ، فقد كان من المنتظر بل من المحتم أن تواكب هذه التطورات الجدرية تحولات أخرى موازية تهتم الترسانة التشريعية الوطنية ، بما فيها تلك المنظمة للأحوال الشخصية و شؤون الأسرة ، لتكون هذه الأخيرة في مستوى هذه التطلعات و قادرة على مواكبة وثيرتها المتسارعة في ظل مقاربة ثنائية تحافظ و تزواج كمبدأ بين روح الانفتاح و التسامح و الحدائة و بين التأكيد على التشبث بجدور الاصالاة التراثية المستمدة روافدها من الإسلام كمكون حضاري و مصدر تشريعي أساسي لا محيد أو غنى عنه ، و هو الامر الذي جعل هذه العينة من القوانين تضاهي نظيرتها المعمول بها لدى اعرق الديمقراطيات التمثيلية في الدول الغربية و غيرها من المنظومات التشريعية المقارنة و في هذا الخضم فقد صدر مؤخرا بالجريدة الرسمية في نشرتها العامة عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004 قانون 03.70 الذي يهتم تنظيم قانون الأسرة بالمغرب ...

و على غرار أي مولود تشريعي جديد فان الإطار العام لهذا القانون يجعلنا في مواجهة مباشرة لجملة من التساؤلات المشروعة و الهادفة في مبتغاها إلى محاولة رصد او بالاحرى الاحاطة بالتركيبية التحليلية الثلاثية لأي تشريع حديث و لاسيما اذا كان يكتسي من الأهمية و الاستثنائية ما يرقى به الى مستوى الحدث الوطني المتميز ... و قصدي في ذلك ينصرف و لا ريب إلى عملية الاستقصاء الأولي لخلفيات و مسببات ظهور القانون الجديد ، و الغوص في كنه مضامين مقتضياته و مستجداته ، و رصد مدى تموقعه داخل الحقل التشريعي الوطني ، و أخيرا التحليل الإجمالي لمختلف التوقعات المنتظر رصدها على المستوى الميداني عند شروع العمل بتطبيق بنوده ...

و على ضوء هذه الاعتبارات ، فإن إجراء مقارنة نقدية و تحليلية بخصوص قانون مدونة الأسرة الجديد ، تفرض علينا ان نتناول بالتحليل و المناقشة مجموعة من التساؤلات ،

يمكن اجمالها فيما يلي :

اولا : ماهي المسببات القانونية و الواقعية و ماهي الدواعي الحقوقية ، التي تموقعت كباعث رئيسي و دافع اساسي من وراء التفكير في ايجاد آليات قانونية و قضائية جديدة تهتم بقانون الاحوال الشخصية للفرد و الجماعة ، و تنظم شؤون و متطلبات الاسرة المغربية وفق منظور حديثي و مشروع اصلاحي رائد ياخذ بعين الاعتبار الظرفية الراهنة لعالم اليوم ، و يستوعب في ذات الوقت الاجتهادات العملية و الميدانية التي تشكلت و ترعرعت في إطار المرجعية الاسلامية سواء من حيث الشكل او الجوهر ؟

ثانيا : ما هو مضمون و جوهر التعديلات التي جاءت بها مدونة الأسرة و ما هو الجديد فيها ، و التي جعلت الباحثين و مهتمي الشأن القانوني و الحقوقي بالمغرب يجمعون على اختلاف مشاربهم الفكرية و تباين توجهاتهم الايديولوجية على كون المستجدات المضمنة بها تشكل نهضة تنموية و صحوة تقويمية نحو عالم جديد يؤهل الاسرة المغربية لولوج الالفية الثالثة في جو يطبعه الاستقرار و المساواة ، و يرفع كافة مظاهر و اشكال الحيف و التعسف و التهميش عن المرأة و يصون كرامتها .. ؟

ثالثا : ماهي مكامن الخلل في المنظومة التشريعية المؤطرة سابقا لقانون الاحوال الشخصية هل في محدودية هذه المقتضيات و عدم قدرتها على الإحاطة الشمولية بجميع الحالات و المستجدات الشرعية المعروضة على انظار مؤسسة القضاء المغربي ... ام ان الخلل يكمن في عدم تفعيل نصية هذه المقتضيات ، و عجزها عن مواكبة التحولات المتلاحقة للمشهد الحقوقي الذي يعيش اطواره المنتظم الدولي حاليا ؟ ام ان الاطار البشري المكلف بتطبيق القانون الشرعي بامكانياته المحدودة ، و الظروف الخاصة التي يباشر خلالها مهامه يساهم بدوره بشكل او بأخر في واقع و استمرارية ما دأب البعض على تسميته " بأزمة مدونة الأحوال الشخصية " في ظل القانون السابق؟

رابعا : ما هي الآفاق و الأهداف التي توخى المشرع المغربي تحقيقها من خلال مدونة الاسرة الجديدة ... و هل هذا التعديل التشريعي بما يختزله من بعد اجتماعي متميز و آفاق مستقبلية و اعدة على درب الحداثة و تحديث المجتمع ، كفيل باعادة ضبط التوازن الأسري ، داخل المنظومة المجتمعية المغربية و إقرار ضمانات متساوية و نموذجية لأفراد تركيبته البشرية

بداية و قبل الإجابة عن هذه التساؤلات و تشخيص الجديدة في قانون مدونة الأسرة ،
يجدر بنا التذكير ، كون المسار الذي شهدته المقتضيات التشريعية و التنظيمية المؤطرة لقانون
الاحوال الشخصية و شؤون الاسرة بالمغرب لم تخضع بمجرد ميلادها لمنزلق الجمود او
الستاتيكية ، بل كانت دائمة التطور لمواكبة التحولات و المستجدات المتلاحقة و للتوفيق بين
مختلف التجادبات الفكرية المطروحة و ضبط التوازن بين ايقاعاتها ، و ان كانت خطوات
المشرع المغربي في هذا السياق تبدو محتشمة و متسمة بطابع التردد و التحفظ ، و لتوضيح
معالم هذه الرؤية ، نستعرض كرونولوجيا مختصرة لمسلسل تطور هذا القانون

*- كرونولوجيا تطور قانون الاحول الشخصية قبل ظهور مدونة الاسرة : المخاض ...

و التجادبات :

ان غياب اطار تشريعي وطني خاص ينظم مجال الاحوال الشخصية و الاسرة ، كان
السمة البارزة التي ميزت هذه العينة من القوانين بالمغرب في ابان فترة الحماية ، فضلا عن تعدد
و تشعب مصادرها الوضعية تبعا للرافد الديني الذي تنتمي اليه الفئة المعنية به ، فالمغاربة
المسلمون كانت تنظم أحوالهم الشخصية و الأسرية أحكام المذهب المالكي و لا سيما متن الشيخ
خليل و تحفة ابن عاصم الغرناطي ، في الوقت الذي استقل فيه اليهود المغاربة بقانون شرعي
خاص و هو القانون العبري الذي كانوا يتقاضون بشانه امام المحاكم الاسرائيلية اما رعايا
الدولة الفرنسية المحتلة بمن فيهم المواطنون الفرنسيون و المقيمون و الاجانب فقد كانوا يخضعون
لتنظيم خاص ، يستقي روافده كأساس من قانون الأحوال الشخصية لمواطنهم الام ، طبقا
لمقتضيات ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين و الأجانب بالمغرب
و قد استمر الوضع على ما هو عليه الى غاية منتصف الخمسينيات ، و بالضبط سنة سبعة
و خمسون تسعمائة و الف اذ تشكلت في التاسع عشر من شهر غشت من ذات السنة ، ما يصطلح
على تسميته باللجنة الملكية الاولى التي عهد إليها بإحداث تشريع شرعي جديد ينظم شؤون
الأسرة و الأحوال الشخصية ، و هي اللجنة التي اسفرت نتائجها على ميلاد المدونة في صيغتها
الأولية ، ممثلة في خمس كتب رئيسية هي الزواج و الطلاق و الولادة و نتائجها و الأهلية
و النيابة الشرعية و الوصية و الميراث .

بيد أن الظرفية السوسيو-سياسية التي طبعت ميلاد مدونة الأحوال الشخصية و مرافقها
من تمظهرات ميدانية و على راسها السرعة في تقنين المقتضيات المضمنة بها في سبيل
تكريس هاجس السيادة الوطنية بعد الاستقلال ، و الرغبة الجامحة في احداث قطيعة مع القوانين
السابقة المنظمة لهذا المجال... افرزت - بشكل او اخر - على مستوى التطبيق الميداني جملة
من السلبيات العملية التي أسهمت الى حد كبير في شيوع مظاهر الانحلال الاسري و التفكك

العائلي ، و هو ما لم تستطع المؤسسة القضائية بامكانياتها المحدودة و مواردها البشرية المتواضعة ان توقف زحفها ، و تضع حدا فاصلا لتجلياتها .

.... عامل اخر ساهم في تكريس هذا المعطى ... إنها مرحلة المد و الجزر التي كان المشهد الحقوقي و الفقهي و السياسي مسرحا لها اعتبارا من مستهل الستينيات ، مع ما واكب ذلك من تجادبات فقهية و اديولوجية متواثرة بين تيار كلاسيكي محافظ و اخر تجديدي حدائي ، لذا لم يكن ثمة من مناص لإعادة النظر في قانون الأحوال الشخصية سواء عبر قناة التغيير الجذري او التعديل المرحلي في محاولة لصد سيل الانتقادات المتلاحقة التي كانت تستهدف التوجه العام لهذه المدونة ، و ايضا في محاولة لجعل هذا القانون اهلا لمسايرة واقع الصحوة التنموية التي عرفها المغرب في هذه الفترة ...

بيد أن خطوات المشرع المغربي و السلطات الرسمية المعنية ، كانت تبدو محتشمة في هذا الصدد ، رغم بعض الإشارات التصحيحية ، التي كانت تطفو على ساحة المشهد القضائي أو التشريعي انداك ، يبقى اهمها المبادرة التي تقدمت بها وزارة العدل في أواخر يوليو من سنة 1965 ، و التي صنفها مهتمى الشأن القانوني كمحاولة لتدارك المسار المتعثر الذي ميز عمل اللجنة الرئاسية المشكلة من بعض رؤساء المحاكم ، و التي عهد اليها بانشاء خلية ترصد مكامن الضعف في مدونة الاحوال الشخصية و تهدف الى تعديل مقتضياتها ، على ضوء ما ابانت عنه التجربة الميدانية القضائية ، و ما استقرت عليه بعض التقنيات العربية المعاصرة غير أن حظ هذه المبادرة لم يكن أحسن من نظيرتها الأولى بالنظر لمجموعة من الاعتبارات التي يتداخل فيها ما هو سياسي و ما هو سوسيو- اقتصادي

عقب ذلك توالى المبادرات الرسمية الهادفة إلى إعادة صياغة نصوص قانون مدونة الأحوال الشخصية ، و تناولها بالتغيير أو على الأقل تناول بعض مقتضياتها بالتعديل ، فتشكلت خصيصا لهذا الغرض اللجنة الوزارية المنبثقة عن وزارة العدل سنة 1974 ، غير ان الفشل كان حليفها ، و هو نفس المصير الذي ختم أعمال اللجنة الملكية بشأن إحداث مدونة جديدة التي أعلن عن ميلادها بصفة رسمية في الخامس من شهر ماي 1981 ...

اما خبايا هذه الإخفاقات المتلاحقة فتعود بالأساس إلى غياب إجماع وطني بين مكونات الحقل السياسي و فعاليات الشأن الفقهي بالمغرب ، فضلا عن تهميش دور فعاليات المجتمع المدني في مشاريع هذه الإصلاحات هذا دون أن نغفل بطبيعة الحال الارتجالية و الديماغوجية التي طبعت حكم بعض التيارات و الروؤى الفقهية على مضمون محاولات الإصلاح رغم الاهمية التي اكتسبتها في بعض الاحيان ...

و بطبيعة الحال فان وضعا متذبذبا من هذا القبيل لم يكن ليساهم الا في توسيع دائرة التفكك الاسري و ضياع حقوق الابناء و تعميق ازمة المرأة اثناء الزواج او بعد حل ميثاق الزوجية ، فتعددت حالات الطلاق ... و ارتفعت نسبة العزوف عن الزواج مع ما واكب ذلك من انحلال اخلاقي و تفسح تربوي أسفر في بعض الأحيان عن نتائج كارثية اسهمت في تصدع الصرح الاسري بشكل كبير بالمغرب .

و امام هذا الواقع الذي لا يمكن ان ننعتة الا بالمترددي و المتازم ، كان لزاما ان تتحرك الالة التشريعية لاحداث تعديلات جوهرية في سبيل اصلاح الاسرة المغربية و النهوض بالعنصر النسوي و إقامة نوع من التوازن الايجابي في حدود النص الصريح للقران و الحديث مع الرجل باعتبارهما طرفان متلازمان في الحياة الأسرية ان غاب او همش او أقصى احدهما ، تقمص نفس التمظهر السلبي الطرف الثاني ، فتعدم خصوصيته و يشكل ذلك ايذانا بمرحلة العد العكسي للتفسخ الاجتماعي برمته و هكذا اصدر ظهير 10 شتنبر 1993 الذي جاء بمجموعة من المستجدات الجديدة ، نستحضر منها على سبيل المثال ما يلي :

* تأكيد أهلية الزوجة الكاملة في إبداء رضاها امام العدلين في مجلس العقد ...

طبقا للفصل 5 من م.ح.ش السابق الذي كان ينص :

" لا يتم الزواج إلا برضى الزوجة و موافقتها و توقيعها على ملخص عقد الزواج لدى العدلين ، و لا يملك الولي الإجبار في جميع الحالات مع مراعاة باقي مقتضيات الفصلين 12 و 13 بعده .

يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الايجاب و القبول من الزوج أو نائبه ، و من الولي .

لا بد من تسمية مهر للزوجة و لا يجوز العقد على إسقاطه .

يجوز للقاضي – بصفة استثنائية – سماع دعوى الزوجية و اعتماد البينة الشرعية في

اثباتها "

* منح الرشيدة التي لا اب لها احقية العقد على نفسها او تولية ذلك لمن تشاء من الرجال.

ينص الفصل 12 من م.ح.ش السابق (الفقرة الرابعة) :

" للرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء . "

* إشعار الزوجة الأولى برغبة الزوج في العقد على غيرها و الثانية بانه منزوج بغيرها

ينص الفصل 30 من م.ح.ش السابق :

" يجب اشعار الزوجة الاولى برغبة الزوج في التزوج عليها و الثانية بأنه متزوج بغيرها .

للزوجة أن تشتترط على زوجها إلا يتزوج عليها و إذا تزوج فأمرها بيدها .
للمتزوج عليها إذا لم تكن اشترطت الخيار أن ترفع أمرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل لها .

في جميع الحالات إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لا يأذن القاضي " بالتعدد "
إخضاع التعدد للرقابة و الادن المسبق للقاضي طبقا للفصل 41 من ق.ج السابق .
* إجبارية وقوع الإشهاد على الطلاق أمام العدلين المنتصبين للإشهاد في دائرة اختصاص قاضي التوثيق الذي يخاطب على الطلاق و الواقع بدائرة نفوذه مسكن الزوجة .
* منح الأب أحقية الحضانة بعد الأم المطلقة , و جعل أمد الحضانة يمتد إلى 12 سنة بالنسبة للذكر و 15 سنة بالنسبة للأنثى طبقا للمادة 102 من ق ح ش ق السابق.
* اعتماد معايير جديدة في تقدير النفقة , كمراعاة مستوى الأسعار و تقدير قيمتها بواسطة الأهل من الخبراء و ذوي الاختصاص طبقا للفصل 119 من ق ح ش ق السابق .
* جعل الأم الرشيدة وليا على أبنائها متى لقي الأب حتفه أو فقد أهليته :
طبقا للفصل 148 من ق ح ش ق السابق .

* تقييد تحديد المتعة بمجموعة من الإعتبارات الاجتماعية و الإقتصادية طبقا للفصل 52 من ق ح ش ق السابق.

(10) إحداث هيئة استشارية أنيط بها مساعدة القاضي في القضايا المتعلقة بالمحاجير طبقا للفصل 156 مكرر من ق ح ش ق السابق.

لكن التساؤل الذي يبقى مطروحا : هل هذا التعديل التشريعي الجديد بمقتضياته المحدودة و مضامينه المتواضعة كان كفيلا بإحداث صحوة تصحيحية تتموقع كصمام أمان بالنسبة لاستقرار الأسرة المغربية و تعقيم المكتسبات الحقوقية للمرأة المغربية ضد جميع أشكال الحيف و التهميش و النهوض بحقوق الطفل و تعزيز ترسانتها القانونية ... إن الإجابة عن هذا التساؤل بالإيجاب القاطع أو النفي الكلي , سيكون من باب المحاباة أو التعسف , فإذا كنا لا ننكر على هذه التعديلات أهمية مقصدها و جدية مضمونها , فإنه من باب الإنصاف أن نعرف و نقر في ذات الوقت أنها كانت دون مستوى تطلعات الرأي الحقوقي و مهتمى الشأن القانوني بالمغرب ... و هو ما فتح الباب على مصراعيه أمام تجدد مسلسل التجاذبات الفقهية و التباينات الأيديولوجية شأن مشروع تعديل مدونة الأحوال الشخصية , و هو المسلسل الذي توج بإعلان حكومة التناوب

نيتها في إعطاء الضوء الأخضر لمشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية , هادفة من خلال ذلك تحسين وضعية المرأة و من خلالها المحيط الأسري بالمغرب , عن طريق تبني منظومة تشريعية تتخذ لها كمصدر الإتفاقيات الدولية , مستنيرة في ذلك بهدى ما سارت عليه بعض التشريعات المقارنة و لاسيما الغربية منها , مع الحفاظ على حد أدنى من المرجعية الدينية في صياغة نصوصها ... غير أن الأمر لم يكن بهذه الدرجة من السهولة , و خاصة متى أخذنا بعين الإعتبار الوزن الإعتباري للتيار المحافظ , فظهرت الآراء ... و الآراء المضادة , و كثرت المشادة الكلامية , و ارتفعت حدة المراسلات الإعلامية عبر مختلف المنابر الصحفية و حاول كل طرف في خضم ذلك الإنتصار لمشروعية توجهه الفكري في هذا الشأن و تأكيد مصداقية أطروحاته , فكان التدخل الملكي السامي الذي أعلن بتاريخ : 27 أبريل من السنة الأولى بعد الألفين عن تشكيل اللجنة الملكية الإستشارية المكلفة بتعديل نصوص المدونة , التي ترأسها في بداية الأمر الدكتور إدريس الضحاك قبل أن تسند مهامها للسيد محمد بوستة.

و بتاريخ 12 شتنبر من سنة 2003 , قدمت اللجنة المكلفة بإعداد نصوص جديدة لتنظيم مجال الأحوال الشخصية و شؤون الأسرة بالمغرب , مشروع القانون الجديد للسدة العالية بالله , فأحاله جلالته في سياق سلطاته الدستورية على البرلمان بتاريخ 10 أكتوبر 2003 , قبل أن يصادق أعضاء المؤسسة التشريعية على فحواه دون تحفظات تذكر و بالإجماع المطلق بتاريخ 16 ماي 2004 , فكان ذلك سابقة جديدة بالتنويه و التقدير في سبيل استكمال الصرح الحقوقي بالمغرب , إذ شكلت مدونة الأسرة نهضة فكرية استثنائية و قفزة نوعية في المشهد القانوني بالمغرب , استحوذت على اهتمام و تقدير فعاليات المجتمع المدني و الشأن القانوني داخل المغرب أو خارجه.

- و قبل أن نستعرض جديد مدونة الأسرة و خصوصياته المتميزة الذي بوأته مرتبة الصدارة داخل المشهد السياسي و الحقوقي الوطني و الدولي على حد سواء يتعين وجوبا التذكير أن نص هذه المدونة يحمل بين طياته مجموعة من الأبعاد الدلالية و الخلاصات الرمزية , منها على الخصوص :

أولا : تكريس دور مؤسسة إمارة المؤمنين , و دورها كمحكم لفض القضايا العالقة باعتبار أن صاحب الجلالة المنصور بالله هو أمير المؤمنين , و حامى حمى الملة و الدين , الذي أبى إلا أن يتشبت بنهج جده المصطفى عندما أقر بصفة علنية أنه لا يمكن أن يحرم حلالا أو يحلل حراما , مع الأخذ بمقاصد الشريعة الإسلامية الغراء , التي توصي في أولى أولوياتها إلى تكريم الإنسان , و العدل و المساواة و المعاشرة بالمعروف مع الحفاظ على وحدة المذهب المالكي و الإجتهد الفقهي , الذي يجعل الإسلام صالحا لكل زمان و مكان , لوضع مدونة

عصرية للأسرة , تتباوب و تنسجم مع المبادئ المقدسة لديننا الحنيف و هو ما أكده العاهل الكريم في الخطاب الإفتتاحي للدورة الأولى للبرلمان للسنة التشريعية 2003 - 2004
بيد أن أهم ما ميز الدور التحكيمي لجلالته كونه لم يبلغ دور البرلمان في المصادقة على قانون المدونة من حيث بسط رقابته على الجوانب القانونية و التنظيمية و كذا المسطرية , فكان ذلك تفعيلا لدور مؤسسة تشريعية وطنية في المصادقة على أحد القوانين الذي خرج من دائرة اختصاصاتها منذ بداية الخمسينات .

ثانيا : إقصاء طابع الديماغوجية أو التهميش في إقرار التوجهات الكبرى لمدونة الأسرة , فالشعار الذي رفعته هذه الأخيرة و اعتمده كمبرداً في صياغة مقتضياتها كونها مدونة لجميع المغاربة , و ليس لفئة دون أخرى , بل هي مكاسب لجميع المغاربة و هو ما عبر عنه جلالته بقوله :

"... و بصفتنا ملكا لكل المغاربة , فإننا لا نشرع لفئة أو جهة معينة , و إنما نجسد الإرادة العامة للأمة التي نعتبرها أسرتنا الكبرى ..."

ثالثا : تكريس نهج المشاورة عوض الإقصاء, و تبني نهج الشراكة بدل التفرد في التصدي لمختلف الإشكالات الكبرى التي تعترض المسيرة التنموية و مسلسل الانتقال الديموقراطي بالمغرب , و تناولها بالتحليل البناء و المعالجة الهادفة , بعيدا عن المزايدات السياسية المجانية و التشنجات الأيديولوجية البدائية ... و لعل ما يبعث على الإرتياح و نحن بصدد استحضار هذه النقطة , هو الإجماع الكلي بشأن المصادقة على المدونة من طرف المؤسسة التشريعية, فانتقل النص من مرحلة التجادب و التقاطع إلى مرحلة التبني الشمولي و التوافق الكامل .

رابعا : إن المبتغى الرئيس لأهداف مدونة الأسرة , يضل رهينا في شق منه بإيجاد آليات قضائية فاعلة تواكبه مظاهر التحديث و العصرية التي أقرتها المدونة تكون سمتها الأساسية السرعة في البث في القضايا و تيسير سبل تنفيذها ... و لهذه الغاية أحدثت مقرات جديدة تتجاوب و العناية الملكية السامية التي يوليها العاهل الكريم لقضاء الأسرة , مع السهر على تأهيل قضاة أسرة ماديا و بشريا و مسطريا , حتى يكونوا في مستوى هذه التطلعات .

و الآن بعد أن استعرضنا المسار التاريخي لتطور قانون الأحوال الشخصية منذ ظهور مدونة الأحوال الشخصية بكتبها الست إلى غاية ميلاد مدونة الأسرة ... و بعد أن حاولنا استعراض أهم المحطات الرئيسية في المدونة , ننتقل الآن إلى التطرق بعجالة و اختصار لأهم التعديلات التي جاءت بها المدونة :

أولا : منح الأحقية الكاملة للرشييد في أن تعقد على نفسها :

لقد أصبح للمرأة بمقتضى قانون مدونة الأسرة , أحقية كاملة في أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء ... و هي رخصة تستقل المرأة بممارستها حسب ما ترتئيه مصلحتها الشخصية ... فما هي طبيعة هذا الحق , و ما هو التعديل النوعي الذي أحدثته مدونة الأسرة بشأنه ... و ما هي أسباب و مظهرات الخلاف الفكري بصدد أحقية الولاية , و ما هي المرجعية الفقهية و الجذور التاريخية لهذا الخلاف ... و ما هي البواعث الحقوقية التي أفضت إلى رفع شعار التحدي لتجريد التقييد المفروض على الولاية في الزواج من خلال المستجد التشريعي الذي جاءت به مدونة الأسرة في هذا الشأن ...

يقصد بالولاية حسبما ورد عن العلامة ابن عرفة , سلطة من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام... و الولاية من خلال هذا المنظور الفقهي تتموقع في مفهومها الإصطلاحي كرخصة شرعية تخول لصاحبها بشروط قانونية و شكليات نظامية محددة أهلية إقامة التصرفات القانونية و السهر على تطبيقها ميدانيا , و هي تنقسم إلى أهلية أداء متى كانت قاصرة في مداها على الشخص نفسه و أهلية على الغير متى تعلقت بإنشاء تصرفات على شكل التزامات أو إبراء لفائدة الأغيار , و هذا النوع الأخير يتوزع بين الولاية عن المال التي تتيح لصاحبها إمكانية إجراء مختلف التصرفات ذات الصلة بالذمة المالية للمشمول بولايته... و بين الولاية على النفس و هي التي تمنح للولي أهلية العقد على المولى عليه أو رفض ذلك .

و بالنسبة للمرأة المغربية لم يكن بمقدورها أن تنكح نفسها دون ولي , اللهم متى كانت رشيده يتيمة الأب , و التي أصبح لها بموجب تعديل 10 شتنبر 1993 أحقية تامة في أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء...

و الواقع أن هذا التقييد خلق وضعية شاذة و استثنائية ... فضلا عن كونه يقيد الحرية الشخصية للمرأة ككائن بشري و يجعلها معلقة على رغبة الغير و لو كان من المقربين... فإنه يتنافى مع الحقوق الأساسية المكفولة لها بمقتضى الدستور الوطني و الإتفاقيات و المواثيق الدولية , بغض النظر عن كون المادة 13 من قانون الأحوال الشخصية السابق كانت تقضي بأنه متى عضل الولي المرأة ، و أمره القاضي بتزويجها فامتنع , فإنه يزوجها بصداد أمثالها لرجل كفاء لها ... أكثر من ذلك فإن الأسانيد الشرعية و الحجج الفقهية التي تجعل المرأة تستقل

بأحقيتها في الولاية , ليست أقل او أضعف حجية من نظيرتها التي تنكر عليها هذا الحق
و إلى ذلك البيان التالي :

لقد كانت الولاية في ظل الفقه الإسلامي محط تقاطع و مناط تجادبات و تقاطبات عدة
بين العديد من الرؤى الفقهية بين مؤيد لإجباريتها و معارض لهذا الوضع متشبثا في ذلك بكون
الولاية تتفصص دور السنة دون أن ترقى إلى مرتبة الفرض الواجب , فالإتجاه الأول يمثله
و يتبناه كل من المذهب المالكي و الشافعي و ابن حنبل في المشهور عنه , حيث يرى أنه يتعذر
على المرأة المسلمة أن تعقد على نفسها أو على غيرها , و أن كل عقد نكاح اختل فيه هذا الشرط
رتب آثارا قانونية موحدة و هي بطلان العقد و فساد الزواج , و يتمسك مؤيدوا هذا الإتجاه في
تأكيد مشروعية منظورهم , بقوله تعالى : " ... و انكحوا الأيامى منكم و الصالحين من عبادكم
و إمائكم ... " و قوله تعالى : " ... و لا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ... " أما تفسير مناط هذا
التوجه فيجد ضالته في طبيعة الطرف المعني بالخطاب الإلهي , بمعنى أن الخطاب المضمن في
هذين الآيتين موجه للرجال لا للنساء....

و الواقع أن هذا المنظور بالحجج الهشة التي يستند إليها و يحتج بفحواها , ظل بعيدا عن
خطب ود اتفاق الفقهاء و كسب إجماعهم , إذ لا يعقل تضيق النطاق في تفسير الطرف المعني
بخطاب الآيتين الكريمتين , يحرم المرأة من أحد أسمى حقوقها و هو الحق في العقد على نفسها
مراعاة لمصلحتها الشخصية التي تستقل بتقديرها . و تأسيسا على هذا المعطى ظهر اتجاه موازي
معاكس في منظوره للرأي الأول و يمثله أبو حنيفة و من سار على دربه , حيث يرى أن المرأة
المسلمة تتمتع بأهلية مباشرة عقد النكاح بنفسها بكرة كانت أم ثيبا و اشترط في ذلك فقط أن تكون
عاقلة و بالغة , رغم أنه من باب الإستحباب استئذان وليها , غير أن هذا الإستئذان لا يمكن أن
يندرج الا في خانة المدلول الأخلاقي ليس إلا ... و يستدل هذا الإتجاه في تأكيد منظوره بقوله
تعالى في سورة البقرة , الآية : 230 : " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
... " و قوله تعالى في نفس السورة آية : 232 " و إن طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن
أن ينكحن أزواجهن إذا توافوا بينهم بالمعروف... " أضف إلى ذلك أنه ورد عن مالك في رواية
صحيحة لابن القاسم , أن اشترط الولاية سنة لا فرض , لقوله تعالى في سورة البقرة آية 239 " ...
فلا جناح عليكم فيما فعلت في أنفسهن بالمعروف... " كما ورد عن ابن العباس أن رسول الله
(ص) قال : " الثيب أحق بنفسها من وليها و البكر تستأذن في نفسها و إذنها صمتها ... " و أخيرا
فقد ورد عن ابن رشد في بداية المجتهد قوله : "... و قال أبو حنيفة و زفر و الشعبي و الزهري :
" إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي و كان كفؤا جاز... " و هو الإتجاه الذي سار على هداه
أنصار الشيعة الإمامية في إلغاء العمل باجبارية ولاية التزويج بالنسبة للرشيدة حيث أقروا أن

البالغة الرشيدة تملك ببلوغها و رشدها جميع التصرفات من العقود و غيرها حتى الزواج بكرة كانت أم ثيبا... ..

إذن كما نلاحظ فإن ولاية المرأة في أن تزوج نفسها بنفسها , لم يكن قط بمثابة خط أحمر , حتى يحسن ضد أية محاولة تعديل تتناول مضمونه . بل كانت عبر جميع المحطات التاريخية محط اختلافات فقهية شتى ... لدى كان من المفروض وضع المصلحة المرسله موضع اعتبار إيجابي ... و هي مصلحة يتعين وجوبا أن تراعي الطريقة الزمكانية , التي تعيش في ظلها المرأة و لا سيما متى أخذنا بعين الإعتبار معطى غياب نص قرآني صريح أو سنة ظاهرة تحسم هذا الخلاف و إلى ذلك يقول ابن رشد

"... و سبب اختلافهم أنه لم تأت آية و لا سنة ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص , بل الآيات و السنن التي جرت العادة بالإحتجاج بها عند من يشترطها كلها محتملة , و كذلك الآيات و السنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك , و الأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس (...) , لأن الأصل براءة الذمة و نحن نورد مشهور مما احتج به الفريقان و نبين وجه الاحتمال في ذلك ..."

و يمكن القول أن فكرة تمتيع المرأة بالحق في أن تعقد على نفسها , كانت فكرة مطروحة منذ بداية الخطوات الأولى لمسار قانون الأحوال الشخصية , و بالضبط عند تشكل اللجنة الأولى المكلفة بوضع مدونة لأحكام الفقه الإسلامي في 12 غشت 1957 , غير أن الخروج بهذه الفكرة إلى حيز التنفيذ و صياغتها في شكل نص تشريعي صريح , كانت تعترض مسيرته مجموعة من المعوقات البيداغوجية و السوسيو- تربوية منها بالأساس عدم تأهيل الوسط الأسري بالمغرب لتقبل مثل هذا التعديل الإستثنائي اعتبارا للفهم الخاطيء للرؤى المضادة في المنظومة الفقهية الشرعية , و تضيق الخناق على مبادرات الإجتهد الفقهي نظرا لارتفاع نسبة الأمية و الجهل التي كانت متفشية بين أفراد التركيبة البشرية للمجتمع المغربي , و في نفس المعنى يقول الأستاذ علال الفاسي :

"... و لو ذهبنا مع المشروع و قلدنا الإمام أبا حنيفة الذي يتأول الأحاديث المذكورة و يستنبط حججه في الموضوع من أحاديث أخرى لكان لنا في ذلك وجه صحيح , و لكن الأسرة المغربية لم تتطور بعد إلى الحد الذي تقبل فيه العمل بمذهب أبي حنيفة في المسألة . و سيظهر في عين المواطنين مباشرة المرأة الرشيدة عقد زواجها دون توكيل أو تفويض خروج على الأخلاق الإسلامية من الصعب تبريره , لأن تقاليد الحياء و الوفاق و مقتضيات التفرقة بين أشكال السفاح و أشكال النكاح مما اعتدنا أن نراها تتجلى في هذه الولاية الأبوية التي و إن منعناها من حق

الإجبار الذي كان لها ، فإنه ينبغي أن نحتفظ لها بالطابع المعنوي و ليس في ذلك أقل حيف على المرأة لأننا نعتبر الولاية حقا لها لا للولي و في ذلك كل الإحترام لمقامها..."

- أما الآن و قد حققت المرأة المغربية نهضة فكرية متميزة في جميع المجالات , أهلتها لأن تخوض غمار التحدي بكل ثقة في إطار التحولات الراهنة , ... و أصبحت عنصرا فعالا في الدفع بعجلة التنمية المستدامة نحو المزيد من التقدم و الازدهار إسوة بمثيلاتها بمختلف مناطق و ربوع دول المعمور ... فقد كان لزاما أن تمنح المرأة أحقية العقد على نفسها و تتحمل مسؤولياتها العائلية و أعباءها الأسرية بكل حرية و بمحض إختيارها , دون إكراه أو ضغط ... و هي قناعة أضحت راسخة و مشتركة بين جميع فعاليات المجتمع المدني و مهتمي الشأن القانوني و الحقوقي بالمغرب , و يعزز هذه القناعة ، طرح مواز مفاده أن الأسرة المغربية لا يتأتى لها أن تصبح مؤهلة لمجابهة التحديات المستقبلية و المرأة التي تشكل عمودها الفقري , مكبلة بقيود لم يحسم فيها بنص قرآني أو سنة و إنما ظلت محط تضارب آراء فقهية بين تيارات متباينة منذ أمد بعيد...

لذلك أمكن القول و لا حرج ينتابنا في ذلك , أن المشرع المغربي كان حكيما و جريئا في نفس الوقت عندما أقر هذه الخطوة الإصلاحية الإستثنائية , فاتحا المجال أمام المرأة لتحمل مسؤولياتها مراعاة لمصلحتها التي تستقل هي دون غيرها بتقديرها.

ثانيا) تقييد أحقية التعدد بضوابط شرعية و قانونية صارمة لتفادي التعسف في

استعماله:

الأصل أن الزواج ميثاق تراض و ترابط شرعي بين رجل و امرأة على وجه الدوام غايته الإحصان و العفاف و إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين .

و يتأتى للذكر بمقتضى عقد النكاح هذا أن يجمع في عصمته أربع زوجات مصداقا لقوله تعالى : " ... فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع , فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة... " و قد ورد قوله عليه السلام لغيلان الثقفي لما أسلم و قد كان له في الجاهلية عشر نسوة : " أمسك أربعا و فارق سواهن ... " و روي أيضا عن قيس بن الحارث قوله : " ... أسلمت و عندي ثمان نسوة فجنّت النبي (ص) فذكرت له ذلك , فقال اختر منهن أربعا... " .

غير أن التعدد في الزوجات , و إن كان في طبيعته لا يخرج عن دائرة الحقوق المكتسبة شرعا ، فقد استخدم في غير ما أعد له , فأسيء استغلاله و تم التعسف في تفسيره و الأخذ بمقاصده الشرعية , إلى درجة أنه نعت بكونه حقا أريد به باطل , فكان ذلك وبالا على الأسرة المغربية و على النسيج الإقتصادي بالمغرب , فالدين الإسلامي و إن أجاز التعدد فهو لا يدعو إليه و يشجع عليه ... و ما من شك أن التعسف في التعدد , أضر كثيرا بالحقوق المكتسبة للمرأة

و كذا أبنائها , فساهم إلى حد كبير في ظهور مظاهر التفكك الأسري , و هو الأمر الذي تنبه له المشرع المغربي من خلال نص المدونة الجديد فقيده من خلال الفصول 40 إلى 46 إمكانية التعدد بمجموعة من الضوابط الشرعية و القيود القانونية الصارمة , في محاولة إلى تأكيد المقاربة الحقيقية لهذا الحق في ظل الشريعة الإسلامية , و المتمثلة في حظر التعدد كأصل و إباحته كاستثناء , تتويجا لقوله تعالى "... فإن خفتم أن لاتعدلوا فواحدة..." و قوله تعالى : " و لن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء و لو حرصتم ...".

أما السنة النبوية الشريفة فتزخر هي الأخرى بأسانيد شرعية تجعل مسألة التعدد رخصة استثنائية لا يجوز التوسع في تفسيرها , ففي رواية عن المسور بن مخرمة قال : سمعت رسول الله (ص) يقول و هو على المنبر أن بني هاشم بن المغيرة استأذنوا في أن ينكحوا ابنتهم عليا بن أبي طالب : فلا أذن , ثم لا أذن ثم لا أذن , إلا أن يريد علي بن أبي طالب , أن يطلق ابنتي و ينكح ابنتهم فإنما هي بضعة مني يربيني ما أربها و يؤذيني ما أذاها , هكذا قال..."

و تأسيسا على ما ذكر , فإن الزواج في ظل مدونة الأسرة , أضحى مقيدا و رهينا بمجموعة من الشروط , يمكن اختزالها في ما يلي :

(أ) منح المؤسسة القضائية سلطة الإشراف الفعلي و القانوني و المسطري على أحقية التعدد في الزواج .

و للتذكير فقد كان ثمة مقتضى تشريعي في مشروع قانون مدونة الأحوال الشخصية السابق , يقضي بمنح القضاء أهلية سلطة الرقابة على موجبات التعدد , مع ضرورة مراعاته لمبدأ الضرورة الدافعة لذلك و عدم الخوف من الإنصاف غير المتوازن بين الزوجتين و هكذا كان الفصل 30 من المشروع ينص على أن : " ... للقاضي ألا يأذن للمنزوح بأن يتزوج على امرأته إذا لم تدع الضرورة إلى ذلك أو لم يؤمن من الظلم في الإنفاق و الإسكان و حسن المعاشرة و القيام بواجبات الزوجية..." و قد جاء في مقتطفات من المذكرة الإيضاحية لهذا الفصل أنه : " لما كانت إباحة تعدد الزوجات مشروطا فيه شرعا عدم الخوف بنص الآية : " فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ... " و جرت العادة بتحكيم الأهواء خلافا للنص , صار من الضروري أن يكلف القاضي بمراقبة تنفيذ التعاليم الإسلامية , حتى لا يساء استعمال حق التعدد..."

(ب) عدم إمكانية التحوز بالإذن القضائي للتعدد إلا بعد سببية تؤكد القاضي من إمكانية الزوج و قدرته على توفير العدل و المساواة مع الزوجة الأولى و أبنائها منه في جميع مناحي الحياة , و إلى ذلك تقضي المادة 41 من المدونة " ... لا تأذن المحكمة بالتعدد :

- إذا لم تثبت ضرورته

- إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين , و ضمان جميع الحقوق من نفقة

و إسكان و مساواة في جميع أوجه الحياة..."

ج) إمكانية اشتراط المرأة في العقد أن لا يتزوج عليها زوجها , و أنه إذا لم يف الزوج بما التزم به يبقى للزوجة طلب فسخ النكاح , مصداقا لقوله تعالى : " ...يا أيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود ... " و قوله عليه السلام " ... المسلمون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما و حرم حلالا ... " و قوله : " إن أحق الشرط أن يوفى به ما استحلتم به الفروج..."

د) إجبارية استدعاء الزوجة الأولى عند رغبة الزوج في التزوج عليها , مع إعلام و رضی الزوجة الثانية بأنه متزوج بغيرها , و في ذلك تنص المادة 43 من نص المدونة : " ... تستدعي المحكمة الزوجة المراد التزوج عليها للحضور , فإذا توصلت شخصيا و لم تحضر أو امتنعت من تسلم الإستدعاء توجه لها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذارا تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار سيثبت في طلب الزوج في غيابها . كما يمكن البث في الطلب في غيبة الزوجة المراد التزوج عليها إذا أفادت أن النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه . - إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالإستدعاء ناتجا عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة , تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي و ذلك بطلب من الزوجة المتضررة..."

ح) منح المرأة المتزوج عليها أحقية طلب التظليق للضرر.

و) ثبوت المبرر الموضوعي و الإستثنائي للتعدد .

هذا و تجري المناقشة في غرفة المشورة بحضور طرفي الخصومة الشرعية , و يستمع إليهما القاضي في محاولة للتوفيق بينهما , و متى ارتأت المحكمة توافر الموجب الإستثنائي للتعدد و توافرت شروطه الشرعية , ثبت فيه بموجب مقرر غير قابل للطعن , لكن مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها و ابناؤها منه .

و تجدر الإشارة من جهة ثانية أنه متى ثبت للمحكمة تعذر استمرار العلاقة الزوجية , و أصرت المرأة المتزوج عليها على المطالبة بالتظليق حددت المحكمة مبلغا إجماليا لإستيفاء كافة حقوق الزوجة و الأبناء يودع بصندوق المحكمة داخل أجل لا يتعدى 7 أيام , و إلا اعتبر ذلك تراجعا عن طلب الإذن بالتعدد , و يكون الحكم الصادر في مثل هذه الحالة غير قابل لأي طعن في شقه القاضي بحل ميثاق الزوجية .

أما في الحالة المعاكسة التي يتمسك خلالها الزوج بطلب الإذن بالتعدد , و تعترض المرأة على ذلك دون أن تلجأ إلى طلب التظليق , فإن المحكمة تطبق تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليها بالمواد 94 إلى 97 من المدونة باعتماد الخطوات الوارد تبيانها أدناه :

أ : إبداء كل المحاولات لإصلاح ذات البين بين الزوج و زوجته الأولى بما في ذلك انتداب حكيمين , أو مجلس العائلة , أو من تراه مؤهلا للقيام بهذه المهمة . و في حال وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح , تفصل بينهما مدة لا تقل عن 30 يوما .

ب) يقوم الحكمان أو من يقوم مقامهما بإذن القاضي , بجميع المحاولات الحبيبة و المبادرات الودية الهادفة إلى تسليط الضوء على مكامن الخلل في العلاقة الزوجية في مثل هذه الحالة و تناولها بالتشخيص و المعالجة .

ج) في حال تعذر الإصلاح و استمرار الشقاق , تبين المحكمة ذلك في محضر قانوني , و تحكم بالتظليق و بالمستحقات طبقا للمواد 83 و 84 و 85 من مدونة الأسرة .

- و صفة القول أن تقييد مدونة الأسرة لأحقية التعدد بضوابط شرعية و معايير قانونية صارمة , شكل تأكيدا ضمينا على كون المرجعية الدينية لتشريع قضاء الأسرة بالمغرب , تبقى دوما و أبدا قادرة على مواكبة التحديات الراهنة و الإستجابة للتطلعات النسائية في صيغتها الحديثة و المعاصرة , و يكفي فقط تفعيل حركة الإجتهد الفقهي و تشجيع معالمها في إطار التراث الحقوقي الإسلامي ... كما كان موقف المدونة من جهة موازية تحديا صريحا للآراء القائلة بكون المرجعية الدينية التي يقوم عليها القانون المنظم لشؤون الأسرة و الأحوال الشخصية بالمغرب تشكل عائقا حقيقيا أمام مشاركة العنصر النسوي في عملية التنمية , مما يجعل المنظومة الشرعية في ظل هذا الواقع تبقى قاصرة على مجابهة تطورات عالم اليوم و متطلبات الحداثة .

- تموضع اخر ملحوظ نستخلص منه كيف استطاعت المدونة عن حكمة و تبصر تنظيم مسألة التعدد في إطار مقاربة ثنائية ذات بعد إيجابي و نموذجي يقوم كمبدأ على اساس حماية الحقوق المكتسبة للمرأة وفق متطلبات العهد الجديد و بين احترام مقاصد الشريعة الإسلامية , و هو الأمر الذي عبر عنه جلالاته في الخطاب الإفتتاحي للبرلمان 2003 - 2004 : " ... فيما يخص التعدد , فقد راعينا في شأنه الإلتزام بمقاصد الإسلام السمحة في الحرص على العدل , الذي جعل الحق سبحانه يقيد إمكان التعدد بتوفيره , في قوله تعالى : " فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة .. و حيث إنه تعالى نفى هذا العدل بقوله عز و جل "و لن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء و لو حرصتم .. " فقد جعله شبه ممتنع شرعا... " .

ثالثا : إعادة هيكلة تدبير أموال الزوجية مع الحفاظ على مبدأ استقلال الذمة المالية

للزوجين :

لقد أقرت المادة 49 من مدونة الأسرة آلية جديدة لإدارة أموال الزوجية دون المساس بمبدأ الوحدة المالية لأطراف العلاقة الزوجية إلى ذلك تنص المادة المذكورة :

" ... لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر ، غير انه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها و توزيعها .
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 و ما قدمه من مجهودات لتنمية أموال الأسرة .. "

أولا : إن المشرع المغربي حافظ على المبدأ الفقهي في تدبير أموال الزوجية و المتمثل في أعمال قاعدة وحدة الذمة المالية لطرفي ميثاق الزوجية استنادا لقوله تعالى " أوتوا النساء صدقاتهن نحلة " و قوله تعالى " للرجال نصيب مما اكتسبوا و للنساء نصيب مما اكتسبن فريضة من الله . " .. و قوله جلت قدرته " .. و من يعمل من الصالحات من ذكر و أنثى و هو مؤمن فأولئك يدخلون الجنة و لا يظلمون نفيرا .. " و أخيرا قوله تعالى " من عمل صالحا من ذكر و أنثى و هو مؤمن فلنجينه حياة طيبة و لنجزينهم أجرهم بأحسن ما كانوا يعملون .. " و على ضوء هذا المعطى فان الزوج لا ولاية له على أموال زوجته ، فللمراة حريتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة الزوج ، و العكس صحيح ، فكل منهما يستقل بذمته المالية على مستوى الإشراف و التسيير و التدبير مع المحافظة على الالتزامات و الحقوق المالية المفروضة على الزوج بمقتضى الثوابت الشرعية.

ثانيا : إمكانية الاتفاق بين طرفي الزوجية على صيغة محايدة لتدبير أموال الزوجية و استثمارها و توزيع مداخلها بينهما .

ثالثا : ضرورة تضمين الاتفاق التبادلي بين الزوجين في هذا الشأن متى حدث ، في عريضة مستقلة عن وثيقة الزواج ، و يحوي هذا الالتزام تفاصيل الاتفاق و شروط تنفيذه، كما يتضمن كيفية توزيع الأموال المكتسبة أثناء الزوجية أو تدبيرها أو استثمارها .

رابعا : يتعين على العدلين بصفة تلقائية إشعار طرفي عقد النكاح بمقتضى الأحكام الجديدة لتدبير أموال الزوجية حتى يكونا على بينة من أمرهما بشأن تصريح أموال الزوجية

و استثمارها ، و ضرورة تقيدهما مستقبلا بهذا الشرط الاتفاقي ، استثناسا بما ورد عن ...
باسناه ، ان رجلا تزوج امرأة و شرط لها دارها ثم أراد نقلها فما

خامسا : إقرار مبدأ الرجوع للقواعد العامة في الإثبات في تقييم المكتسبات المالية
للزوجين في حالة غياب التزام اتفاقي لإدارة أموال الزوجية او الأموال المكتسبة خلالها، حيث
يتم مراعاة المجهود الذي بذله كل من الطرفين في تنمية أموال الأسرة... والواقع أن هذا المستجد
التشريعي ، يشكل تطبيقا عمليا لاجتهاد فقهي مغربي ، تواتر العمل بفحواه و ترجمته مجموعة
من الأحكام القضائية المغربية ، و هو مستمد في جذوره. من التراث الحقوقي السوسي ،
و يصطلح على تسميته بحق الكد و السعاية...، فما هو مضمون هذا الحق و ما هي مظهراته
الميدانية على درب المحافظة على حق المرأة التي ساهمت بكدها
و سعائها في تنمية الموارد البشرية للزوج....؟

يجمع المتتبعون أو يكادون على أن حق الكد و السعاية كمفهوم فقهي و ثرات حقوقي ،
ينصرف مفهومه إلى جميع الحقوق التي تضمن للمرأة في المكسب المالي الذي يترعرع في مهده
و ينشأ بجدها و كدها و سعائها ، ليمتزج بطريقة عفوية و تلقائية في الذمة المالية للزوج في أثناء
قيام الحياة الزوجية ، مما يجعلها محقة في الاستئثار بجزء من هذا المكسب المالي متى عمد
الطرفان إلى حل ميثاق الزوجية كنتيجة طبيعية و منطقية للمجهودات المادية و المعنوية التي
دأبت على بذلها في فترة الزوجية ، و هي المقاربة الميدانية التي تنسجم مع أصول الثرات
الحقوقي الفقهي الإسلامي ، الذي يقوم كأساس على هدى من مبادئ الانصاف
و العدل و المساواة .

وقد عرف الفقه القضائي السوسي هذه الآلية القضائية و أعمل مقتضاها في أكثر من
مناسبة , مدحضا بذلك جميع التوجهات الفقهية التقليدية التي كانت تضيي صبغة المجانية على
عمل المرأة داخل الأسرة , وتعتبره مجهودا تلقائيا غير مأجور ، بصرف النظر عن كونه ساهم
في تنمية الموارد المالية للزوجة من عدمه.

وأمازيغيا يصطلح على تسمية هذا الحق باسم : " تازلا " "TAZZELA"
او تامازالت 'TAMAZZELTE' وهو يقوم في مفهومه على توزيع الثروة المالية المكتسبة
في أثناء فترة الزوجية بين طرفي عقد النكاح كل بحسب نسبة مساهمته في تنميتها , فتحفظ للمرأة
المتزوجة حقوقها المالية و مستحقاتها المادية ... ويقوم هذا الحق في وجوده على توافر شرطين
متلازمين , أولهما أن تكون الأموال المطلوب الاستئثار بجزء منها قد تمت تنمية مواردها في
أثناء الحياة الزوجية , وثانيا أن تقوم المرأة بإثبات مساهمتها الفعلية في تنمية الموارد المالية
للزوجة بجميع وسائل الإثبات المعتمدة شرعا بما فيها شهادة الشهود .

ومن جهته أكد القضاء المغربي شرعية حق السعاية , متى توافرت شروطه الشرعية , وجعل له حيزا ضمن الوسائل القانونية و الواقعية التي يتأتى لأطراف الخصومة من الزوجات التمسك بها في حالة المنازعة في المكاسب المالية المنشأة في فترة ما بعد عقد النكاح . و إلى ذلك ذهب المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 28 نونبر 1978 عدد 44 موضوع الملف الشرعي عدد 46767 , إلى أن الزوجة تستحق نسبة من الثروة المالية المنشأة أثناء الزواج , إذا ما أثبتت مساهمتها الفعلية في تنميتها بكدها و سعائها . و في ذلك يقول القرار :

"...إن الحكم المطعون فيه بني على حيثية تقول:(وحيث إن الكد و السعاية غير مبينة وأن الإستفادة التي حصلت للزوجين غير واضحة وذلك بالرغم من كون المستأنفين بينوا هذه السعاية بيانا كافيا وأن ما حصل للزوجين هو الدار بأحشاش وذلك غاية البيان والوضوح لم يبين معه غموض أو إبهام أن المنسب للزوجين هو الدار بأحشاش وبأن سبب استفادة هذه الدار هي الكد والسعاية بين الزوجين حسبما يرى فيه العرف وعادة أهل البلد , إذ من القواعد العامة أن العادة محكمة , ومادام المستأنف عليهم لم ينكروا وجود المتنازع فيه , فإنه لا إشكال في المسألة , لذلك فإن الحكم المطعون فيه بني على تقرير خاطيء غير موافق للصواب وعلى حيثية واهية يتعين نقضه ..."

... وفي قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بأسفي عدد : 1253 بتاريخ : 04 نونبر 1985 موضوع الملف المدني عدد : 85/885 , تم التأكيد على أن حق الكد والسعاية , هو حق مالي يكتسي حجيته الشرعية ويقوم موجبا للمنازعة المالية الجدية في الاموال المكتسبة أثناء الزوجية وبالتالي يعتبر سببا وجيها ودفعيا يرتب كافة آثاره القانونية أمام القاضي الإستعجالي ومما جاء في القانون المذكور :

"... حيث يؤخذ المستأنف على القرار المستأنف انعدام التعليل .

وحيث إن القرار المستأنف معللا بكون المدعى عليها دافعت بكونها ساهمت في بناء المنزل المدعى فيه مثيرة بذلك ما يسمى في الفقه الإسلامي بحق السعاية .

وحيث إن حق السعاية 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 للبيبة بنت الأرقم ضد أخو زوجها بنصف ما ترك الزوج لكونها كانت نساجة ترازة فساهمت بذلك في تكوين الشركة , وفي العمل الفاسي قوله في العمليات وخدمة النساء في البوادي للزرع بالدرس والحصاد , قال ابن عرضون لهن قسمة على التساوي بحساب الخدمة . وحيث إن دفاع المدعية بحق السعاية يعتبر دافعا جديا في الموضوع وحيث إن السيد القاضي الابتدائي بقضائه بعدم الإختصاص يكون قد صادف الصواب ويتعين التصريح بتأييد قراره..."

وفي قرار آخر صدر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 1997/5/15 تحت عدد : 439 موضوع ملف الإلغاء 96/583 غ أكد القضاء المغربي أن حق السعاية هو حق مالي شأنه في ذلك شأن جميع الحقوق العرفية الإسلامية , وأن ما يسري على الأصل يمتد ليطبق على النظير , فيتمتع خصوصيته وينتج نفس آثاره القانونية , وعليه فإن حق الكد والسعاية يخول إمكانية اللجوء إلى طلب تقييد احتياطي على عقار متنازع بشأنه بين الزوجين , وأن قرار السيد محافظ الأملاك العقارية برفض طلب التقييد الإحتياطي والحالة هذه متسما بتجاوز السلطة لعيب خرق القانون , وفي ذلك يقول الحكم الإداري :

"... حيث يهدف الطلب إلى الحكم لفائدة الطاعنة بما سطر أعلاه .

وحيث إنه بعد إطلاع المحكمة على القرار المطعون فيه , اتضح أن المطلوب في الطعن رفض طلب الطاعنة لكون الحق المطالب بتقييده احتياطيا ليس حقا عينيا طبقا لمقتضيات الفصل 85 أعلاه .

- لكن حيث إنه بالرجوع إلى مقتضيات هذا الفصل فإنه ينص على أنه : "...

يمكن لكل من يدعي حقا في عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق ... " إما بمقتضى سند يبرره وإما بأمر قضائي صادر عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد العقار في دائرة نفوذها , وإما بمقتضى نسخة من المقال المرفوع لدى القضاء قصد إثبات الحق , كما في نازلة الحال .

وحيث إنه بغض النظر عما سيسفر عنه حكم المحكمة الابتدائية التي وضع المقال المقدم أمامها , والذي بموجبه طلبت الطاعنة تقييدا احتياطيا أمام المحافظ على الأملاك العقارية والرهون المطلوب في الطعن , فإن الفصل 85 المشار إليه أعلاه , قد جاء عاما في صياغته ومنح إمكانية طلب تقييد احتياطي لكل من يدعي أي حق في عقار محفظ دونما تحديد , مما يكون معه القرار المطعون فيه متسما بتجاوز السلطة بعيب مخالفة القانون ويتعين لذلك التصريح بإلغائه مع ترتيب الآثار القانونية عن ذلك ... " . وأخيرا فقد ورد في الحكم الابتدائي الصادر عن محكمة الدرجة الأولى بأكادير عدد : 86/ 221 بتاريخ 1986/2/26 - ملف شرعي عدد : 86/54 , أن حق السعاية والكد متواتر العمل بمقتضاه في العرف المحلي , ويتعين الاستجابة لطلب الزوجة بهذا الشأن متى إقامت الدليل بالحجة والبيان على أحقيتها فيه , وإلى ذلك ينص الحكم الابتدائي :

"...حيث إن المدعية تطلب نصيبها من الكد والسعاية في المشاريع التي أقامها المدعى

عليه بأيتم ملول وقد حددتها بمقالها.

وحيث إن حق الكد والسعاية وإن لم ينظم تشريعاً كمؤسسة قانونية , إلا أنه يرجع بشأنه إلى العرف المحلي و كتابات المتقدمين من الفقهاء , وقد جاء في كتاب المنهل العذب السلسيل لشرح نظم أبي زيد الحشتيمي فيما لم يذكره الشيخان ابن عاصم و خليل (الجزء الأول - الصفحة 259-260) لمحمد بن أبي بكر الشابي البيضاوي : ومن خطب الفقيه العلامة سيدي بيروك بن عبد الله اليعقوبي في السعاية , أما كون الزوجة شريكة الزوج في أشريته فلا شك فيه إذا ثبت أن العرف في البلد تعاونهما إلا في التافه اليسير . وإذا استفاد الزوجان مالا بكدهما وسعايتهما فبينهما , قياساً على المتعاونين بالعمل وإن انفرد أحدهما بعمل أو صنعة لم يعاونه فيه الآخر , كان له ما انفرد به , وذلك أن الزوجة في البادية تشارك زوجها على قدر سعايتها ولا يستبد بما عقد لنفسه في الأشرية . وهذا أقوى وأرجح مما نقل عن المشدالي أن نساء البوادي لا سعاية لهن لدخولهن على الخدمة والكد مجاناً , وكل ما اكتسبه الزوجان أيام الزوجية , فينهما على قدر سعايتهما..."

...هكذا إذن نستطلع كيف أن مدونة الأسرة , استطاعت أن تستحدث تنظيمًا نموذجياً وعصرياً يحتدى به في إدارة وتدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية ... وهو تنظيم متميز وجدير بالاعتناء , والسير على نهجه , إذ تتفاعل في تكوينه تركيبة ثلاثية , تجمع بين ثلاث مبادئ رئيسية متباينة الرافد والجذور , فهو يتشعب من جهة بالمبدأ المستقر عليه في الشرع الإسلامي القاضي بوحدة واستقلالية الذمة المالية للزوجين ... ومن جهة ثانية يدعو إلى تفعيل آليات التدبير المالي في أثناء الزوجية , المعمول بها في التراث الفقهي المحلي عن طريق الرجوع إلى القواعد العامة للإثبات , مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات لتنمية أموال الأسرة... ومن جهة ثالثة فإن هذا التنظيم المالي يعتمد مقاربة عصرية لنظام إدارة المكاسب المالية المتحصل عليها خلال فترة الزواج , عن طريق اعتماد تقنية الاشتراك المالي بين الزوجين يقوم كمبدأ على حرية التعاقد , حيث يجوز لكلا الزوجين في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية , الاتفاق على استثمارها وتوزيعها بينهما , مع إلزامية تسجيل هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن رسم الزواج...

**رابعاً : تقييد حل ميثاق الزوجية بضوابط شرعية للحيلولة دون التعسف في استعماله ,
مع إباحته لطرفي العقد على حد سواء طبقاً للشرع وتحت المراقبة الفعلية لمؤسسة القضاء :**

- الأصل أن الزواج ميثاق ترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحسان والعفاف , وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين معا .
غير أن الغاية من هذا الميثاق المقدس قد ينتابها نوع من الفتور , فتتنافر القلوب وتستحكم النفرة لدرجة يستحيل معها استمرار حبل المودة بين الزوجين وفي هذه الحالة يصبح سريان هذا الميثاق نقمة على الأسرة بأجمعها, مما يفسح المجال أمام خيار حل عقدة النكاح كضرورة لا غنى عنها.

وسعيًا لمحاولة الحد من المشاكل والآثار السلبية الناجمة عن الطلاق, فقد جاءت التغييرات المستحدثة سابقاً بمقتضى الفصول 48 و52 مكرر من المدونة والفصل 179 من قانون المسطرة المدنية, بمقتضيات تهدف في مراميها إلى تفعيل آليات حماية الوسط الأسري من عامل التلاشي والتفكك وإلى خلق أرضية ملائمة تمكن من صيانة حقوق المرأة المطلقة و محضونيتها, وفي هذا السياق فقد أضحى الزوج الراغب في حل عقد الزواج بإيقاع إرادى منه, ملزماً بالمثل رفقة زوجته أمام قاضي التوثيق الذي يتواجد مقر الزوجية بدائرة اختصاصه المحلى بغية إصلاح ذات البين بين الطرفين بجميع الوسائل الملائمة, ومن ذلك تعيين حكيمين عند الاقتضاء, ويتعين على القاضي قبل منح الإذن بالطلاق, التعرف بكل السبل الممكنة على الحالة المادية للزوج وحالة الزوجة قصد توفير المعطيات التي تساعد على تحديد نفقة المطلقة أثناء العدة ونفقة الأولاد - متى وجدوا - تحديداً مناسباً, وبعد ذلك يحدد القاضي عند الإذن مبلغاً يودعه الزوج بصندوق المحكمة قبل الإشهاد ضماناً لتنفيذ الالتزامات المبينة أعلاه, ليصدر في نهاية المطاف بعد الخطاب على رسم الطلاق أمراً يحدد فيه نفقة المرأة أثناء العدة, ومقر السكن الخاص بها وبمحضونيتها, أثناء نفس الفترة, والمتعة المراعى في تقديرها ما قد يلحق الزوجة من أضرار بسبب الطلاق غير المبرر, وأداء مؤخر الصداق ونفقة الأولاد.

- بيد أن جعل الطلاق حكراً على الزوج, فتح الباب على مصراعيه أمام تحكيم الأهواء, وحب "الأنا" دون مراعاة للمصالح العامة للأسرة, أو الاستقرار العائلي, رغم أن حل ميثاق الزوجية كمبدأ وإن كان يكتسي صبغة شرعية تضي عليه عنصر الإباحة, فإنه يظل أولاً وأخيراً

أبغض صور الحلال لقوله عليه السلام " أبغض الحلال إلى الله 'عز وجل' الطلاق"... أكثر من ذلك فإن الشريعة الإسلامية الغراء حثت على المودة و التآلف في أثناء فترة الزوجية, مع ضبط النفس وتحكيم مبدأ العقل وحسن التصرف, عند حدوث أي خلافات عرضية قد تعكر صفو هذه العلاقة, و مع فتح المجال أمام أهل المعرفة والحكمة لإصلاح ذات البين بين طرفي ميثاق الزوجية ورأب مظاهر الشرخ والصدع القائم في العلاقة بينهما مصداقا لقوله تعالى: "...وإن خفتم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً... غير أن محاولة الإصلاح قد تعجز بدورها عن التوفيق بين الزوجين وتخفق في تحقيق المبتغى المنتظر منها, فيصبح الطلاق واقعا محتملا لا محيد عنه للطرفين معا, لقوله تعالى في الآية الأولى من سورة الطلاق: " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة..." وقوله تعالى في سورة البقرة آية 234: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء, ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة...".

- والطلاق فقها, هو حل ووضع حد لميثاق الترابط الشرعي الذي تفرضه الزوجية, وذلك من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو من يقوم مقامه في الحال أو في المآل, ويعرف الفقيه ابن عرفة الطلاق واصفا إياه بأنه صفة حكومية ترفع متعة الزوج بزوجه... أما صاحب البهجة فيعرف الطلاق بأنه رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح.

و الواقع أن السلبيات المتمخضة عن الطلاق - بتنظيمه التشريعي السابق - أفرزت جملة من النتائج الوخيمة تؤكد لها الاحصائيات الميدانية, التي أثبتت ارتفاع نسبة حالات الطلاق غير المبررة, مع ما استتبع ذلك من تمظهرات لا يمكن نعتها إلا بالكارثية على الوسط الأسري والنسيج الاجتماعي إجمالا, حيث شردت دون موجب عائلات كثيرة ونفشت مظاهر جديدة للانحلال الخلقي, وارتفعت حدة التشنجات الاجتماعية وتزايدت معدلات الجريمة.

ومن جهة ثانية فإن جعل الرجل محتكرا الحق إيقاع الطلاق, يتضمن في بعده الدلالي نوعا من التهميش و الإقصاء لشخصية المرأة وينتقص من حقوقها المكتسبة دستوريا, وعبر مختلف المواثيق الدولية و الإقليمية فالمادة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (10 دجنبر 1948) تقضي بأنه:

" لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان, دون أي تمييز, كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنسية أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر, أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر "... والمادة 16 من نفس الإعلان التي تقضي بأنه:

" 1 - للرجل و المرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون قيد بسبب الجنس أو الدين, ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه , وعند انحلاله..." ثم المادة 6 من الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان التي تنص على أنه: " المرأة مساوية للرجل في الكرامة الإنسانية ولها من الحقوق مثل ما عليها من الواجبات, ولها شخصيتها المدنية وذمتها المالية المستقلة وحق الاحتفاظ باسمها ونسبها..."

- وما من شك أن إعادة النظر بشأن صياغة النصوص التشريعية المنظمة لانحلال ميثاق الزوجية وآثاره القانونية والواقعية, أضحت مطلباً ملحا لدى جميع الأشخاص والهيئات الحقوقية وفعاليات المجتمع المدني, إصلاحية كانت أم محافظة, وهو الأمر الذي استجابت له مدونة الأسرة الجديدة, مدفوعة في ذلك بهاجس المحافظة والتماسك والترابط العائلي, ومحكومة بالرغبة الأكيدة في تجنب شبح التفكك الأسري وانحراف أفراد تركيبته البشرية داخل وحل الجريمة والتفسخ الأخلاقي... وبشكل موازي اعترف للمرأة بحقوقها على قدر المساواة مع الرجل في حل ميثاق الزوجية, إذ أضحت هي الأخرى مؤهلة لمباشرته طبقاً لشروطه الشرعية وتحت المراقبة الفعلية لمؤسسة القضاء...

وتأسيساً على ما استجد من مقتضيات بشأن الطلاق في مدونة الأسرة, فقد تم تقييد هذا الحق, بمعايير شرعية استثنائية تتجاوز وقصد الشرع الإسلامي من هذا الحق, وإلى ذلك تنص المادة 70 من المدونة: "... لا ينبغي اللجوء إلى حل ميثاق الزوجية بالطلاق أو بالتطويق إلا استثناءً , وفي حدود الأخذ بقاعدة أخف الضررين, لما في ذلك من تفكيك للأسرة "... و حقيقة أن هذا التقييد إنما يعتبر ترجمة عملية لما استقر على وجوب الأخذ به - وعن صواب - بعض الرؤى الفقهية السديدة, ذلك انه إذا كان عموم الجمهور يقرون أن إخلال ميثاق الزوجية يشكل عملاً مباحاً فإن تياراً فقهياً موازياً أظفى صفة الحظر على الطلاق وليس الإباحة, وإلى ذلك يقول الإمام أبو زهرة :

- "...ومع تقرير الفقهاء أن الطلاق حق للرجل, واتفاقهم على أنه لا يكون إلا عند الحاجة إليه قد اختلفوا في الأصل في الطلاق أهو الحظر أم الإباحة. ولقد قال المحققون من الفقهاء أن الأصل في الطلاق المنع حتى توجد حاجة إليه, لقوله تعالى: "فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً " ولا شك ان الطلاق مع عدم الحاجة إليه بغي عليها . واتخاذ سبيلاً للفرق الظالم حمق, وقد روي عن أبو داود أن النبي (ص) قال: " ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق" وقد روي أنه قال " لا تطلقوا النساء إلا من رغبة, فإن الله لا يحب الذواقين والذواقات... هذا وإن الزواج نعمة والطلاق قطع له. وقطع النعمة لا يجوز إلا إذا زالت صفتها. وأيضاً فإن الزواج عقد أبدي لازم و القياس لا يوجب ألا ينهيه أحد العاقدين بإرادته المنفردة ولكن أجاز للحاجة فقط, فإذا

لم تكن ثمة حاجة يبقى القياس هو المنع" ... ومن جهته يقول الإمام ميارة الفاسي: "... والطلاق مباح من حيث هو في الجملة وقال بعض الشيوخ إنه مكروه , لما ورد عن أبي داود قوله عليه السلام قال : "إن أبغض الحلال إلى الله الطلاق" ولأشكال أنه قد يعرض له الوجوب والتحريم والنذب... " ... أما عليا ابن أبي طالب فقد ورد في البهجة قوله : " لا تطلقوا فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمان..."

- وتماشيا مع هذا المعطى فقد تم تقييد أحقية الرجل في ممارسة حق الطلاق بضوابط شرعية , لتفادي جميع أشكال التعسف في أثناء سلوكه , تتويجا لقوله عليه السلام : " إن أبغض الحلال عند الله الطلاق...."

ومن خلال ما سبق تطرح مشروعية التساؤل الآتي: ماهي أهم التطبيقات القانونية لهذه الضوابط في ظل القانون الجديد ؟ وهل هذه القيود الشرعية من شأنها كبح جماح حالات الطلاق التعسفي والحد من آثارها السلبية ؟

- يمكن القول أن مدونة الأسرة أقرت جملة من المقننات القانونية والآليات القضائية التي تحول دون التعسف في استعمال حق الطلاق , نذكر منها على الخصوص :

أ - جعل مسطرة حل ميثاق الزوجية تحت الإشراف الفعلي والمراقبة الميدانية للمؤسسة القضائية بكيفية تصون كرامة المرأة وتحافظ على حقوقها المكتسبة سواء الشخصية منها أو المقررة لفائدة أبنائها منه .

ب - تقوية سبل الإصلاح بين الأطراف المتخاصمة , وتعزيز آليات التوفيق والوساطة بتدخل الأسرة والقاضي , وفي هذا الصدد تنص المادة 82 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية : "للمحكمة أن تقوم بكل الاجراءات , بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة , أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين , وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ."

- إذا تم الإصلاح بين الزوجين حرر به محضر وتم الاشهاد به من طرف المحكمة... "

ج - ضمان حق المرأة المطلقة بعد الطلاق في حالة تعذر الإصلاح بين الزوجين , مع الالتزام بموازاة ذلك بالحفاظ على حقوق الأطفال ومكتسباتهم بعد حل ميثاق الزوجية , وعليه ففي حالة ما لم تسفر مبادرة إصلاح ذات البين عن أية نتيجة إيجابية , فإن المحكمة تحدد مبلغا من المال يودعه الزوج لزوما بكتابة الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه 30 يوما لأداء مستحقات المطلقة وأبنائها , مع العلم أن الواجبات المقررة لهذه الأخيرة تتضمن مؤخر الصداق متى وجد ونفقة العدة , والمتعة المراعى في تقديرها مجموعة من المعايير الجديدة كاعتبار طول فترة الزواج من قصرها , والوضعية المالية للزوج , وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في توقيع الطلاق , مع

الاحتفاظ للمطلقة في فترة عدتها بالاستمرار في شغل مسكن الزوجية, وفي حالة تعذر ذلك فإن المطلق ملزم بتوفير مسكن ملائم لها يتناسب ووضعها المالي, وإلا حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ مالي يودع أيضا ضمن المستحقات المالية المقررة للمطلقة بكتابة ضبط المحكمة التي يتواجد بها بيت الزوجية أو موطن الزوجة, أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب.

طلاق التمليك :

لقد أقرت مدونة الأسرة في مادتها التاسعة بعد الثمانون, أنه متى ملك الزوج زوجته حتى إيقاع الطلاق, كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة للقضاء به, ملتزمة في خضم ذلك بالإشهاد بطلاق التمليك لدى عدلين منتصبين لهذا الغرض بدائرة نفوذ المحكمة التي يتواجد بها بيت الزوجية, أو موطن الزوجة الطالبة, أو محل إقامتها, أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب, ويتضمن طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق المملك هوية كل من الزوج والزوجة ومهنتهما ومحل إقامتهما, مع الإشارة إلى عدد الأبناء متى وجدوا وذكر تواريخ إزديادهم ووضعهم الصحي والدراسي, ويرفق الطلب لزوماً بمستند الزوجية مرفوقاً بما يفيد تمليك الزوج الطلاق لزوجته, مع ذكر الحجج المثبتة لوضعية الزوج المادية والتزاماته المالية. ومتى تأكدت المحكمة من توافر شروط التمليك المتفق عليها بين الزوجين, أجرت محاولة الصلح بين الطرفين بغرفة المشورة ويمكنها لهذه الغاية انتداب حكمين أو دعوة مجلس العائلة للانعقاد للتوفيق بين طرفي الخصومة الشرعية, كما يمكن إسناد هذه المهمة لمن تراه أهلاً للقيام بها وعند وجود أبناء فإن المحكمة تقوم وجوباً بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن 30 يوماً, حتى إذا تم التوفيق بين الزوجين كان ذلك, وحرر محضر في الموضوع وثم الإشهاد به من طرف المحكمة, أما في الحالة المعاكسة التي تنتسبت الزوجة بتمكينها من حقها في إيقاع الطلاق, فإن المحكمة تآذن لها بالإشهاد عليه, وتبت في مستحقات الزوجة والأطفال عند الإقتضاء.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 89 أعلاه, أقرت أنه مادام تمليك حق إيقاع الطلاق للزوجة, قد تم بمبادرة إرادية ومنفردة من طرف الزوج, فإنه لا يمكن استناداً لهذا الاعتبار أن يعزل زوجته من ممارسة حقها في التمليك الذي ملكها إياه, وهو الأمر الذي يتماشى وما استقر عليه الفقه الشرعي, فقد روي أنه جاء ابن مسعود رجل فقال: "...كان بيني وبين امرأتي بعض ما يكون بين الناس, فقالت: لو أن الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف أصنع, قال, فإن الذي

بيدي من أمري بيدك, قالت : أنت طالق, قال : أراها واحدة وأنت أحق بها ما دامت في عدتها, وسألنى أمير المؤمنين عمر, ثم لقيه فقص عليه القصة, فقال: صنع الله بالرجل وفعل : يعمدون إلى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء, ماذا قالت فيها ؟ قال: قلت أراها واحدة وهو أحق بها, قال: وأنا أرى ذلك, ولو رأيت غير ذلك علمت أنك لم تصب... "وقد روي عن أبي هريرة قوله لامرأة طلقت نفسها: "أمرك بيدك".

ولم يقف المشرع عند تحصين حقوق المرأة والأبناء أثناء حل ميثاق الزوجية بالطلاق, بل عمد أيضا من خلال مدونة الأسرة الجديدة, إلى تكريس وإقرار آليات قانونية موازية, يمكن للمرأة والرجل على حد سواء أن يسلكاها في حل ذات الميثاق في حالة خاصة, كما هو الشأن بالنسبة للتطبيق لطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق... فضلا عن ذلك فقد تم توسيع دائرة الحالات التي يتأتى للزوجة على ضوءها أن تطلب حل ميثاق الزوجية بالتطبيق إما للأسباب الكلاسيكية المتعارف عليها شرعا كالضرر وعدم الإنفاق والغيبة والعيب والإيلاء والهجر أو بسبب إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج...

ومن جهة ثانية فقد استحدثت نص المدونة أنواعا جديدة من الطلاق لم يكن لها محل واضح أو تقنين تشريعي معلوم في ظل القانون السابق, ويشخصها بالأساس ما يصطلح على تسميته بالطلاق الإتفاقي... فما هو مضمون التعديلات التي مست حالات التطلاق...؟ وما هي بواعث إقرارها... وماهي الغاية المتوخى منها في سبيل المحافظة على النسيج الأسري وتقوية بنيان الوسط العائلي والحفاظ على الحرية الشخصية للمرأة صيانة كرامتها...؟ ذلك ما سنتعرف عليه في التوضيح الموالي :

خامسا : توسيع أحقية المرأة في طلب التطلاق, وإقرار أنواع جديدة لحل ميثاق

الزوجية في سبيل الحفاظ على حقوق ومصالح أطراف الزوجية :

(1) – التطلاق بسبب الشقاق :

- قد تتلاشى سبل التواصل, وتندثر مظاهر المودة بين طرفي الزوجية بسبب الخلافات الأسرية التي قد تنشأ بينهما وغالبا ما كانت هذه العينة من النزاعات سببا مباشرا في التنافر بين الزوجين لدرجة قد يتولد عنها وضع حد نهائي لسريان ميثاق الزوجية بعد أن تخبو نجاعته في تحقيق الأهداف الشرعية المتوخى منها...

ودراء لجميع المظاهر الحتمية ذات البعد السلبي, المحتمل ترتبها عن هذا الوضع, فقد اقرت مدونة الأسرة آلية جديدة لحسم النزاعات العائلية التي يخشى منها الشقاق, تقوم

كقاعدة على الصلح تحت المراقبة القضائية ، وتنهض كتقنية بديلة, غايتها إصلاح ذات البين وإعادة الأمور إلى نصابها وتقويم مسار الزوجية إلى شكله الطبيعي مصداقا لقوله تعالى: " وإن ختم شقاقا بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها..." وهكذا نصت المادة 94 من مدونة الأسرة, أنه متى طلب الزوجان – على حد سواء – أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق, وجب على الهيئة القضائية أن تقوم بكل المحاولات للصلح بين الطرفين باعتماد الإجراءات المسطرية التالية :

1 – انتداب أهل الحكمة والمعرفة لإجراء صلح بين الزوجين, سواء في شخص حكمين يعينان من طرف المحكمة لهذا الغرض, أو إسناد هذه المهمة لمجلس العائلة - وهو مؤسسة قانونية محدثة بموجب الظهير الشريف 1-93-347 المؤرخ في 10 شتنبر 1993 القاضي بتغيير وتنظيم بعض فصول مدونة الأحوال الشخصية ولاسيما الفصل 156 مكرر منه, ومنظم تكوينه بمقتضى المرسوم 94 31 – 2 المؤرخ في 26 دجنبر 1994, ويتكون هذا المجلس من القاضي بصفته رئيسا ثم الأب والأم والوصي أو المقدم, ثم أربعة أعضاء يعينهم القاضي من بين الأقارب أو الأصهار بالتساوي بين جهة الأب وجهة الأم أو جهة الزوج حسب الأحوال وإذا تعذر توفرهم من الجهتين أمكن تكوينه من جهة واحدة... -

غير ان مهمة الإصلاح بما تختزله من دلالات رمزية سامية وأهداف نبيلة, ليست حكرا على المحكمة أو مجلس العائلة, بل يمكن أن تسند إلى كل شخص, طبيعيا كان أو معنويا, تستأنس المحكمة فيه الجراءة والحكمة والاستقامة والقدرة المادية والمعنوية على رأب الصدع القائم في شرح العلاقة الزوجية.

(2) إن مهمة إصلاح ذات البين, لاتخلو في نهاية مطافها من أحد الأمرين, فإما أن يكون النجاح والفلاح حليفا لها في تحقيق الغاية المتوخى منها, فيتم الإصلاح بين الزوجين ويحرر على الفور محضرا بشأنه, يكتسب قوته الثبوتية ومصداقيته القانونية من الإشهاد القضائي للمحكمة على فحواه, بعد تحرير مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه, وتحفظ نظيرتها الثالثة بالملف المخصص لها.. وإما أن تصل محاولة الصلح بين الزوجين إلى النفق المسدود, وأنداك يتعين على المحكمة أن تحدد مبلغا ماليا يعمل الزوج وجوبا على إيداعه بكتابة ضبط المحكمة التي تنظر في دعوى الشقاق داخل أمد زمني لا يتعدى الثلاثون يوما, ويخصص هذا المبلغ لتسديد واجبات الزوجة وأبناءها منه الملزم قانونا بالإفناق عليهم.

(3) تعتبر من مستحقات الزوجة في دعوى الشقاق, مؤخر الصداق متى كان له محل بعقد الزواج, ونفقة العدة والمتعة المراعى في تقديرها أمد سريان ميثاق الزوجية, والوضعية

المالية للزوج, والموجبات المحتج بها من قبل طالب حل النزاع للشقاق ، مع إجبارية مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر .

(4) عند تعيين الحكمين في دعوى الشقاق, تعين لهما المحكمة مهلة مناسبة لإنجاز المهمة المنوطة بهما, يراعى في تحديدها الرغبة في تسريع آليات التقاضي, مع منح - وفي نفس الوقت - الحكمين فرصة مواتية لإجراء الصلح تكون كافية لاستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وبذل جهدهما لانتهاء النزاع, وإذا ما تعذر عليهما تقديم تقريرهما داخل هذا الأجل, وكذا الشأن في حالة تباين وجهة نظرهما عند تسطير محتوى التقرير, أو على مستوى تحديد المسؤوليات, فإن المحكمة بمقدورها إجراء بحث إضافي بجميع الوسائل المجدية التي تراها ملائمة في هذا الشأن.

(5) إن تسريع وثيرة التقاضي وضمن حقوق الأطراف المتخاصمة في دعوى الشقاق, تقتضي وجوبا تحديد سقف زمني للبت فيها من طرف المحكمة دفعا لأي تحايل أو مزايدات مجانية من الطرفين, وحماية لحقوقهما وصيانة المكتسبات المقررة بقوة القانون للأبناء, وهذا ما تنبئه له المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة فأقر صراحة من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 97 منها ، على أنه يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب.

*** التطبيق لإخلال الزوج بشروط عقد الزواج :**

إن الزواج وعلى غرار أي التزام تبادلي – مع احتفاظه بطبيعته الاستثنائية المستمدة خصوصياته من القواعد الشرعية – يقوم الإخلال بالشروط المضمنة به مبررا معقولا لطلب التطليق, وفي هذا الصدد فقد أقرت المادة 99 من مدونة الأسرة, أن كل إخلال بشرط اتفائي مضمن فحواه بعريضة عقد الزواج, يعتبر مبررا لطلب التطليق, ولكي ينتج هذا الشرط مفعوله وآثاره القانونية يتعين وجوبا ما يلي :

أولا : أن يضمن الشرط صراحة في صلب عقد الزواج, مشفوعا بإشهاد العدلين.

ثانيا : أن لا يخالف الشرط المذكور مقتضيات القانون أو النظام العام أو الأخلاق

الحميدة .

ومن ذلك مثلا أن تشترط الزوجة في أثناء العقد عليها أن لا يتزوج عليها زوجها... أو أن تشترط أن لا ينتقل بها الزوج من محل إقامتها وإذا فعل يكون أمرها بيدها... إلى غير ذلك من الشروط المعتمدة قانونا وواقعا وشرعا. ويعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق, كل

تصرف من الزوج أو سلوك مشين, أو مغل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية, تجعلها غير قادرة على الإستمرار في العلاقة الزوجية.

* التطلاق للأسباب التقليدية المتعارف عليها في الفقه الشرعي.

لقد احتفظت مدونة الأسرة بموجبات التطلاق التي كانت مقررة بمقتضى قانون الأحوال الشخصية السابق, مع إعادة صياغة شروط توافرها وميكانيزمات سلوكها, في قالب يمنح حقوقاً أكثر فاعلية وضمانات قانونية قوية لفائدة المرأة, ويمنحها هامشاً معتبراً لفك ارتباط الزوجية, متى استحال واقع استمرار المعاشرة بينهما, ونميز في ذلك بين :

(أ) التطلاق للضرر : وهو يثبت في ظل قانون مدونة الأسرة الجديد, بجميع وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع المحكمة إلى إفاداتهم بغرفة المشورة, مع المحافظة للمرأة طالبة التطلاق للضرر بأحقيتها في اللجوء إلى مسطرة الشقاق في حالة إخفاقها في إثبات حقيقة وقوع الضرر, وإصرارها رغم ذلك على طلب التطلاق.

وعند الحكم بالتطلاق للضرر, فإن المحكمة تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر, ويراعى في تقديره مدى جسامة صورته, وخطورة دوره أو تأثيره المباشر في طلب التطلاق .

وكما نلاحظ فإن المدونة الجديدة, رفعت الضوابط المتعددة التي كانت تقيد هذه العينة من الطلاق في ظل القانون والعمل القضائي السابق, حيث كان يشترط للحكم بالتطلاق للضرر, أن يكون هذا الأخير مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها مع إلزامية تكرار الضرر وأن لا يكون مصدره ذنباً جنته الزوجة.

والضرر الموجب للتطلاق قد يكون مادياً يمس ذات المرأة وشخصها, كالضرب والإعتداء الجسدي مثلاً... ويمكن أيضاً أن يكون معنوياً يمس عرض المرأة أو شرفها, كاتهام الزوج لزوجته بالبغاء وتعاطي الفساد, أو محاولة إتيانها في غير موضع الحرث, فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ: 21 يوليوز 1987 المنشور بقضاء المجلس الأعلى عدد: 41 : "إن الطاعنة أدلت بمحضر الضابطة القضائية, التي اشتكى فيها المطلوب في النقض بأن زوجته الطاعنة تتعاطى الفساد مع شخص أجنبي سماه بالمحضر (...). ومحكمة القرار عللت حكمها بأن الطاعنة لم تتبع المسطرة المتبعة في اللعان دون أن تذكر ماهي هذه المسطرة التي لم تتبعها الطاعنة, كما أن الحكم الابتدائي الذي أيده القرار قد علل بأن تصريح المطلوب باتهام زوجته لا يعد ضرراً مع أن اتهام الزوج لزوجته صريح بالزنا وتعاطي الفساد ضرر فادح عليها..." وجاء في قرار موازي في نفس المعنى عن محكمة النقض المصرية تحت عدد: 19

بين 45 بتاريخ 3 نونبر 1976 : " ... إتيان الزوج زوجته في غير موضع الحرث يشكل ضررا لا تستقيم به العشرة و يوجب التفريق عند ثبوته...".

(ب) التطليق لعدم الإنفاق :

طبقا للمادة 187 من مدونة الأسرة فإن نفقة كل إنسان في ماله إلا ما استثنى بمقتضى القانون, ووجوب النفقة على الأغيار يتمحور حول ثلاث أسباب رئيسية : الزوجية والقرابة والإلتزام, فنفقة الزوجة, تجب على زوجها بمجرد البناء بها وكذا متى دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها, وتستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد أو إتمام 25 سنة بالنسبة لمن يتابع دراسته, وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو وجوب نفقتها على زوجها, ويستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب.

- ومن جهة ثالثة فإن من التزم بنفقة الغير صغيرا كان أم كبيرا لمدة محددة لزمه ما التزم به, وإذا كانت المدة غير محددة اعتمدت المحكمة على العرف في تحديدها.

ومتى التزم الزوج بالإنفاق على من وجب عليه الحق, وأحجم عن ذلك, أمكن للزوجة أن تطلب التطليق, شريطة أن تكون النفقة حالة وأن تكون واجبة على الزوج طبقا للقانون, وفي هذه الحالة نميز بين ثلاث صور رئيسية, أولها لا تستجيب خلالها المحكمة لطلب التطليق, إذا كان للزوج أموالا منقولة كانت أم ثابتة وأقامت الزوجة الحجة على حقيقة وجودها أو توصلت إليها المحكمة بصفة تلقائية, حيث تقرر المحكمة والحالة هذه طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه... والصورة الثانية وهي التي يقيم خلالها الزوج الدليل على عسر ذمته المالية وحقيقة عجزه, حيث تمنحه المحكمة حسب الظروف أجلا لا يتعدى ثلاثين يوما ليعود إلى الإنفاق وإلا طلقته المحكمة عليه اللهم في حالة توافر ظروف قاهرة واستثنائية, وبذلك يكون الشارع قد قلص مدة الاعذار للإنفاق المقررة بمقتضى القانون السابق, والتي كانت محددة في ثلاثة أشهر, غايته في ذلك الحفاظ على حقوق المرأة وأبنائها منه... أما الصورة الثالثة والأخيرة, فهي التي لا يكون خلالها للزوج مال ظاهر ولا يفصح عن حالته الحقيقية من العسر أو اليسر, حيث تحكم المحكمة بالتطليق الفوري للزوجة

والتطليق لعدم الإنفاق, مقرر شرعا بإجماع المذاهب الدينية, باستثناء المذهب الحنفي ونظيره الظاهر, وقد استندوا في ذلك على قوله تعالى: "ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"

وقوله عليه السلام: " لا ضرر ولا ضرار" والإحجام الإرادي غير المقرون بالعسر والعجز يعد ضررا يتوجب على القاضي الشرعي أن يضع حدا له .

والعمل القضائي المغربي من جهته أكد في أكثر من مناسبة مشروعية التطبيق لعدم الإنفاق إذ ورد في القرار الإستئنافي الصادر عن المحكمة الإستئنافية بمراكش بتاريخ: 1991/11/05 موضوع الملف الشرعي 91/1124: "...صدور حكم بإهمال الأسرة ومحضر عدم وجود ما يحجز إضافة إلى أحكام عدم قبول دعوى الرجوع لبيت الزوجية لعدم توفر المدعى عليه على مسكن, تعبر جميعها على إصرار المدعى عليه على عدم الإنفاق مما يبرر الحكم بالتطبيق..." وفي قرار آخر صادر عن نفس المحكمة تحت عدد 559 بتاريخ: 1992/07/28 موضوع الملف الشرعي عدد 91/2359: "... إدلاء الزوجة بحكم قضى لها ولأولادها بالنفقة وبمحضر بعدم وجود ما يحجز حجة على امتناع الزوج على الإنفاق ويرتب التطبيق عليه من أجل عدم الإنفاق..."

(ج) التطبيق للغيبة :

لقد كانت الغيبة كموجب للتطبيق في ظل قانون الأحوال الشخصية السابق, رهينة من حيث تحققها بجملة من الشروط المتداخلة, الأمر الذي يجعل هذه العينة من الدعاوي صعب المنال, وحتى في حالة احتمال الإستجابة له فهو يصطدم بمجموعة من التدابير المسطرية, التي تطيل أمد التقاضي بشأنه, ذلك أن التطبيق للغيبة كان يستلزم تحقق الشروط التالية تماشيا مع ما يستشف من الفصل 57 من المدونة السابقة :

- غياب الزوج عن بيت الزوجية لمدة تفوق السنة على الأقل.

- غياب العذر المقبول المقترن بغيبة الزوج.

- حصول ضرر للزوجة جراء غياب الزوج.

والواقع أن هذه الشروط لم يكن ثمة إجماع بشأنها حتى بين أنصار المذاهب الدينية المؤيدة لها ولا سيما المالكية منها والحنبلية, مع العلم أن الإمام أبوحنيفة والإمام الشافعي حظرا مطلقا التطبيق للغيبة وفي جميع الأحوال... ففي الوقت الذي ينحوف فيه رأي المالكية إلى القول كون الغيبة تبيح التطبيق سواء أكانت مقترنة بعذر أم لا ... ميز الحنبليون بين طبيعة الموجب الدافع للغيبة, والذي لا يبيح التطبيق متى كان مقترنا بعذر مقبول ومعتبر شرعا, وعلى النقيض من ذلك يبرر طلب التطبيق إذا كان لعذر غير مشروع.

- أما في مدونة الأسرة الجديدة, فإن الغيبة كمبرر للتطليق طبقاً للمادة 104, لم تعد تشترط سوى غياب الزوج عن زوجته لمدة سنة, فيما تم إقصاء باقي الشروط عن درجة الإعتبار في هذه الحالة, وتتأكد المحكمة من حقيقة وقوع الغيبة وأمدتها الزمني بجميع الوسائل المتاحة. وإذا كان للزوج عنوان أم محل إقامة معلوم, فإن المحكمة تبلغه عريضة دعوى الطالبة, ليبيدي أوجه دفعاته النظامية والموضوعية بشأنها, مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة, ستحكم المحكمة بالتطليق ما لم يحضر للإقامة مع زوجته أو ما لم ينقلها إليه... أما في الحالة الثانية والتي يكون خلالها المطلوب في دعوى التطليق للغيبة مجهول العنوان, اتخذت المحكمة بمساعدة وتنسيق مع مؤسسة النيابة العامة, ما تراه من إجراءات مسطرية وتدابير موضوعية تساعد على تبليغ دعوى الزوجة إليه, بما في ذلك تعيين قيم عنه, فإن لم يحضر طلقتها عليه.

- وكما نلاحظ فإن المشرع المغربي في مدونة الأسرة كرس أحقية المرأة في طلب التطليق للغيبة, ورفع الضوابط التقييدية التي كانت تضيق الخناق على إمكانية سلوك مسطرتة, فيسرت إجراءاته النظامية وذللت العراقيل عن تدابيره الموضوعية, حرصاً على المحافظة على كينونة المرأة وحقوقها الطبيعية, وحتى في حالة توفر الزوج على مال ظاهر بإمكانه إعالة الأسرة طوال مدة غيابه... فالمسألة تتعلق بمبدأ إنساني ومعنوي أكثر منه مادي, وهي في طبيعتها تكتسي بعداً أخلاقياً خاصة وأنه يخل بأهم المبادئ الأساسية للحياة الزوجية وعلى رأسها المساكنة والمعاشرة بالمعروف... وتتقوى هذه الضمانات أيضاً حتى في شقها الزجري ولاسيما أن المرأة التي يغيب عنها زوجها متى كانت أما أو حاملاً يمكنها أن تلجأ قبل ذلك إلى مسطرة إهمال الأسرة المنصوص عليها في المادة 479 من القانون الجنائي والذي يقضي بأنه يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة وغرامة مالية يتراوح مقدارها بين 200 إلى 2000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من الأب الذي يترك بيت الأسرة دون موجب قاهر لمدة تزيد عن الشهرين وتملص من كل أو بعض واجباته المعنوية والمادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو الوصاية أو الحضانة. ولا ينقطع أجل الشهرين إلا بالرجوع إلى بيت الأسرة رجوعاً ينم عن إرادة استئناف الحياة العائلية بصورة نهائية... ويطبق نفس الحكم على الزوج الذي يترك عمداً لأكثر من شهرين ودون موجب قاهر زوجته وهو يعلم أنها حامل.

(د) التطليق للغيبة :

طبقاً للمادة 51 من مدونة الأسرة فإن من مشتملات الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين, المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد,

وإنصاف كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل... بيد أن الحياة الزوجية قد يتعذر استمرارها بالشكل الطبيعي متى استحکم العيب أو المرض المزمن بأحد الزوجين بشكل يخل بواجباتهما الطبيعية... هذا وتعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية في سياق المادة 107 من مدونة الأسرة، وتعتبراً موجبا معتبرا لطلب التطلاق ما يلي:

أولاً : العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية. وتجمع المذاهب السنية بجميع توجهاتها، على أن عيوب هذه المعاشرة يتعين فيها التمييز بين تلك العائدة للرجل ونظيرتها العائدة للمرأة، فبالنسبة لعيوب الرجل فهي: الحب، والخصاء، والعنة، فالمحبوب هو من استؤصل عضوه التناسلي، والمخصي هو من سلت خصيتاه، أما العنين فهو من لا قدرة له على الجماع... وعيوب المرأة التي تمنع من المعاشرة الزوجية الطبيعية، تتمحور حول أربعة أنواع وهي:

- الرتق وهو انسداد موضع الجماع من الفرج.
- القرن وهو عظم أو لحم سميك ينبث في الفرج.
- والعقل هو لحم يبرز في القبل يشبه إدرة الرجل ولا يسلم عادة من رشح.
- والإفضاء هو اختلاط مسلكي الذكر والبول حتى يصير مسلكاً واحداً.

وإلى ذلك يقول ابن عاصم الغرناطي :

والرتق داء الفرج في النساء كالقرن ثم العفل والإفضاء
ولا ترد من عمى ولا شلل ونحوه إلا بشرط يمثل

وإلى جانب عيوب المعاشرة الزوجية المتعارف عليها في الفقه الشرعي، يمكن الإعتداد أيضاً بجميع العيوب من نفس الصنف التي تفرزها الحياة المعاصرة، ويمكن للمحكمة أن تستعين في هذا الخضم بجميع الوسائل القانونية ولا سيما الخبرة الطبية.

ثانياً : الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، والتي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة من وقوعها ومن ذلك داء فقدان المناعة المكتسبة والأمراض المعدية الخطيرة والعيوب المؤثرة على الحياة الزوجية كالجذام والبرص والسل إلى غير ذلك من العيوب المماثلة.

- ويشترط للنظر في إمكانية الاستجابة لطلب التطلاق للعيب – في ظل

المقتضيات الجديدة المضمنة بقانون مدونة الأسرة – توافر الشروط الآتية :

أ : ثبوت العيب المحتج به من قبل أحد الزوجين مع إجبارية إقامة الدليل عليه تقنياً ويستعان في ذلك بأهل الخبرة من الأخصائيين ولا سيما الأطباء منهم في معرفة العيب أو المرض طبقاً للفصل 111 من المدونة، تأسيساً على ما استقر عليه العمل الفقهي والقضائي المقارن . فقد جاء في قرار المحكمة الاستئنافية بالإسكندرية بتاريخ: 19 نونبر 1959 " ...

تأسيس دعوى الطلاق على أن الزوج عنين وأنه لم يباشر مع زوجته واجباته الزوجية, وإنكار الزوج وإرجاع عدم مباشرته لزوجته جنسيا إلى أنها لم تمكنه من نفسها وامتنعت عنه , و تأييد دفاع الزوج من أنه مكتمل الرجولة بما قرره الطبيب الشرعي بعد الكشف عليه وعدم وجود موانع تمنع مباشرته العملية الجنسية , إنهار السبب الذي يبنى عليه التفريق.."

- عدم صدور ما يتبنت الرضى بالعيب من لدن طالب الفسخ بعد العلم بتعذر الشفاء.

ويترتب على التظليق للعيب مجموعة من الآثار القانونية الشرعية, ففي حالة وقوعه عن طريق القضاء قبل البناء, فإن الزوج غير ملزم بسداد قيمة الصداق, أما إذا وقع بعد البناء فإن للزوج الأحقية في أن يرجع بقدر الصداق على من غرر به, أو كتم عنه العيب قصدا أو عمدا. وإذا علم الزوج بالعيب قبل العقد وطلق قبل البناء لزمه نصف الصداق.

وختاما يتعين الإشارة ونحن بصدد الحديث عن العيوب الموجبة للتظليق, إلى أحد المغالطات الشائعة السائدة لدى بعض المتقاضين والذين يعتقدون مغالطة أن انعدام البكارة يرقى إلى مرتبة العيب الموجب للتظليق مع ما يترتب عن ذلك شرعا من آثار قانونية... وهي مناسبة ندحض فيها هذه الرؤية المغلوطة مؤكدين كون هذه المسألة وإن لم يتعرض لها المشرع بنص صريح, فإن القضاء المغربي كان سابقا في إقرار أحكاما خاصة بها, وهي أحكام أجمعت على كون انعدام وجود البكارة بالزوجة لا يعد عيبا يلزم الرد, ما لم يشترطها الزوج بالعقد, كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ : 18 يوليوز 1968 – منشور بمجلة المحامي – العدد : 10 " ...طلب فسخ عقد الزواج لكون المستأنف عليها غير بكر قول مردود لأن المقصود بعبارة بكر المنصوص عليها في رسم النكاح هو أنه لم يسبق لها زواج قط, وليس المقصود أنها عذراء والمستأنف لم يشترطها عليها حين العقد... " كما أن الفقه الشرعي من جهته حسم في هذه المسألة بنفي المنظور السابق وإلى ذلك يقول صاحب التحفة :

والزوج حيث لم يجدها بكر لم يرجع إلا بائناط عذرا
ما لم يزل عذرتها نكاح مكتم فالرد مستباح

(و) التظليق بسبب سجن الزوج :

مقتضى تشريعي آخر جديد, عزز الترسانة التشريعية المنظمة للتظليق في ظل مدونة الأسرة, لم يكن متعارف على وجوده في قانون الأحوال الشخصية السابق, رغم ما يكتسيه موجب هذه الصورة من أهمية استثنائية, يفسره اتساع رقعة دائرة تطبيقاته الميدانية, وتعدد

حالات عرضه على مؤسسة القضاء... إنه التطلاق لسجن الزوج, حيث تنص المادة 106 من مدونة الأسرة :

" ... إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجنا أو حبسا, جاز للزوجة أن تطلب التطلاق بعد مرور سنة من اعتقاله, وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطلاق بعد سنتين من اعتقاله..."

- والمشرع المغربي بإقراره لهذا المقتضى التشريعي, يكون قد وضع حدا لمسلسل التضارب في الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء المغربي... " ففي الوقت التي كانت فيه بعض الاجتهادات القضائية تنكر على الزوجة أحقيتها في طلب التطلاق بسبب سجن الزوج... كانت اجتهادات موازية تسير في عكس هذا المنحى, وتخول للمرأة هذا الحق استنادا لنفس العلة... فبالنسبة للنوع الأول نستحضر على سبيل المثال, الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ: 24 ماي 1993 موضوع الملف الشرعي عدد: 92/2302: "...الحبس أو السجن هو عبارة عن عذرقاهر لا يجعل الزوج المحبوس أو المسجون مهملًا لواجباته الزوجية كما هو الحال بالنسبة للغيبه"... أما بالنسبة للنوع الثاني من الاجتهادات, نستحضر الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالصويرة بتاريخ : 03 فبراير 1992 موضوع الملف الشرعي عدد: 91/321, والذي جاء ضمن حيثياته : " تواجد المدعى عليه بالسجن من أجل الاتجار في المخدرات ولمدة أربع سنوات يلحق بالمدعية ضررا لا يمكن معه دوام العشرة خاصة وأن الأفعال التي أدين من أجلها تمس بالأخلاق مما يتعين معه الحكم بالتطلاق..." وفي نفس المعنى ورد عن المحكمة الابتدائية بمراكش في حكمها المؤرخ في 12 أبريل 1993: "... وجود المدعى عليه بالسجن لمدة ثلاث سنوات يلحق بالمدعية ضررا لا يمكن معه دوام العشرة خصوصا وأن الأفعال التي أدين من أجلها تمس بالأخلاق (هتك عرض قاصر بالعنف) لذلك يتعين الحكم بالتطلاق."

- وللتذكير فإن التطلاق بسبب سجن الزوج وإن كان تقنيا تشريعا جديدا أقره المشرع المغربي لأول مرة من خلال قانون مدونة الأسرة, فإن له جذورا متأصلة في المنظومة الفقهية الاسلامية وفي بعض التشريعات العربية المقارنة, فقد ورد عن الفقيه الحنبلي ابن تيمية قوله: «... القول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما مما يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقتة, كان القول قولها كما القول في امرأة المفقود...». ومن جهته فإن التشريع المصري للأحوال الشخصية, اعترف بأحقية المرأة في طلب التطلاق لعدة حبس الزوج, فأقر من خلال المادة 14 من القانون 1929.

" لزوجة المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنين, فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه, التطلاق عليه بانئا للضرر ولو كان له مال يستطيع الإنفاق منه..." وهو نفس المقتضى التشريعي الذي كان يتضمنه مشروع مدونة الأحوال الشخصية الصادر بمقتضى الظهير الشريف 343 - 57 - 1 بتاريخ : 21 نونبر 1957 بشأن الكتاب الثاني " انحلال ميثاق الزوجية " وكان يقضي بأنه: "... لزوجة المحبوس المحكوم عليه قضائيا بعقوبة مقيدة للحرية من ثلاث سنين فأكثر, أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطلاق عليه بانئا ولو كان له مال يستطيع الإنفاق منه..."... غير أن هذا التصييص القانوني, استغني عن وضعه في آخر لحظة وحذف من النص النهائي لمدونة الأحوال الشخصية... وربما كان مرد ذلك غياب السند الفقهي لتأييد إقراره تشريعا, خاصة أن فقهاء المذهب الحنفي والشافعي يقررون أنه ليس للزوجة طلب التطلاق بسبب حبس أو سجن زوجها, بصرف النظر عن مدة الاعتقال, كما أن المالكيين والحنبلين, التزموا الصمت حيال هذه الإشكالية.

وبرجعنا إلى نص المادة 106 من مدونة قانون الأسرة, نجد أن شروط طلب التطلاق بسبب حبس أو سجن الزوج تستلزم توافر الشروط التالية :

أولا : صدور حكم قضائي ضد الزوج يقضي بمؤاخذته والحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية, أكثر من ثلاث سنوات سجنا - متى تعلق الأمر بجناية - أو حبسا - إذا تعلق الأمر بجنحة - ولا فرق ولا اختلاف فيما إذا كان الحكم القضائي صادرا عن إحدى محاكم المملكة, أو محاكم أجنبية, شريطة تذييله بالصيغة التنفيذية طبقا للمقتضيات المقررة في القانون المغربي.

بيد أن ثمة ملاحظة هامة يتعين الإشارة إليها... ذلك أن المشرع المغربي في المادة 106 من مدونة الأسرة, تحدث عن مدة العقوبة دون أن يشير إلى طبيعة الحكم, هل يتعلق الأمر بمجرد حكم عادي, أم يتعين أن يكون هذا الأخير باتا وحائزا لقوة الشيء المقضي به...؟

- نعتقد أن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد سهو, ليس إلا, ذلك أن اشتراط أن يكون الحكم الصادر ضد الزوج حكما باتا وحائزا لقوة الشيء المقضي به للاستجابة لطلب التطلاق في هذه الحالة, من باب تحصيل الحاصل, احتراماً لمبدأ مسلسل التقاضي وآثاره وحماية لحقوق الزوج, وخاصة أن احتمال تصدي المحكمة الموالية في الدرجة, للحكم الصادر في حق الزوج يظل قائما, و بالمقابل يظل الزوج بريئا حتى صدور حكم نهائي, باث ومحصن ضد أية طريقة للطعن.

ثانيا : مرور سنة من اعتقال الزوج, لسلوك الزوجة مسطرة طلب التطلاق, وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطلاق بعد سنتين من اعتقاله.

(ي) التطلاق للايلاء والهجر :

لقد حافظ المشرع من خلال مدونة الأسرة الجديدة, على نفس الشروط الموضوعية والشكليات النظامية, للتطبيق للإيلاء والهجر مع تغيير طفيف هم صياغة المقتضى التشريعي , حيث تم الاستغناء عن عبارة " ترك " و عوضت عبارة " القاضي " ب " المحكمة " وهكذا فإذا آلى الزوج زوجته أو هجرها, فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر فإن لم يفيء بعد الأجل طلقها عليه.

والإيلاء شرعا هو حلف الزوج على أن لا يأتي أو يطأ زوجته مطلقا, خلال مدة تفوق أربعة أشهر, وقد عرفها ابن عرفة بأنه: "... حلف زوج على ترك وطء زوجته بوجب خيارها في طلاق..." وقال تعالى في سورة البقرة آية 226 و 227: " للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم وإن عرضوا الطلاق فإن الله سميع عليم..."

ومن منطلق كون الإيلاء هو التزام شرعي من جانب الزوج, فإن هذا الأخير الذي يعمد إلى مسيس زوجته قبل انقضاء مدته تجب عليه كفارة اليمين, وبصرف النظر عن كون الزوج أحجم عن إتيان زوجته لمدة تفوق أربعة أشهر, فإن الجمهور يؤكد أن المرأة تعتد مباشرة بعد تطليقها من زوجها وليس اعتبارا من تاريخ الإيلاء.

ج) الطلاق الاتفاقي :

لم يكن ثمة بمدونة الأحوال الشخصية السابقة, أي نص تشريعي يشير صراحة أو ضمناً إلى حل ميثاق الزوجية بتراضي طرفيه, أو ما يصطلح على تسميته بالطلاق الاتفاقي. بل كانت المبادرة تأتي دائماً من الزوج أو وكيله أو من فوض له ذلك طبقاً للقانون, واستثناءاً للمرأة متى ملكت هذا الحق... هذا مع العلم أن العديد من التشريعات العربية المقارنة كانت تتبنى هذا النوع من الطلاق وتقننه صراحة ضمن قانونها الشرعي كما هو الشأن بالنسبة للمادة 48 من مجلة الأحوال الشخصية الجزائرية التي نصت على أنه: "... يتم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين... " والفقرة الأخيرة من المادة 31 من قانون الأسرة التونسي "... يوافق القاضي على الطلاق بالتراضي..."

وواقع أن الطلاق الاتفاقي يشكل نتيجة طبيعية لإرادة الزوجين في وضع حد لعلاقتهم الزوجية دون تشنجات أو مزايدات... بل إن هذا النوع من الطلاق يعتبر البديل النموذجي والحضاري لظاهرة التصادم والمواجهة في أثناء حل ميثاق الزوجية.

وينقسم الطلاق الاتفاقي المقرر بمقتضى قانون مدونة الأسرة الجديد, إلى نوعين

رئيسيين :

* الطلاق الاتفاقي المجرد : وهو الذي يلجأ إليه الزوجان باتفاقهما, دون أن يعلقانه على شروط محددة.

* الطلاق الاتفاقي المقيد : وهو الذي يقيد طرفاه بشرط واحد أو أكثر يتعين وجوباً أن لا يتنافى مع النظام العام أو أحكام مدونة الأسرة, وأن لا تكون له أية تبعات سلبية على مصالح الأبناء وحقوقهما المكتسبة.

بيد أن الطلاق الاتفاقي وإن كان يستند كأساس للرغبة الإرادية لأطرافه, واللذان يستقلان بتقدير دوافعه وموجبات إيقاعه, فإن ذلك لا يجرد بأي حال من الأحوال المؤسسة القضائية من أحقية فرض الرقابة عليه, كما لا يعفي المحكمة من القيام بمحاولة إصلاح ذات البين بين الطرفين. وفي هذا الصدد يتقدم الزوجان أو أحدهما بطلب إيقاع الطلاق الاتفاقي إلى المحكمة المختصة مصحوباً بعريضة الاتفاق, للأذن بتوثيقه, وتحاول هذه الأخيرة الإصلاح بين الزوجين,

وفي حالة ما إذا تعذر ذلك, فإن المحكمة تأذن بالإشهاد على الطلاق الإتفاقي, كما تأذن بتوثيقه. وإلى ذلك تنص المادة 114 من مدونة الأسرة :

"...يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية, دون شرط أو شروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة ولا تضر بمصالح الأطفال."

- عند وقوع هذا الإتفاق, يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطبيق للمحكمة مرفقا بعريضة الاتفاق, للإذن بتوثيقه... و تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن, فإذا تعذر الإصلاح, أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه..."

د (الطلاق الخلعي :

الطلاق الخلعي هو إزالة الزوجية بلفظ الخلع أو بما في معناه, مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها... ومشروعية إقراره لها أساسها شرعية في الكتاب والسنة. فقد ورد قوله تعالى في سورة البقرة آية 229 : " ولا يحل أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدتت به تلك حدود الله فلا تعتدوها, ومن يتعد حدود الله, فأولئك هم الظالمون " ... وفي الحديث الشريف عن ابن عباس (ض) أنه, جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شهمي رسول الله (ص) فقالت : يا رسول الله إني ما أعتب عليه في خلق ولا ديني, ولكني أكره الكفر في الإسلام, فقال عليه السلام: أتردين عليه حديقته, فقالت: نعم, فقال رسول الله (ص): أقبل الحديقة وطلقها تطليقة... " وفي رواية ابن جرير: أنه سأل عكرمة هل كان للخلع أصل ؟ قال: كان ابن عباس يقول: إن أول خلع كان في الإسلام, في أخت عبد الله : جميلة بنت ابي بن سلول أنها أتت رسول الله (ص), فقالت يا رسول الله, لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبدا, إني رفعت جانب الخباء, فرأيتَه قد أقبل في عدة, فإذا هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة, وأقبحهم وجها, فقال يا رسول الله: إني قد أعطيتها أفضل مالي حديقة لي, فإن ردت حديقتي طلقتها , قال ما تقولين ؟ قالت: نعم, وإن شاء زدته قال : ففرق بينهما..."

ومن جهتها فقد أقرت المادة 120 من مدونة الأسرة, هذا النوع من الطلاق, ونظمته رفقة شروط جديدة فنصت على أنه متى اتفق الزوجان على مبدأ الخلع , واختلفا في المقابل, رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما, وإذا تعذر الصلح, حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله, مراعية مبلغ الصداق وفترة الزواج وأسباب طلاق الخلع, والحالة المدنية للزوجة, يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق..."

- ولا يجوز طبقا للمادة 119 من مدونة الأسرة الخلع بشيء تعلق به حق

الأطفال أو بنفقتهم متى كانت الأم معسرة.

وإذا عجزت الأم المختلعة بنفقة أطفالها عن الانفاق عليهم وجبت النفقة على أبيهم دون مساس بحقه في الرجوع عليها. وهذا المقتضى التشريعي الجديد مستمد في أساسه من الفقه المالكي إذ ورد في البهجة أنه . " ... فإن خالته على إسقاط نفقة حملها أو ولدها فعجزت فإن الزوج يؤمر بالإنفاق عليها ويتبعها إن أسرت... "

وعلى هذا الأساس فإن الأم المطلقة التي تخالع بحق من حقوق أبنائها في الزوج كحق الحضانة أو النفقة أو مصاريف السكنى، والتي كانت معسرة أو أعسرت بعدما كانت موسرة، فإن الأب ملزم بالعودة إلى الانفاق عليهم طبقاً للقانون بمجرد إثبات المطلقة لواقعة العسر، وهي واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع الوسائل بما فيها شهادة الشهود، مع حفظ حق الزوج في الرجوع عليها بما أداه لها ولأبنائها منه، بمجرد ما تصبح موسرة من جديد. وتحديد ما إذا كانت المطلقة معسرة أم لا، يندرج ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع الذين يستقلون بتقديرها، وفق قناعتهم، شريطة تعليل ذلك موضوعاً وقانوناً.

- ولا ينبغي أن يؤسس مقابل الخلع على أشياء محرمة شرعاً، وإلا بطل أصلاً، وكل ما صح الالتزام به شرعاً، صلح أن يكون بدلاً في الخلع دون تعسف ولا مغالاة، : "... وإذا ما أثبتت الزوجة كونها بذلت الخلع رغماً عن رغبتها الإرادية كالكراه أو الضرر، فإن من حقها استرجاع ما خلعت به، ويلقى على عاتقها عبء إثبات ذلك، وينفذ الطلاق في جميع الأحوال، أما بالنسبة للسن القانوني الذي يؤهل المرأة لمباشرة الخلع، فإنه يتزامن وبلوغها سن الرشد، أما إذا كانت دون سن الرشد القانوني، فإنها إذا خلعت وقع الطلاق ولا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي... "

سادساً : تكريس حماية حقيقية للطفل في أثناء الزواج وبعد حل ميثاقه :

المحافظة على حقوق الطفل بإدراج مقتضيات الاتفاقيات الدولية :

غني عن البيان كون من أهم التظاهرات الحضارية لأمة من الأمم ، تترجم ميدانياً وتقاس في مدى اهتمام تلك الأمم بالجانب الطفولي من التركيبة البشرية لمنظومتها المجتمعية ... فالطفل بما يحمله من دلالات رمزية ، ويختزله من أبعاد حضارية ، يعتبر قناة أو بالأحرى المنظار الذي ترتقب من خلاله الشعوب ماهية مستقبلها القريب والبعيد المدى

ونظراً لما تكسيه حقوق الطفل من أهمية استثنائية ، فقد أجمع المتتبعون من الفقهاء ومهتمي الشأن القانوني على أنها تتفرد بمجموعة من الخصائص وهي :

- I- عدم إمكانية التنازل عن هذا الحق ، لا من جانب الطفل ولا ممن كانت الولاية له عليه .
- II- هذه الحقوق لا يقابلها في غالب الأحيان واجبات تقع على كاهل الطفل .
- III- هذه الحقوق تكون الدولة طرفاً فيها بصفة مباشرة أحياناً وبصفة غير مباشرة أحياناً أخرى .

ومن أهم المستجدات التي أقرها قانون مدونة الأسرة الجديدة ، أنه كرس ترسانة الحقوق الحمائية للطفل بإدراج الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها السلطات الرسمية للمملكة المغربية في صلبها ... فما هو فحوى أهم هذه الاتفاقيات و ما هي الطريقة التي وظفت بموجبها في سياق نصوص مدونة الأسرة ... ؟

وقبل ذلك نرتئي إلقاء لمحة تاريخية موجزة عن باع وصدى المغرب في مجال حماية حقوق الطفل و تطويرها و كيفية توظيفها و ادراجها في قوانينه الاقليمية .

إن المغرب على مر المحطات التاريخية التي مر بها ، حينما كان يولي أهمية متميزة لحقوق الطفل فإن ذلك كان ينبع من واقع تشبعه بالمبادئ الأساسية المستمدة من التراث الإسلامي ، التي تقف آثارها في هذا الشأن وسار على هداها ... فقد ورد عن النبي (ص) انه كان يقبل أحد سبطيه ، فاستغرب أحد الأعراب لهذا التصرف ، قائلاً : " ... إن لي عشرة من الأولاد ما أذكر أنني قبلت أحد منهم ... فأجابه النبي عليه السلام " ... وهل أعطيك ما حرمك الله منه ... " .

وتشتمل قائمة حقوق الطفل في الإسلام حسبما أورده الدكتور عبد الرحيم عمران في مؤلفه " تنظيم الأسرة في التراث الإسلامي " على ما يلي :

1- الحق في أن تكون الأم الصالحة خالية من الأمراض الوراثية " تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس "

2- الحق في الحياة والأمن : (ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقكم وإياكم) .

3- الحق في الولادة الشرعية : لقد نظمت الشريعة الإسلامية الزواج تنظيمًا محكمًا لتحقيق عدة مقاصد منها حفظ النسل .

4- الحق في الاسم الحسن : " من حق الولد على الوالد أن يحسن أدبه ويحسن اسمه " .

5- الحق في الرضاعة الطبيعية والتغذية والرعاية الصحية (والوالدات يرضعن أولادهن حوليين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) .

6- الحق في مضجع مستقل ويعني ضمناً المسكن اللائق كذلك ، " مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع ، وأضربوهم عليها وهم أبناء عشر ، وفرقوا بينهم في المضاجع "

7- الحق في المعاملة بالتساوي بين الأخوة والأخوات : " اعدلوا بين أولادكم كما تحبون أن يعدلوا بينكم "

8- الحق في التربية الدينية والتنشئة الحسنة : " ما ورث والد ولدا خير من أدب حسن " .

9- الحق في التعليم والتدريب الرياضي وطرق الدفاع عن النفس : " حق الولد على الوالد أن يعلمه الكتابة والسباحة والرمية ، وألا يرزقه إلا طيباً " .

10- الحق في أن تكون إعالتهم من مصدر حلال " وألا يرزقه إلا طيباً " .

11- الحق في المستقبل الآمن : " لأن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس ... "

ومن جهة ثانية نشير أن المغرب صادق منذ أمد بعيد على مجموعة من الاتفاقيات

الثنائية بشأن حماية حقوق الطفل نستحضر منها على سبيل المثال الاتفاقية المغربية 1143 هـ - 1730 م ، أيام السلطان مولاي عبد الله التي تم خلالها الاتفاق على حظر اختطاف

الأطفال أو الاتجار فيهم ... واتفاقية المغرب مع البندقية بتاريخ 25 ذو الحجة 1178 هـ -

موافق 15 يونيو 1765 م في عهد السلطان سيدي محمد بن عبد الله ، التي كرست أهمية

الاعتناء بحقوق الأطفال والحيلولة دون تعرضهم لمنزلق الضياع بغض النظر عن عقيدتهم

الدينية أو جنسيتهم ... ولا تفوتنا الفرصة من دون أن نستحضر تصريح المولى سيدي محمد بن عبد الله أو ما يصطلح عليه " بتصريح مكناس " بتاريخ 10 شتنبر 1977 ، بشأن احترام حقوق الإنسان وإلغاء الرق بما فيها حقوق الطفل ، وهو التصريح الذي عرضه الملك المغربي على ملوك سائر الدول المسيحية بمن فيهم لويس السادس عشر للانضمام إليه ... كما نذكر أيضا بالاتفاقية التي أبرمها القائد السفير محمد بن عبد الملك نيابة عن الملك محمد الثالث مع دول طوسكانيا بتاريخ 8 محرم 1192 هـ الموافق 6 فبراير 1778 م وقد أقرت هذه الاتفاقية في فصلها الثاني عشر على أنه لا يحق بأي وجه من الوجوه أسر الأطفال الذين لا يتجاوزون عشر سنوات ، وهي الاتفاقية التي أشار إليها القنصل الفرنسي في تلك الفترة (CHENNIER) ونوه بمضامينها ، وكذا الشأن بالنسبة للقنصل الدنماركي هوست (HOST) ... وأخيرا نذكر بالاتفاقية التاريخية التي وقعها وزير الخارجية في حكومة السلطان مولاي سليمان بمدينة مكناس في سنة 1213 هـ 1799 م ، السيد محمد بن عبد عثمان ، مع المملكة الإسبانية في عهد الملك كارلوس الرابع ، والتي أقرت في فصلها الثالث حماية خاصة للمرأة و الأطفال دون سن الثانية عشر عاما والمسنين البالغين أكثر من ستين سنة لأن هؤلاء - على حد تعبير الاتفاقية - لا تحصل منهم مضرة ويتعين تسريحهم فوراً ليتوجهوا إلى موطنهم الأم

وقد استمر المغرب وفيما لنهجه القويم بشأن إقرار حماية فعلية للطفولة ، فبادر للمصادقة على أغلب الاتفاقيات الثنائية والجماعية ، ومنها على الخصوص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقر في الفقرة 2 من المادة 25 منه :

" 2- للأومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين ، ينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء أكانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعي أم بطريقة غير شرعية ... " ... ثم الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان (طهران - ديسمبر 1989) الذي أكد بصفة صريحة في المادة 7 منه : " أ- لكل طفل منذ ولادته حق على الأبوين والمجتمع والدولة في الحضانة والتربية والرعاية المادية والعلمية والأدبية ، كما تجب حماية الجنين والأم وإعطؤهما عناية خاصة ... ب- للأباء ومن بحكمهم ، الحق في اختيار نوع التربية التي يريدون لأولادهم ، مع وجوب مراعاة مصلحتهم ومستقبلهم في ضوء ، القيم الأخلاقية والأحكام الشرعية ... ج - للأبوين على الأبناء حقوقهما وللأقارب حق على ذويهم وفقا لأحكام الشريعة...".

وقد توج المغرب هذه المجهودات بالمصادقة بتاريخ 1993 على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل المنعقدة ببينا ، وهي الاتفاقية التي تعترف لكل طفل بالحق في النماء الجسماني والعقلي والاجتماعي و في التعبير بكل حرية عن آرائه وفي المشاركة في القرارات التي تؤثر على مستقبله وذلك بدون أي تمييز لا على المستوى الجنسي ولا على المستوى الاقتصادي والاجتماعي أو العنصري ... وإلى ذلك يقول المغفور له الحسن الثاني قدس الله روحه ، منوها بهذه الاتفاقية ومبرزاً دور المغرب في توفير حماية نموذجية للأطفال (الخطاب الملكي المؤرخ في 25 ماي 1994 م) :

" ... وإذا كانت حضارة الأمم والشعوب تقاس بمبلغ عنايتها واهتمامها بأطفالها ، فإن المغرب والحمد لله يمكن اعتباره في زمرة الدول المتقدمة ، فقد كان المغرب في طليعة الدول التي استجابت بحماس لمتطلبات التعليم العصري (...) وما إن ولانا الله أمر هذه الأمة حتى سارعنا إلى ترسيخ مبدأ تعميم التعليم وإلزامه ، وجعلناه على رأس أولوياتنا ، وما فتئ المغرب يأخذ بكل ما ثبت ، نفعه من التجارب العقلية في البلاد المتقدمة من نظم حديثة في

ميدان التربية والتعليم وما تصديقه على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل في شهر يونيو 1998 بفيينا ... "

وفي نفس السياق فقد انعقد المؤتمر الوطني حول حقوق الطفل بالدار البيضاء في ماي 1994 ، لتفعيل مقتضيات هذه الاتفاقية ودراسة المعطيات الأولية في طريق تنفيذها ... وقد انبثق عن ذات المؤتمر مجموعة من اللجان منها لجنة الطفل والتشريع المجتمعة في 26 ماي 1994 برئاسة ذا أحمد الخليلي التي خلصت في مناقشتها إلى مجموعة من التوصيات تهم فروع قانونية متنوعة ومنها تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية والقانون المتعلقة بالأطفال المهملين ، وهي التوصيات التي عمل قانون مدونة الأسرة على محاولة ترجمتها ميدانيا وإدراج مقتضياتها في صلب المدونة ، فأقر حقوقا جديدة للأطفال على الآباء تتوزع بين الحماية البدنية والجسدية وتكريس هويتهم المستقلة والحفاظ على حقوق النسب والحضانة والعناية بالتربية الدينية وتحصيل التعليم المؤهل لولوج الحياة العملية مع تكريس حماية خاصة للطفل المعاق قصد تسهيل عملية إدماجه في المجتمع ، وجعل المسؤولية ملقاة على الدولة في اتخاذ جميع التدابير الرامية لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ، وتخويل مؤسسة النيابة العامة مهمة السهر على تنفيذ الأحكام ، وفي ذلك تنص المادة 54 من قانون مدونة الأسرة :

" ... للأطفال على أboيهم الحقوق التالية :

- 1- حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد .
 - 2- العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة ، بالنسبة للاسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية .
 - 3- النسب والحضانة والنفقة طبقا لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة .
 - 4- إرضاع الام لأولادها عند الاستطاعة .
 - 5- اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجا .
 - 6- التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل ، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي ، والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل .
 - 7- التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع ، وعلى الآباء أن يهيئوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني .
- عندما يفترق الزوجان ، تتوزع الواجبات بينهما بحسب ما هو مبين في أحكام الحضانة ، عند وفاة أحد الزوجين أو كليهما تنتقل هذه الواجبات إلى الحاضن والنائب الشرعي بحسب مسؤولية كل واحد منهما .
- يتمتع الطفل المصاب بإعاقة ، إضافة إلى الحقوق المذكورة أعلاه ، بالحق في الرعاية الخاصة بحالته ولا سيما التعليم والتأهيل المناسبين لإعاقته قصد تسهيل إدماجه في المجتمع .
- تعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتهم طبقا للقانون تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة الذكر .

← اعتبار مصلحة الطفل في الحضانة :

يعرف الفقيه المالكي ابن عرفة الحضانة بأنها حفظ الولد في مبيته ومؤنثه ولباسه ومضجعه و تنظيم جسمه ، وتعرف المادة 163 من قانون مدونة الأسرة الحضانة بأنها : " ... حفظ الولد مما قد يضره ، والقيام بتربيته ومصالحه ، على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ، والقيام بمصالحه في حالة غيبة النائب الشرعي ، وفي حالة الضرورة إذا خيف ضياع مصالح المحضون ... "

وتجد الحاضنة تأصيلها الشرعي مما رواه ابن عمر ، من أن امرأة جاءت إلى النبي (ص) وقالت، يا رسول الله هذا ابني ، كان بطني له وعاء وحجري له دواء وتدي له سقاء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني ، فقال عليه السلام : " أنت أحق به ما لم تتزوجي ... " وروي أيضا أن عمر بن الخطاب كان قد أوقع الطلاق على زوجته الأنصارية وكان له منها ولدا يدعى عاصما ، فرآه في الطريق وأخذه ، فذهبت جدته من أمه وراءه وتنازعا بين يدي خليفة المسلمين ، أبو بكر الصديق ، فنصرها عليه، قائلا : " ... ربحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك ... "

وقد أتت مدونة الأسرة بمقتضيات جديدة جديرة بالانتباه ، وتصب جميعها في خدمة مصلحة الطفل في الحضانة ، كما يتضح ذلك من خلال المستجدات التالية :

- تخويل الحضانة للأم ثم للأب ، فأم الأم ، ومتى تعذر ذلك ، تسند الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، بناء على حكم للمحكمة ، التي لها أن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون ، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية بموازاة توفير سكن لائق للمحضون وجعله من واجبات النفقة (المادة 171) .
- لقد كان السن المحدد للمحضون لاختيار مع من تستمر حضانتهم عليه ، هو 12 سنة للذكر و 15 سنة للإنتى ، طبقا للمادة 102 من القانون السابق ، أما في ظل قانون مدونة الأسرة الجديد فقد تم توحيد السن المذكور في 15 سنة للذكر والإنتى على حد سواء (المادة 166) وتم التنصيص صراحة على أن الحضانة تستمر لغاية بلوغ المحضون سن الرشد القانوني وهو 18 سنة .
- رفع التقييد المفروض على سقوط الحق في الحضانة في حالة زواج الحاضنة ، فأضحى زواج الحاضنة الأم طبقا للمادة 175 من مدونة الأسرة لا يسقط حضانتها متى اقترن بأحد الأحوال التالية :

 - 1- عدم بلوغ المحضون حاجز السبع سنوات ، أو خيف تعرضه لضرر مادي أو معنوي جراء فراقه لها .
 - 2- كون المحضون مصاب بعلة أو عاهة تجعل حضانتهم مستعصية على غير الأم .
 - 3- كون الرجل المزمع ارتباطها به ، محرما أو نائبا شرعيا للمحضون .
 - 4- كون الأم الحاضنة نائبا شرعيا للمحضون .

هذا وتجدر الملاحظة هنا ، أن زواج الحاضنة يعفي الأب من تكاليف سكن المحضون وأجرة الحضانة ، وتبقى نفقة المحضون واجبة على الأب .

- منح كل من له مصلحة ، أهلية إخطار مؤسسة النيابة العامة بكل الأضرار التي يتعرض لها المحضون ، لمباشرة دورها في المحافظة على حقوقه ، بما فيها المطالبة بإسقاط الحضانة .
- تقييد إسقاط الحضانة لانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب ، بوجود موجبات معتبرة واقعا ، تستقل المحكمة بصلاحيته تقديرها ، أخذاً في

- ذلك بعين الاعتبار مصلحة المحضون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي والمسافة التي تفصل المحضون عن نائبه الشرعي (المادة 178) .
- إمكانية إصدار حكم قضائي ، يحول دون سفر المحضون خارج التراب الوطني دون موافقة نائبه الشرعي ، ويصد الحكم المذكور بناء على طلب من السيد وكيل الملك ، أو النائب الشرعي للمحضون، ويمكن أن يضمن في قرار إسناد الحضانة أو في قرار لاحق وتتولى النيابة العامة تبليغ الجهات المختصة – ولا سيما تلك المكلفة بمراقبة الحدود الوطنية – قرار المنع . وفي حالة رفض الموافقة على السفر بالمحضون خارج المملكة ، يمكن اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار إذن بذلك ، ولا يستجاب لهذا الطلب ، إلا بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر ومن عودة المحضون إلى المغرب .
 - تنظيم زيارة الحاضن لفائدة الطرف الآخر ، وحمل ذلك تحت إشراف المؤسسة القضائية ، حيث يمكن للأبوين باتفاق بينهما تنظيم هذه الزيارة ، وتبليغ فحوى ذات الاتفاق إلى المحكمة بسجل مضمون في مقرر إسناد الحضانة وفي حالة غياب هذا الاتفاق ، تحدد المحكمة في قرار إسناد الحضانة فترات الزيارة وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر الإمكان التحايل في التنفيذ ، مع فتح المجال دائما لمراجعة أطوار مقرر تنظيم الزيارة المقرر اتفاقا أو بالمقرر القضائي بإسناد الحضانة .

بيد أننا نعتقد جازمين أن أبرز تعديل هم الحضانة في مدونة الأسرة ، يبقى دون شك حل الإشكالية الكلاسيكية العويصة التي عمرت طويلا على ساحة المشهد القضائي بالمغرب ، والتي ظل التضارب في الرأي والرأي المضاد أهم سماتها البارزة ، وأقصد بذلك إشكالية سكنى المطلقة الحاضرة بعد انتهاء العدة ، فما هو مضمون هذه الإشكالية ... ؟ وما هي تداعياتها الميدانية على الواقع العملي ... ؟ وكيف واجهت مدونة الأسرة هاته المعضلة الاجتماعية ... !؟

◀ إشكالية سكنى المطلقة الحاضرة في قانون مدونة الأسرة :

لقد كانت هذه الإشكالية مجالا خصبا لمجموعة من الرؤى الفقهية والقضائية المتضاربة بين تيار كلاسيكي محافظ مناهض لأحقية المطلقة في ائتمار سكن الحضانة ، وتيار تجديدي مرن يؤيد أحقية المطلقة في هذه الحالة ... فبالنسبة للتيار الأول كان يستمد شرعية منظوره من مبدأ عنصر الحياد واحترام نصية المقتضيات التشريعية ، ذلك أن النفقة التي يستقل قضاة الموضوع بتقديرها لفائدة المطلقة ومحضونها تعتبر شاملة لسكن هذه الأخيرة ، وسنده في موقفه هذا كون المفهوم التشريعي العام للنفقة – حسب التشريع السابق – يشمل السكن والكسوة والتمريض والمؤونة ن فلا مسوغ والحالة هذه ، الحكم للحاضرة بالحق أكثر من مرة ، وإلا اعتبر ذلك خروجا عن مبدأ الحياد وإثراء لفائدة الأغيار بدون سبب ويبدو أن هذا الاتجاه حظي أحيانا برضى بعض الاتجاهات القضائية ، كما هو الشأن بالنسبة لقرار المجلس الأعلى بتاريخ 19 دجنبر 1991 والذي جاء فيه : " ... حيث إن القرار المستأنف عندما قضى بإلغاء الدعوى على الحالة ، استند في ذلك إلى الفصل 103 من مدونة الأحوال الشخصية ، وحيث إن الأمر بتحديد الالتزامات المترتبة عن الطلاق عدد 81-110 الصادر بتاريخ 1981/11/14 يتضمن التصييص على تعيين محل سكنى المستأنف عليها خلال العدة ببيت الزوجية ، وحيث إنه لا يتضمن بقائها في المنزل إلى حين سقوط الحضانة عنها شرعا ... " وفي نفس الاتجاه أكدت محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها المؤرخ في 18 مارس 1991 : " ... صفة الحاضرة لا تبرر وجودها بالمحل مادام المحل لم يسلم للأولاد القاصرين

كمقر لسكانهم (...). بعد انتهاء مدة العدة تصبح الحاضنة محتلة للمحل دون سند ولا قانون ... " وأخيرا فإن هذا الموقف تبنته بعض المحاكم الدنيا ، واستقرت على الأخذ بمنطوقه كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بعين السبع - الحي المحمدي - عدد 813 بتاريخ 12 أبريل 2000 : " ... إذا كانت (الحاضنة) تستحق بعض الحقوق الأخرى كواجب الحضانة أو طلب الزيادة في مبلغ النفقة ، فإن ذلك مضمون حسب القانون وخاصة الفصول 103 و 120 (...) ولها الحق بالمطالبة بها قضاء ، وبالتالي فإن ذلك لا يبرر بقائها في ملك المطلق ... " .

أما الاتجاه التجديدي المعاصر فلم يكن لينكر على المطلقة الحاضنة أحقيتها في اعتماد السكنى ، وسنده في ذلك أن قانون الأسرة كقانون خاص يفترض فيه أعمال طابع المرونة في تأويل مقتضياته في حال غموضها أو التردد في تطبيقها على نزاع معين ، ومحاولة إيجاد أرضية توافقية بين مختلف المقتضيات القانونية والحاجيات المتجددة للمجتمع مما يجعل هذه الأخيرة - أي السلطة القضائية - تقترب في مهامها من الوظيفة التشريعية ، دون أن تتطاول على صلاحيتها ، فالمفهوم المتطور والمتجدد لتأويل النصوص القانونية يستمد شرعيته من كون المعنى القانوني للنص أو المبدأ لا يتسم بالجمود ، بل يتطور ليستجيب ليس فقط لحاجيات النزاع المعروف على أنظار القضاء ، بل وأيضا للإطار الاجتماعي والفلسفي المتحرك الذي يطبع كل مجتمع . ويستند هذا الاتجاه في تدعيم مصداقية منظوره على علل وحجج كانت تستمد شرعيتها في معظمها من الواقع الاجتماعي ويمكن إجمالها فيما يلي :

- أولا : إن قضايا الأسرة والأحوال الشخصية بوجه عام تتسم بطابعها الخاص الذي يميزها عن باقي التقنيات التشريعية الأخرى إذ يفترض اعتماد طابع المرونة والواقعية في التعامل مع حالاتها ... ذلك أنه إذا كان قانون الأسرة يستوجب ضمان التوزيع الدقيق والمنصف للالتزامات الاقتصادية بين الزوجين بعد الطلاق ، حماية لمصالحهما المادية والمعنوية ، وكذا لمصالح المحضونين الذين يتأثرون أكثر من نتائج ولا يتمتعون بتمثيل مستقل لمصالحهم ... فإنه يفرض في سياق موازي تجاوز الرؤية الجامدة للقانون ، كمؤسسة تهيم على باقي المؤسسات الاجتماعية ، بل يتعين اعتبارها كسائر المؤسسات ، لتخضع بالتالي لتأثير الحاجيات المستحدثة والقيم المتطورة والمتجددة للمجتمع .
- ثانيا : تزايد الحاجة إلى أعمال تقنية الإثارة التلقائية لمناهج من العلوم الاجتماعية ومعطياتها ، كمرجعية لدراسة وحل النزاعات القضائية القائمة بصدد القضايا الأسرية ، والتي يتمتع خلالها القضاء بسلطة تقديرية واسعة ، ويتسم تقدير وسائل الإثبات فيها بوفرة الأحكام القيمة المحيطة بها ، وهو الأمر الذي يتيح للقاضي إمكانية التدخل - ولو بشكل غير مباشر - في صياغة القاعدة القانونية وإعمال مفعولها داخل مؤسسة إنسانية ، أصبحت أكثر تعقيدا أمام تزايد مظاهر التداخل المعقد للقواعد ولللاقات بين الأشخاص ، مما يتعين معه الاعتراف بأهمية المعطى الاجتماعي داخل الحياة الأسرية كمرتكز أساسي في سبيل حسم النزاعات القضائية في مادة الأحوال الشخصية ، وقد ورد في الأمر الاستعجالي الصادر عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية بالقنيطرة عدد 146 بتاريخ 19 ماي 1984 :

" ... وحيث إنه في الحكم بالإفراغ جلب البلاء للمحضون والتشويش عليه وزعزعة استقراره بصفة نهائية ، وفي بقائه بمحل والده - وإن حرم من عطف الأب المستمر وتواجده معه - نوع من الطمأنينة ووسيلة للتخفيف من سلبات الطلاق ، وبالتالي فإن حمايته حماية لمن يرعاه ... "

- ثالثا : لقد أثبت الواقع العملي أن النفقة التي يقضى بها عادة لفائدة المطلقة ومحضونها لا تستجيب تماما لحاجيات الحياة اليومية ، فبالأحرى مستلزمات السكن خاصة أمام تراجع مؤشر المستوى المعيشي وارتفاع نسبة معدل الاستهلاك اليومي وتراجع فرص التشغيل ، هذا مع العلم أن الدراسات الإحصائية الحديثة لمديرية الإحصاء بوزارة الإسكان تشير إلى أن الأسر التي تعيلها المرأة قد ارتفع عددها خلال العقود الثلاثة الأخيرة من 10% إلى 20% ، وهي تقارب حاليا 30% من مجموع الأسر المغربية منها 28% تعيلها نساء مطلقات ، وتضيف الدراسة أن النساء اللواتي يعلن أسرهن يعانين من عدة مشاكل كغياب ضمان اجتماعي ومحدودية سوق الشغل المفتوح في وجه العنصر النسائي ، هذا بغض النظر عن كون مساهمة المرأة المغربية في النشاط الاقتصادي ارتفعت بوثيرة ملحوظة 28,3% سنة 1971 إلى 32,5% سنة 1986 .

وثمة مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية التي أيدت أحقية المطلقة الحاضنة في اعتماد سكني الحضانة ولو بعد انتهاء العدة الشرعية ، كما هو الشأن بالنسبة لقرار المجلس الأعلى عدد 539 بتاريخ 23 يوليوز 1984 الذي جاء فيه :

" ... طبقا لمقتضيات الفصل 127 من مدونة الأحوال الشخصية ، فإن السكنى هي من مشمولات نفقة الأولاد وحق من حقوقهم وأن الحاضنة ما دامت ملتصقة محضونها ، فهي تسكن معهما بصفتهما هاتهما ، ولا حق لها في التنازل عن حقوق محضونها ، ولهذا فإن المحكمة عندما اعتبرت موافقة الطاعنة على تحديد النفقة والتزامها بالإفراغ ، يفقدها حقها في السكن مع أولادها ، وحكم بإفراغها تكون قد خالفت الفصل 127 المذكور ، وعرضت قرارها للنقض ... "

ويبدو أن الاجتهاد القضائي المغربي حاول من خلال هذا القرار مساندة الاجتهادات القضائية المقارنة – ولا سيما العربية منها – كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر عن محكمة التمييز العراقية بتاريخ 6 ماي 1980 رقم 79 والذي جاء فيه :

" ... لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز بالنسبة للميزة المدعى بها (ع) غير صحيح ذلك لأنها دفعت دعوى المدعى المميز عليه في جلسة المرافعة المؤرخة في 1979/5/9 بأن لها من المدعى سبعة أولاد وثلاث بنات أغلبهم قاصرون ، وطلاب في المدارس ، وهي تشغل الدار باعتبارها والدتهم وحاضنة لهم لذا كان على المحكمة أن تتحقق من دفعها هذا وتحكم برد الدعوى عند ثبوته ، لأن إشغال المدعى عليها للدار بصفتها حاضنة لأولادها القاصرين من المدعى يكون له سبب مشروع ، وهو لا ينتهي إلا بزوال حضانتها عنهم بحكم صادر عن محكمة شرعية مكتسبة الدرجة القطعية يقضي باسترداد حضانتهم منها فعدم التفات المحكمة إلى ذلك أخل بصحة حكمها المميز ، لذا قرر نقضه وإعادة أوراق الدعوة إلى محكمتها للنظر فيها على الوجه المذكور على أن يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 1980/5/6 ... "

ويمكن القول أن مظاهر هذا التباين والاختلاف في إقرار تصور موحد بصدد هذا الإشكال إنما كان يرجع في حقيقته إلى إغفال مدونة الأحوال الشخصية السابقة التطرق لهذا الموضوع والحسم فيه بمقتضى نص تشريعي صريح ، على غرار بعض التشريعات المقارنة

رغم الأهمية التي يكتسبها ولا سيما في ظل الأوضاع الراهنة المتسمة بارتفاع الأصوات المطالبة بتعزيز الترسانة الحقوقية للعنصر النسوي .

فالمشرع المصري كنموذج أقر مقارنة نموذجية لهذه الإشكالية من خلال المادة 118 (مكرر ثلاث مرات) من قانون رقم 100 سنة 1983 فنص على أنه :

"... على الزوج المطلق أن يهيء لصغاره من مطلقته ، ولحاظنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة ، استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر طيلة مدة الحضانة .

وإذا كان مسكن الزوجية غير مؤجر كان من حق الزوج المطلق أن يستقل به إذا هيا لهم المسكن المستقل المناسب بعد انقضاء مدة العدة .

ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بعش الزوجية وبين أن يدر لها أجر مسكن مناسب للمحزونين ولها ... "

أما المشرع التونسي فقد نص من خلال المادة 56 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه : "... مصاريف شؤون المحزون تقام من ماله ، إن كان له مال ، وإلا فمن مال ابنه ، وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحزون ..."

أما الفصل 52 من قانون الأسرة الجزائري فهو ينص :
"... إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق ، حكم للمطقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ، وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي ، يقبل إيواها يضمن حقها في السكن مع محزونيتها حسب وسع الزوج ... "

غير أن العمل القضائي المناصر لحق المرأة المطلقة الحاضنة - على قلبه - في اعتماد سكنى الحضانة ولو بعد انتهاء عدتها ، لم يكن كافيا لحسم هذه الإشكالية ، وخاصة متى أخذنا بعين الاعتبار وجود أحكاما قضائية أخرى كانت تسير في تيار معاكس لمنحى هذا الاتجاه ، لذا فلم يكن ثمة من مناص لتدخل تشريعي صريح لحسم هذا الإشكال وهو ما تنبّهت له مدونة الأسرة الجديدة التي أقرت من خلال المادة 168 منها ، أنه :

"... تعتبر تكاليف سكنى المحزون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما .

- يجب على الأب أن يهيء لأولاده محلا لسكناهم ، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه مراعية في ذلك أحكام المادة 191 بعده .

- لا يفرغ المحزون من بيت الزوجية ، إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحزون على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه ... "

ومقتضى هذا الفصل يحيلنا على مجموعة من الملاحظات :

أولاً : إقرار استقلالية واضحة بين مصاريف سكنى المحضون وبين أجره النفقة والحضانة وغيرها من التكاليف الأخرى.

ثانياً : في حالة عدم تملك الأب لأي مسكن ، تعين عليه وجوباً أن يهيئ لهم سكن يتناسب ووضعيتهم ، وإلا فإنه ملزم بسداد المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه ، وتحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم في هذا الشق بما فيها اقتطاع مصاريفه من منبع الريع أو الأجر الذي يتقاضاه ، وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار هذا النوع من الأداءات.

ثالثاً : متى وجد بيت الزوجية ، فإن المحضون يظل شاغراً له ، ولا يتحلل من هذا الحق ، إلا بعد تنفيذ الأب للحكم بسكنى المحضون .

رابعاً : تخويل مؤسسة القضاء أهلية تحديد بحكمها جميع الإجراءات التي تراها مناسبة لضمان استمرارية تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه .

خامساً : للمحكمة وطبقاً للمادة 172 من نص مدونة قانون الأسرة ، أن يستعين بمساعدة اجتماعية في إنجاز تقرير عن سكن الحاضن ، وما يوفره للمحضون من الحاجات الضرورية المادية والمعنوية .

سابعاً : إقرار آليات جديدة لحماية حق الطفل في النسب في حالة غياب ميثاق الزوجية

كثيرة هي المفارقات السلبية التي كانت تقترن ببعض السلوكات الاجتماعية السائدة داخل المنظومة الاجتماعية المحلية إما للجهل بالمقتضيات القانونية الجاري بها العمل ولا سيما ما يتصل بها بالميدان الشرعي ، وإما لتصرفات تلقائية صادرة عن أطرافها مع العلم بأثارها المسبقة ... ومما يسهم في خطورة هذا الوضع كون الآثار الناجمة عنه ، لا تقتصر على الأطراف المساهمين في اختلاقها ، بل كانت تمتد سلبياتها المستقبلية لتشمل بانعكاساتها فئة حساسة من أفراد التركيبة المجتمعية ... إنها فئة الطفولة بما تختزله كمفهوم من براءة تستوجب رعاية استثنائية ومتميزة عوض أن تكون ضحية لواقع تراجمي ستتحمل تبعاته طيلة أطوار حياتها دون أن يكون لها أي دخل في تشكيله ... ولعل ما كرس مأساوية هذا الواقع و زاد من تعقده ، وجود نصوص قانونية جامدة ومتجاوزة ، لا تساعد على رأب الصدع القائم في شرح العلاقات الاجتماعية جراء هذا الوضع السلبي ، ولا تترك بالمقابل أية فرصة لتجاوز انعكاساتها المتردية ... بل على النقيض من ذلك فقد كانت تساهم وبامتياز في تكريسها رغم أننا نلتمس العذر أحيانا للطابع المتشدد لهذه المقتضيات الشرعية والتي كانت غايتها الأساسية الحيلولة دون اختلاط النسل والمحافظة عليه ، فالمولود المزداد خارج مدة الحمل الشرعية (سنة أشهر من تاريخ العقد مع إمكان الاتصال سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً ، أو سنة من تاريخ الفراق) كان يعتبر ابن زنا ولو أقر أبواه بينوته الشرعية -، وحالة الاستثناء كوسيلة لإثبات الزوجية ، تم تضيق الخناق على إمكانية سلوكها ، وما كان يستجاب لها إلا نادراً وبشروط متعصية إن لم نقل معقدة ... والحمل الظاهر بالمخطوبة بعد حصول الإيجاب والقبول لا ينسب للخاطب ولو حال ظروف القاهرة دون توثيق عقد الزواج ولو أيضاً أقر الخطيبان أن الحمل منهما ... والخبرة الطبية بغض النظر عن أهميتها كوسيلة للإثبات في

مجال النسب ، كانت مستبعدة من دائرة الحجج الشرعية سواء تعلق الأمر بإثبات النسب أو نفيه ، في حين أن بعض التقنيات التقليدية التي تقادمت في تاريخها كما في مفعولها لا زالت سيدة الميدان في هذا الباب ، وأخص بالذكر القيافة كنموذج ...
وما من شك أن وضعاً من هذا القبيل ، وبهذه الدرجة من الحدة ، ما كان ليفرز إلا نتائج وآثار وخيمة من نفس المستوى ... فتفتشت ظاهرة الانحلال الخلقي مع ما استتبع ذلك من ظواهر اجتماعية خطيرة تجد ترجمتها بالأساس في ارتفاع نسبة حالات الولادات غير الشرعية ، وشيوع ظاهرة الأطفال المهملين أو المتخلي عنهم إلى غير ذلك من الظواهر الأخرى ... ولمواجهة هذا الوضع ، فقد تدخلت مدونة الأسرة لحماية حق الطفل في النسب في حالة عدم توثيق عقد الزوجية لأسباب قاهرة باعتماد المحكمة البيئات المقدمة في شأن إثبات البنية ، مع فتح مدة زمنية محددة في خمس سنوات لحل القضايا العالقة في هذا الصدد ، في سبيل حماية حقوق الطفل ورفعاً للمعاناة والحرمان عنهم وفي ذلك تنص المادة 16 من المدونة:

" ... تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج .

إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته ، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة .

تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية ، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين ، يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ ... "

و من خلال هذا النص نستنتج مجموعة من الملاحظات :

- 1- اعتبار الأصل في إثبات الزواج محددًا في وثيقة عقده .
- 2- يمكن إثبات الزواج بصفة استثنائية في حالات خاصة متى حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في حينه ... والاستثناء هو حالة موضوعية حالت بوقوعها المفروض دون توثيق عقد الزواج أمام العدلين المنتصين للإشهاد ، فيقوم الزواج معتبرا قانونا وواقعا متى استحال اللجوء إلى الإشهاد العدلي ... ومن باب الاحتياط للمصلحة وسد ذرائع الانحراف والفساد ، فقد توسع القضاء المغربي سابقا في مفهومها ، كما هو الشأن بالنسبة لقرار المجلس الأعلى عدد 111 بتاريخ 5 ماي 1975 الذي جاء فيه :

" ... إن الإشادة بالزواج وشهرته تكفي ، وأن مرد ذلك إلى العادة التي استحكمت في نفوس المغاربة سواء من بقي بالبادية أو من نزح إلى الحاضرة ، وأن المشرع المغربي عندما أجاز سماع البينة اعتبر ما استحكم في نفوس المغاربة ، واعتبر الحفاظ على الأسرة من التصدع ... " وفي قرار موازي أقر المجلس الأعلى عدد 29 بتاريخ 23 يناير 1975 :
" ... سبب عدم توفر المتداعين على عقد نكاح يرجع إلى العادة التي ورثها الأفراد واستحكمت في نفوسهم مما يجعل البينة هي الوسيلة الكفيلة بحل المشكل ... "

وفي قرار ثالث أقر المجلس الأعلى في قراره عدد 153 بتاريخ 30 يونيو 1975 ، أنه :
" ... إن إثبات الزواج بالبينة الشرعية يعتبر مصلحة كبيرة للهيئة الاجتماعية ... " وأخيرا فقد ورد عن المجلس الأعلى في قراره عدد 228 المؤرخ في 21 ماي 1975 ، قوله

: " ... إن المشرع لم يحصر حالة الاستثناء في وجود العدول في منطقة دون أخرى ، بل ترك الباب مفتوحاً أمام المتنازعين في إثبات الزوجية ... " .

3- إقرار مجموعة من التدابير العملية ، التي يتعين على المحكمة أن تأخذ بها وهي بصدد النظر في دعوى الزوجية ، كوجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية ، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين ... وهذا ما يكرس الطابع الاجتماعي لحالة الاستثناء .

4- تقييد مجال سماع دعوى الزوجية في خمس سنوات كفترة انتقالية ، منعاً لأي تحايل وتلاعب ، يخرج بحالة الاستثناء على الغاية التي شرعت من أجلها .

ومن المستجدات الموازية التي جاءت بها مدونة الأسرة ، نجد ترتيب نسب الحمل في فترة الخطبة على أساس الشبهة ... فكما هو معلوم فإن خلو الخاطب بمخطوبته وإتيانها كإتيان الزوج لزوجته ، كان يعتبر في ظل المقننات الشرعية ضرباً من ضروب الزنى ولا يترتب عنه نوع من أنواع البنوة الشرعية وهو الأمر الذي أقره القضاء المغربي في أكثر من مناسبة ، كما هو الشأن بالنسبة لقرار المجلس الأعلى بتاريخ 30 مارس 1983 الذي جاء فيه : " ... لما ثبت لقضاة الموضوع أن نكاح المدعى عليه للمدعية ، كان بعد وضع حملها المزداد منه البنت " نادية " فإن هاته البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه ، ولو أقر ببنتها ، وكانت من مائه لأنها بنت زنى ، وابن الزنى لا يصح الإقرار ببنته ولا استلحاقه لقول الشيخ خليل ، إنما يستلحق الابن مجهول النسب . قال العلامة الزرقاني لا مقطوعه كولد الزنى ، لأن المشرع قطع نسبه وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 92 من مدونة الأحوال الشخصية ... وحيث إن اتفاق المدعية والمدعى عليه على ازدياد هذه البنت بعد عقد النكاح بينهما ، نحو شهر على فرض صحته وموافقته للواقع ، فإن هاته البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه حسبما نص عليه الفصل 85 من مدونة الأحوال الشخصية وهو الواجب التطبيق على النازلة مع قواعد الفقه الإسلامي لا قانون الالتزامات والعقود ... "

وفي محاولة لإقرار حماية فعلية لحقوق الطفل في مثل هذه الأحوال ، فقد أقرت مدونة الأسرة آلية جديدة تؤهل ترتيب نسب الحمل في فترة الخطبة على أساس الشبهة متى تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة ، غير أن ذلك يبقى رهيناً بتوافر مجموعة من الشروط الشرعية وهي على التوالي :

- قيام الدليل على وقوع الحمل أثناء الخطبة .
- صدور إقرار من الخطيبين بوقوع الحمل منهما ، وفي حالة ما إذا أنكر الخاطب نسبة الحمل منه ، أمكن للمحكمة اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب .

وتتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن .

ونشير ختاماً أن قانون مدونة الأسرة جاء بأحكام جديدة لتنظيم النسب شرعاً منها على الخصوص :

- العمل على توسيع دائرة وسائل إثبات النسب ، مع فتح المجال للخبرة الطبية كوسيلة للإثبات .
- تنظيم جديد لأحكام الإقرار ، أو الاستلحاق (المادة 106) .
- تنظيم إقرار الأم للبنوة لها (المادة 147) .
- إعادة صياغة أسباب لحقوق النسب وجعلها محددة في الفراش والإقرار والشبهة (المادة 152) .

ثامنا : الجديد فى تنظيم الوصية فى ظل قانون مدونة الأسرة

الوصية فى قاموس فقهاء الشرع هى تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على وجه التبرع, وهى أيضا إسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته... وهى مقررة على سبيل التبرع الإرادى الذى يقصد به وجهه تعالى وطمعا فى رحمته عز وجل, وقد ورد ذكرها فى الذكر الحكيم فى أكثر من مناسبة, فقد قال تعالى: "...من بعد وصية يوصى بها أو دين..." وقال عز وجل: "... من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله..." وقال: " يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية إثنان ذو عدل منكم وآخران من غيركم... وفى السنة النبوية الشريفة ورد قوله عليه السلام: " إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم...".

وعلى ضوء ماسبق يمكن القول أن الوصية هى تصرف شخصى وعمل إرادى على سبيل التبرع مضاف إلى ما بعد الموت, ينقل بموجبه الموصى أو يرتب حقا ماليا فى أمواله المنقولة أو الثابتة المستحقة بموجب التركة إلى الموصى له...

وقد عرف المشرع المصرى الوصية فى المادة 1 من قانون الوصية قائلا بأنها: تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت, أما قانون مدونة الأسرة المغربى فقد عرف الوصية بشكل مختصر وجامع, ناعتا إياها فى المادة 277 بأنها: "...عقد يوجب حقا فى ثلث مال عاقده يلزم بموته..." ويشترط فى صحة هذا العقد, خلوه من التناقض والتخليط مع سلامة مما حظر شرعا.

وباستقرائنا لجديد التنظيم التشريعى للوصية فى خضم المقتضيات المستجدة التى أقرها, قانون مدونة الأسرة, سنلاحظ تغييرا ملحوظا لا على مستوى البنية الهيكلية لصياغة بعض النصوص... بل حتى على مستوى إقرار مقتضيات جديدة لم يكن متعارف عليها فى القانون السابق... وهذا ما سنتعرف عليه من خلال المستعرض الآتى :

(1) تخويل الحفيدة والحفيد من جهة الأم, على غرار الإبن, حقهم فى حصتهم من تركة جدتهم عملا بالإجتهد والعدل فى الوصية الواجبة.

(2) اشتراط الرشد فى الوصي طبقا للمادة 279 بدل التمييز الذى كان مقررا فى القانون السابق, والواقع أن هذا التعديل له ما يبرره ذلك أن المميز يكون بمقدوراته الفكرية المحدودة وتجربته المتواضعة فى الحياة, غير أهل لمباشرة تبرع غير عوضى على مستوى من الأهمية على غرار الوصية, وإن كان القصد فى ذلك الأجر والثواب...

(3) إلغاء حكم المناصفة فى اقتسام محل الوصية المعمول به فى قانون الأحوال الشخصية الملغى, ذلك أنه وطبقا للمادة 203 من القانون السابق فإن من أوصى بشيء معين

لشخص محدد، ثم أوصى به لآخر قسم بينهما... أما في ظل قانون مدونة الأسرة، فإن إلغاء الوصية الأولى هو المأل الذي ينطبق على مثل هذه الحالة طبقاً لمقتضيات المادة 306 من المدونة، التي تنص على أنه: "... من أوصى بشيء معين لشخص ثم أوصى به لآخر اعتبرت الوصية الثانية إلغاء للوصية الأولى..."

ويفيذ هذا المقتضى التشريعي الجديد أن المشرع عمد إلى إقرار مبدأ الرجوع الضمني عن الوصية، واعتبر أن الإيضاء بنفس المحل لموصى به آخر بعد توافر الشروط القانونية يعد تراجعاً عن الوصية الأولى.

4) توجيه وتقنين صرف الوصية الموصى بها دون تحديد جهة معينة، وجعلها تحت تصرف مؤسسة أو شخص معنوي يتولى صرفها في وجوه الخير مع اعتبار الشخص والأهلية للتصرف في محل الوصية، وهذا لم يكن مقرراً في القانون السابق، وهكذا أصبحت المادة 308 من مدونة الأسرة تقضي بأنه: "... من أوصى الله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة معينة، صرفت وصيته في وجوه الخير، ويمكن أن تتولى الصرف مؤسسة متخصصة في ذلك قدر الإمكان".

5) الإستغناء عن عبارة " الغلة " المنصوص عليها في المادة 201 من المدونة السابقة، وتعويضها بعبارة " المنفعة " وذلك في خضم تجديد قالب اللغوي التي صيغت به نصوص قانون مدونة الأسرة.

6) تأكيد أحقية الموصي في الرجوع عن وصيته، دون الإشارة إلى عبارة صراحة أو دلالة " التي كان معمولاً بها في القانون السابق ".

7) جعل جميع الجهات الرسمية المكلفة بالثوثيق، مؤهلة للاشهاد بوجود الوصية طبقاً للمادة 296 من مدونة الأسرة الذي ينص على أنه: "... يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها إشهاد عدلي أو إشهاد أية جهة رسمية مكلفة بالثوثيق أو يحررها الموصي بخط يده مع إمضائه..." وهذا المقتضى لم يكن معمولاً به في القانون السابق حيث كان الفصل 192 منه يقتصر فقط في اشتراط صحة الوصية مجرد أن يصدر بها إشهاد عدلي أو يعقدها الموصي بنفسه ويذيلها بتوقيعه.

8) تعديل شكل الوصية من حيث إثباتها بشهادة الشهود، حيث تم الإقرار من خلال المادة 296 من المدونة الجديدة، أن تؤدي هذه الشهادة يوم التمكن من أدائها أمام القاضي، الذي يصدر الإذن بثوثيقها، ويخطر الورثة فوراً بمضمون الشهادة وآثارها، مع فتح المجال أمام الموصي لتوجيه نسخة من وصيته أو تراجعها عنها للقاضي قصد فتح ملف خاص بها، وبالمقابل تم الاستغناء عن مقتضى الفصل 194 من المدونة السابقة الذي كان، يوجب تحرير وتسجيل كل

إشهاد بوصية أو رجوع عنها ثم بعدلين, بكناش المحكمة المختصة داخل ثلاثة أيام تبتدىء من وقت تلقي الإشهاد, وحسن فعل المشرع في هذا السياق... فمن الناحية القانونية لم يكن الإخلال بهذا المقتضى الإجرائي ليرتب أية آثار على صحة الوصية من عدمها, وهذا ما أكده القضاء المغربي في أكثر من مناسبة... أما من حيث الواقع العملي, فإن إلزام أطراف الوصية بهذا الإجراء ينقل كاهل أطرافها, ويضع أمامهم عراقيل مسطرية تجد ترجمتها بالأساس في قصر مدة التلقي, رغم أهميتها على مستوى التوثيق....

تاسعا : تحديث صياغة نصوص المدونة بما يتجاوب وكرامة المرأة وإنسانيتها :

ما من شك في كون شكل وقالب الصياغة التي يتموقع خلالها النص التشريعي ، يعتبر بمثابة السياق الذي يجد فيه المضمون مدلوله ، ويصادف فيه المحتوى مبتغاه ، حيث يستوعبه كلية بمحتوياته وأبعاده ، فيظفي عليه المظهر القانوني ، الذي يتقصد مضمون القاعدة التشريعية الموجهة لعموم المخاطبين بها ، ... ولا جدال أن الصياغة التي وردت بها المقتضيات القانونية الواردة في قانون الأحوال الشخصية السابق كانت تتضمن تعابير ومواصفات تخل بمبدأ التساوي في الحقوق والواجبات بين الرجل والمرأة ... وربما كان يشفع لهذا الواقع غير المنصف ، خصوصية الظرفية الزمكانية التي شرع خلالها القانون السابق ، حيث كان المغرب لا زال حديثا بالسيادة الوطنية بعد الاستقلال ، وكان التيار المحافظ التقليدي في الميدان الشرعي ، لا زال متحكما في اقتراح وإقرار النصوص المنظمة للأحوال الشخصية وشؤون الأسرة ، سيما أن هذه الأخيرة كانت على مستوى المعرفة أو التأويل والتطبيق تكاد تكون مقتصرة على الفقهاء وممارسي القانون من الرجال المحافظين ، وظلت بالمقابل ، أغلبية النساء سواء منهن الأميات أو المتعلقات مهمشات في موضوع يهمن بالدرجة الأولى .

واعتبارا لما ذكر فإن جميع أشكال التمييز ضد النساء ، السائدة سابقا ، ولا سيما منها تلك التي تجد ترجمتها في الصياغة المعتمدة في تقنين النصوص الشرعية ، شكلت دائما موضوع انشغال عميق بالنسبة لحركة حقوق الإنسان ، علما أن المرأة المغربية كانت تعاني من ميز فعلي يزيد في تعميق الميز المكرس على مستوى صياغة نصوص مدونة الأحوال الشخصية السابق .
وحيث إن هذا الوضع التمييزي بين الرجل والمرأة ، اندثرت موجبات سريان مفعوله ولم يعد له محل في ظل التطورات المتلاحقة التي شهدتها المنتظم النسائي بالمغرب ، والتي استطاعت خلالها المرأة المغربية اقتحام جميع الميادين الحيوية والاستراتيجية .

وما كان لمدونة الأسرة بأبعادها الأسرية المتميزة وأهدافها الإيجابية ، أن تتجاوز هذا الواقع السلبي الذي يقصي دور المرأة ، ويخل بميزان المساواة بينها وبين الرجل ... وهكذا فقد تم تجاوز الصيغ الكلاسيكية التي تهتمش العنصر النسوي وتموقعه كطرف ثاني في العلاقة الزوجية ... و تم بالمقابل إقرار مقاربة ثنائية ذات بعد متوازن ، وذات بعد إيجابي ونموذجي تقوم على إقامة شراكة فعلية في تحمل أعبائهما الأسرية على قدر من المساواة ، وهكذا وعلى سبيل المثال أوضحت المادة 4 من مدونة الأسرة تعرف الزواج بأنه " ... ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين... " وبذلك تم تجاوز الصيغة التي ورد بها الفصل 1 من ق.م.ح.ش السابق الذي كان يعرف الزواج بأنه ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواد الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج ، على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدین تحمل أعبائهما في طمأنينة وسلام وود واحترام ... وكما نلاحظ فقد استبدلت عبارة " ترابط وتماسك " بعبارة " تراض وترابط " ... كما استبدلت عبارة " تحت رعاية الزوج " ... بعبارة " برعاية الزوجين " لكون النساء شقائق الرجال في الأحكام ، بما يستجيب والإرادة الملكية السامية في تكريم المرأة وإنصافها ، مصداقا لقوله عليه السلام : " لا يكرمهن إلا كريم ولا يهينهن إلا لئيم ... " ... ومن جهة أخرى فقد تم إلغاء مصطلح " أهلية النكاح " التي كانت واردة في المادة 8 من القانون السابق ، " بأهلية الزواج " حيث نص في المادة 19 من مدونة الأسرة : " ... تكمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة الثامنة عشرة سنة شمسية ، متمتعين بقوامها العقلية ... " .

وصفوة القول أن نصوص مدونة الأسرة أتت بصياغة تشريعية حديثة ومعاصرة تتجاوب مع إنسانية المرأة وتحافظ على كرامتها ...

عاشرا : تبسيط مسطرة زواج الرعايا المغاربة خارج التراب الوطني :

يعتبر هذا التعديل إلتفاتة مولوية كريمة من السدة العالية بالله ، لرعاياه الأوفياء ، حيث أقرت المادة 14 و 15 من كتاب الزواج ، مقتضيات جديدة عنوانها : اليسر وتبسيط الإجراءات المسطرية عند إبرام عقود زواج المغاربة المقيمين بالخارج حيث تم الاكتفاء بتسجيل العقد بحضور شاهدين مسلمين ، بشكل مقبول لدى موطن الإقامة ، وتوثيق الزواج بالمصالح الإدارية أو القضائية المغربية ، وفي هذا الصدد أقرت المادة 14 من مدونة الأسرة أنه يمكن للمغاربة المقيمين خارج التراب الوطني إبرام عقود الزواج مع مراعاة الإجراءات الإدارية المحلية

لموطن الإقامة ، ويتعين وجوبا إيداع نسخة من ميثاق الزوجية داخل أجل زمني لا يتعدى تسعون يوما من تاريخ إبرامه بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد ، وفي حالة غياب هذا النوع من المصالح ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية ، حيث تتولى هذه الأخيرة مهمة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين أما في الحالة التي يفترق خلالها الزوجين إلى محل ولادة بالمملكة ، فإن النسخة من عقد الزواج تحال على قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى السيد وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط .

ويمكن القول أن مدونة الأسرة من خلال هذه المقتضيات التشريعية الجديدة ، تكون قد سنت أحكاما جديدة من أجل تيسير مسطرة عقد الزواج بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج ، وذلك من خلال التنصيص على إمكانية اعتماد الإجراءات الإدارية الشكلية لدولة الإقامة كشرط تضمن لهم اعتماد عقود زواجهم عند الحاجة استثناسا بالحديث الشريف " يسروا ولا تعسروا ... " ... كما تكون المدونة بهذا التنصيص التشريعي الجديد قد سدت النقص الحاصل في القانون السابق في تنظيم مسطرة زواج رعايا المملكة بالدول الأجنبية والتي كانت تعترضها مجموعة من العراقيل المسطرية والصعوبات الموضوعية ، التي حاول المشرع سابقا تفاديها من خلال مجموعة الاتفاقيات الثنائية ، كما هو الشأن بالنسبة لاتفاقية المغرب وفرنسا بتاريخ 10 غشت 1981 ، التي صادق عليها المغرب بتاريخ 17 أكتوبر 1987 وصادقت عليها فرنسا بتاريخ 10 يونيو 1982 ونشرت بالجريدة الرسمية الفرنسية بتاريخ الفاتح من يونيو 1983 وبالجريدة الرسمية المغربية بتاريخ 17 أكتوبر 1987 ... واتفاقية " فيينا " المؤرخة في 24 أبريل 1923 التي تخول للسلطات الدبلوماسية والقنصلية أهلية تلقي عقود رعاياهم طبقا لقانونهم الشرعي الأم ... وهي مؤهلة أيضا لتلقي طبقا للقوانين والأنظمة المغربية عقود الزواج ، المتعلقة بالمغاربة في جميع الحالات التي يمكن أن يتم فيها بكيفية صحيحة تحرير هذه العقود بالمغرب على يد العدول (المادة 39 من مرسوم 29 يناير 1970 الصادر بتطبيق الظهير الشريف المؤرخ في 1960) ... وأخير ظهير 20 أكتوبر 1969 الذي يستبعد ويزيل الشرعية عن عقود زواج المغريبات المهاجرات بمغربي مسلم ، ما لم يتم أمام السلطات القنصلية .

خاتمة :

بظهور قانون الأسرة الجديد حيز التنفيذ ، تكون المملكة المغربية ، قد خطت خطوات محمودة في اتجاه عصرنه وتطوير النصوص الشرعية المنظمة لقانون الأحوال الشخصية للفرد والأسرة ، وتأهيلها ميدانيا لمواكبة التحديات الراهنة في إطار مرحلة نوعية جديدة ، سمتها الأساسية التوافق على القواسم المشتركة والهوية الإسلامية والثوابت الحضارية للأمة ... وهي سمة نجد ترجمتها المادية في الإجماع الوطني على مضمون وصياغة هذا القانون ، والتوافق الشمولي - الخالي من التحفظات المجانية - لمكونات الحقل السياسي وفعاليات المجتمع المدني على نصوصه ... وتبرهن في جانب موازي على مدى نجاعة المنظور السياسي التقليدي الذي يؤكد أن محاكاة الفاعل السياسي لواقع المخاطبين بالقاعدة القانونية يضمن إلى حد كبير نجاح و "ديناميكية " ترسانة النصوص القانونية التي يصدرها ...

وما من شك أنه إذا كان القانون الجديد مؤهلاً بنسبة كبيرة لرفع شعار التحدي والتحديث والإصلاح ، غابته في ذلك إصلاح أوضاع أسرية مهمشة وإعادة التوازن الأسري ، ونقوية تماسك النسيج العائلي الذي طالما عانى من مظاهر التفكك والتلاشي ، جراء وجود نصوص قانونية متهاكمة جامدة ومتجاوزة ، ... فإنه يتعين بموازاة ذلك التذكير بأن إعادة في النظر هيكله النصوص التشريعية الشرعية وتناولها بالإصلاح ، سواء تعلق الأمر بالتعديل الجزئي أو التغيير الجذري لا يمكن مهما بلغت دقة صياغته وجدية محتواه ، أن يؤتي أكله بالشكل المنتظر منه في غياب آليات قضائية مؤهلة ومتخصصة تكون قادرة على ترجمة تطلعاته على أرض الواقع العملي ... وأيضاً في غياب عقلية مواطنة متفتحة ومنتورة مؤهلة لاستيعاب النص بروحه وأبعاده ودلالاته ، خاصة أن إصلاح الوسط الأسري الوطني هو مسألة متشعبة ، تتداخل في تركيبها وتتفاعل مجموعة من الاعتبارات تتراوح بين ما هو مؤسسي وما هو قانوني وما هو تربوي ... فالإصلاح الشرعي كمفهوم سوسيو- قانوني ومبتغى قومي وطني ، ينطلق بالأساس من أصالة الأمة ومرجعيتها الدينية المتجددة لا الجامدة والتي تأخذ من مبدأ أعمال الاجتهاد والمرونة أساس استمراريتها وتواجدها ، سواء تعلق الأمر باجتهادات انتقائية تبحث عن حلول لمشاكل معاصرة بالعودة إلى التراث الفقهي الإسلامي ... أو اجتهادات إبداعية مستحدثة ، لا مرجع لها بالتأصيل الشرعي ، تتخذ لها كأساس مبدأ القياس ودرء المفسدة وسد الذريعة في إطار مقاربة تزوج بين مبدأ مواكبة روح العصر وبين عدم التفريط في الثوابت الإسلامية .