ولعل السبب الرئيسي في ذلك - أي في تنظيم الحقوق المالية إلى جانب الحقوق الأسرية - دون تمييز هو أن تلك التشريعات - وبخلاف الوضع عندنا - اتخذت العلمانية مذهبا لها، ففصلت مبكرا، بين الدين والدولة(4)، حيث انعكس ذلك بصفة جلية ومباشرة على القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين أفراد مجتمعاتها، بل وانعكس ذلك بالخصوص حتى على مصادرها المادية، بل وعلى مواقف قضائها كذلك(5).

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

وانظر من أجل التوسع:

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

Scanned by CamScanner

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

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

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

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

---

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

— J. Rubellin - Devichi, "La condition juridique de la famille de fait en France", la semaine juridique, 1986, 1, 3241.

وانظر للاطلاع على جوانب من الموضوع:

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

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

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

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

Scanned by CamScanner

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

---

(9) ينص الفصل 171 من القانون المدني الفرنسي كما تم تغييره سنة 1959 على ما يلي :

« يمكن لرئيس الجمهورية أن يرخص لأسباب خطيرة في إبرام الزواج في حالة ما إذا توفي الخاطب بعد إتمام الإجراءات الرسمية التي تعبر بدون التباس عن رضاء بالزواج ».

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

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

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

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

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

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

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

وكان هذا هو السبب لوضع المقتضيات أعلاه.

ولمزيد من الإيضاح حول هذا النوع من الزواج انظر :

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

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

وانظر كذلك :

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

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

Scanned by CamScanner

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

وهذا قليل من كثير.

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

ثانيا - مضمون القانون المدني في الدول العربية :

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

- الآيتان 165 و166 من سورة الشعراء.

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

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

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

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

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

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

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

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

غير أنه إذا كان سن المجني عليها يقل عن ثمان عشرة سنة، أو كانت عاجزة أو معاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية أو حاملا، فإن الجاني يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة».

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

Scanned by CamScanner

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

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

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

ولم تحد المملكة المغربية عن تلك القاعدة.

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

---

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

(14) فبالإضافة إلى الفصول 82 و172 و216 و297 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، نصت المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه:

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

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

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

وهذا النظام يكون يحترم حرمة السلطان وشرفه المادي وكذلك الحالة الدينية وتأسيسها والشعائر الإسلامية وخصوصا تأسيسات الأحباس، كما يكون هذا النظام محتويا على تنظيم مخزن شريف مضبوط...».

Scanned by CamScanner

Scanned by CamScanner

وفي الوقت الراهن، ينص الفصل السادس من دستور المملكة على أن : «..الإسلام دين الدولة ... » وينص الفصل 106 منه على أن الإسلام كعقيدة للمجتمع المغربي لا يقبل المراجعة، بالإضافة إلى أن العديد من نصوص القانون المدني نفسه تجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية نظاما عاما لها، وتحيل على أحكامها في العديد من المسائل(16).

وإذا كانت قوانيننا لم تتأثر كثيرا، من الناحية الموضوعية، على الأقل، بقوانين الغرب في هذا المجال، فإن التأثير بات بارزا على مستوى العادات والتقاليد والأخلاق، علما بأن هذا التأثير الأخير كان سلبيا غير إيجابي، مس الأسرة أحيانا في أهم مقوماتها.

ثالثا ـ مضمون "القانون المدني" المغربي :

نستطيع التأكيد على أن «القانون المدني المغربي»، وهو مصطلح لم يكرسه المشرع، يتكون من ثلاث مدونات، بالإضافة إلى أحكام الفقه المالكي التي تحكم ما يتصل بالحقوق العينية المرتبطة بعقارات غير محفظة، وما تحيل عليه بعض النصوص التشريعية المدنية الأخرى، لما صراحة ولما ضمنا، مما يعتبر في عرف رجال القانون من

1 - قانون الالتزامات والعقود :

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

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

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

ويضاف إلى ذلك المستجدات المتعلقة بالتوثيق الإلكتروني.

انظر حول الموضوع:

- ظهير رقم 129-7-1 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والذي غيّر مقتضيات عديدة في قانون الالتزامات والعقود.

(18) ختم هذا الظهير بمراكش في 12 غشت 1913 وصدر الأمر بتنفيذه في 30 غشت 1913 ونشر بالجريدة الرسمية رقم 46 بتاريخ 12 شتمبر 1913، ص. من 78 إلى 112.

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

(19) لأخذ فكرة عن الموضوع، انظر بالخصوص :

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

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

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

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

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

Scanned by CamScanner

جوانب القانون المدني المغربي(21)، بل شريعة عامة يلتجئ إليها القاضي لسد الفراغ العالق ببعض فروع القانون الخاص الأخرى كالقانون التجاري وقانون الشغل ومختلف القوانين العقارية، بل والقانون العام في بعض الأحيان (مثلا الفصلان 79 و80 من ق.ا.ع).

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

Scanned by CamScanner

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

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

2 ـ التشريع العقاري : مدونة الحقوق العينية (2011)

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

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

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

---

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

(24) جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط:

— "La loi applicable aux litiges interessant la propriété d'un immeuble non immatriculé est la loi musulmane..."

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

وجاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بخصوص نازلة مغربية:

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

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

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

(26) جاء مثلا في قرار للمجلس الأعلى :

Scanned by CamScanner

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

3 ـ الفقه المالكي :

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

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

- قرار 18 أكتوبر 1978، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 67 وما بعدها.

راجع لمزيد من الإيضاح بهذا الخصوص:

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

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

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

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

ومن البديهي أنه لا يمكن الحديث في الشرع الإسلامي عن أصدقاء المرأة وإن كان يصح الحديث عن صديقاتها.

(28) انظر ترجمة الإمام مالك في القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، طبعة الأوقاف، ج.1، ص. 104 وما بعدها.

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

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

وهذا ما أكده علال الفاسي بقوله :

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

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

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

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

- محمد رياض، م.س، ص 89.

Scanned by CamScanner

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

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

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

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

---

(29) راجع في هذا الصدد بالخصوص :

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

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

(30) انظر للتوسع حول هذه الفكرة:

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

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

Scanned by CamScanner

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

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

---

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

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

(33) جاء مثلا في قرار للمجلس الأعلى:

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

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

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

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

(34) راجع حول الموضوع:

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

Scanned by CamScanner

4 ـ مدونة الأحوال الشخصية :

أ ـ وضع مدونة الأحوال الشخصية الملغاة :

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

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

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

---

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

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

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

Scanned by CamScanner

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

1 ـ ظهير 22 نونبر 1957 بشأن الزواج وانحلال ميثاقه.

2 ـ ظهير 18 دجنبر 1957 بشأن الولادة ونتائجها.

---

(36) أحدثت هذه اللجنة بالظهير الشريف الصادر في 19 غشت 1957، وقد جاء في مقدمته ما يلي:

« وحيث إن مادة الفقه الإسلامي بغزارتها ودقتها وتشعبها يمكن أن يؤدي النظر فيها إلى تأويلات عديدة.

«وحيث إنه أصبح من الضروري الأكيد جمع أحكام الفقه الإسلامي في مدونة تيسر وتسهل إجراء العمل به وتطبيق مقتضياته، ورعيا لما في ذلك من الفائدة للمتحاكمين والنتيجة الحسنة لسير القضاء».

وتطبيقا لهذا الظهير صدر مرسوم 21 غشت 1957 يحدد أعضاء اللجنة المذكورة وهم:

1 ـ سيدي محمد بن العربي العلوي.

2 ـ سيدي المختار السوسي.

3 ـ سيدي علال الفاسي.

4 ـ سيدي محمد داود.

5 ـ سيدي أحمد البدراوي.

6 ـ سيدي عبد الرحمان الشفشاوني.

7 ـ مولاي المهدي العلوي.

8 ـ مولاي عبد الواحد العلوي.

9 ـ سيدي الحسين بن البشير.

10 ـ سيدي حماد العراقي.

وانظر للزيادة في الإيضاح حول هذا الموضوع :

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

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

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

راجع حول الموضوع:

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

ـ علال الفاسي، دفاع عن الشريعة، الطبعة الأولى، 1966، ص. 17 وما بعدها.

Scanned by CamScanner

3 ـ ظهير 25 يناير 1958 بشأن الأهلية والنيابة الشرعية.

4 ـ ظهير 20 فبراير 1958 بشأن الوصية.

5 ـ ظهير 3 أبريل 1958 بشأن الميراث.

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

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

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

---

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

(38) جاء في مطلع الفصل 19 من الدستور:

«الملك أمير المومنين...».

وإمارة المومنين هي التي تعطي للملك سلطة الهيمنة على الحقل الديني بالمغرب.

وانظر حول الاختصاصات الدينية للملك:

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

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

ـ عبد الالاه فونتير، م.س.، الجزء الثالث، ص. 14.

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

ـ محمد أشركي، م.س.، بنفس الموضع.

Scanned by CamScanner

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

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

ب ـ تغيير وتتميم بعض أحكام مدونة الأحوال الشخصية :

صدر الظهير بمثابة قانون تحت رقم 347ـ93ـ1 المؤرخ في عاشر شتمبر 1993 يغير ويتمم بعض فصول قانون الأحوال الشخصية(39).

وقد انصبت التغييرات أعلاه على المواضيع التالية:

1 ـ حضور الزوجة عند إبرام عقد الزواج وتوقيعها عليه (الفصل 5).

2 ـ إلغاء ولاية الإجبار على المرأة (الفصل 5 و 12).

3 ـ إمكانية زواج اليتيمة الرشيدة بدون ولي (الفصل 12).

4 ـ إذن القاضي لمن يريد أن يعدد زوجاته (الفصل41).

5 ـ الإدلاء بشهادة طبية من طرف الراغبين في الزواج (الفصل 41).

6 ـ إذن القاضي لمن يريد أن يطلق (الفصل 48).

7 ـ مراعاة الضرر الذي أصاب المطلقة عند تقدير المتعة (الفصل 52 المكرر).

8 ـ تحديد السن الذي تنتهي فيه الحضانة (الفصل 102).

9 ـ تخويل الحضانة للأب بعد سقوطها عن الأم مباشرة (الفصل 99).

10 ـ تقدير النفقة عن طريق الخبرة (الفصل 119).

11 ـ إعطاء الولاية للأم بعد موت الأب أو فقد أهليته (الفصل 148).

(39) الجريدة الرسمية تحت عدد 4222 الصادرة في 29 شتمبر 1993.

Scanned by CamScanner

12 ـ إحداث مجلس للعائلة (الفصل 156 مكرر) وقد تم تنظيمه بواسطة مرسوم(40).

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

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

---

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

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

1 ـ محمد حكم،

2 ـ طاهر البعاج،

3 ـ عبد العلي العبودي،

4 ـ عبد الكريم الداودي،

5 ـ محمد ميكو،

6 ـ شبيهنا حمداتي،

7 ـ عزالدين السقاط،

8 ـ محمد اليوسوفي،

9 ـ محمد البراوي،

10 ـ محمد بن معجوز المزغراني،

11 ـ حسن السايح،

12 ـ أحمد الخمليشي،

13 ـ عبد الوهاب التازي سعود،

14 ـ مولاي ادريس العلوي العبدلاوي،

15 ـ محمد العثماني،

16 ـ أحمد أفزاز،

17 ـ أحمد بن سودة،

18 ـ عبد الهادي بوطالب،

19 ـ مولاي مصطفى بلعربي العلوي،

20 ـ عبد الكبير العلوي المدغري.

Scanned by CamScanner

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

ج - وضع مدونة الأسرة بالقانون رقم 70 - 03 :

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

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

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

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

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

وقد عرض المشروع الأولي على مجلس وزاري انعقد خصيصا له يوم 12 دجنبر 2003.

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

(42) ظهير شريف رقم 1.04.22 في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون 70-03 بمثابة مدونة الأسرة.

Scanned by CamScanner

نشره بالجريدة الرسمية الصادرة في 5 فبراير 2004 ، حيث دخل من توه إلى حيز التنفيذ(43).

رابعا ـ نطاق تطبيق مدونة الأسرة من حيث الأشخاص:

1 ـ الوضع بالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة وقانون الجنسية قبل تعديله :

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

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

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

1 ـ يحرم عليهم تعدد الزوجات.

2 ـ لا تطبق عليهم القواعد المتعلقة بالرضاع.

3 ـ يجب أن يصرح بتطليقهم، بطريقة قضائية بعد إخفاق محاولة التوفيق بين الزوجين وإجراء بحث حول أسباب طلب الفراق.

وفي حالة الخلاف يرجح قانون الزوج أو الأب».

يستفاد من هذا النص أن هناك أصنافا ثلاثة من المغاربة:

أ ـ المسلمون المغاربة ويخضعون لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

ب ـ اليهود المغاربة ويخضعون لقانون الأحوال الشخصية العبري.

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

Scanned by CamScanner

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

ولم يعد للمقتضى أعلاه محل لاعتبارين:

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

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

2 - الوضع بالنسبة لمدونة الأسرة:

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

«تسري أحكام هذه المدونة على :

1 - جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى.

2 - اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة بـ 28 يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين.

3 - العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا.

4 - العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية».

وبمقارنة أحكام هذه المادة مع الأحكام المضمنة بالفصل الثالث (الملغى) من قانون الجنسية نستنتج ما يلي:

- يتفق الفصل الثالث من ظهير 6 شتمبر 1958 الملغى مع المادة الثانية من مدونة الأسرة على الإعلان عن وجود مدونتين للأسرة بالمغرب، إحداهما خاصة بالمغاربة المسلمين وأخراهما خاصة بالمغاربة اليهود(46)، أما غير المسلمين وغير

---

(44) للتعمق حول هذا النص انظر:

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

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

(46) راجع في هذا الصدد قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 6 يونيو 2000، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج 57 و58، ص. 140 وما بعدها.

وكذلك قرار محكمة الاستئناف بمراكش الصادر بتاريخ 26 فبراير 2001، منشور بمجلة المناهج، العدد المزدوج 5 و6، ص. 211 وما بعدها.

Scanned by CamScanner

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

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

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

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

خامسا - فكرة عن قانون الأحوال الشخصية المغربي العبري:

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

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

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

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

---

(47) ذلك أن الفصل 12 من اتفاقية جنيف Genève المؤرخة في 28 يوليوز 1951 يقضي بأن اللاجئ يخضع لقانون الأحوال الشخصية للبلد الذي اتخذه موطنا له.

- راجع في الموضوع قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الصادر في 16 دجنبر 1980، منشور بالمجلة المغربية للقانون R.M.D، العدد الأول، ص. 49 وما بعدها.

Scanned by CamScanner

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

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

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

يطلق على عقد الزواج عند اليهود مصطلح "كيتوبا". وهو يكتب بخط جميل جدا بواسطة قلم من قصب أو ريشة طير بحيث يحاكي الكيفية التي يكتب بها الثوراة عادة.

ولا يختلف الزواج عند اليهود عن الزواج عند المسلمين إلا بخصوص الصداق الذي يكون ضخما جدا، يبدأ عندهم بـ «ستة وعشرين مليون»(51) أو ضعفه، أو

---

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

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

«1 . النظام القشتالي :

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

2 . النظام الموساوي التقليدي (المستقى من التلموذ والأعراف المحلية):

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

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

وانظر من أجل التوسع حول الفكرة:

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

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

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

(51) وحقيقة ستة وعشرين جاءت من أن أسماء الله الحسنى في الثوراة عددها ستة وعشرون.

Scanned by CamScanner

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

ويطلق على عقد الطلاق عندهم مصطلح "كيط".

والطلاق في الشريعة اليهودية بيد الزوج، ولكنه يحتاج إلى قبول من الزوجة.

إذا امتنعت الزوجة عن قبول الطلاق، وأصرّت على ذلك الامتناع، وظهر للقضاء أنها متعسفة في موقفها، يمنح استثناء للزوج إذن بالزواج بأخرى، وهي حالة نادرة الوقوع في الحياة العملية.

والطلاق كالزواج في قانون الأحوال الشخصية العبري تصرّف شكلي، أي يجب أن يُدَوّن وبدقة، وأبسط الأخطاء، ولو المادية، تقتضي إعادة كتابته.

ونشير إلى أن القانون المغربي يزخر بأبحاث فقهية(53) تتناول مواضيع تتصل بقانون الأحوال الشخصية العبري، أنجز بعضها من طرف يهود مغاربة وأنجز بعضها الآخر من طرف غيرهم.

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

فقرة ثانية ـ تعريف الأحوال الشخصية وتكييف مسائلها:

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

* قسم العبادات :

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

---

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

(53) ومن هذه الأبحاث :

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

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

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

* قسم المعاملات :

وهي تتضمن الأحكام التي تنظم العلاقات بين الأفراد، وتضم المعاملات المدنية والتجارية والمناكحات والعقوبات من حدود وقصاص وتعازير.

ويندرج تحت مصطلح المناكحات كل ما يتصل بالزواج وبالطلاق وبآثارهما، وهي الأمور التي تدخل عادة ضمن ما يصطلح على تسميته في الوقت الراهن بالأحوال الشخصية(54).

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

أولا - تعريف الأحوال الشخصية :

1 - في القانون المصري :

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

---

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

(55) معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986، ص 11.
فمصطلح الأحوال الشخصية اصطلاح لم يكن معروفا عند الفقهاء، ولا يوجد له ذكر في كتب الفقه. ولكنه اصطلاح ورد في الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر وقت أن كان هذا الفقه يبحث مشكلة تنازع قانونين كانا قائمين وقتذاك، هما القانون الروماني باعتباره القانون العام الذي يحكم كل إقليم إيطاليا، والثاني القانون المحلي الذي كان يحكم حدود إقليم معين. وقد سمى الفقهاء الإيطاليون الأول منهما «قانون» والثاني «حال»، ويجمع على أحوال.
وقد قسمت هذه الأحوال فيما بعد إلى قسمين، أحدهما أحوال تتعلق بالأشخاص وثانيهما أحوال تتعلق بالأموال وتحكم الروابط المالية. ثم استقر الإصطلاح الأول وسمي الأحوال الشخصية، أما الاصطلاح الثاني فقد سمي بالأحوال العينية. وقد شاع الاصطلاحان حاليا في قانون كل دولة من الدول.
. فؤاد جاد الكريم محمد، م.س. ص 99 و 100.

Scanned by CamScanner

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

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

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

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

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

---

(56) ويرجع سبب اهتمام القانون المصري بتعريف الأحوال الشخصية إلى وجود محاكم شرعية مختصة بالنظر في النزاعات الخاصة بها، إلى جانب محاكم مدنية تنظر في النزاعات المالية.

(57) أشار إليه سمير عبد السيد تناغو في مؤلفه حول النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالأسكندرية، 1973، ص 274.

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

Scanned by CamScanner

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

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

---

(59) الدوطة La dot نظام مسيحي خالص يتمثل في مال تقدمه المخطوبة أو أبوها أو أحد أقاربها إلى الخاطب قصد المساهمة في تحمل الأعباء الزوجية.

والدوطة قد تتخذ صورة مبلغ من النقود غالبا، وإن كان لا مانع يمنع من أن تتخذ صورة أي مال آخر منقولا كان أو عقارا.

جاء في القاموس القانوني الفرنسي :

— "Dot:

1 - ...

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

وفي فرنسا، فإن نظام الدوطة قد ألغي بالقانون رقم 65.570 الصادر في 13 يوليوز 1965.

صحيح أن هناك بعض النصوص المغربية التي تتحدث عن نظام الدوطة، ومن ذلك مثلا الفصل 163 من التشريع المطبق على العقارات المحفظة وقد جاء فيه:

« الرهن الإجباري هو المخول بحكم قضائي بدون رضى المدين ولا يخول إلا في الحالات الآتية:

أولا : للقاصرين والمحجورين لضمان أوليائهم على أملاك هؤلاء الأولياء.

ثانيا : للزوجة على أملاك زوجها ضمانة لما أتت به في مهرها. الدوطة...».

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

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

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

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

Scanned by CamScanner

ولا نؤيد هذا الفقه فيما ذهب إليه إذ أن هناك اختلافا جوهريا بين التعريف القضائي والتعريف التشريعي المصريين من حيث إن التعريف الأول قد أخرج المسائل المالية من نطاقه، وإن كانت من آثار عقد الزواج، بخلاف التعريف الثاني الذي أدرجها في مجال الأحوال الشخصية.

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

2 - في القانون المغربي :

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

1 - الزواج.

2 - انحلال ميثاق الزوجية.

3 - الولادة ونتائجها.

4 - الأهلية والنيابة الشرعية.

5 - الوصية.

6 - الميراث.

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

---

(62) عبد الخالق أحمدون، م.س.، ص. 50.

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

... "Statut personnel:

Scanned by CamScanner

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

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

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

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

---

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

— G. Cornu, op. cit., p. 781.

(64) ينص هذا الفصل قبل تعديله بالقانون رقم 72-03 على أنه :

«يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوي الآتية :

1 - ....

2 - القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية والنيابات القانونية.

3 - القضايا المتعلقة بفاقدي الأدلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائبا أو مؤازرا لأحد الأطراف.

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

(65) قرار 16 مارس 1977، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 126، ص. 143.

. قرار 12 أبريل 1983، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 132، ص 142 وما يليها.

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى:

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

- قرار صادر بتاريخ 21 ماي 1977، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 26، ص 127.

Scanned by CamScanner

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

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

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

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

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

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

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

ولمزيد من الإيضاح حول الموضوع انظر:

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

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

- أستاذنا أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مكتبة المعارف، 1987، ص 11 وما يليها.

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

«يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية:

1 - ...

2 - القضايا المتعلقة بالأسرة...».

Scanned by CamScanner