المرأة في القانون الأسري المغربي

بين التحرر من قيود المالكية والانفتاح على الاتفاقيات الدولية

د/كمال بلحركة ذ/سعيد العيطوني

أستاذ التعليم العالي طالب باحث صف الدكتوراه

مختبر القانون والمجتمع، كلية الحقوق جامعة ابن زهر- أكادير

مقدمة:

يعرف العالم تحولات جذرية على كافة الأصعدة وخاصة منها الاجتماعية، خاصة في ظل التحول الذي مس جانب معتبر من الفاعلين في الحياة وهن النساء، حيث لم يعد الإرث الفقهي يواكب هذه التحولات، ليس في جمود نصوصه؛ بل بجحود مفسريه فقها وقضاء، لهذا برزت تيارات متعددة تنعت التشريعات المرتبطة بالمرأة بالنكوصية، والوفاء للفكر الذكوري الذي لم يعد له ما يبرر وجوده في القران الحالي، كما أن الضغط يزداد على المشرع بمطالبته بالرقي بالنص التشريعي ليواكب المستجدات، لهذا تكمن أهمية هذا المقال في نية المشرع المغربي تعديل مدونة الأسرة بعد مرور أكثر من 15 سنة من صدورها، وهي مؤشر واضح يستشف من خلال سعي بعض الفرق البرلمانية إلى عقد أيام دراسية بهذا الخصوص، وكذا سعي بعض القطاعات الوزارية إلى عقد ندوات دولية تحث رعاية أعلى سلطة في البلاد، بل إن وزير العدل لمح أكثر من مرة على نيته فتح هذا النقاش.

نرى أن التشريع الأسري في المغرب كان شديد الارتباط بالفقه المالكي خاصة، المشهور منه وما جرى به العمل، حيث يعد المنهل الأول الذي يستمد منه القضاء تطبيقاته كلما تعذر النص القانوني على الوفاء بما تستجد به النوازل، وهو ما أشار اليه المشرع الأسري في المادة 400 من مدونة الأسرة، حينما نص على أنه كلما لم يرد نص في التشريع يرجع إلى الفقه المالكي. وهو ما يفيد مركزية هذا الفقه في التشريع الأسري والمنهج القضائي المغربي.

لذلك سنعالج إشكالية مدى التحول الفكري الذي عرفه مشرع مدونة الأسرة من خلال مواكبة المستجدات الاقتصادية والاجتماعية التي تعرفها المرأة المغربية، ورضوخه لبعض الضغط الذي

تمارسه منظمات المجتمع المدني وخاصة منها النسائية، ومدى تكلفة ذلك على المذهب الفقهي للمغاربة، الذي أمسى الخروج عنه مسا بأهم القواعد التشريعية، الأمر الذي يحيلنا على إشكاليات فرعية تتمثل في أهم الأفكار التي حصل عليها الجدل بين تياري التشريع المغربي؛ وحاد التقنين الأسري عما ذهب اليه المالكية، بل سنقف عند تأثير الموجة الجديدة من الحقوق التي تستمد شرعيتها من الأوفاق الدولية على وضعية المرأة في التشريع الأسري المغربي، مع بيان مدى مسايرة القضاء المغربي لذلك.

- المطلب الأول: مدى تحرر القانون المغربي من قيود المالكية.

إن التحرر من قيم المذهب المالكي ليس بالأمر الهين بالنسبة للمشرع المغربي، غير أن البراغماتية الهادفة إلى الحفاظ على التموقع الحقوقي، والانفتاح على القيم الكونية بررت هذه التراجعات، إرضاء لقوى داخلية تنزع نحو الحداثة التشريعية، وأخرى دولية تلعب بورقة حقوق الإنسان في مواجهة مصالح المغرب الدولية، لهذا ضحى المشرع المغربي بجزء مهم من المبادئ التي رسختها القواعد الفقهية مقابل تسويق صورته الحقوقية المرتبطة بالتشريع وخاصة فيما يتعلق بالمرأة، فحينا ينزح عن المذهب المالكي ويتخذ أراء مذاهب مخالفة كتكتيك تشريعي إرضائي، في حين آخر يخرج عن مطلق المذاهب الفقهية ويرسل رسائل التحديث لدعاتها. لذلك كان مرنا في تبني بعض المفاهيم والتخلي عن أخرى (الفقرة الأولى) بينما كان حذرا في سعيه إلى تقييد مبادئ رسخها الفقه الإسلامي (الفقرة الثانية).

- **الفقرة الأولى: مرونة الولاية وواقعية الاشتراط، مخالفة لمذهب المالكية**

تحول المجتمع المغربي من المجتمع التقليداني المعتمد على كدِّ الرجل وعمله؛ كمورد للثروة الأسرية –بينما كانت النساء والأطفال بمثابة عمال يساعدونه– إلى مجتمع ذو استقلالية واضحة، خاصة مع خروج المرأة للعمل وتعميم التعليم، ما جعل أفراد الأسرة، يستقلون ماديا عن سلطة ربها الذي تعود له الرياسة، وهو ما سينعكس على العلاقات بين أفراد العائلة الواحدة، لاسيما مع تعميق التطورات التقنية والتكنولوجية لقيم الفردانية، ما قوى ضغط المنظمات المدنية الوطنية والدولية على الحكومة لتدفعها نحو تحديث المنظومة التشريعية ومنها الأسرية، لكن تَجَذُّر قوى المحافظة جعل المشرع يوازن بين رغبات التحرر من القيود الفقهية، وقيم المحافظة التي يتميز بها المجتمع

المغربي المسلم، ما دفع التشريع إلى تبني منهج المرونة، والتخلي عن بعض القيم التي شدد عليها الفقه الإسلامي، وخاصة المذهب المالكي، كما هو الحال بالنسبة للولاية (أولا) بينما غض الطرف عن واقع براغماتي طرح نفسه وفق الظروف الاقتصادية، والاجتماعية التي يعرفها المجتمع، بل قننها؛ خاصة الاشتراط (ثانيا).

- **أولا) التخلي المرن عن الولاية خروج عن قواعد المالكية**

تعتبر الولاية من بين أهم المفاهيم الأكثر إثارة للجدل في مجال الأحوال الشخصية، وقانون الأسرة بصفة خاصة[1]، وهي نقطة تماس النقاش بين فئتي المحافظين والحداثين في المجتمع المغربي والإسلامي بصفة عامة، سواء تعلق الأمر بولاية الولي على التزويج من عدمه، أو تلك المتعلقة بولاية الزوج على زوجته، دون إغفال ولاية الزوج على الأسرة بأسرها، المعروف قانونا برئاسة العائلة.

نشير إلى أن الولاية في الفقه، بمثابة "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"[2] والقصد من تنفيذ القول، يشمل كل التصرفات القولية ومنها الزواج، أما لفظ "شاء أو أبى" فيفيد الإجبار، وغايته أن يباشر العقد فينفذ عليها شاءت أم أبت، بحيث يجْبِرُ الولي المُجْبَر على عقد الزواج لمن تحت ولايته دون الحاجة لاستئذانه وأخذ رأيه[3]. وبذلك يتحقق الاستبداد والإكراه على المراد تزويجه؛ لهذا تسمى بولاية الاستبداد[4].

ذهب الحنابلة إلى القول أن" أحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ثم أبوه وإن علا، بل ذكروا ترتيبا مفصلا لكل من له الحق في الولاية عليها في عقد الزواج، إلى أن اعتبروا أن التي لا ولي لها يزوجها رجل عدل بإذنها[5]، بينما يرى المالكية[6]؛ أن الزواج لا ينعقد بعبارة النساء ولو كانت

---

[1] هي وجه الخلاف المحوري إلى جانب قضايا أخرى بين طائفتين تتنازعان حول الحقوق والواجبات والمساواة في المجال الأسري، الأولى تنزع تحو المحافظة على القيم الموروثة عن الفقه والاجتهاد الإسلامي، وثانية تنزع إلى التحرر من كل تلك القيود، بينما برزت فئة أخرى زاوجت بينهما، أدلت بدلوها في مجال الولاية ، وهو الرأي الذي تبناه المشرع الأسري المغربي ومجمل التقنينات العربية ، والمعترفة للمرأة البالغة سن معينا الولاية على نفسها.

[2] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، الجزء الرابع ص 154، كشف الاسرار الجزء الثاني ص 350.

[3] محمد بن عبد الواحد ابن الهمام(حنفي)، شرح فتح القدير، الجزء الثالث ص 260.

[4] بدائع الصنائع الجزء الثاني ص 241.

[5] ابن قدامة، المغني، المجلد السابع، دار الفكر، ص346

[6] ابن رشد بداية المجتهد الجزء الثاني ص ص 5و6

الزوجة كاملة الأهلية، لذا اشترطوا في صحة الزواج أن يباشر الولي العقد بنفسه؛ في حين يبقى دور المرأة مساير لما انتهى إليه وليها إذا كانت ثيبا. بينما اعتبر الحنفية أن المطلقة يجوز لها أن تزوج نفسها ممن تشاء، وإنما تقيد صلاحيتها في ذلك بأن يكون مريد الاقتران بها كفؤا لها، وإلا كان لأوليائها حق الاعتراض على الزواج أو المطالبة بفسخه[7]. غير أن ابن رشد ذهب إلى أن المسألة فيها خلاف مرده، أنه لم تأت آية ولا سنة ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة. وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها، إلا حديث ابن العباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل لأن الأصل براءة الذمة[8].

غير انه بالرجوع إلى التشريع المغربي[9] نجد المادة 13 من مدونة الأسرة تنص على أنه" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية ومن بينها: 3 – ولي الزواج عند الاقتضاء"[10]؛ فبالإضافة إلى إعتبارها شرطا من الشروط، أضفى عليها المشرع صفة الإختيار، وهو ما صرحت به المادة 24 من ذات المدونة حين نطقت بأن" الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها"[11]، حيث يمكن للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها[12]. وعليه ابتدع المشرع المغربي معيارا جديدا للولاية وهو معيار الاختيار للمرأة المقبلة على الزواج، دون أن يلتفت إلى عنصر القرابة من عدمها.

---

[7] الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1986، ص 245 وما بعدها

[8] ابي الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة ابن تيمية القاهرة، الطبعة الاولى سنة 1415 ه، الجزء الثالث ص21

[9] إن سقوط الولاية وإسقاطها ليس بجديد مدونة الأسرة، بل له أصل ثابت في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والتي جاءت بها تعديلات التسعينات، حيث وقفت على حق اليتيمة تزويج نفسها، غير أن الفقه والقضاء المغربي وسع في تفسير اليتيمة ولم يقتصر على التي توفي أبوها، حيث المفقود أبوها وفاقد الأهلية والمغترب يمكن أن يصنف من قبيل اليتم، إذ لم يقتصر المجتهدون على المعنى اللغوي بل تجاوزه إلى مقصده الواقعي والشرعي.

[10] المادة 13 من مدونة الاسرة،

[11] المادة 23 من مدونة الاسرة

[12] المادة 24 من مدونة الاسرة

وهو نفس الاتجاه الذي يمكن تلمسه من خلال سعي المشرع إلى إلغاء ولاية الإجبار على القاصر، متخذا مذهب الحنفية، لذاك نص على أن لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي، وبذلك خالف المشرع المغربي ما يقول به المالكية من قيام ولاية الإجبار على الصغير والقاصر[13]، بل حررت المدونة الزوجة من قيد يربط حريتها في الإقبال على الزواج من ركن أساسي من أركان الزواج الذي هو الولاية. وساير مذهب الحنفية من حيث المبدأ، والذي يرى أن للزواج ركن واحد وهو الرضى[14]، بل خالف مطلق المذاهب من حيث التفصيل، لعدم تعليق حريتها على شرط الكفاءة والحد الأدنى من المهر[15]، وبذلك انفتح من حيث لا يدري على موجة العهود الدولية التي تشدد على عنصر الحرية والتحرر من كل قيد في اختيار شريك الحياة[16].

- **ثانيا) تبني الاشتراط في عقود الزواج مخالف لرأي المالكية**

يعتبر الاشتراط بين الزوجين من بين أهم النقاشات الفقهية التي تناولها الفقهاء منذ القدم، وهو الجدل الذي استمر مع تطور الحياة الإنسانية لاسيما في اتساع مجال الحرية الفردية وإلحاح الأطراف في كسب المزيد من مجال السيادة، خاصة في ظل المجتمع الاستهلاكي المتميز باستقلال النساء من الناحية المادية، وبروز قيم جديدة لحقوق الإنسان، وهو ما نلمسه في استقراء البيانات الإحصائية الصادرة عن وزارة العدل[17].

---

[13] أحكام القرءان لإبن عربي الجزء الثالث ص1477، البيان والتحصيل للابن رشد الجزء الرابع، ص262.

[14] الهداية للمرغيناني، الجزء الثالث ص 356.

[15] اشترط الحنفية لتزويج الراشدة لنفسها أن يكون الزوج كفئا وان لا يقل مهرها عن مهر مثيلاتها بل أعطوا للولي حق الاعتراض أمام القضاء على إبرام العقد إن لم تتوفر الشروط بل إستحبوا لها أن يتولى الولي زواجها حياء وصونا لها من التبذل، أنظر في هذا بدائع الصنائع للكساني، الجزء الثاني ص 247، وفتح القدير لإبن الهمام الجزء الثالث ص 255.

[16] أدرج المادة المتعلقة بذلك من الاتفاقيات الدولية

[17] نلاحظ من خلال الإحصائيات التي نشرتها وزارة العدل أن عدد طلبات التفريق من طلاق وتطليق التي سجلتها المحاكم المغربية بلغ عدد 838 ملفا بسبب الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج، انظر إحصائيات حول نشاط قضاء الأسرة لسنة 2011 الصادر عن وزارة العدل، شتنبر 2012، ص 16، ومن خلال يتبين جدية هذا العنصر في التأثير على مراكز طرفي الزوجية.

تباينت آراء فقهاء المذاهب بخصوص الاشتراط بين طرفي العلاقة الزوجية، بين مضيق وموسع لها. فمنها ما يستحسن صحته[18] وما يكره القيام به، فالشافعية والحنفية يرون بطلان الشروط وصحة العقد، عدا إذا اقترنت بيمين، والوفاء بها رهين باليمين وليس الشرط[19]، في حين يرى الحنابلة أن الاشتراط لا يضيف شيئا للعقد، فبمجرد انعقاده تثبت هذه الشروط، ولا حاجة لاشتراطها، إذ لا تؤثر في العقد حيث وجودها يوازي عدمها[20]، غير أن المشهور عند المالكية بطلان الشروط وفسخ العقد قبل الدخول، في حين يصح النكاح بمهر المثل ويلغى الشرط بعده[21].

نسجل وجود شروط سكت عنها الشارع أمرا ونهيا، غير أن مصالح الأطراف إقتضت الإشتراط، دون أن يمس ذلك بهدف عقد الزواج؛ ولا يخالف الشرع، لذا ذهب الحنابلة إلى القول بصحتها وإلزام الوفاء بها للمنفعة البادية منها، كلما كان المرمى منها عدم المساس بأصل النكاح؛ وهو الاستمتاع بالوطء[22]، بينما يرى الشافعية فساد الشروط وصحة العقد مادام لم يخل ذلك بعنصر الوطء، بصرف النظر عمن صدرت منه[23]، كما ذهب المالكية إلى أن الشروط مكروهة[24] ولا يلزم الوفاء بها، غير أن الزوج له أن يتطوع بها بعد العقد[25].

---

[18] ابن تيمية، مجموع الفتاوى مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، طبعة 2004، المدينة المنورة الجزء32 ص164، زاد المعاد في خير العباد،مؤسسة الرسالة الطبعة الثالثة، سنة 1998، الجزء الخامس ص 108.

[19] إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة: الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية- دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص108.

[20] ابن قدامة المقدسي الحنبلي، الكافي في شرح فقه الإمام أحمد بن حنبل، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1994، ص 39.

[21] يقول محمد بن يوسف الكافي:" الشرط الذي ينافي العقد، سواء كان من الزوج، كأن يشترط عليها أن لا يقسم لها مع ضرتها، أو لا ينفق، أو كان من المرأة، كأن شرطت عليه في صلب العقد أن طلاق من يتزوجها عليها بيدها، يفسد العقد، وحكمه أن يفسخ قبل البناء و يثبت بعده بمهر المثل، و يلغى الشرط. وغير ما ينافي العقد قسمان: قسم يقتضيه العقد مثل شرطها عليه أن ينفق عليها، و يقسم لها، و أن لا يضر بها، فهذا شرطه وعدمه سواء، لأنه واجب عليه. وقسم لا يقتضيه العقد و لا ينافيه، مثل أن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها و أن لا يتزوج عليها، فهذا يكره في العقد، ولا يلزم الوفاء به، و يجوز أن يتطوع به الزوج بعد العقد". إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، سنة 2010، ص 80.

[22] ابن قدامة المقدسي الحنبلي، المغنى، الجزء التاسع، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثالثة،1997، ص 485.

[23] محمد بن الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، ط1، بيروت 1997 الجزء الثالث ص 201، يحي بن شريف النووي روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي 1991، الجزء الخامس ص 436.

[24] عبد الرحمان الجزيري،الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، سنة 2013، ص 77.

[25] محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، م س ، ص80.

غني عن البيان أن المشرع المغربي أفرد للشروط الاتفاقية بين الزوجين القسم الرابع من الباب الأول من مدونة الأسرة، وسماها "الشروط الإرادية لعقد الزواج وآثارها"، ومن خلاله خصص المواد 47 و48 بالشروط الإرادية عموما بينما تعلقت المادة 49 بالاتفاقات المتعلقة بتدبير الأموال المكتسبة خلال فترة قيام الزوجية. هذا ونشير إلى أن المشرع المغربي نحى منحى الحنابلة، حيث أسست المادة 47 لحق الأطراف في الاشتراط بل جعلته ملزم لهما، ويظهر من خلال الصياغة التشريعية للنص أن المشرع تحرر من قيود المالكية بل حقق تغييرا في توجه التشريع؛ الأمر الذي يفسر استهلاله للمادة بالإطلاق، ليتبعه بإستثناء؛ المخالفة لأحكام العقد ومقاصده والقواعد الآمرة للقانون بعد أن جعلها باطلة مع صحة العقد، وما يفسر تحول المشرع هي المادة 48، التي فسرت المادة السابقة وأكدت أن الشروط التي تحقق الفائدة المشروعة للطرفين والتي لا تخالف مقاصد الزواج؛ شروط صحيحة وملزمة لمن إلتزم بها، وبمعنى أخر أن الإخلال بها يشكل إضرارا بالطرف الأخر، هذا مع الإشارة إلى أن كلما طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، يعتبر ضررا يستوجب رفعه، بطلب من الملتزم للمحكمة سواء تعلق الأمر بإعفائه أو تعديله، وللقاضي تقدير تلك الظروف ومدى تأثيرها على الوقائع. وهو ما سار عليه الاجتهاد القضائي المقارن حينما اعتبر أن" المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون فائدة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا، وبشرط أن لا تُناقض روح العقد"[26].

كما أن القضاء المغربي سبق وأن بت في نازلة اشترطت من خلالها الزوجة تأجيل الدخول إلى حين الحصول على شهادة الباكالوريا، لهذا طالب الزوج بتمكينه من زوجته ومع تشبث المدعى عليها بالشرط، فحكمت المحكمة على المدعى عليها بتمكين نفسها لزوجها، مع إبطال الشرط المذكور، لمنافاته مقاصد عقد الزواج ، وقد أيد هذا الحكم استئنافيا، وقد نقض النقض هذا القرار جزئيا وقضى بإلغاء الجزء من الحكم الإستئنافي القاضي بإبطال الشرط مع الحكم بتمكين الزوج

[26] قرار المحكمة العليا الجزائرية، المؤرخ بتاريخ 3 مارس 1971، أوردته فتيحة الشافعي، التزام المساكنة الشرعية بين الزوجين و آثار الإخلال بها، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس أكدال، الموسم الجامعية 2003/2002، ص317.

من زوجته[27]، وبذلك سعى القضاء من خلال نازلة الحال إلى إجبار الزوجة بتمكين نفسها من زوجها؛ وهو بمثابة نوع من الإكراه اللين؛ رغم أن الأطراف اتفقا على تأجيله إلى وقت لاحق، ومبرر القضاء في ذلك أن الحق في الزواج من النظام العام ولا يمكن تعطيله بالشرط الاتفاقي[28]، لكن منطق الأمور يذهب إلى عدم إجبارها بنص فقهي أو قضائي، بل حتى قانوني ما دام ذلك يدخل في اختيارات الفرد وقناعاته، وإن إعتبرت محكمة النقض شرط تأخير الدخول بالزوجة ينافي ومقاصد عقد الزواج، إذ صنفت ذلك شرطا باطلا في حين يبقى عقد الزواج صحيحا، وهو ما يفيد أن القضاء عطل الشرط الإتفاقي من جانب، وقيد حق الزوجة في الاستمرار في التعليم من جهة أخرى، وكان عليها إقرار احترام الشرط الاتفاقي[29]، أو على الأقل الموازنة بين الحقوق لكون الشرط لم يمنع الدخول بل أخره إلى تاريخ لاحق؛ كما ربط ذلك بحق أخر؛ كرسته المواثيق الدولية الذي هو حق التمدرس والتعليم، وإن كان هذا الحق قائم ولو في قيام مؤسسة الزواج إلا أن الزوجة فضلت الاستفادة منه خلال فترة ما قبل الالتحاق ببيت الزوجية، وهو القرار الذي جانب الصواب؛ حينما إعتبر النظام العام مرتبط فقط بحق الزوج بالاستمتاع والدخول؛ وهو تمييز واضح وجب التصدي له. ما دام الزوج له كامل الحرية في العقد واختيار الدخول.

- **الفقرة الثانية: تقيد التعدد وإعادة ترتيب الحاضنين مخالف للمذهب المالكي**

لاشك أن هم ما يميز التشريعات الأسرية عن باقي التشريعات الوضعية هو أخذها بفكرة التعدد، حيث يمكن أن يتزوج الرجل نساء عدة في حدود أربعة، غير أن الفقه الإسلامي قيد هذا "الحق"

---

[27] قرار عدد 71، الصادر بتاريخ 1968/7/15، المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد3، دجنبر 1968 ص، 79 وما بعدها.

[28] خاصة و ان القضاء سبق وأن قضى على أن الزواج لا يمكن أن يؤدي إلى الحرمان من الحقوق الدستورية للمتزوج، لذا اعتبرت المحكمة الإدارية بفاس في قرارها الصادر بتاريخ 1996/7/17 أن زواج التلميذة لا يسقط حقها في الانتفاع من خدمات مرفق التعليم الثانوي وأضاف أن رفض إعادة تسجيلها بسبب زواجها هو مساس بمبدأ المساواة وبالحق في التعليم وإخلال بالمبادئ الدستورية العليا؛ قرار أورده محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش،الطبعة الأولى سنة 2005 ص49.

[29] قضت محكمة الاستئناف بالقنيطرة في قرار لها رقم 196/1542 بتاريخ 1996/12/10 في قضية طلب المستأنفة بإجبار زوجها الوفاء بالتزامه الذي تنازل فيه عن تسلمه للمبالغ المالية الناتجة عن كراء رخصة نقل طاكسي المقررة ب 1300 درهم شهريا مقابل السماح له بالزواج عليها بزوجة ثانية حسب ما هو ثابت بموجب رسم عدلي، وقد استجابت استئنافية القنيطرة لطلب المستأنفة معتبرة أن تسلم المرأة المبالغ المالية هنا هو شيء لا يحرمه القانون ولذلك فالزوج ملزم بالاستمرار في تمكين زوجته من مدخول الرخصة، ولا يتنافى هذا مع الطبيعة الشخصية للرخصة، مع فرض غرامة تهديدية تجاه الزوج عن كل يوم تأخير من يوم امتناعه عن التنفيذ. أورده هشام الغيلاني الحسني، مبدأ سلطان الارادة وأثره في تنظيم العلاقة الزوجية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق، طنجة، الموسم الجامعي 2006/2005، ص 41.

في بعنصر العدل بين الزيجات، لكن ما جري به العمل في الفقه الإسلامي، هو توسيع هذا المجال دون المحاولة إلى بيان مكمن العدل، الأمر الذي تداركه التشريع الوضعي من خلال مدونة الأسرة، فخرج عما سار عليه المالكية من خلال مزيد من التقييد(أولا)، كما أن ذات المشرع تراجع عن المشهور وما جرى به العمل عند المالكية في ترتيب الحاضنين ودور المرأة في الحياة الزوجية(ثانيا).

- **أولا) تقييد التعدد حنكة فقهية تجديدية**

لم يحدد المشرع المغربي المقاييس التي تنضبط لها المحكمة لتحديد المبرر الموضوعي الاستثنائي للسماح بالتعدد، ما ينعكس سلبا على وحدة العمل القضائي في هذا الاتجاه، وهو ما يتجلى في تضارب الأذون الرامية إلى التعدد بين المنع والترخيص، حيث ما يعتبره قاض مبررا موضوعيا في أحد الملفات، لن تأخذ به محكمة أخرى في ملف آخر؛ ولو تطابقت الوقائع[30]، الأمر الذي يشكل عيبا واضحا، ويتجلى في اتساع سلطة القاضي في تقدير ما بين أيديه من مؤيدات، لذلك تتأثر العدالة بعدم الوضوح الذي يسود التقدير، كما أن المؤشرات الأخرى لها علاقة بالجانب المالي دون القيمي والعاطفي، إذ لم يتحدث لا الفقه الإسلامي ولا القانون على العدل في القيم العاطفية، ما يقدح في الصياغة التعبيرية للمدونة بكاملها، ولو أنها حملت مفاهيم الإحصان والعفة في مادتها الرابعة، في حين يغيب عنها مفهوم في غاية الأهمية، ألا وهو المودة المفترض أن يكون أساسا للرابطة الزوجية. لكن المشرع كان براغماتيا في صياغته للمدونة وخاصة في جانب التعدد فوضع مخرجا للصراع بين تياري المدافعين والمعارضين، لذا مَنْحُ صلاحية تحديد المبرر الاستثنائي إلى المحكمة، قد يُخْرِجُهُ من غرضه الرامي إلى جعل التعدد استثناءا، إذ قد تعتبر المحكمة مثلا، عدم قدرة الزوجة على تحمل أعباء المنزل بعد عدة عقود من الزواج، مبررا موضوعيا استثنائيا يبيح التعدد، فعلى المحكمة وهي تكيف هل هو فعلا مبرر موضوعي استثنائي، أم لا ؟ أن تضيق ما أمكن في ذلك التكييف، لأننا أمام رخصة تحمل طابع الاستثناء، وعلى المحكمة أن تعلل موقفها

[30] طارق ألطاهري، مظاهر حماية المرأة في م.أ الزواج وانحلاله، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص ،وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن بطنجة، جامعة عبد المالك السعدي، كلية الحقوق طنجة، السنة الجامعية2005-2006 ،ص65.

في جميع الأحوال سواء بالقبول أو بالرفض[31]. غير أن واقع الحال ليس بذلك، بل أصبحت توظف المبرر؛ بشكل يَسْخَرُ من الثقة في القضاء، حيث كل من سولت له نفسه التخلص من زوجته وإلا ابتكر مبررا[32].

بالعودة إلى المادة 40 من مدونة الأسرة، نجد المشرع المغربي قد غل يد القضاء في منح الأذون لطالب التعدد كلما توفرت قرائن يمكن من خلالها أن يستشف القاضي عدم العدل بين الزوجات، ومنه الإضرار المحتمل بالزوجات، رفض ذلك، وهو ما ذهب إليه حكم جاء فيه " حيث إنه استنادا إلى مقتضيات المادة 40 من المدونة، فإن المحكمة لا تأذن بالتعدد إذا توفرت قرائن يخاف معها عدم العدل بين الزوجات، وحيث ثبت للمحكمة من خلال مستندات الملف ووثائقه، وكذا من إقرار المدعي في مقاله أن للزوجين موضوع ملف النازلة نزاعات وخصومات معروضة على القضاء الألماني، كما أنها ومنذ ثلاث سنوات وهما يعيشان منفصلان، وأن عيشهما على هذه الحالة يشكل قرينة يخاف معها عدم العدل بين الزوجات في حالة الاستجابة لطلب الإذن بالتعدد مما يستوجب التصريح برفض الطلب"[33]. بل أكثر من ذلك نجد أن المشرع المغربي وقع في تناقض، إذ تثار التساؤلات حول أهمية فرض قيود على التعدد، في الوقت الذي ترك الباب مفتوحا على مصراعيه أمام الزوج لتوقيع الطلاق، نظرا لارتباط التعدد بتنظيم الطلاق، حيث إذا ما رفضت الزوجة الإذن للزوج بالتعدد، فإن الزوج يشرع في الضغط عليها نفسيا وجسديا من أجل المطالبة بالطلاق، والتخلي عما يترتب عليه من حقوق. فتقييد التعدد لرفع الظلم والتعسف كان لابد أن يرفق بقيود على سلطة الرجل في إيقاع الطلاق، خاصة في حالة رفض الزوجة الإذن له بذلك[34]. وعليه فإن

---

[31] سمية عيدون، القواعد الاستثنائية الواردة في مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق طنجة، الموسم الجامعي 2008/2007، ص54.

[32] بتث المحكمة الابتدائية بوجدة وفق الحكم عدد 2016/3034 الصادر بتاريخ 23 يناير 2017، في طلب تقدم به شخص يطلب التعدد بمبرر شخير زوجته، فرفضت المحكمة الطلب واعتبرت طلبه لا يرقي إلى المبرر الموضوعي الاستثنائي كما قضت المحكمة الابتدائية بالناظور على ان" إصابة الزوجة بمرض السكري يعتبر مبررا موضوعيا أستثنائا يعطي الحق للزوج الحق في التعدد" حكم 11/11/1234، في الملف عدد2012/05/16222 الصادر بتاريخ16 ماي 2012، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 157 ص 172.

[33] حكم المحكمة الابتدائية بالناظور، رقم 98 في الملف 517/08 الصادر بتاريخ 29 أكتوبر 2008، أورده داود حجاج، سلطة القاضي التقديرية في ضوء مدونة الأسرة المغربية، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص، تخصص الأسرة في القانونين المغربي و المقارن، كلية الحقوق أكادير، الموسم الجامعي 2018/2017 ص 43.

[34] سمية عيدون، الاستثناء، م س، ص 57.

قبول القاضي لبعض الطلبات الرامية إلى التعدد بعد أن أثبت المتعدد سعيه، يكون قد أضر بالزوجة الحالية، وأضفى صبغة الشرعية على هذا الضرر، لذا أرى أن يتقيد هذا الاستثناء أكثر، وأن لا يرتبط بالطلب بل أن يكون وفق دعوى قضائية قائمة على مختلف درجات التقاضي.

- **ثانيا) التشارك في الحضانة و الرعاية الأسرية؛ ردة عن المألوف عند المالكية**

بالعودة إلى الفقه الإسلامي نجد الفقهاء قد رتبوا مراتب الحضانة، حيث اجمعوا على أن الأصل في الحضانة للنساء، فإن لم توجد فللرجال، غير أنهم منقسمون على أنفسهم فيمن يستحقها بعد الأم، حيث ذهب الحنفية إلى أن الحضانة يقدم فيها النساء المحارم ثم العصبة من الرجال ثم الرجال من المحارم من غير العصبات[35]، بينما ذهب الشافعية إلى أن ترتيبها يكون حسب الحال والظروف المصاحبة لنازلة النزاع، غير أن ذلك لا يخلو من احتمالات ثلاث، فإما أن ينفرد بها النساء أو ينفرد بها الرجال، أو يجتمع الرجال والنساء؛ غير أن اجتماع الرجال دون النساء تؤول لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث، بينما تؤول إلى الأم ثم أمهاتها المدليات بإناث وإن علون ثم الأب؛ كلما اجتمع الرجال والنساء[36]، في حين يرى الحنابلة أن الحضانة تثبت للأم وأمهاتها القربى فالقربى[37]، بينما يرى المالكية أن الأم وقرابتها من الأصول، الإناث يقدمن على الأب وقراباته، ثم الأب وقراباته، فإن انعدمت القرابات انتقلت إلى الولي ثم إلى العصبات[38].

غير أن الرجوع إلى التشريع الأسري المغربي نجد مدونة الأسرة؛ ولا سيما منها المادة 171 من جاءت بمستجد بالغ الأهمية، مخالفة بذالك ما تضمنه الفصل 99 من مدونة الأحوال الشخصية التي تم إلغاءها، والتي كانت ترتب مستحقي الحضانة حسب ما يلي، الأم– ثم أمها– ثم أم أمها– ثم أخت أمها الشقيقة – ثم التي لأمها– ثم للأب – ثم...، في حين جعلت المادة 171 من مدونة الأسرة؛ الأب في المرتبة الثانية من بعد الأم وجعلت بعده أم الأم واعتبر باقي الأقارب سواء من جهة الأم أو من جهة الأب في مرتبة واحدة ، يخضعون لسلطة التقديرية للمحكمة حيث تكون

---

[35] لأبو بكر بن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثالثة دار الكتب العلمية، 1982، الجزء الرابع ص 41.

[36] النووي، إعانة الطالبين طبعة دار ابن حزم الطبعة الاولى، بيروت لبنان، الجزء الرابع ص115/ الشربيني، مغنى المحتاج، دار الفكر الطبعة الاولى، سنة 1998، الجزء الخامس ص 1991.

[37] ابن قدامة، المغنى، دار عالم الكتب الطبعة الخامسة سنة 2005، الجزء الثامن ص 195.

[38] المقدمات الممهدات، الجزء الاول ص565

الحضانة هنا بناءا على طلب يتقدم به أحد الأقارب ، فتكون للمحكمة السلطة التقديرية في قبوله أو رفضه.

وفي نفس الاتجاه شددت المدونة من خلال المادة 230 أن الولي الشرعي للطفل هو الأب أو الأم، كما بينت المادة 231 أن صاحب النيابة الشرعية هو الأب الراشد ثم الأم الرشيدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته، ما يفيد إلى أن للأم حق مشاركة ومقاسمة الأب في ممارسة النيابة الشرعية على أولادها والتي تستمدها هذه النيابة من القانون. بل نصت المادة 236 من ذات المدونة على أن للأم القيام بكل التدابير اللازمة للحفاظ على المصالح المستعجلة للطفل في حالة ما تعذر على الأب القيام بها، ما بين توسيع التشريع الأسري المغربي لدائرة الولاية التي تمارسها الزوجة على أسرتها على غير ما نصت عليه مدونة الأحوال الشخصية القديمة، وذلك من خلال استبدال عبارة " وفاة الأب" بعبارة "عدم وجود الأب" وهي العبارة التي تقبل أكثر من تأويل ومفهومها أوسع، خاصة وأن دور الزوجة هو المؤثر على الأسرة ما يستوجب بيان ذلك من خلال التشريع. وكل ذلك يفيد مخالفة التشريع الأسري المغربي لما أصله الفقه المالكي.

- **المطلب الثاني: حدود إنفتاح القانون الأسري على الأوفاق الدولية**

عرف العالم تطورات تشريعية غير مسبوقة مع بداية الألفية الثالثة إذ تغيرت العديد من الوثائق الدستورية، وتم اعتماد أخرى تساير التحولات الحقوقية والاقتصادية والاجتماعية المتسارعة، بل إن أغلب الدساتير التي تحكم البلدان العربية خلال هذه الفترة؛ سعت إلى التنصيص على مبدأ سيادة الأوفاق الدولية على التقنين الوطني[39]، ما يفيد أهمية تنزيل ذلك على المستوى العملي، سواء من خلال ملائمة التشريعات المحلية مع هذه الاتفاقيات(الفقرة الأولى)، أو تطور القضاء ورقيه نحو الحكم وفق منطوقها مميزا إياها عن التقنين المحلي الذي غالبا ما يربط بالنظام التقليداني للتشريع (الفقرة الثانية).

- **الفقرة الأولى:موجة جديدة من التقنينات وتأثرها بالحقوق الكونية**

[39] أنظر في هذ الصدد ديباجة الدستور المغربي لسنة 2011، والفصل 20 من دستور تونس لسنة 2014 المادة 150 من الدستور الجزائري لسنة 2016.

عرفت كل التقنينات الحديثة لمسة حقوقية واضحة، فمنذ نهاية القرن الماضي بدأت التشريعات تسير وفق هوى التوجهات الدولية لحقوق الإنسان، خاصة مع ازدياد الضغط الدولي على الحكومات في البلدان المتخلفة ومنها بلدان العالم الإسلامي، وهو ما بدا واضحا في عمل المشرعين في هذه البلدان على إصدار التشريعات الأسرية المعدلة أو المغيرة منذ بداية الألفية الثالثة، ومنها التشريع الأسري المغربي، لذا كانت التشريعات ملزمة باحترام الحد الأدنى من الحقوق المتعارف عليها كونيا، ولعل أهمها مبدأ المساواة بين طرفي العلاقة الزوجية سواء في الحقوق أو الواجبات، وبالتالي الخروج عن المألوف في التقنينات الإسلامية التي غالبا ما تورد قيما مرتبطة بالزوج وعلى الزوجة طاعتها(أولا) في حين يبقى المس ببعض الحقوق التي اعتاد القانون الدولي على الجزم بعدم شرعيتها ما يزال قائما، رغم سعي بعض التوجهات التشريعية إلى القضاء عليها[40]، كما هو الحال بالنسبة لتزويج القاصرات(ثانيا).

- **أولا) النزوح نحو المساواة، إنفتاح على الاتفاقيات الدولية**

شددت مواثيق الأمم المتحدة ومؤتمراتها على مسألة المساواة بين المرأة والرجل ، بل أبرمت اتفاقيات دولية للوصول إلى هذا الهدف، والتي شددت على أن حق المرأة غير قابل للتصرف، حيث أدرجته بوصفه حقا من حقوق الإنسان الذي لا تقبل التجزئة والتقسيم[41]. ما أكد عليه الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وأصله في العهدين الدوليين لسنة 1966، بينما شددت عليه اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[42]. إذ أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في ديباجته على أن شعوب الأمم المتحدة تؤكد إيمانها بحقوق الإنسان الأساسية، وبكرامته وقدره، وبتساوي الرجال والنساء في الحقوق، وأقر في المادة 16 تساوي الرجل والمرأة لدى التزوج وخلال قيام الزواج . كما

[40] قدم الفريق الاشتراكي بمجلس النواب مشروع قانون يتعلق بتعديل المادة 20 من مدونة الأسرة أواسط سنة 2018، في حين كان النقاش محتدما بين فريقي العدالة والتنمية والتقدم والاشتراكية، حول تعديل منطوق نفس المادة، إذا دعى الفريق الأول إلى إحالة الأمر على المجلس الوطني لحقوق الإنسان، بينما دافع الثاني على إحالته على المجلس العلمي الأعلى، كل ذلك في سنة 2018.

[41] Hafida Chakir . l'Etat de droit et l'Etat des droits économiques et sociaux des femmes : femmes et état de droit ; Dar Al Kalam ; Rabat 2004, page : 144

[42] عبدالهادي بوطالب : " حقوق الأسرة وتحرير المرأة " مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ،الطبعة الأولى، 2005، ص : 31 .

نص العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية في مادته الثالثة على" تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية بضمان مساواة الرجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية..." ، ولعل أهم الحقوق المذكورة في هذا العهد ، ما ورد في المادة 23 :...4 – على الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية اتخاذ الخطوات المناسبة لتأمين المساواة في الحقوق والمسؤوليات عند الزواج وأثناء قيامه....". بينما سعت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى معالجة التمييز المتفشي ضد النساء، لاسيما منها المتعلقة بحقوق المرأة عند الزواج وأثناءه، بل كانت الاتفاقية بمثابة أجرأة للحقوق الواردة العهدين السابقين ووسعت سبل الحماية من التمييز[43]، وقد جاء في ديباجة هذه الاتفاقية أن أهم أهدافها منح المرأة حقها في المساواة الكاملة مع الرجل في الحقوق، الأمر الذي يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل والمرأة داخل الأسرة والمجتمع، لذلك نصت في المادة الخامسة على : " تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي: أ – تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل.

ب – كفالة تضمين التربية العائلية فهما سليما للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية والاعتراف بكون تنشئة الأطفال وتربيتهم مسؤولية مشتركة بين الأبوين..."

بينما ورد في المادة 2 أنه " تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة وتتفق على أن تنتهج بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقا لذلك تتعهد بالقيام بما يلي: ...ج – فرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل وضمان الحماية الفعالة للمرأة ... و– اتخاذ التدابير المناسبة بما في ذلك التشريعي منها لتغيير وإبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزا ضد المرأة...".

[43] بشرى قبيسي " قضايا المرأة : مسائل المساواة وحقوق الإنسان " مقال منشور بمجلة الاجتهاد ، عدد مزدوج 40/39، 1998 ص : 366 .

غير أن أهم نص يبين مدى تساوي حقوق المرأة والرجل أثناء قيام الرابطة الزوجية وفق الاتفاقية ما ورد في نص المادة 16 ب " اتخاذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة :...ج – نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج ، د– نفس الحقوق بوصفهما أبوين ، بغض النظر عن حالتهما الزوجية في الأمور المتعلقة بأطفالهما...هـ – نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وإدراك للنتائج عدد أطفالها، والفاصل بين الطفل والذي يليه وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة من ممارسة هذه الحقوق– و– نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال "[44]

لذلك تفرض هذه الاتفاقيات على البلدان التي وقعت عليها ومنها المغرب؛ ملائمة تشريعه الأسري وفق مقتضياتها بصيانة مبدأ المساواة لتنظيم العلاقة بين طرفي الزوجية، خصوصا وأنه صادق عليها، ودسترة سموها على التشريع الوطني[45] كلما طرأ تعارض أو مفاضلة للحقوق بين القانون الوطني والأوفاق الدولية. الأمر الذي سارعت إليه مدونة الأسرة المغربية منذ إعدادها إلى محاكاة معظم التشريعات الدولية وخاصة منها العربية المنفتحة على التشريع الدولي من خلال صياغة آثار الزواج بالنسبة لطرفي الزوجية من خلال تنظيم الحقوق وبيان الواجبات، لهذا نصت في المادة الرابعة على أهمية الرضى بل ربطته بمفهوم الزواج لذا قامت بتعريف الزواج على أنه " الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام ، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة ".

ولهذا حددت المجال الحيوي الذي من خلال يمكن لطرفي العلاقة الزوجية ممارسة حريتهما وسيادتهما، بتشديدها على أهمية عنصر الرضى في تدبير الحياة الزوجية وما ينتج عنها لذلك رتبت للمساواة بين الزوجين مكانة معتبرة، ووفرت لها درجة تليق بالتطور الحاصل في المجتمع

---

[44] انظر النص الكامل لهاتين الاتفاقيتين الدوليتين على الموقع الرسمي للمفوضية السامية لحقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة، على الرابط التالي:www.ohchr.org .

[45] تنص الفقرة ما قبل الأخيرة؛ من تصدير دستور 2011 على جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية، والعمل على ملائمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه المصادقة.

وفق القيم الحديثة[46] ، لهذا تم استبدال عبارة " تحت رعاية الزوج " الواردة في نص مدونة الأحوال الشخصية بعبارة " تحت رعاية الزوجين" وبذلك تعطي مؤشرا هاما على تطور بنية تفكير المشرع الأسري المغربي، لاسيما من خلال الالتفات إلى النصف الآخر من المجتمع [47]، وهو بمثابة رد التوازن التشريعي للقيم التي تتطلبها المرحلة، مع العلم أن النساء هن عمود الأسرة، اسوة بالرجال، بل أكثر لما لوظيفتهن بالرقي بالأسرة وبناءها كما هو الحال بالنسبة للمجتمعات الإسلامية، وهو اعتراف بمبادئ المساواة التي تحملها الأدبيات الدولية لحقوق الإنسان. بل سارع المشرع إلى وضع الحد لتقسيم المهمات التي قننها المشرع القديم منبطحا لقيم التقليدانية، الذي كان يجعل الحقوق والواجبات المتعلقة بالزوج تختلف عن الحقوق والواجبات المتعلقة بالزوجة، في حين إكتفت المدونة بالتنصيص على الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما. لهذا قام المشرع المغربي بتنظيم هذه الحقوق والواجبات في المادة 51 من نفس المدونة[48]، لهذا حذف بعض المفاهيم الفقهية المتداولة في الفقه الإسلامي كما هو الحال لمفهوم "الطاعة" وغيره بمفهوم أكثر رقة لواقع حال التموضع الثقافي للمرأة في الحياة الاجتماعية، من قبيل "التشارك" و"التشاور".

لهذا بينت مدونة الأسرة الحقوق والواجبات الملقاة على الزوجين في كل ما يرتبط بالمساكنة الشرعية ومعاشرة بالمعروف، وأخذت بمنهج المشاورة والحوار في تدبير القرارات المتعلقة بتسيير شؤون البيت والأطفال ، بل أصبح للزوجة دور جد مهم في مشاطرة الزوج على قدم المساواة رعاية شؤون البيت وتنظيم الأسرة والنسل، مع ضمان حسن معاملة كل من الطرفين لأهل رفيق دربه. بل أصبح واجب الإحصان، والوفاء للعلاقة الزوجية غير محصور في حقوق الزوج على زوجته ، بل هي حقوق مشتركة بينهما. لهذا يعتبر الالتزام بالعفاف واجبا على الطرفين بدرجة

---

[46] رشيد مشقاقة ، وجهة نظر قانونية ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى، 2005 ص 33 .

[47] محمد الحميدي، المكتسبات الجديدة للمرأة من خلال مدونة الأسرة، بعنوان" المواطنة وحقوق الانسان بالمغرب" المطبعة و الوراقة الوطنية ، مراكش ، الطبعة 1 ، 2005 ، ص 87.

[48] لهذا نصت المادة 51 من مدونة الأسرة على أن " الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين : 1- المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل ، - 2 - المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة ، - 3 - تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال ، – 4- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف ، - 5 – حق التوارث بينهما ."

متقابلة مع المساواة فيما بين الطرفين. لهذا رتبت المادة 52 للطرف المتضرر من الإخلال بها حق المطالبة بتنفيذها، أو انهاء الرابطة طبقا للمواد من 94 إلى 97. وبذلك يكون المشرع المغربي قد فتح الباب على مصرعيه على أهم المبادئ التي تستوجبها الاتفاقيات الدولية.

- **ثانيا) تحديد سن الزواج، آمال في أفق التحديث**

اعتبرت الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الصادرة بتاريخ 20 نونبر 1989 والتي صادق عليها المغرب وفق الظهير المؤرخ 14 يونيو 1993، أن الطفل هو كل إنسان لم يتجاوز سنه 18 سنة، إذ شددت المادة 24 منها على الدول الأطراف اتخاذ كل التدابير الفعالة والمناسبة من أجل القضاء على كل الممارسات التقليدية المضرة بصحة الأطفال، خاصة وأن الخبراء صنفوا الزواج بمثابة صورة من هذه الصور حسب لجنة حقوق الطفل.

إذا كان الأصل في الزواج هو بلوغ الرجل والمرأة سن الرشد القانوني[49] فان المشرع المغربي على منوال باقي التشريعة الإسلامية، أجاز لقاضي الأسرة أن يرخص بالزواج لمن لم يبلغ ذلك، فمنح السلطة التقديرية له باعتباره المكلف بالإذن بزواج الفتى أو الفتاة التي لم تبلغ ذلك، وقصد إثبات البلوغ وقدرة القاصر؛ يأمر القاضي عرض المعني بالأمر على طبيب مختص ليتأكد من بلوغه وضرره من تأخره في الزواج، وتعتبر شهادة الطبيب أهم الوسائل التي يعول عليها القضاء، لكن صعوبة إثبات أن مراهقا قادر على ضبط نفسه وآخر غير قادر على ذلك أمر مثير للاهتمام؛ لذا نجد بعض القضاء يزاوج بين الخبرة الطبية والبحث الاجتماعي، من خلال ربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي، إذ أن ترخيص القاضي بالترشيد بالزواج حكم بات غير قابل للطعن، لكونه عمل ولائي، وهو ما نعتبره نوعا من الإجحاف والإضرار سواء تعلق الأمر بالضرر المفترض أن يوقعه القاصر على الطرف الثاني أو اللاحق به شخصيا؛ خاصة وأنه غير قادر على تحمل المسؤولية في غالب الأحيان والتي تشكل عمودا

[49] نسجل أن الشريعة الإسلامية تتحدث عن البلوغ ولا تلتفت إلى سن الرشد، وهذا الأخير ما هو إلا اقتباس من قانون نابليون الذي تأثرت به التشريعة ما بعد الاستعمار، إذ أن البلوغ يعتبر معيارا موضوعيا على عكس سن الرشد الذي يختلف من شخص إلى أخر ولا يمكن الجزم أن كل من بلغه راشد بالغ، في حين أن البلوغ يقدر بكفاءة الشخص بالزواج ومن المفترض أيجاد آليات سوسيو نفسية يمكن لكل ذي مصلحة أن يخضع لها الزوج قبل زواجه، في كل الأحوال تعتبر 18 سنة شمسية حسب المادة 19 مدونة الأسرة، 19 سنة حسب المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري.

أساسيا في عقد الزواج انعدامها يعني الإضرار بالطرف الآخر. كما أن في مثل هذه الحالات يبقى الزوجان في وصاية أسرة الزوج وفق العادات الاجتماعية التي يعرفها العالم الإسلامي ومنه المغرب، ما يشكل ضررا قائما.

في كل الأحوال نسجل أن سلطة القاضي في تقدير الإثباتات المنشورة أمامه بخصوص تزويج القاصرات أفضت إلى الرفع من عدد القاصرات المتزوجات، حيث يتضح من البيانات الصادرة عن وزارة العدل أن نسبة الزواج دون السن القانونية تضاعفت في عشرية واحدة، إذ إنتقلت من 7% سنة 2004 إلى ما يقارب 12 %سنة 2013، وتهم طلبات منح الإذن الاستثنائي للزواج والذي يتوقف على السلطة التقديرية للقاضي، لذا بلغ عدد الفتيات اللآئي يمثل عددهن من إجمالي مثل هذه الطلبات 99.4%، ومنه يتبين أن عدد التراخيص الممنوحة من قبل القضاة سجل ارتفاعا مضطردا من 88.8% سنة 2006 إلى 92.2 % سنة 2010[50]، وبذلك ما يزال المغرب يعرف نوعا من الزواج القسري حسب تصنيفات الأمم المتحدة وبالتالي الإضرار بحقوق الطفل بناء على سلطة القاضي.

- **الفقرة الثانية: موجة جديدة من التطبيقات القضائية المتأثرة بالاتفاقيات الدولية**

نشير إلى أن العالم عرف تحولات جذرية من حيث إعادة إنتاج قيم مؤثرة في الحياة العامة بين الأفراد والجماعات، ساعد ذلك التحول التقني والتكنولوجي المؤثر على إستهلاك المجتمع للقيم الحديثة والمنتجة في العالم الغربي، الأمر الذي إنعكس على الدينامية التشريعة ولاسيما منها التشريعات الأسرية، أيدتها الضغوطات الغربية ومنظمات المجتمع المدني المتبنية لقيم الحداثة، كل ذلك جعل المشرع ينخرط في هذه الدينامية التي أدت إلى تعديل قوانين الأسرة وخاصة المرتبطة بالمرأة[51]، وفق موجة من التقنينات الحديثة والمتزامنة في العالم الإسلامي[52]. لذا أصبح المشرع

---

[50] وضعية المساواة والمناصفة في المغرب؛ صون غايات وأهداف الدستور وإعمالها، تقرير صدر عن المجلس الوطني لحقوق الإنسان بالمغرب، سنة 2015، منشور كاملا بالموقع الالكتروني للمجلس، ص11

[51] وهو الإطار الذي يندرج ضمنه القانون المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء.

[52] يشار إلى أن موجة التعديلات التي شملت مجال الأحوال الشخصية، شمل مجموعة من الدول الإسلامية، بداية الألفية نتيجة للضغوطات الغربية ولعل أهمها مدونة الأسرة المغربية التي صدرت سنة 2004، وقانون الأسرة الجزائري سنة 2005، وقانون الأحوال الشخصية الأردني سنة 2006 والمعدل سنة 2010.

الأسري ينفتح أكثر على قيم الحرية والحداثة منسلخا؛ عن قيم المحافظة التي تكرس التقليدانية للإرث الفقهي، غير أنه يشار إلى أن هذه الحداثة تبناها الفقهاء أنفسهم؛ وصيغت في تقنين وضعي يؤسس لأسرة حديثة؛ تنفتح على القيم الكونية وحقوق الإنسان، سيما فيما يتعلق بدور المرأة في الحياة الزوجية، وهو الأمر الذي غير القيم والمفاهيم حيث لم تعد بعض الحقوق التي ينفرد بها الأزواج؛ حقا مكتسبا، بل أصبحت ضررا قائما يعاقب عليه القانون، بل غذت بعض القيم الكونية تشكل حقوقا ثابتة عند مخالفتها؛ يتضرر الطرف الآخر ويطالب بحق جبر الضرر والتعويض عنه، بل يصل أحيانا إلى المتابعة الجنائية للزوج المتسبب في ذلك، ويتجلى ذلك في العديد من النقاط ولعل أهمها إنفتاح مدونة الأسرة على الاتفاقيات الدولية التي تحمي الإرادة.

إن الانفتاح على قيم حقوق الإنسان وتشديد القضاء على إعتبار منافاة التصرفات والسلوك – الصادر عن أحد طرفي الزوجية تجاه الآخر– لحقوق الإنسان أمر واضح من خلال الموجة الجديدة للأحكام القضائية الحديثة، حيث اعتبروا المرجعية الكونية منهلا للقضاء بعدم شرعية بعض هذه الممارسات واعتبارها ضررا قائما يستوجب التعويض، وهو ما قضت به المحكمة الابتدائية بطنجة[53]؛ ونفس الاتجاه سلكه المحكمة الابتدائية بزاكورة[54].

خاتمة

من خلال ما سبق نستخلص أن المشرع الأسري خطا خطوة جبارة من خلال سعيه إلى التخلص من إرث متشدد قوض حرية المرأة وجعلها تابعة لزوجها، ففتح كوة صغيرة يمكن أن تساهم في بناء مجتمعها، غير أن العمل القضائي وخاصة منه الوفي للنزعة الذكورية ما يزال يربك حسابات المتفائلين بمستقبل زاهر للنساء، لهذا وجب على المشرع قطع دابر هذه الممارسات بتعديل نصوص المدونة استجابة للتطور الذي يعيشه المجتمع.

[53] حكم المحكمة الابتدائية بطنجة قسم قضاء الأسرة عدد 320 في الملف عدد 2016/620/1391، الصادر بتاريخ 30 يناير 2017.

[54] حكم المحكمة الابتدائية بزاكورة الصادر بتاريخ 25 ماي 2017.

8/7

المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية

مجلة نصف سنوية محكمة

Revue Marocaine pour la Gouvernance Juridique et Judiciaire

المدير المسؤول:
عبد الرحيم أضاوي

رئيس التحرير:
مروان عبادي

2020

المجلة المغربية للحكامة القانونية والقضائية مجلة نصف سنوية محكمة

8/7

دراسات وأبحاث

- تعليل القرارات الإدارية بين الإلزامية القانونية والتمسك بتحقيق المصلحة العامة "قراءة في بعض قرارات الإعفاء الصادرة عن وزارة التربية الوطنية" — د. مذكري فؤاد
- تطبيقات مبدأ التفريع وإشكالاته القانونية ضمن سياسة اللاتمركز الإداري — د. عادل قيم
- أزمة تدبير المدن الكبرى بالمغرب: الأصول والتداعيات والمخارج — د. عبد الرفيع زعنون
- ظاهرة التهرب الضريبي مقاربة سوسيو - قضائية — ذة. فاطمة نسازي
- المنظومة الجبائية الترابية والأدوار الجديدة للجماعات الترابية — ذة. يسرى خي وذ. هشام زوير
- المراقبة الإدارية على الجماعات الترابية في ظل القوانين التنظيمية — د. اعمردو المصطفى
- قراءة في النظام القانوني لتدبير الجماعات الترابية للمجال الرياضي على ضوء مبدأ الحكامة الجيد — ذ. عبد اللطيف التداوي
- دراسة تحليلية للمساطر الخاصة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة "بين ظهير 30 يونيو 1963 المتعلق بضم الأراضي الفلاحية بعضا إلى بعض وظهير 17 يونيو 1992 المتعلق بالتعمير" — ذ. سمير لعوان
- دور الهيئات الاستشارية في صناعة القرار السياسي بالمغرب — ذ. الحسن أشهبار
- الإدارة الاقتصادية الترابية: المراكز الجهوية للاستثمار من مرحلة التأسيس والتأصيل إلى مرحلة الإصلاح والتكريس (قراءة أولية في قانون رقم 18.47) — د. محمد أكريملز
- نظام تأديب السجناء في قانون السجون المغربي — د. عبد الجليل عيتومي
- قراءة في مذكرة نادي قضاة المغرب حول مدونة الأخلاقيات القضائية — د. أنس سعدون
- المرأة في القانون الأسري المغربي بين التحرر من قيود المالكية والانفتاح على الاتفاقيات الدولية — د/ كمال بلحركة وذ/ سعيد العيطوري
- الامتداد القانوني لعقد الكراء كاستثناء القواعد العامة في التعاقد — د. مصطفى بن سعيدي
- التقادم الجنائي وإشكالاته — د. يوسف أديب
- تنازع القوانين في الأموال العقارية — ذ. هشام زريوح
- العلامة المشهورة: حماية بمعالم خاصة — ذ. محمد الديب

قرارات محكمة النقض

مطبعة الأمنية - الرباط -

90 درهما