الجمعيـة الديمقراطيـة لنسـاء المغـرب
ⵜⴰⵎⴰⵡⴰⵙⵜ ⵜⴰⵏⴰⵎⵓⵔⵜⵉⵜ ⵏ ⵜⵍⵍⴰⵙ ⵏ ⵍⵎⵖⵔⵉⴱ
Association Démocratique des Femmes du Maroc
ONG dotée du statut consultatif auprès du conseil Économique et social des Nations Unies
هيئة استشارية معتمدة لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة

مدونة الأسرة بين النص والتطبيق من خلال العمل القضائي لمحكمة النقض

يناير 2019

الجمعيـــة الديمقراطيـــة لنســـاء المغـــرب
ⵜⴰⵎⴰⵡⴰⵙⵜ ⵜⴰⵏⴰⵎⵓⵔⵜⵉⵜ ⵏ ⵜⵎⵓⵔⵉⵜⵉ ⵏ ⵍⵎⵖⵔⵉⴱ
Association Démocratique des Femmes du Maroc
ONG dotée du statut consultatif auprès du conseil Économique et social des Nations Unies
هيئة استشارية معتمدة لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة

مدونة الأسرة

بين النص والتطبيق

من خلال

العمل القضائي لمحكمة النقض

يناير 2019

Dépôt Légal : 2019MO0260
ISBN : 9785-14-652-9954-

شكر

تتوجه الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب بخالص شكرها للأستاذة عتيقة الوزيري التي ساهمت في إنجاز هذه الدراسة.

كما تعرب عن خالص امتنانها للأستاذين مصطفى الناوي وأنس سعدون على مساهماتهما القيمة خلال مراحل إعداد هذا العمل، ولكافة الفعاليات من باحثات وباحثين وقانونيات وقانونيين على إغنائهم لمخرجات هذه الدراسة حول الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض، خصوصا فيما يتعلق بالتوصيات والمقترحات.

وتعرب كذلك عن امتنانها للسفارة الهولندية بالمغرب على دعمها لهذا العمل.

الفهرس

تمهيد 5

تقديم 7

الفصل الاول :
الزواج بين القاعدة والاستثناء من خلال النص والتطبيق 22
المبحث الأول: سن الزواج 24
المبحث الثاني: ثبوت الزوجية 35
المبحث الثالث: تعدد الزوجات 45

الفصل الثاني:
الحقوق المالية المترتبة عن انفصام العلاقة الزوجية 56
المبحث الأول: التطليق للشقاق بمبادرة من الزوجة 56
المبحث الثاني: تدبير الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية 64

الفصل الثالث: النيابة الشرعية 74

خلاصات 79

توصيات 88

بيبليوغرافيا الوثائق والمراجع 93

الملحق 96

تمهيد

أتت فكرة إعداد دراسة خاصة بالعمل القضائي لمحكمة النقض في مجال مدونة الأسرة، في إطار انشغال الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب بالإشكاليات التي طرحتها مدونة الأسرة على مستوى النص في حد ذاته، وتطبيقاته وعلى مستوى دور الجمعية في تتبع الإجراءات المسطرية والأحكام الصادرة عن القضاء المغربي بخصوص القضايا المعروضة أمامه، ابتدائيا واستئنافيا ونقضا، تلك القضايا المتعلقة بعدد من مواد مدونة الأسرة، التي مافتئت تعرض بشانها دعاوى وشكايات من أجل طلب الانتصاف، على رأسها سن الزواج، الذي انتبهت بشانه الجمعيات إلى تفاقم ظاهرة زواج القاصرات وثبوت الزوجية، وما نتج عنه من تحايلات أفرغت المادة من غايتها المحددة في الزمن وتعدد الزوجات، الذي طبعت طلباته بتبريرات تمس كرامة النساء وحقهن في الحماية والتطليق للشقاق واقتسام الممتلكات والنيابة الشرعية.

لذا، إن توجيه البوصلة نحو قرارات محكمة النقض التي تناولت بعض النوازل بهدف البحث عن مدى ملاءمة تلك القرارات للدستور والمواثيق الدولية التي صادق عليها المغرب، لمن شانه أن يكمل حلقة التحليل التي أطلقتها الجمعية المرتبطة بهاجس البحث عن مكمن الخلل في الترسانة القانونية والعراقيل التي تحول دون تمتع النساء بحقوقهن الأساسية.

إن توجه الجمعية إلى البحث في الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض، باعتبارها محكمة قانون وتحليل هذه الأحكام

ودراستها من منطلق دفاعها عن المساواة ومحاربة كل أشكال التمييز ضد النساء، لمن شأنه أن يقدم للقارئ(ة) صورة واضحة عن تطور الاجتهاد القضائي المغربي واستجابته لمطالب الجمعيات النسائية التي انتبهت إلى الخلل الذي أفصحت عنه مدونة الاسرة على مستوى الفجوات التي تضمنها النص وعمقتها تطبيقات القضاء.

لقد تطلب إنجاز هذا العمل مجهودا مضاعفا للوصول إلى القرارات التي تمحورت حولها فرضيات الدراسة بسبب شح المعلومة، وصعوبة الولوج إليها، إلا أنه رغم ذلك انتهت الدراسة إلى خلاصات واستنتجات عميقة وتوصيات دقيقة، لا شك أنها ستكون سندا لمطلب المراجعة الذي تدعو إليه الجمعية على مستوى المفاهيم واللغة والمقتضيات ومساطر التطبيق.

الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب بالرباط

تقديم

تشكل مدونة الأسرة في أبعادها القانونية والاجتماعية والحقوقية وفي تطبيقاتها القضائية وغيرها موضوعا ومادة للكثير من الاجتهاد والنقاش وأحيانا السجال الفكري. وبما أن المدونة تصبو في جوهرها ومبدئها ومنتهاها إلى تحقيق المساواة بين النساء والرجال، فإن الأمر غالبا ما يؤول إلى نقاش حول الصعوبات والعوائق الاجتماعية والاقتصادية والقانونية التي تحول دون تحقق المساواة المذكورة على أرض الواقع، والتي تكرس نوعا من الدونية وازدواجية المعايير وتساعد من ثم على التمييز ضد النساء.

وفي هذا الإطار ارتأينا في الجمعية الديموقراطية لنساء المغرب أن ننجز هذه الدراسة من أجل تحليل بعض مقتضيات مدونة الأسرة التي تطرح إشكاليات كبرى من خلال التركيز على جانب واحد، هو العمل القضائي لمحكمة النقض في مجال تطبيق مدونة الأسرة وتفسيرها، على اعتبار أنها أعلى هرم للسلطة القضائية ومحكمة قانون، ومن المفروض فيها أن تسهر على توحيد الرؤية القانونية ومنهج القراءة القانونية للنصوص وتطبيقها.

إن من شأن هذا العمل أن يكشف أكثر من ذلك عن درجة احترام الحقوق الإنسانية للنساء ومستوى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة باعتبارها مبدأ وحقا دستوريين ومكسبا رئيسا من المكاسب التي جاءت بها مدونة الأسرة لسنة 2004.

وبما أنه من الصعب القيام بدراسة شاملة للعمل القضائي لمحكمة النقض في مدونة الأسرة، فإنه سيتم التركيز على موضوعات محددة نظرا للاعتبارات التالية :

- كونها تتصل بمقتضيات جوهرية إن لم نقل استراتيجية في البناء القانوني للمدونة؛
- كونها تتصل بمقتضيات تتضمن قاعدة واستثناء؛
- كونها تستثير المرجعيات الفكرية أو غيرها لدى الأشخاص الموكول إليهم أمر تفسير النصوص المتصلة بها وتطبيقها؛
- كونها تسمح بإبراز الارتباط الوثيق بين ثبات النص وحركية المعنى ؛

وقد اعتمدت الدراسة في معالجة هذه الموضوعات منهجا استقرائيا وتحليليا يقوم أساسا على بسط المقتضيات القانونية ذات الصلة، مع بيان مضمونها، متنا وروحا ومقصدا، ومع عرض الجوانب المسطرية إن وجدت، والشروط والحالات إن وردت.

و يمكن عند الاقتضاء نهج المقارنة مع نص مدونة الأحوال الشخصية السابق من أجل إبراز المستجدات وأسباب النزول والغايات. ثم استعراض العمل القضائي في تباينه أو وحدته كما في انزياحاته حسب الأحوال، وتحليله من خلال تعليلاته ومدى انسجامها مع نصوص المدونة.

واستندت في ذلك على ثمانية عشر قرارا صادرا عن محكمة النقض، تم الحصول عليها من خلال ما هو منشور ومتاح، بارتباط مع الموضوعات المعتمدة في الدراسة.

وفي هذا السياق –لابد من الإشارة– إلى أننا قد وجدنا صعوبة

كبيرة في الحصول على قرارات محكمة النقض خاصة غير المنشورة منها[1]. وهو موضوع أصبح يثير الكثير من الجدل بسبب عدم تيسير الحصول على القرارات من محكمة النقض، مما يفيد أن المعلومة المتعلقة بالعمل القضائي تبقى صعبة المنال رغم وجود بوابة إلكترونية للمحكمة ووجود مكتبة داخل المحكمة[2].

وما دامت الموضوعات المختارة محاور لهذه الدراسة باعتبارها قضايا إشكالية هي زواج القاصر وثبوت الزوجية وتعدد الزوجات واقتسام الممتلكات و التطليق للشقاق بطلب من الزوجة والنيابة القانونية فقد ارتأينا، من أجل تقليص عدد العناوين من جهة ونظرا لوحدة الموضوع دمج ما يتصل منها بسن الزواج وشروطه، وإدراج ما له علاقة بالحقوق المالية ثم النيابة القانونية.

وعلى هذا النحو، فإن الدراسة تحلل بعض نصوص مدونة الأسرة من خلال العمل القضائي بارتباط مع خمس موضوعات تم تقسيمها إلى ثلاثة فصول.

1 يتناول الفصل الأول الزواج بين القاعدة والاستثناء من خلال النص والتطبيق. ويعالج في ثلاثة مباحث سن الزواج وثبوت الزوجية وتعدد الزوجات.

---

1 تبقى مبررات مبادرة المحكمة إلى نشر بعض القرارات دون البعض الآخر غير معلومة، وبالتالي فإن سياسة النشر المعتمدة من لدن المحكمة تبقى غير واضحة الأهداف والمعالم.

2 أثير هذا الموضوع بحدة خلال الدورة الثالثة لمجموعة العمل حول «إصلاح منظومة العدالة» التي نظمتها جمعية عدالة من الحق في الولوج إلى العدالة بشراكة مع الشبكة الأورومتوسطية للحقوق والمنظمة المغربية لحقوق الإنسان والجمعية المغربية لحقوق الإنسان والجمعية الديموقراطية لنساء المغرب والفضاء الجمعوي، يومي 01 و02 شتنبر 2018 بالرباط.

2 ويتطرق الفصل الثاني للآثار المالية المترتبة عن انفصام العلاقة الزوجية، وينقسم إلى مبحثين: خُصِّص أولهما لمصير المستحقات المالية للزوجة في حال ما إذا كانت هي المطالبة بالتطليق للشقاق، ورُصِد الثاني لتدبير الأموال المكتسبة خلال العلاقة الزوجية وما يتصل به من اقتسام الممتلكات عند انفصامها.

3 أما الفصل الثالث فقد خصص للنيابة الشرعية وإشكالاتها، علما بأن القضايا المتصلة بها مباشرة والمعروضة على أنظار محكمة النقض بناء على طلب النقض تكاد تكون في حكم العدم.

وإن دراسة هذه الموضوعات من خلال العمل القضائي لمحكمة النقض وما تطرحه من إشكالات، تسمح باستنتاج خلاصات وبلورة توصيات سنوردها في نهاية الدراسة.

وقبل الشروع في معالجة موضوع الدراسة، ارتأينا أن من الضروري، لاعتبارات عملية وعلمية، إدراج جرد للقرارات القضائية المعتمدة مادة لها مع بيان مراجعها وعناوينها.

سن الزواج بين القاعدة والاستثناء :

ثبوت الزوجية	
مراجع القرار	ملخص القرار
القرار عدد 511 بتاريخ 13 شتنبر 2006 لملف رقم 2005/1/2/581	إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت فيه واقعة الزواج بين الطرفين ثابتة حسب شهادة الشهود الحاضرين واستفسارهم وتأكيدهم حضور حفلة الزفاف، وعللت قضاءها بأن المحكمة الابتدائية استمعت إلى شهادة الشهود بعد أدائهم اليمين القانونية فأكدوا زواج المستأنف بالمستأنف عليها بصداق وولي هو والدها وأنه كان يعاشرها معاشرة الأزواج، كما أكدوا حضورهم حفل الزفاف، وأن كتابة عقد الزواج هو لإثبات تحققه وليس ركنا في العقد، وأنه إن تعذر الإشهاد في حينه اعتمدت المحكمة سائر وسائل الإثبات للتأكد من تحققه ومن ذلك شهادة الشهود المزكاة باليمين،وبذلك تكون المحكمة قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها في الشرع والقانون...

القرار عدد 465 بتاريخ 19 يوليوز 2006 ملف عدد 2006/1/2/67	لئن كانت المادة 16 من مدونة الأسرة أجازت بصفة انتقالية سماع دعوى الزوجية وإثباتها بجميع وسائل الإثبات، ومنها شهادة الشهود، فإنه يجب أن تتوفر الشهادة على النصاب الشرعي المتمثل في شاهدين عدلين أو ما يعادلهما من لفيف يتكون من اثني عشر شاهدا كما هو مقرر في المشهور من الفقه المالكي، والمحكمة لما استندت في إثبات العلاقة الزوجية بين الطرفين على مجرد تصريحات ثلاثة شهود غير عدول تكون قد خرقت القواعد الفقهية المقررة وعرضت قرارها للنقض.
القرار عدد 81 بتاريخ 18 فبراير 2009 ملف عدد 2006/1/2/29	بخصوص الدفع المثار من طرف الطاعن بعدم ذكر السبب القاهر لعدم توثيق عقد الزواج فإن محكمة الموضوع قد ردته وعن صواب بكون الأسباب المشار إليها في المادة 16 من مدونة الأسرة غير محددة في وجود العدول من عدمه، بل هي أسباب تختص محكمة الموضوع بتقديرها حسب ملابسات كل نازلة.

القرار عدد 128 بتاريخ 25 مارس 2009 ملف عدد 2008/1/2/558	المحكمة لما قضت بثبوت الزوجية بناء على شهادة المستمع إليهم دون بيان السبب القاهر الذي حال دون توثيق العقد في إبانه، ودون أن تحقق من تطبيق النصوص القانونية المنظمة للتعدد في مدونة الأسرة، قد خرقت مقتضيات القانون».
القرار عدد 651 بتاريخ 23 شتنبر 2014 ملف عدد 2014/1/2/343	«بمقتضى المادة 10 من مدونة الأسرة فإن أركان الزواج هي الإيجاب والقبول وبتطابقهما يكون الرضى في عقد الزواج إضافة إلى الشروط الأخرى ومنها انتفاء الموانع الشرعية، والمحكمة لما ثبت لها تراضي الطرفين على الزواج واشتهاره كما صرح بذلك الشهود وإنجابهما لولد وعدم وجود موانع وقضت بثبوت الزواج بينهما، فإنها قد طبقت المادة 16 من مدونة الأسرة، وأما ما يتعلق بمسطرة التعدد فإنها تطبق قبل كتابة العقد، أما بعد ثبوت الزواج والبناء بالزوجة ووجود الحمل أو الولد فإنها تصبح متجاوزة».

التعدد	
مراجع القرار	**ملخص القرار**
القرار عدد 331 بتاريخ 23 يونيو 2015 ملف عدد 2015/1/2/276	لما كان الزوج يتوفر على البنات فقط من زوجته الأولى التي وافقت على زواجه من ثانية، وأن رغبته في إنجاب مولود ذكر لا يوجد ما يمنعها لا قانونا ولا فقها، فإن المحكمة لما قضت برفض طلب التعدد رغم ثبوت كافة الشروط الواردة في المادتين 40 و41 من مدونة الأسرة بما فيها المبرر الموضوعي والاستثنائي، يكون قرارها غير مرتكز على أساس.
القرار عدد 439 بتاريخ 23 غشت 2011 ملف عدد 2011/1/2/154	تعدد الزوجات – تدليس– المطالبة بفسخ عقد زواج الضرة. لئن ثبت تدليس الزوج بإدلائه بتصريح كاذب بخصوص وضعيته الاجتماعية تسهيلا لعقده على امرأة ثانية دون احترام مسطرة التعدد،فإن القانون، وإن جرم فعله، فلم يخول الزوجة الأولى طلب فسخ عقد زواج ضرتها، ويبقى للزوجة الثانية وحدها الحق في المطالبة بطلان عقد زواجها، إذا ارتأت ذلك، وأثبتت أن رضاها شابه عيب من عيوب الرضا.

القرار عدد 494 بتاريخ 24 يونيو 2014 ملف عدد 2013/1/2/ 220	كون الدعوى مؤطرة وفق مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة المتعلقة بسماع دعوى الزوجية دون المادة 42 من نفس القانون المتعلقة بمسطرة التعدد التي ليس فيها موافقة الزوجة الأولى والتي أصبحت متجاوزة بوجود زواج بين المطلوبين وانجابهما خلاله لإقرارهما معا في مقالهما الافتتاحي وفي جلسة البحث بوجود علاقة زوجية بينهما حضرها الجيران والفقهاء وحددوا الصداق وتمت قراءة الفاتحة وقدرت السبب الذي حال دون توثيق عقد الزواج في إبانه والمتمثل في قرب إنهاء رخصتهما السنوية وضرورة التحاقهما بالعمل بإسبانيا إضافة إلى بعد مقر قنصلية المغرب بإسبانيا عن مقر سكناهما، يجعل القرار المطعون فيه معللا بما فيه الكفاية ولم يخرق المادة المحتج بها.
القرار عدد 60 بتاريخ 10 فبراير 2015 ملف عدد 2014/1/2/572	طلب الإذن بالتعدد– حكم ابتدائي بالرفض – قرار استئنافي بإلغائه وبعد التصدي الإذن بالتعدد – عدم قابليته لأي طعن. بمقتضى المادة 44 من مدونة الاسرة، فإن المقررات القضائية التي تأذن بالتعدد لا تقبل أي طعن. والقرار الاستئنافي لما قضى بإلغاء الحكم الابتدائي، وبعد التصدي الإذن بالتعدد، فإنه لا يقبل أي طعن.

الحقوق المالية المترتبة عن انفصال العلاقة الزوجية

التطليق للشقاق	
مراجع القرار	ملخص القرار
القرار عدد 427 بتاريخ 10 شتنبر 2008 ملف عدد 2007/1/2/61	ضرر – تعويض–. في حالة الحكم بالتطليق للشقاق فإن المحكمة تراعي مسؤولية كل من الزوجين عن الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر، والثابت أن الزوج تشبث بزوجته ورفع ضدها دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية، وأنها هي التي أصرت على التطليق للشقاق، والمحكمة لما قضت بأدائها لفائدة الزوج تعويضا عما لحقه من ضرر وحددته في إطار سلطتها التقديرية، معتمدة في ذلك على مسؤوليتها الكاملة في التطليق للشقاق وما تكبده الزوج من مصاريف لإقامة حفل الزفاف وتجهيز العروس والضرر المعنوي الذي أصابه تكون قد بنت سلطتها على الوثائق المدرجة بالملف وعلى البحث الذي أجرته في القضية.
القرار عدد 433 بتاريخ 21 شتنبر 2010 ملف عدد 2009/1/2/623	لا تستحق المطلقة المتعة بل التعويض عند ثبوت مسؤولية الزوج عن الفراق.

القرار عدد 239 بتاريخ 25 مارس 2014 ملف عدد 2013/1/2/42	مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة تتعلق بالطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته ويلى زوجته ويراعي فيه أسبابه ومدى تعسفه، ومن المقرر فقها كذلك أنه لا متعة في كل فراق تختاره المرأة والمحكمة لما قضت للزوجة بالمتعة رغم أنها هي التي طلبت التطليق للشقاق تكون قد خرقت القانون والفقه المالكي.
القرار عدد 58 بتاريخ 10 فبراير 2015 ملف عدد 2015/1/2/468	مستحقات الفراق – الزوجة هي طالبة التطليق للشقاق– عدم أحقيتها في المتعة. حكم أجنبي – حجية الوقائع التي تثبتها. من المقرر فقها وقضاء أنه لا متعة في كل فراق تختاره المرأة ولا الفراق بالفسخ ولا المختلعة ولا الملاعنة، والمحكمة لما قضت بمتعة المطلوبة رغم إنها هي التي سعت إلى إنهاء العلاقة الزوجية، تكون قد خرقت مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة ....» كان الأحرى القول بخرق قرار 433.....

اقتسام الأموال المكتسبة خلال الزواج	
مراجع القرار	**ملخص القرار**
القرار عدد 566 بتاريخ 13 دجنبر 2008 ملف عدد 2007/1/2/28	عدم وجود اتفاق مسبق بين الزوجين لتدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية لا يمنع أحدهما من إثبات ما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة طبقا للقواعد العامة للإثبات...و المحكمة لما استبعدت كل هذه الحجج رغم تنوعها وقوتها الثبوتية معللة قرارها بأن اتفاق الزوجين لتدبير أموال الأسرة لا يثبت إلا بوثيقة مستقلة وصريحة تكون قد طبقت مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة تطبيقا خاطئا مما يعرض قرارها للنقض.
القرار عدد 312 بتاريخ 22 أبريل 2014 ملف عدد 2012/1/2/125	اقتسام الأموال المكتسبة أثناء الزواج (إثبات- عدم الإدلاء بالاتفاق المثبت للمساهمة المشتركة. تعليل المحكمة بأن ما أدلت به الطاعنة من وثائق ليس فيه ما يثبت مساهمتها في الشقة موضوع الدعوى إلى جانب المطلوب الذي ادعى أنه اقتناها لوحده من ماله الخاص قبل الزواج، فضلا عن أن الطاعنة سعت إلى تنمية ثروتها مستقلة عن الذمة المالية للمطلوب بشرائها أرضا فلاحية في اسمها وحدها ولم تدل بما يثبت الاتفاق الذي تدعيه بينهما من أجل المساهمة المشتركة في شراء الشقة المذكورة فإنها جعلت لما قضت به أساسا وعللت قرارها بما فيه الكفاية ولم تخرق المواد المحتج بها.

القرار عدد 582 22 يوليوز 2014 ملف عدد 2013/1/2/744	قسمة الأموال المشتركة بعد الزواج – الكد والسعاية – إثبات المساهمة في تنمية أموال الأسرة – شهادة الشهود– سلطة المحكمة في تقدير مقابل الكد. تقدير الكد والسعاية ومداهما يخضع لسلطة قضاة الموضوع متى كان قضاؤهم معللا وسائغا، والمحكمة لما استخلصت من موجب السعاية ومن البحث الذي أجرته في القضية بحضور الطرفين ومعظم الشهود بأن المطلوبة في النقض كانت تشتغل، وأن الطالب معسر، واعتبرت ما قامت به المطلوبة مساهمة منها في تنمية أموال الأسرة أثناء قيام العلاقة الزوجية، وقدرت مقابل كدها في المبلغ المحكوم به، تكون قد استعملت سلطتها وعللت قرارها تعليلا سليما.

القرار عدد 674 22 نونبر 2011 ملف عدد 2011/1/2/377	تنمية أموال الأسرة – إثبات – اللفيف. – تطبيق القانون من حيث الزمان. يحق لأي من الزوجين ولو في غياب حجة مبرمة بينهما تثبت اتفاقهما المسبق على تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية أن يطالب الآخر بمقابل ما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة. وإذا ما تم الاستدلال باللفيف لإثبات المشاركة في أموال الزوج وجب ليعتد به ألا يكون ناقصا في الاعتبار القانوني. كأن يأتي عاما غير مرتكز على مستند خاص. لتمكين الزوج من الحق في اقتسام أموال زوجه بحسب ما استحدثته مدونة الأسرة في مادتها 49 يتعين إثبات اكتساب هذه الأموال أثناء قيام الزوجية بعد دخول القانون الجديد حيز التطبيق.

النيابة الشرعية	
مراجع القرار	ملخص القرار
القرار عدد 524 بتاريخ 2007/10/17 ملف عدد 2007/1/2/65	لا يعتبر سفر الحاضنة بالمحضون مبررا لإسقاط حضانتها طالما تمت الموافقة الصريحة للأب على ذلك.

ولابد من الإشارة، من باب النزاهة العلمية، إلى أن السبب في اختيار هذه القرارات بالذات واعتمادها مادة للدراسة يرجع إلى ما أثارته وتثيره من ملاحظات وانتقادات، بل وفي بعض الأحيان من ضجة، وما تطرحه من إشكالات تتصل بمدى انسجامها مع قصدية مشرع مدونة الأسرة وغاياته وبمدى احترامها لكرامة النساء وحقوقهن، بقدر ما يعود إلى ما تتكشف عنه من قصور في النص القانوني نفسه.

الفصل الأول

الزواج بين القاعدة والاستثناء من خلال النص والتطبيق

إن من أبرز المقتضيات الجديدة التي جاءت بها مدونة الأسرة، إقرار مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في عدد كبير من المجالات وخاصة منها سن الزواج، وتكريس كتابة عقد الزواج باعتبارها شكلية لا مندوحة عنها لصحة الزواج، والنص صراحة على منع تعدد الزوجات.

وإذا كانت مدونة الأحوال الشخصية التي صدرت عام 1957 قد ظلت، رغم ما أُدخِل عليها من تعديلات سنة 1993، تميز في سن الزواج بين الفتى والفتاة، حيث كانت تحدد السن الأدنى لزواج الأول في ثمانية عشر سنة، ولزواج الثانية في خمسة عشر سنة[3]، فإن من الإيجابيات القوية لمدونة الأسرة أنها وضعت حدا لهذا التمييز، ورفعت في ذات الوقت سن الزواج بالنسبة للفتاة إلى ثمانية عشر سنة.

كما أنها أكدت صراحة في الفقرة الأولى من المادة 16 على اعتبار «وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج»، الشيء الذي يبين، رغم الاستثناءات «الاضطرارية» التي سوف يوردها المشرع على هذا المبدأ في الفقرات اللاحقة من نفس المادة، حرص المدونة على حماية حقوق طرفي العلاقة الزوجية، وعلى إضفاء القوة القانونية اللازمة على التعاقد القبلي.

كما أن مدونة الأسرة كانت أكثر تشددا فيما يتعلق بتعدد الزوجات

3 ينص الفصل الثامن من مدونة الأحوال الشخصية على ما يلي : «تكمل أهلية النكاح في الفتى بتمام الثامنة عشر فإن خيف العنت رفع الأمر إلى القاضي وفي الفتاة بتمام الخامسة عشر من العمر».

إذ أنها نصت صراحة على المنع وشددت من الشروط الاستثنائية التي يمكن فيها التعدد.

ومما لا شك فيه أن هذه الجوانب الثلاثة إذ تتصل اتصالا جوهريا بكرامة النساء وحقوقهن الإنسانية لتجسد من خلال طريقة معالجة المدونة لها، مما يكون معه من المفيد دراستها وتتبعها في تطبيقاتها المختلفة للوقوف عند مدى استحضار العمل القضائي لمحكمة النقض لروح النص وخلفيته.

المبحث الأول

سن الزواج

أثار النص حول إمكانية تزويج من هم دون سن ثمانية عشر سنة الكثير من الجدل سواء قبل صدور مدونة الأسرة أو بعد صدورها، وما يرتبط بهذه الإمكانية من آثار نفسية و صحية ومشاكل مجتمعية. لذلك سنتناول في هذا المبحث الإشكاليات القانونية والتطبيقية التي يطرحها زواج القاصر.

تدرج مدونة الأسرة «مساواة المرأة بالرجل بالنسبة لسن الزواج، بتوحيده في ثمان عشرة سنة» ضمن الإصلاحات الجوهرية التي جاءت بها على خلفية ما تتوخاه من تأسيس «للمجتمع الديموقراطي الحداثي»[4]. وتخصص لسن الأهلية للزواج ثلاثة مواد هي 19 و20 و21.

ولئن كان المشرع قد أفرد لمبدأ توحيد سن الزواج ورفعه إلى ثمان عشرة سنة مادة قائمة بذاتها هي المادة 19 باعتباره مبدأ وقاعدة وقصدا جوهريا للمشرع ، فإنه ترك المادتين 20 و21 مفتوحتين لخرق قاعدة تحديد سن الزواج في سن الثمانية عشر. مما يفرض معالجة هذا الموضوع من زوايا القاعدة والاستثناء والتطبيق.

لكن لابد من الإشارة قبل ذلك إلى أن تحديد سن الأهلية للزواج في ثمان عشرة سنة وما يرتبط به من استثناءات، وإن كان مقررا من الناحية المبدئية لفائدة الفتى والفتاة على حد سواء، فإن الواقع العملي والممارسات السائدة تثبت أمرين اثنين: أولهما

4 أنظر ديباجة مدونة الأسرة.

أن الزواج دون سن الثامنة عشر غالبا ما يمس الفتيات دون الفتيان، وثانيهما أنه يطال الفتيات المنتميات إلى أوساط فقيرة أو الموجودات في وضعية هشاشة[5].

وبالفعل فقد بلغت الطلبات المقدمة من أجل الإذن بزواج من هم دون سن الأهلية سنة 2013 حسب الإحصائيات المقدمة من قبل وزارة العدل حول نشاط أقسام قضاء الأسرة، 43508 طلبات، لم تتعدى طلبات القاصرين الذكور ضمنها 92 طلبا[6]. وفي نفس السياق أكدت المندوبية السامية للتخطيط في مذكرة إخبارية[7] لها أن حالات زواج القاصرين خلال سنة 2014 تتوزع بين الذكور والإناث حسب النسب التالية : 94,8% إناث مقابل 5,2 % ذكور.

القاعدة :

تنص المادة 19 من مدونة الأسرة على ما يلي: «تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية.»

---

5 حسب تقرير لوزارة العدل حول نشاط أقسام قضاء الأسرة تم إصداره بمناسبة مرور عشر سنوات على تطبيق مدونة الأسرة، فإن 98,47% من أصحاب طلبات الإذن بالزواج دون سن الأهلية عاطلات وعاطلون عن العمل.

6 ورقة حول زواج القاصر أعدتها وزارة العدل والحريات في سياق مساندة الوزارة لمقترح قانون تقدم به الفريق االشتراكي بمجلس المستشارين حيث تم اعتماد تعديل للفصل 20 من مدونة ألسرة يرمي إلى تعديل الحد االأدنى الذي لا يجوز للقاضي النزول عنه بصفة استثنائية في زواج القاصر وهو سن 16.

7 أصدرتها المندوبية بمناسبة اليوم العالمي للطفولة سنة 2014.

إن نص هذه المادة واضح لا لبس فيه، كما أنه منسجم تماما مع مضامين ديباجة المدونة، ومستجيب لقصدية المشرع؛ وبهذا الشكل فإنه يجمع بين وضوح العبارة والاقتصاد في اللغة. وبالتالي فإنه يمكن اعتبار مضمون هذه المادة أصلا وقاعدة، ومرتكزا لتفسير النص ولتطبيقه.

وبالإضافة إلى ذلك فإنه متلائم، من حيث المبدأ مع مقتضيات المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[8]، ومع مقتضيات المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل[9] التي تعرف الطفل بأنه « كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر من العمر.»

الاستثناء :

أولا : تنص المادة 20 من مدونة الأسرة على أنه يمكن «لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 ...».

8 اعتمدت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180 المؤرخ في 18 دجنبر 1979. وقد انضم المغرب إلى الاتفاقية بتاريخ 21 يونيو 1993، ونشرت في الجريدة الرسمية عدد 4866 بتاريخ 18 يناير 2001 ورفع تحفظاته على مقتضيات المادة 16 من الاتفاقية ونشره بالجريدة الرسمية عدد 5974 الصادر بتاريخ 1 شتنبر 2011، وقد قدم المغرب إلى حدود يومه (النصف الأول من سنة 2018) أربع تقارير بشأن تطبيقها إلى اللجنة المعنية بها.

9 اعتمدت اتفاقية حقوق الطفل بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نونبر 1989. وقد صادق المغرب عليها بتاريخ 21 يونيو 1993 ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 4440 بتاريخ 19 دجنبر 1996. وقد قدم المغرب إلى حدود يومه (النصف الأول من سنة 2018) أربع تقارير بشأن تطبيقها إلى اللجنة المعنية بها

وتبين نفس المادة خصائص هذا الإذن الكاشفة لطبيعته، والمسطرة المفضية إليه، وشروط منحه.

خصائص الإذن القضائي بزواج القاصر:

- يتخذ شكل مقرر معلل؛
- ينصب التعليل على بيان المصلحة والأسباب المبررة للإذن؛
- لا يقبل مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر أي طعن.

مسطرة الإذن القضائي بزواج القاصر وشروطه :

- يقدم النائب الشرعي للقاصر و/ أو القاصر نفسه طلب الإذن بالزواج إلى قاضي الأسرة المكلف بالزواج ؛
- يجري القاضي استماعا لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي ؛
- يستعين بخبرة طبية أو ببحث اجتماعي.

ومما يمكن مؤاخذته على هذه المادة أنها تنظم استثناء دون أن تدقق الصياغة بما يستجيب وخطورة هذا الاستثناء. ومن المؤاخذات الأساسية التي يمكن تسجيلها بخصوصها بأنها:

- تمنح سلطة تقديرية واسعة للقاضي سواء فيما يتعلق بالمسطرة أو فيما يتعلق بالإذن من عدمه أو فيما يتعلق بالتعليل؛
- لم تحدد سنا أدنى لمنح الإذن الاستثنائي بزواج القاصر؛
- لم تورد حالات وأوضاعا خاصة يمكن فيها الإذن بالزواج من منطلق المصلحة؛
- لم تحدد نطاق المصلحة والأسباب التي قد يعلل بها القاضي إذنه بزواج القاصر وطبيعتها بما يسمح بالتمييز على وجه الدقة بين التعليل والتبرير، علما بأن المادة 20 تستعمل عبارة «المبررة لذلك»؛
- تخير المحكمة بين الخبرة الطبية والبحث الاجتماعي؛

- لم تبرز طبيعة الخبرة الطبية وموضوعها والهدف المتوخى منها ونوع الأطباء الذين ينبغي أن تسند إليهم واختصاصاتهم؛
- لم تبين على وجه الدقة موضوع البحث الاجتماعي وطبيعته ومداه والجهة المخولة لإنجازه؛
- نصت على أن مقرر الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن، على خلفية أن الطرف الذي قد تكون له مصلحة في الطعن هو طالب الإذن وإنه لا يمكنه منطقيا أن يطعن في مقرر صادر لفائدته وبطلب منه. و مع ذلك فإنه ليس هنالك من مبرر لاستثناء مقرر قضائي من القابلية للطعن. فالطعن من المبادئ والضمانات الأساسية للتقاضي وللجوء إلى القضاء وللانتصاف.

ثانيا:

تنص المادة 21 على أن زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي. وتتجسد هذه الموافقة حسب المادة المذكورة في توقيعه، إلى جانب القاصر، طلب الإذن بالزواج، وفي حضوره إبرام العقد.

وإذ تفترض المادة 21 امتناع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة، فإنها تسند في هذه الحالة السلطة التقديرية للقاضي ليبت في الموضوع بما يراه مناسبا.

وتؤكد هذه الحالة المؤاخذة المثارة أعلاه بخصوص عدم قابلية المقرر القاضي بالاستجابة للطلب لأي طعن، لأن النائب الشرعي الذي لا يكون موافقا على زواج القاصر يجد نفسه محروما من إمكانية الطعن في مقرر قاض بزواج منوبته.

التطبيق:

ينبغي الإشارة، منذ الآن، إلى أن عدم قابلية المقررات القضائية القاضية بالاستجابة لطلبات الإذن بزواج القاصر للطعن يحول من الناحيتين الواقعية والمسطرية دون عرض هذا النوع من القضايا على محكمة النقض، وبالتالي دون بت هذه المحكمة فيها أو بناء عمل قضائي خاص بها. ومع ذلك، فإن هذا لا يمنع من تتبع العمل القضائي لمحاكم الموضوع في هذا المضمار لدراسة حالات الإذن بزواج القاصر، وللوقوف عند مدى انتشار هذه الظاهرة، والدور الذي يمكن أن يلعبه القضاء في الحد منها.

ويتأكد من خلال بيانات إحصائية عممتها وزارة العدل عبر موقعها الإلكتروني أن حالات زواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية تعرف، بكيفية مفارقة، ارتفاعا نسبيا من سنة إلى أخرى، حيث انتقلت من 18341 حالة خلال سنة 2004 من مجموع 263574 رسم زواج، وهي سنة صدور المدونة إلى 39031 حالة خلال سنة 2011 من مجموع 325415 رسم زواج، أي أن عددها تضاعف خلال ثمان سنوات.

وخلال نفس الفترة، يلاحظ نوع من التفاوت بين سنة وأخرى. وهكذا يلاحظ أن أكبر معدل ارتفاع قد تم تسجيله سنة 2006 حيث ارتفع عدد الحالات بنسبة 22 % بالنسبة للسنة التي قبلها.

وفي المقابل، فإن أدنى نسبة ارتفاع عرفتها هذه الحالات هي التي سجلت سنة 2008، حيث لم تتجاوز هذه النسبة 3 % بالنسبة للسنة السابقة. لكن سرعان ما عادت نسبة ارتفاع عدد الحالات إلى وتيرتها السابقة حيث بلغت سنة 2009 نسبة 8 % وسجلت سنة 2010 نسبة 5 % لتصل سنة 2011 إلى نسبة 12 % .

وحسب الإحصائيات الصادرة عن المندوبية السامية للتخطيط،

فإن 48291 من القاصرين قد تزوجوا قبل بلوغهم سن 18 سنة خلال سنة 2014 [10].

ومن الأمور المثيرة للقلق أن زيجات من هم دون سن الثامنة عشرة – وأغلبهم من الإناث – مقارنة مع عموم الزيجات تبلغ نسبة مرتفعة جدا في بعض المناطق. فقد كشف تقرير أنجزته مؤسسة يطو حول خلاصات البحث الميداني الذي قامت به في عدد من الدواوير بإقليمي ورززات وتارودانت أن هذه النسبة بلغت 45 %من عموم الزيجات بالمنطقة[11].

معنى ذلك أن زواج الطفلات يكاد يضاهي زواج الراشدات من حيث العدد. ومعناه أيضا أن هؤلاء الطفلات اللواتي يضطررن للزواج دون سن الثامنة عشر، بصرف النظر عن الأسباب والسياق، تنتهك حقوقهن بسبب تفسير وتطبيق غير سليمين لمدونة الأسرة، ويشكين بالتالي تمييزا واضحا سلبي النتائج والأثر.

ولابد من الإشارة أنه سبق أن أكدت العديد من المؤتمرات الدولية والوثائق الأممية ذات الصلة إما بالنساء أو بالأطفال على ضرورة العمل بشتى الوسائل القانونية وغيرها على رفع سن الزواج، نظرا للمخاطر التي تحيط بزواج الصغار.

وأوصت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة[12] بوجوب تحديد الحد الأدنى لسن الزواج في ثمانية عشرة سنة لكل من

10 وردت ضمن المذكرة الإخبارية المشار إليها في إحالة سابقة.

11 تقرير أصدرته مؤسسة يطو سنة 2013 في إطار القوافل التحسيسية التي تنظمها المؤسسة لرصد واقع تزويج الطفلات وثبوت الزوجية وزواج الفاتحة.

12 التوصية العامة رقم 21 الصادرة عن لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1992 خلال الدورة الثالثة عشر.

الرجل والمرأة ، باعتبار أن زواج الرجل و المرأة يرتب عليهما مسؤوليات هامة، وبالتالي ينبغي ألا يسمح بالزواج قبل بلوغهما سن النضج الكامل و الأهلية الكاملة للتصرف.

وفي نفس السياق، تفيد دراسة شاملة قام بها صندوق الأمم المتحدة للطفولة (اليونيسيف) أن النساء والبنات اللائي يتزوجن دون سن 18 هن أقل تعليما، وأن احتمالات معاناتهن من العنف المنزلي تزيد، وأن العبودية المتأصلة في زواج الأطفال تلغي تمكين الأطفال لأن حرمانهم من فرص التعليم ينفي خيار تشكيل شبكات حمائية من الأصدقاء والأقران»[13].

ومن منطلق اعتبار حقوق الطفل ومصلحته الفضلى، اعتبرت اللجنة المنبثقة عن اتفاقية حقوق الطفل في الملاحظات الختامية الموجهة إلى المغرب بمناسبة مناقشة تقريره الدوري[14] أن زواج الأطفال والزواج القسري ممارسات تقليدية مضرة، وأن مفهوم المصالح الفضلى للطفل يهدف إلى ضمان التمتع الكامل والفعلي بجميع الحقوق المعترف بها في الاتفاقية والنماء الشمولي للطفل.

وعبرت عن أسفها لكون زواج الأطفال المبكر وبالإكراه لا يزال، إلى جانب أمور وتدابير أخرى، متعارضا مع المصالح الفضلى لكثير من الأطفال، بل وعن قلقها لكون الزواج المبكر في المغرب آخذا في الازدياد رغم أن الحد الأدنى لسن الزواج

13 انظر يونيسف، الزواج المبكر، ممارسة تقليدية ضاربة نيويورك 2005.

14 لجنة حقوق الطفل، الملاحظات الختامية بشأن التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للمغرب. اعتمدتها اللجنة في دورتها السابعة والستين (1-19 شتنبر 2014). تنظر بخاصة الملاحظات 26 و42 و43.

رابطها: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?sym=CRC%2fC%2fMAR%2fCO%2f3&Lang=fr&4-bolno

للفتيات والفتيان الذي تنص عليه مدونة الأسرة هو 18 عاما، ولكون آلاف الفتيات، وبعضهن لا تتجاوز أعمارهن 13 عاما يتزوجن سنويا بسبب كثرة لجوء قضاء الأسرة إلى الاستثناءات من القانون.

ولم يفت اللجنة أن تعبر عن انشغال بسبب انتشار ممارسة الزواج بالإكراه وانتحار الفتيات نتيجة هذا الزواج.

ومن الأمور التي لفتت بقوة انتباه اللجنة كون القاضي يمكنه أن يأذن بزواج الأطفال رغم رفض الممثل الشرعي للطفل ذلك الزواج.

وقد أوصت اللجنة، ترتيبا على ذلك، بإلغاء جميع الأحكام التي تنطوي على تمييز في حق الفتيات والنساء وتضر بجميع الأطفال. كما أثارت انتباه المغرب إلى العواقب الكثيرة الناشئة عن الزواج المبكر وحثتها على الامتناع عن تخفيض السن الأدنى للزواج وعلى اتخاذ تدابير فعالة من أجل وضع حد للزواج المبكر والزواج بالإكراه.

وإن القضاء الذي يُفَعِّل الاستثناء في شقه الموضوعي ويفرغ الشق الشكلي منه والمتعلق بالمسطرة من روحه وغايات المشرع من ورائه، يكون في حكم المُخِلّ بالدور المتوخى منه في حماية الحقوق والحريات ورعاية المصالح. وهي مهام تشكل في الواقع علة وجوده. وبالفعل، فإنه يتبين عند مقارنة عدد الطلبات مع عدد الأذون أن القضاء لا يعمل السلطة التقديرية المخولة إليه في إطار الاستثناء في اتجاه حماية حقوق القاصرات، وفي اتجاه وقايتهن من المخاطر الحالّة والمحتملة التي تتهدد طفولتهن. كما يتبين أن ثمة فراغا قضائيا مهولا في هذا الباب

في غياب إمكانية الطعن في القرارات المستجيبة لطلبات الإذن بالزواج وفي غياب حق نظر تمارسه محكمة قانون للتحقق من مدى احترام القانون في شقيه الإجرائي والموضوعي.

وإن هذه الاختلالات هي التي تجعل عمل المحاكم الابتدائية من حيث السن الأدنى للزواج المعتمد في إطار الاستثناء متباينا وغير موحد[15].

وإن إشكالات التطبيق هذه لتثير السؤال حول مدى نجاعة الشروط والإجراءات المنصوص عليها في المادة 20 من مدونة الأسرة، والتي تتحول في الواقع العملي إلى مجرد إجراءات شكلية غير جوهرية.

ويتبين من ذلك أن نص المادة 20 نفسه يفتح الباب على مصراعيه لحرمان الطفلات من حقوقهن الأساسية المتمثلة في الصحة والتعليم وفي النماء السليم والحر لشخصيتهن، وقد يتحولن في هذا السياق إلى أمهات يرعين أطفالا وهن بعد طفلات بحاجة إلى رعاية أمهات. وتؤكد عدة شهادات وتقارير أن بعضهن يتزوجن ويلدن ويطلقن وهن دون الثامنة عشرة من عمرهن.

وبالتالي، فإن إهمال القاعدة التي حرص المشرع على أن يفرد لها مادة قائمة بذاتها وخاصة بها، وإعمال الاستثناء بما يحوله إلى قاعدة يفتحان المجال لتمييز متعدد المستويات والأبعاد. الشيء الذي يشكل خرقا لمقتضيات الدستور 2011 الذي أصَّل مبدأ المساواة، وأقر حماية الطفلات والأطفال من كل تعسف

15 بعض المحاكم استقرت على اعتماد سن 17 سنة كحد أدنى لسن الزواج – المحكمة الابتدائية بتمارة (قسم قضاء الأسرة)- وهناك بعض المحاكم -كالمحكمة الابتدائية بزاكورة (قسم قضاء الأسرة)- اعطت الإذن لأقل من 17 سنة.

مهما كانت أسبابه، ولمقتضيات المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ومقتضيات اتفاقية حقوق الطفل.

نخلص من ذلك إلى أن حذف المادتين 20 و 21 من مدونة الأسرة سوف يشكل حلا مباشرا لهذه المعضلات وحماية للطفلات وفي ذات الوقت ارتقاء بالمنظومة القانونية وتحقيقا لملاءمتها مع الالتزامات الدولية للمغرب ومع مقتضيات الدستور.

المبحث الثاني

ثبوت الزوجية

رغبة من المشرع في الحفاظ على حقوق جميع مكونات الأسرة فقد نصت مدونة الأسرة في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 16 على إمكانية سماع دعوى الزوجية في الحالة التي يتعذر فيها توثيق عقد الزواج لسبب قاهر، لكنه ربط ذلك بمدة زمنية انتقالية محددة في خمس سنوات، لكن تمديد الفترة الانتقالية طرح العديد من الإشكالات العملية أثرت على روح النص وغاية المشرع، وذلك ما سنحاول طرحه من خلال هذا المبحث.

تنص المادة 16 من مدونة الأسرة في فقرتها الأولى على أن:« وثيقة عقد الزواج تعتبر الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج». ويُعتبَر هذا التنصيص الصريح بمثابة قفزة نوعية في اتجاه التقيَّد بالقانون ووفي لالتزاماته أمام المجتمع الدولي. إذ أكدت صراحة على شكلية الكتابة باعتبارها شرطا لصحة الزواج.

لكن وعيا من المشرع بالصعوبات التي تحيط بهذا الموضوع، فقد نص في الفقرتين الثانية والثالثة من نفس المادة على أنه «إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة الطبية». وأضاف أن المحكمة «تأخذ بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين».

وتأكيدا منه على أن المقتضيات المنصوص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة مجرد استثناء مشروط بوجود قوة قاهرة، فقد حدد

سقفا زمنيا لإعمال سماع دعوى الزوجية، بحيث نص في الفقرة الرابعة على أنه « يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات تبتدئ من تاريخ دخول المدونة حيز التنفيذ». فهذه السنوات الخمس تعتبر فترة انتقالية في أفق وضع حد لانتشار الزيجات التي تتم بدون عقد في جميع مناطق البلاد.

لكن السنوات الخمسة المقررة لإعمال الاستثناء وصولا إلى تعميم لزوم القاعدة انصرمت دون أن يتحقق ما كان متوخى منها. وبقيت دعاوى ثبوت الزوجية المقدمة خارجها معلقة في جميع المحاكم، الشيء الذي حدا بالمشرع إلى تعديل الفقرة الرابعة من المادة 16 خلال سنة 2010 في اتجاه تمديد الأجل لمدة عشر سنوات ابتداء من تاريخ دخول نص التعديل حيز التنفيذ مع النص مرة أخرى على أن الأمر يتعلق بفترة انتقالية[16].

إن مقتضيات الفقرة الأولى المادة 16 التي جاءت، فضلا عن إرادة المشرع، استجابة لمطالب الجمعيات النسائية والقطاعات النسائية للأحزاب السياسية، قد بَوّأت عقد الزواج مكانة مهمة وخلفت استحسانا في الأوساط الحقوقية، خاصة بالنظر إلى نص مدونة الأحوال الشخصية السابقة[17]. لكن الاستثناء المقرر خلال فترة انتقالية ثم تمديد تلك الفترة بكيفية مضاعفة يثيران تساؤلا مشروعا حول الجدوى من إقرار قاعدة، وفي ذات الوقت حول تعامل العمل القضائي مع الاستثناء المقرر أصلا من

16 تم تعديل الفقرة الرابعة من المادة 16 بمقتضى القانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.10.103 بتاريخ 16 يوليوز 2010 – الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 26 يوليوز 2010، ص 3837.

17 مدونة الأحوال الشخصية لسنة 1957،

أجل الدفع بإعمالها. وهو سؤال تزداد أهميته إن نظرنا إلى الاستعمالات القانونية، غير السليمة، لهذه الاستثناءات من قبل بعض المتقاضين، تحايلا على المقتضيات المتعلقة بتزويج القاصرات وبالزواج بالإكراه وبمنع التعدد.

لقد شكل صدور مدونة الأسرة، بما تضمنته المادة 16 منها، حافزا على تقديم دعاوى ثبوت الزوجية بكيفية متزايدة، في السنوات اللاحقة لصدورها. على هذا النحو، فقد بلغ عدد الأحكام الصادرة بشأنها سنة 2005 14817 وارتفع سنة 2006 إلى ما مجموعه 16832 حكما، أي بنسبة زيادة تبلغ 13,60 %، ثم ارتفع سنة 2007 إلى 18751 حكما[18].

ولكن، هذه الطلبات باتت تستعمل أكثر فأكثر من باب الالتفاف على القانون. فخلال سنة 2013 بلغ عدد حالات ثبوت الزوجية 23057 طلبا من مجموع عدد الزيجات وهو 329590. وعرفت سنة 2014، 16332 حالة من مجموع 328827 زيجة. وشهدت سنة 2015، 1062 حالة[19]. وحسب دراسة حول المادة 16 أنجزتها جمعية مبادرات للنهوض بحقوق النساء، فإن 61 % من الأحكام الإيجابية الصادرة في دعاوى ثبوت الزوجية التي تخص أزواجا دون أبناء تتعلق بفتيات قاصرات عند بداية العلاقة الزوجية[20].

---

18 منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية - مجلة قضاء الأسرة مجلة متخصصة تصدر عن وزارة العدل – عدد مزدوج الرابع والخامس 2009 ص 153.

19 إحصائيات واردة ضمن حصيلة نشاط قضاء الأسرة لسنة 2015.

20 مذكرة الشبكة الوطنية لمراكز الاستماع للنساء ضحايا العنف – أناروز- من أجل مدونة أسرة تتماشى مع روح وفلسفة دستور 2011.

لكن المقتضيات الاستثنائية الواردة بخاصة في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 16 أفرزت اختلافا في التطبيق على مستوى تفسير وسائل الإثبات، خاصة منها شهادة الشهود بين محاكم الموضوع وبين محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا).

فمحاكم الموضوع كانت تكتفي على وجه العموم بالاستماع إلى شاهدين أو أكثر، استنادا على توصيات التقرير الختامي للأيام الدراسية التي نظمتها وزارة العدل بمدينة إفران لبحث الإشكاليات العملية في مجال الأسرة والحلول الملائمة لها أيام 04 و05 أكتوبر ثم 20 و21 دجنبر من سنة 2004، في حين سارت محكمة النقض في اتجاهين مختلفين اختلف فيهما موقفها بين مجاراة محاكم الموضوع في موقفها ذاك وبين القول، على العكس من ذلك بضرورة ارتكاز الإثبات على شهادة عدلين أو على لفيف.

الاتجاه الأول:

من القرارات التي سايرت نفس توجه محاكم الموضوع واستندت بدورها على التقرير الختامي الصادر عن الأيام الدراسية المنظمة بإفران، القرار عدد 511 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية لدى المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) بتاريخ 13 شتنبر 2006 في الملف الشرعي رقم 2005/1/2/581 والذي رفضت بمقتضاه طلب النقض المرفوع إليها في مواجهة قرار محكمة الاستئناف بمراكش رقم 478 الصادر بتاريخ 17 ماي 2005 في الملف رقم 2005/2/582 والمؤيد لحكم المحكمة الابتدائية ببنجرير المؤرخ في 06 دجنبر 2004 بعلة :

أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت فيه واقعة الزواج بين الطرفين ثابتة حسب شهادة الشهود الحاضرين واستفسارهم وتأكيدهم حضور حفلة الزفاف، وعللت قضاءها بأن المحكمة الابتدائية استمعت إلى شهادة الشهود بعد أدائهم اليمين القانونية فأكدوا زواج المستأنف بالمستأنف عليها بصداق وولي هو والدها وأنه كان يعاشرها معاشرة الأزواج، كما أكدوا حضورهم حفل الزفاف، وأن كتابة عقد الزواج هي لإثبات تحققه وليس ركنا في العقد، وأنه إن تعذر الإشهاد في حينه اعتمدت المحكمة سائر وسائل الإثبات للتأكد من تحققه ومن ذلك شهادة الشهود المزكاة باليمين، وبذلك تكون المحكمة قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها في الشرع والقانون...)[21]

الاتجاه الثاني:

ومن القرارات التي قضت بضرورة توفر شهادة عدلين أو لفيف القرار عدد 465 الصادر بتاريخ 19 يوليوز 2006 في الملف الشرعي عدد 2006/1/2/67 الذي نقض بمقتضاه قرار محكمة الاستئناف بالجديدة عدد 05/745 الصادر بتاريخ 25 10 2005 في القضية عدد 04/548/16 والذي جاء فيه :

21 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 66 ص 128، 129، 130

« لئن كانت المادة 16 من مدونة الأسرة أجازت بصفة انتقالية سماع دعوى الزوجية وإثباتها بجميع وسائل الإثبات، ومنها شهادة الشهود، فإنه يجب أن تتوفر الشهادة على النصاب الشرعي المتمثل في شاهدين عدلين أو ما يعادلهما من لفيف يتكون من اثنى عشر شاهدا كما هو مقرر في المشهور من الفقه المالكي، والمحكمة لما استندت في إثبات العلاقة الزوجية بين الطرفين على مجرد تصريحات ثلاثة شهود غير عدول تكون قد خرقت القواعد الفقهية المقررة وعرضت قرارها للنقض»[22].

لكن، في الحالتين معا ورغم خطورة هذا التباين في الموقف بالنظر إلى ضرورة وحدة الاجتهاد القضائي باعتباره مرجعية وسيره على نسق واحد يرسخ الثقة فيه والاطمئنان إلى العمل القضائي، فإن أعلى جهاز قضائي في البلاد حرص على الانسجام مع غاية المشرع الأساسية، وبالتالي على مراقبة توفر العذر القاهر والظروف الاستثنائية، من جهة، وعلى عدم تجاوز مساطر أخرى قيدها المشرع، من جهة ثانية.

يتضح ذلك بكل جلاء من خلال القرارين التاليين:

1 - القرار عدد 81 الصادر بتاريخ 18 فبراير 2009 في الملف عدد 2006/1/2/29، والذي لاحظ أن السبب القاهر غير محدد، فقال :

22 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 66.

«بخصوص الدفع المثار من طرف الطاعن بعدم ذكر السبب القاهر لعدم توثيق عقد الزواج فإن محكمة الموضوع قد ردته وعن صواب بكون الأسباب المشار إليها في المادة 16 من مدونة الأسرة غير محددة في وجود العدول من عدمه، بل هي أسباب تختص محكمة الموضوع بتقديرها حسب ملابسات كل نازلة.»[23]

2 - القرار عدد 128 الصادر بتاريخ 25 مارس 2009 في الملف عدد 2008/1/2/558 والذي انبنى على خلفية عدم جواز استعمال دعوى الزوجية لتجاوز مسطرة التعدد. فقد جاء فيه:

«المحكمة لما قضت بثبوت الزوجية بناء على شهادة المستمع إليهم دون بيان السبب القاهر الذي حال دون توثيق العقد في إبانه، ودون أن تحقق من تطبيق النصوص القانونية المنظمة للتعدد في مدونة الأسرة، قد خرقت مقتضيات القانون.»[24]

ومما تجدر الإشارة إليه أن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا)غيرت نوعا ما توجهها بعد صدور القانون المتعلق بتمديد الفترة الانتقالية لمدة عشر سنوات، حيث أصبحت تسير في اتجاه التساهل في الشروط عند سماع دعوى الزوجية. فذهبت في العديد من القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية نحو ثبوت الزوجية بمجرد وجود أطفال أو حمل ودون الوقوف على السبب القاهر أو مراقبة احترام مسطرة التعدد في حالة وجود الزوجة الأولى.

23 نشرة قرارات محكمة محكمة النقض – غرفة الأحوال الشخصية - العدد 4 ص 74.

24 نشرة قرارات محكمة النقض –غرفة الأحوال الشخصية –العدد 4 ص 66.

من القرارات التي تعكس هذا الاتجاه :

القرار عدد 651 الصادر بتاريخ 23 شتنبر 2014 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/343، والذي جاء فيه :

«بمقتضى المادة 10 من مدونة الأسرة فإن أركان الزواج هي الإيجاب والقبول وبتطابقهما يكون الرضى في عقد الزواج إضافة إلى الشروط الأخرى ومنها انتفاء الموانع الشرعية، والمحكمة لما ثبت لها تراضي الطرفين على الزواج واشتهاره كما صرح بذلك الشهود وإنجابهما لولد وعد وجود موانع وقضت بثبوت الزواج بينهما، فإنها قد طبقت المادة 16 من مدونة الأسرة، وأما ما يتعلق بمسطرة التعدد فإنها تطبق قبل كتابة العقد، أما بعد ثبوت الزواج والبناء بالزوجة ووجود الحمل أو الولد فإنها تصبح متجاوزة.»[25]

فالملاحظ من خلال قراءة هذا القرار أن محكمة النقض لا تعطي كبير أهمية لمدى وجود السبب القاهر عند سماعها لدعوى الزوجية، ولا تراقب احترام مسطرة التعدد عندما تكون هناك زوجة أولى.

فالقرار أعلاه صدر بناء على عريضة النقض التي قدمتها النيابة العامة والتي التمست من خلالها نقض القرار الاستئنافي عدد 62 بتاريخ 2014/03/19 و القاضي بإلغاء الحكم الابتدائي وبعد التصدي الحكم بثبوت الزوجية بين(ق. د.) و (ع. ن.) منذ شهر أبريل 2011. وارتكز على مقتضيات المادة 10 من مدونة الأسرة التي تتحدث عن التراضي في الزواج، غاضا الطرف عن كون تاريخ الزواج المفترض وهو شهر أبريل 2011، تاريخ

25 نشرة قرارات محكمة النقض – غرفة الأحوال الشخصية والميراث – العدد 16.

لاحق لصدور مدونة الأسرة، وبالتالي فإن صحة الزواج لا تقوم إلا إذا كان العقد مكتوبا، ومتغافلا كون الاستثناء المنصوص عليه في المادة 16 لم يأت إلا لأهداف بيداغوجية من جهة ومن أجل تصحيح الأوضاع القائمة قبل دخول المدونة حيز التنفيذ من جهة أخرى.

وفضلا عن ذلك فقد اعتبر أن مسطرة التعدد تطبق قبل كتابة العقد، أما بعد ثبوت الزواج والبناء بالزوجة فإنها تصبح متجاوزة، مما يفرغ إلى حد كبير مقتضيات المدونة بشأن منع التعدد من روحها ومغزاها. زد على ذلك أن المحكمة لم تُعْمِل السلطة التقديرية في مراقبة مدى توفر السبب القاهر الذي حال دون توثيق عقد الزواج.

والجدير بالإشارة أن المحكمة الابتدائية بورززات، مصدرة الحكم الابتدائي، كانت قد قضت برفض الطلب بعلة أن السبب الذي اعتمده المدعي لتبرير السبب القاهر هو امتناع الزوجة الأولى عن الموافقة على التعدد.

في المقابل فإن قرار غرفة الأحوال الشخصية بمحكمة النقض أعطى صفة الزوجة للمراد الحكم بثبوت الزوجية معها. وهذا في حد ذاته حكم مسبق، لم تكلف الغرفة نفسها، قبل الصدع به، عناء البحث والتحري عن الأسباب المنصوص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 16.

ويتبين بالفعل من خلال استقراء القرارات أعلاه الصادرة عن محكمة النقض فيما يتعلق بتطبيق مقتضيات الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 16 أن معظم القرارات السائرة في اتجاه القول بثبوت الزوجية تعلل ذلك بوجود حمل أو أطفال، حتى ولو كانت المرأة قاصرا، وحتى ولو كانت هناك زوجة أولى.

إنها تعمل في هذا المضمار سلطتها على مستوى تقدير وسائل الإثبات في اتجاه بعيد نوعا ما عن غاية المشرع، بل وتذهب في اتجاه تشجيع اللجوء إلى مسطرة ثبوت الزوجية، دون تكبد عناء ومشقة الشروط التي تفرضها مسطرتا التعدد وزواج القاصر، وتعلل ذلك بالحفاظ على المصلحة الفضلى للطفل وحماية حقوق المرأة.

وعلاوة على ذلك، فإنها تؤسس قراراتها على خلفية المذهب المالكي استنادا إلى المادة 400 من المدونة التي تحيل على هذا المذهب بشأن ما لم يرد به نص في متنها، واعتبارا لما استقر عليه هذا المذهب بخصوص شهادة الشهود وثبوت الزواج. وإنها تعمد أحيانا إلى الإحالة على المذهب مع اعتماد المادة 400 المذكورة.

لكن محكمة النقض باستنادها إلى هذا المذهب تكون قد أغفلت قاعدة جوهرية من القواعد المبدئية والمنهجية للقانون وهي أنه لا اجتهاد مع وجود النص، وتكون قد تفادت متن وروح نص صريح يستشرف المستقبل وفضلت الركون إلى قواعد وممارسات أفرزها الماضي لمعالجة أوضاع طارئة في غياب نص قانون بالمعنى الحديث للكلمة.

وإن سير محكمة النقض في هذا الاتجاه، مهما كان السبب والسند، ليكرس استمرار ظاهرة الزواج غير الموثق، بدلا من العمل على سد الثغرات التي تركها النص القانوني عندما وضع استثناء على القاعدة يسري داخل فترة زمنية محددة، وعمم إمكانية اللجوء إليه، ولم يرتب أي جزاء على اللجوء الاحتيالي إليه، ولم يربطه بمقتضيات أخرى مثل المقتضيات المتعلقة بزواج القاصر أو التعدد.

المبحث الثالث

تعدد الزوجات

عرف موضوع تعدد الزوجات في مدونة الأسرة نوعا من التقدم من خلال النص الصريح من قبل المشرع على أن المنع هو الأصل وهو مالم يكن عليه الأمر في الفترة السابقة، إذ كانت مدونة الأحوال الشخصية الصادرة غداة الاستقلال تسمح للزوج بأن يتخذ أكثر من زوجة. وكانت تستند في ذلك على تأويل فقهي معين للنص القرآني ذي الصلة بهذا الموضوع وعلى المذهب المالكي[26]. ولم تكن تقيد التعدد الزوجي سوى بشرط عام وغير دقيق هو شرط العدل بين الزوجات. وفي سياق المد الحقوقي الذي بدأت تعرفه البلاد منذ بداية التسعينات من القرن العشرين وتحت ضغط مطالبات الحركة النسائية الرامية إلى رفع الحيف القانوني الواقع على النساء، أدخلت تعديلات على مدونة الأحوال الشخصية بمقتضى ظهير سنة 1993، كان من بينها تعديل تم بمقتضاه إخضاع التعدد لقيدين هما ضرورة قيام الزوج بإخبار الزوجة الأولى برغبته في الزواج بأخرى، وضرورة صدور إذن من القاضي بالتعدد.

لكن هذه التعديلات الطفيفة والخجولة إلى حد ما لم تكن لتلبي مطالب الحركة النسائية المغربية ولا لتضع حدا للتمييز الذي يطال النساء في هذا الجانب.

26 الفصل 29 والفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية.

لذلك، فإن مدونة 2004 التي صدرت في إطار زخم حقوقي وحركة مجتمعية مختلفين كل الاختلاف عن السياقات السابقة، حرصت على التعبير على غير قليل من التشدد في موضوع التعدد.

يتجلى ذلك في الإشارة إلى هذا الموضوع في الديباجة وفي استعمال لغة ومفردات تفيد المنع والاستحالة بإطلاق رغم التنصيص الاضطراري على بعض الاستثناءات. كما يتجلى في إفراد سبع مواد لموضوع التعدد.

فالمادة 40 تبدأ مباشرة بفعل مبني للمجهول هو «يُمْنَعُ». وحتى لو جاءت أداة إذا الشرطية بعده (إذا خيف عدم العدل بين الزوجات)، فإن هذا الشرط لا أثر له عمليا لأن العدل مستحيل بدليل ما جاء في الآية القرآنية الكريمة («ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم»[27])، من جهة، ولأن العبرة بالفعل الذي تبدأ به الجملة والذي يكون معبرا عن إرادة المشرع وعاكسا لنيته. فضلا عن هذا الفعل تكرر في نفس المادة مرتين[28].

أما المواد الباقية فتتناول جانبين مهمين: يتعلق الأول بالمبررات الاستثنائية الموضوعية للإذن بالتعدد مقرونة بشرط توفر الموارد المادية الكافية لإعالة الأسرتين من نفقة وسكن ومساواة في جميع مناحي الحياة، ويتصل الثاني بمستلزمات الحماية القانونية والقضائية لحقوق الزوجة الأولى.

1 – بالنسبة للجانب الأول، تنص المادة 41 على أن المحكمة «لا تأذن» بالتعدد في حالتين هما: «إذا لم يثبت لديها «المبرر

27 سورة النساء، الآية 129

28 نص المادة 40: «يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها.»

الموضوعي الاستثنائي»[29] للتعدد؛ وإذا لم تكن لطالب التعدد الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة.

2 – وبالنسبة للجانب الثاني، تحدد المواد من 42 إلى 46 المسطرة الواجب اتباعها ووسائل وآليات لحفظ حقوق الزوجة الأولى.

أ – فيما يتعلق بالمسطرة، في غياب اشتراط عدم التعدد في عقد الزواج، يجب على الزوج الراغب في التعدد أن يقدم طلب الإذن بذلك إلى المحكمة، وأن يُضَمِّن الطلب بيان الأسباب الموضوعية الاستثنائية المبررة له، وأن يرفقه بإقرار عن وضعيته المادية.

تقوم المحكمة بناء على المادة 43 باستدعاء الزوجة المراد التزوج عليها للحضور. فإذا توصلت شخصيا ولم تحضر أو امتنعت من تسلم الاستدعاء، توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذاراً تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار، سيُبَتُّ في طلب الزوج في غيابها.

ب – وفيما يتعلق بحفظ حقوق الزوجة الأولى، تنص المادة 43 على أنه: «إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجا عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة، تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في

---

29 يجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يستعمل واو العطف بين وصف: الموضوعي ووصف الاستثنائي الذي قد يفيد أن الأمر يتعلق بشيئين منفصلين. وإن عد استعمال واو العطف يفيد أن الصبغتين الموضوعية والاستثنائية تنصبان، في إطار من الوحدة على جوهر المبرر نفسه. الشيء الذي يعزز استحالة تحقق المبرر.

الفصل 361 من القانون الجنائي بطلب من الزوجة المتضررة.» وتنص المادة 44 على أن مناقشة القضية تجري في غرفة المشورة بحضور الزوج والزوجة وتتوخى محاولة التوفيق بينهما واستقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة.

وإذا ثبت للمحكمة من خلال المناقشات تعذر استمرار العلاقة الزوجية، وأصرت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق، حددت المحكمة مبلغا يستوفي كافة حقوق الزوجة وأولادهما الملزم الزوج بالإنفاق عليهم، ويكون الزوج ملزما بإيداعه داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام وإلا اعتبر متراجعا عن طلب الإذن بالتعدد.

وفي حال ثبوت المبرر الموضوعي الاستثنائي للتعدد فإن المحكمة تأذن به مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها والأطفال.

وإذا كانت المدونة قد اشترطت، في المادة 44، أن يكون الإذن بالتعدد بمقتضى مقرر معلل، مما يشكل حماية قضائية للزوجة، فإنها سرعان ما جردتها من هذه الحماية إذ أضافت أن هذا المقرر غير قابل لأي طعن.

في المقابل، فقد نصت المادة 45 على أن المحكمة تطبق تلقائيا مسطرة الشقاق في حال تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، وجمع الزوجة المراد التزوج عليها بين عدم الموافقة على الزواج وعدم المطالبة بالتطليق. كما نصت المادة 46 على أن العقد مع المراد التزوج بها لا يتم إبرامه في حالة الإذن بالتعدد، إلا بعد إشعارها من طرف القاضي بأن مريد الزواج بها متزوج بغيرها ورضاها بذلك.

واقع التعدد والاجتهاد القضائي لمحكمة النقض بشأنه

سبق لوزارة العدل أن عممت إحصائيات يتبين من خلالها أن 904 عقد زواج تعدد تم إبرامها سنة 2004 وأن هذا العدد يمثل نسبة 0,38 % من مجموع طلبات الزواج، وأن سنة 2005 عرفت إبرام 841 زواج تعدد. وقد عرف عدد حالات زواج التعدد مقارنة مع مجموع الزيجات انخفاضا طفيفا خلال سنتي 2006 و2007 حيث بلغ نسبة 0,30 % من مجموع الزيجات سنة 2006 ونسبة 0,29 % منها سنة 2007 [30].

لكنها سجلت سنة 2011 أعلى عدد. حيث بلغت رسوم زواج التعدد 1104 رسما ومثلت بذلك نسبة 0,34 % من مجموع رسوم الزواج.

كما أن الإذن بتعدد الزوجات غير قابل للطعن مما يترتب عنه أن الزوجة تجد نفسها دائما في موقف ضعف بسبب اضطرارها إلى الاختيار بين القبول بالأمر الواقع أو اللجوء إلى طلب التطليق. ذلك ما نستشفه مثلا من القرار عدد 60 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بمحكمة النقض بتاريخ 10 فبراير 2015 – في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/572[31] – الذي صدر بناء على طلب من الزوجة التي احتجت من خلال عريضة النقض بسوء نية زوجها في طلب التعدد وبكون محكمة الاستئناف لم تجب على مذكراتها الجوابية، فأجابتها محكمة النقض بأن القرار الاستئنافي القاضي بإلغاء الحكم الابتدائي

30 إحصائيات قدمتها وزارة العدل بمناسبة اليوم الدراسي بالمعهد العالي للقضاء بالرباط بتاريخ 11 فبراير 2008 بمناسبة مرور أربع سنوات على صدور مدونة الأسرة.

31 مجلة محكمة النقض عدد 79 صفحة 109 و 110.

وبعد التصدي بالإذن بالتعدد غير قابل للطعن طبقا لمقتضيات المادة 44 من مدونة الأسرة. وفيما يلي ملخص القرار:

«بمقتضى المادة 44 من مدونة الاسرة، فإن المقررات القضائية التي تأذن بالتعدد لا تقبل أي طعن. والقرار الاستئنافي لما قضى بإلغاء الحكم الابتدائي، وبعد التصدي الإذن بالتعدد، فإنه لا يقبل أي طعن.»

فالملاحظ هنا هو أن خللا في النص القانوني مرده التمييز بين قبول طلب الإذن بالتعدد الذي اعتُبِر غير قابل لأي طعن – في مس واضح بمبادئ المحاكمة العادلة–، وبين رفض الطلب الذي جعله المشرع قابلا للطعن فسح المجال أمام استعمال سلطة تقديرية غير مقيدة تم تطبيقها بشكل غير عادل لفائدة الزوج، لأن محكمة الاستئناف أصدرت قرارها دون أن تجيب على دفوع الزوجة.

وقد صدر عن محكمة النقض قرار آخر له علاقة بلجوء الزوج إلى التدليس من أجل الحصول على الإذن بالتعدد هو القرار عدد 439 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 23 غشت 2011 في الملف الشرعي عدد 2011/1/2/154. يتبين من معطيات القضية أن الزوجة علمت بعد وفاة زوجها بزواج من أخرى عن طريق استعمال التدليس من أجل الحصول على الإذن بالتعدد، من خلال الإدلاء ببيانات كاذبة. وإنها لجأت في ضوء ذلك إلى االقضاء من أجل المطالبة بفسخ عقد الزواج الثاني، فأجابتها المحكمة بأن الفعل الذي اقترفه الزوج لا يخولها طلب فسخ عقد الزواج، وأن الزوجة الثانية هي التي لها الحق

في المطالبة ببطلان عقد زواجها إذا ارتأت ذلك. وفيما يلي ملخص القرار:

> «لئن ثبت تدليس الزوج بإدلائه بتصريح كاذب بخصوص وضعيته الاجتماعية تسهيلا لعقده على امرأة ثانية دون احترام مسطرة التعدد، فإن القانون، وإن جرم فعله، لم يخول الزوجة الأولى طلب فسخ عقد زواج ضرتها، ويبقى للزوجة الثانية وحدها الحق في المطالبة ببطلان عقد زواجها إذا ما ارتأت ذلك، وأثبتت أن رضاها شابه عيب من عيوب الرضا.»

فهذا القرار ذهب في اتجاه حماية حقوق الزوجة الثانية دون الالتفات إلى كرامة الزوجة الأولى وحقوقها وحقوق أبنائها، وما ساعد على ذلك هو غياب أية مقتضيات زجرية تجاه التصرف نفسه أو تجاه الزوج بغض النظر عن رغبة الزوجة في متابعته أم لا، لأن مراقبة خرق القانون يجب أن تسند إلى النيابة العامة دون ربط هذا الخرق بأي شرط. وبالرغم من تعقيد الإجراءات المسطرية لطلب الإذن بالتعدد فإن ذلك لم يمنع الزوج من الزواج لأنه يعلم جيدا بأنه سوف لن يعاقب.

ويتبين من خلال العمل القضائي أنه يتوسع في تفسير نص المدونة في اتجاه الاعتراف بالزيجات القائمة بين نساء ورجال متزوجين بزوجة أخرى، ويعمد، تيسيرا لذلك، إلى إعمال السلطة التقليدية بمرونة كبيرة وتساهل لصالح الزوج بعيدا عن روح النص وفلسفة المشرع.

فهنالك بعض الأحكام والقرارات القضائية التي تسمح بالتعدد استنادا إلى مسطرة ثبوت الزوجية، ودون احترام الإجراءات المسطرية المتعلقة بالتعدد. وهذا ما يبرر كثرة الأحكام والقرارات

القضائية التي تأذن بالتعدد عن طريق الاستعمال المكثف للمادة 16 من مدونة الأسرة كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

ومن هذه القرارات على سبيل المثال لا الحصر القرار عدد 494 الصادر بتاريخ 24 يونيو 2014 في الملف الشرعي عدد 220 /2013/1/2، والذي جاء فيه:

«كون الدعوى مؤطرة وفق مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة المتعلقة بسماع دعوى الزوجية دون المادة 42 من نفس القانون المتعلقة بمسطرة التعدد التي ليس فيها موافقة الزوجة الأولى والتي أصبحت متجاوزة بوجود زواج بين المطلوبين وإنجابهما خلاله لإقرارهما معا في مقالهما الافتتاحي وفي جلسة البحث بوجود علاقة زوجية بينهما حضرها الجيران والفقهاء وحددوا الصداق وتمت قراءة الفاتحة وقدرت السبب الذي حال دون توثيق عقد الزواج في إبانه والمتمثل في قرب إنهاء رخصتهما السنوية وضرورة التحاقهما بالعمل بإسبانيا إضافة إلى بعد مقر قنصلية المغرب بإسبانيا عن مقر سكناهما، يجعل القرار المطعون فيه معللا بما فيه الكفاية ولم يخرق المادة المحتج بها».[32]

فهذا القرار اكتفى بالنظر في ثبوت الزوجية دون الالتفات إلى رأي الزوجة الأولى الذي كرست له المدونة عناية خاصة في إطار حماية حقوقها والحفاظ على كرامتها، ولم يبحث مدى توفر المبررات الموضوعية الاستثنائية ولا مدى شساعة الوضعية المادية، بل استجاب للطلب دون التأكد من شرط توفر العذر القاهر الذي حال دون توثيق العقد في إبانه.

وثمة قرار آخر صادر عن محكمة النقض أثار جدلا حادا بسبب المبررات التي اعتمدتها المحكمة في منح الإذن بالتعدد،

32 نشرة قرارات محكمة النقض –غرفة الأحوال الشخصية –عدد 16 ص 21.

بحيث استند الزوج في طلب التعدد إلى كون زوجته لا تنجب له سوى البنات. وقد صدر هذا القرار بتاريخ 23 يونيو 2015 في الملف الشرعي عدد: 2015/1/2/276. ومما جاء فيه :

«وحيث يعيب الطاعن القرار في الوسيلة الأولى والثانية للارتباط بانعدام الأساس القانوني وانعدام التعليل، ذلك أن المحكمة لم تستجب لطلب الإذن بالتعدد والحال أن رغبته في إنجاب ولد ذكر لم تعد زوجته الأولى التي ولدت له البنات قادرة على الإنجاب وأنه يتوفر على جميع الشروط، وأن مسألة المبرر الموضوعي والاستثنائي مسألة شخصية تتعلق به، وأن التعدد أصلا يعتبر حقا قانونا وشرعا ولا يمكن معه طبقا للمادة 40 من مدونة الأسرة إلا في حالة الخوف من عدم العدل بين الزوجات وحالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها، خاصة وأن زوجته الأولى وافقت له على هذا الزواج، وأنه يتوفر على الموارد الكافية لإعالة أسرتين مما يستوجب نقض القرار.

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أن المحكمة مصدرته اكتفت بالقول لتعليل ما انتهت إليه في منطوق قرارها بأن رغبة الطاعن في إنجاب مولود ذكر لتوفره على البنات فقط غير مبرر للاستجابة لطلبه، والحال أن هذه الرغبة لديه لا يوجد ما يمنعها لا قانونا ولا فقها، وتجسد بجلاء المبرر الاستثنائي والموضوعي، خاصة وأنه يتوفر على ما يعيل به أسرتين، إذ دخله حسب الشهادة المؤرخة في 2014/7/9 هو 22.368.22 درهما، ولاسيما أن الزوجة الأولى وافقت على زواجه ثانية حسب جلسة 2014/10/20 مما يعتبر معه طلبه طبقا للمادتين 40 و41 من مدونة الأسرة لهما يبرره، ولذلك فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا وعرضت قرارها للنقض.»

فمحكمة الموضوع طبقت النص في هذه النازلة تطبيقا منسجما مع قصدية المشرع ولم تقتنع، عن صواب، بالمبرر الذي استند عليه الزوج في طلبه رغم موافقة الزوجة الأولى، فاعتبرته

مبررا غير استثنائي ولا موضوعي، بينما ارتأت محكمة النقض غير ذلك، فاعتبرت أن القدرة المالية للزوج، ورغبته في إنجاب الذكور، وموافقة الزوجة الأولى عناصر كافية للقول بأن المبرر الاستثنائي متوفر.

بيد أن محكمة النقض توسعت في إعمال سلطتها التقديرية لفائدة الزوج دون أن تأخذ بعين الاعتبار الظروف التي دفعت الزوجة الأولى إلى الموافقة، ودون أن تقضي بالنقض والإحالة على الأقل من أجل تحقق قاضي الموضوع من هذه الظروف، مع العلم أن الدور الذي يقوم به قاضي الأسرة هو دور اجتماعي ينطلق من الواقع، واعتبرت ضمنيا أن عدم إنجاب الذكور، مادام هو السبب الجوهري المؤسسة عليه الدعوى، سبب موضوعي، ضاربة عرض الحائط حتى بالحقائق العلمية التي تؤكد بشكل قطعي أن الحيوان المنوي للرجل هو المسؤول المباشر عن جنس المولود، وأن المرأة لا دخل لها في الموضوع.

إن هذا القرار يتنكر لروح النص وغايته في منع التعدد. هذا المنع الذي جاء بعد مخاض عسير بغاية ضمان الاستقرار العائلي وبناء الأسرة على أسس من التفاهم والود والمسؤولية المشتركة وصيانة حقوق جميع مكونات الأسرة. وفضلا عن ذلك، فإن عدم إنجاب الزوجة الأولى للبنات فقط لا يمكن أن يشكل سببا موضوعيا استثنائيا بأي حال من الأحوال، كما أن التعليل الذي بنته المحكمة على كون الزوج يتوفر على الإمكانيات المادية لإعالة الأسرتين استنادا على دخل قدره عشرون ألف درهم لا يستند على تقييم موضوعي ومنطقي، ولا يأخذ بعين الاعتبار مستلزمات الحياة بالنسبة لأسرة متكونة من طالب التعدد وزوجة وثلاث بنات –.

وخلاصة القول إن الإبقاء على مقتضيات استثنائية ضمن منظومة مدونة الأسرة والتوسع القضائي في إعمال النص الاستثنائي، يضرب في العمق مفهوم الأسرة من حيث الاستقرار وحماية حقوق المرأة وكرامتها، ويجعل مصير الأسرة معلق بين يدي عقلية ترفض الاعتراف للمرأة بكرامتها.

ومن أبرز الأمثلة على ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور بتاريخ 2012/5/16 [33] – الذي استجاب لطلب الزوج المتعلق بالتعدد بسبب إصابة الزوجة بمرض السكري–.

إن الإبقاء على الاستثناء يفتح الباب في وجه التجاوزات والمساس بجوهر العلاقة الأسرية القائم على التعاون والتحمل والصبر في مواجهة أعباء الحياة، وافتعال الأسباب والمبررات لطلب الإذن بالتعدد. وأبرز مثال على ذلك هي النازلة التي تقدم فيها الزوج بطلب الإذن بالتعدد بعلة أنه لا يتحمل شخير زوجته[34].

فبدلا من ترشيد وقت المحكمة وجعله مخصصا لمناقشة نزاعات جدية، تجد نفسها مضطرة للنظر والبت في الأهواء الشخصية، الشيء يقتضي بالضرورة أن يتدخل المشرع من أجل إلغاء النصوص التي تميز في الحقوق بين المرأة والرجل ووضع حد لكل توسع في التفسير يفرغ نص القانون من روحه الخليقة به، والعمل على منع التعدد بلا قيد ولا شرط انسجاما مع الالتزامات الدولية للبلاد ومع مقتضيات الدستور.

33 مجلة المحاكم المغربية – العدد 157، الصفحة 172.

34 مجلة المحاكم المغربية – العدد 154، الصفحة 176و177.

الفصل الثاني

الحقوق المالية المترتبة عن انفصام العلاقة الزوجية

من أهم الحقوق والمكتسبات التي نظمها المشرع في مدونة الأسرة، المستحقات المالية للزوجة عندما تتقدم بدعوى التطليق للشقاق، والتدبير المالي للأموال المكتسبة خلال العلاقة الزوجية.

لكن الواقع العملي والتطبيق القضائي لهذه المقتضيات تكَشَّف عن مجموعة من الثغرات التي أثارت جدلا كبيرا واختلافا في المواقف، حتى إن بعض الاجتهادات الصادرة عن محكمة النقض ذهبت في اتجاه مختلف تماما عن منطوق النص.

لذلك، يكون من الضروري بسط العمل القضائي لمحكمة النقض في هذين الجانبين الهامين وتحليله.

المبحث الأول

التطليق للشقاق بمبادرة من الزوجة

لم يكن للمرأة الحق في طلب التطليق إلا إذا أثبتت الضرر أو تنازلت عن جميع حقوقها في إطار مسطرة الخلع إلى غير ذلك من التعقيدات المسطرية التي كانت تواجه بها المرأة التي تريد أن تنفصل عن زوجها. ومع صدور مدونة الأسرة شعرت المرأة المغربية بنوع من الانفراج، حيث أصبح للزوجة المغربية الحق في طلب التطليق بسبب الشقاق، غير أن الممارسة القضائية

طرحت بعض الإشكالات التي أضعفت من مفعوله وقيمته. وهو ما سنتناوله من خلال هذ المبحث.

يعتبر التطليق للشقاق، كما جاءت به مدونة 2004 مكسبا حقوقيا تم من خلاله توسيع حق المرأة في طلب التطليق لإخلال الزوج بشرط من شروط العقد جاء في إطار تعزيز مبدأي المساواة والإنصاف بين الزوجين.

وعلى هذا النحو، فقد نصت المادة 52 من المدونة على أنه عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات الزوجية، يمكن للطرف الآخر مطالبته بتنفيذ ما هو ملزم به، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 من المدونة.

كما يمكن للمحكمة، كما سبق بيان ذلك، أن تطبق مسطرة الشقاق تلقائيا طبقا لمقتضيات المادة 45 من مدونة الأسرة، وهي الحالة التي يصر فيها الزوج على التعدد وترفض الزوجة الأولى ذلك.

وفي جميع الحالات، إذا تعذر الإصلاح واستمر النزاع الذي يُخْشى منه الشقاق، فإن المحكمة تحكم بالتطليق وبالمستحقات المنصوص عليها في المواد 83 و84 و85 من مدونة الأسرة مع مراعاة المتسبب في الفراق، طبقا لمقتضيات المادة 97 من مدونة الأسرة.

وقد أوجب المشرع المغربي بمقتضى المادة 97، في حال الاستجابة لطلب التطليق، الحكم بالمستحقات التي يرتبها التطليق للزوجة، بصرف النظر عمن تقدم بطلب التطليق للشقاق. معناه أن المحكمة تحكم للزوجة بالمستحقات حتى ولو

كانت هي طالبة التطليق للشقاق، لأسباب قانونية لا يرقى إليها الشك، منها:

أن نص الفقرة الأولى من المادة 97 صريحة وواضحة في لغتها وبنائها: « في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر»؛

أن المادة 97 تندرج تحت عنوان: «التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق»؛

أن المواد الأربعة المكونة لهذا الباب لا تميز بين الحالات التي يكون فيها طلب التطليق للشقاق مقدما من لدن الزوج والحالات التي يكون فيها بطلب من الزوجة؛

أن المستحقات المقصودة في المادة 97 هي مستحقات الزوجة طبعا، علما بأن هذه المادة تحيل على المواد 83 و84 و85. وهذه المواد تتحدث جميعها عن «مستحقات الزوجة»؛

أن المادة 97 نفسها منحت لكل واحد من الزوجين الحق في تعويض يؤديه الزوج الأخر الذي تثبت مسؤوليته عن سبب الفراق؛

أن الأمر يتعلق بمقتضيات منسجمة تماما مع روح نص المدونة وبنيانه وفلسفته.

وتشمل مستحقات الزوجة حسب مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 84 «الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة،

والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه». وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة ما يلي: «تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة.»

لئن كانت هذه المقتضيات القانونية لا تثير في حد ذاتها أي إشكال، فإن تطبيقها، من لدن محكمة النقض بخاصة، هو الذي فجر تساؤلات مشروعة حول أسباب تناقض التفسير والتطبيق مع النص وخلفياته وآثاره.

وإذا كانت محاكم الموضوع، والحق يقال، قد سارت عند بداية تطبيق المدونة على تطبيق النصوص بشكل متلائم إلى حد كبير من حيث المبدأ مع ما هو معبر عنه في النص ومع الغاية التي أرادها المشرع ولم تكن أحقية الزوجة طالبة التطليق في الحصول على المتعة تطرح أي إشكال، فإن صدور قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) عدد 433 بتاريخ 21شتنبر 2010 في الملف عدد 2009/1/2/623 قلب هذا المسار بكيفية يمكن القول إنها غير مسبوقة في مسار العمل القضائي بالمغرب، كما سيأتي بيان ذلك.

فقد جاء في هذا القرار:

> « لا تستحق المطلقة المتعة بل التعويض عند ثبوت مسؤولية الزوج عن الفراق».

فالمتعة لا يحكم بها، حسب القرار، إلا في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بناء على طلب الزوج، أما في حالة التطليق للشقاق بناء على طلب الزوجة فإنه لا يحكم لها بالمتعة، وإنما يحكم لها بالتعويض بعد أن تثبت مسؤولية الزوج عن الفراق.

فهذا القرار أحدث، من عدم، قاعدة لم يأت بها المشرع مفادها أن الزوجة التي تطالب بالتطليق للشقاق لا تستحق ما يترتب عن التطليق بصريح نصوص قانونية من مستحقات، وخاصة منها المتعة. بل إنه عاكس إرادة المشرع كما وقع بيانه أعلاه، بل وحتى إرادة واضع الدستور. إذ أنه فرض تمييزا بين الرجل والمرأة، فخالف بذلك مقتضيات ديباجة الدستور والفصل التاسع عشر منه.

وإن محاكم الموضوع اضطرت إلى مجاراة هذا القرار في توجهه، مخافة أن تتعرض أحكامها للنقض والإلغاء من لدن أعلى جهاز قضائي. هكذا تحول القرار المذكور إلى «اجتهاد قضائي» موجِّه، طوعا أو كرها، لمحاكم الموضوع [35]، رغم أنه لم يصدر عن غرفتين مجتمعتين أو عن مجموع الغرف.

وفي نفس السياق صدر عن نفس الغرفة المصدرة للقرار السابق بتاريخ 25 مارس 2014 القرار عدد 239 في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/42. ومن بين ما جاء فيه:

35 تثبت وقائع السلطة القضائية أن هذا القرار لم يصادف هوى لدى جميع المحاكم والقضاة، وأن بعض محاكم الموضوع ظلت تصدر، في إطار ما يمكن اعتباره، دون كبير مجازفة، «مقاومة» لهذا الاتجاه أحكاما مخالفة لهذا الاتجاه، وأن عددا من الدوائر القضائية عقدت على مستوى محاكم الاستئناف جمعيات عمومية من أجل حث القضاة على توحيد العمل وفق ما جاء في القرار المذكور.

«مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة تتعلق بالطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته ويلي زوجته ويراعي فيه أسبابه ومدى تعسفه، ومن المقرر فقها كذلك أنه لا متعة في كل فراق تختاره المرأة والمحكمة لما قضت للزوجة بالمتعة رغم أنها هي التي طلبت التطليق للشقاق تكون قد خرقت القانون والفقه المالكي.» ... المادة 97 من مدونة الأسرة، تنص على أن «التعويض يحكم به في الفراق الذي يطلبه أحد الزوجين بسبب مسؤولية الزوج الآخر، والمحكمة لما ردت طلب التعويض من جهة اعتبار الزوج في إطار سلطتها التقديرية مسؤولا بدوره عن إنهاء العلاقة الزوجية بسبب ما صدر عنه من كلام جارح في حق الزوجة وقد أقر به، ومن جهة أن العذرية لم تشترط في العقد وبالتالي فلا كلام للزوج بشأنها ولو صدق كما هو مقرر فقها تكون قد طبقت القانون والفقه».

فالملاحظ من خلال هذا القرار هو أن محكمة النقض استندت في نقضها للقرار الاستئنافي جزئيا على الفقه المالكي. وهو استناد في غير محله. فمع أن الفقه المالكي يشكل، عموما، خلفية ومرجعية لمدونة الأسرة، فإنه لا مجال للقفز على نصوص المدونة وتجاهلها متى وجدت وكانت صريحة. فالأمر يبقى متعلقا بقانون وضعي بالرغم من مرجعيته الفقهية. وطبقا للمادة 400 من مدونة الأسرة نفسها فإنه لا يرجع إلى المذهب المالكي، وليس إلى الفقه المالكي، إلا بشأن «ما لم يرد به نص في هذه المدونة». وإن هذا الرجوع يكون، فضلا عن ذلك، من أجل بناء اجتهاد «يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف».

إن الرجوع إلى الفقه المالكي بالرغم من وجود نصوص صريحة تحول دون الرجوع إليه، والاجتهاد باستعماله دون مراعاة قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف يشكلان خرقا

ليس لمقتضيات المادة 400 وحسب، وإنما لمدونة الأسرة في مجملها، نصا وروحا. بيد أن المادة 400 لا يتم استعمالها في القرارين المذكورين وغيرهما من القرارات التي تحذو حذوهما، إن صراحة أو ضمنا، إلا من أجل خرقها. فالأمر يتعلق باستعمال متعسف للقانون من لدن جهة ينتظر منها، على العكس من ذلك، أن تحرص على التطبيق السليم له.

فالمشرع – أوجب الحكم المستحقات المترتبة عن التطليق كاملة وفصلها رفعا لكل لبس، حتى ولو كانت الزوجة متعسفة في الطلب لكن المبلغ الذي يحكم به هو الذي يتغير بحسب تعسف الزوجة– في طلبها، ولو كانت غايته غير ذلك لاكتفى بمسطرة الخلع وسكت عما عدا ذلك.

أما اجتهاد محكمة النقض فهو اجتهاد خارج عن النص بل يمكن القول بأنه تدخل غير مبرر في عمل المشرع ، ومخالف لقاعدة لا اجتهاد مع وجود النص.

وإذا كان دور محكمة النقض هو توحيد الاجتهاد القضائي لمحاكم الموضوع لتجنب الاختلاف بين أحكامها، فإنها في نازلة الحال قد خرجت عن القاعدة بحيث إنها اجتهدت بمناسبة الرد على وسيلة للطعن بالنقض وتم نقض القرار جزئيا فقط، لأن محاكم الموضوع كانت تسير في اتجاه واحد منسجم مع النص.

إن مسايرة العمل القضائي لهذا التوجه قد كرست مخالفة صارخة لإرادة المشرع، أفضت إلى القول بما لم يقل به بالاعتماد على تأويلات ذاتية متعسفة ومطبوعة بنوع من التحامل على المرأة، بما أنها تستكثر، من حيث خلفياتها، على المرأة أن يكون لها الحق في المطالبة بالتطليق. ومن ثم، فإنها بمثابة تنكر

لمكتسب قانوني، بل بمثابة مصادرة لحق من حقوق المرأة في الحصول على كافة مستحقاتها المترتبة لها عن التطليق.

وفضلا عن ذلك، فإن السير المعمم في هذا الاتجاه من لدن جميع محاكم الموضوع يمثل مسا بالأمن القانوني وبالأمن القضائي وحتى بالسلم الاجتماعي.

وبذلك يمكن القول إن صدور القرار المذكور الناتج عن اجتهاد ذاتي مناقض، بل ناقض لفلسفة المشرع السائرة في أفق تحقيق المساواة وإعمال قواعد الإنصاف، قد شكل بداية الانتكاسة في تطبيق مدونة الأسرة.

المبحث الثاني

تدبير الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية

من أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة تكريسا لما سار عليه العمل القضائي فيما سمي بالكد والسعاية فتح المجال للاعتراف بما يمكن أن يبذل من مجهود من قبل الزوجين خلال العلاقة الزوجية من أجل تنمية أموال الأسرة، وذلك عبر إبرام اتفاق من أجل اقتسام الاموال المكتسبة خلال العلاقة الزوجية مع الحفاظ على استقلالية الذمة المالية لكل طرف. لكن المشرع نص على اختيارية هذا الاتفاق وعلى الإثبات في الحالة التي لا يبرم فيها، ثم على السلطة التقديرية للقضاء. وهنا طرحت مجموعة من الإشكاليات الواقعية والقانونية.

إن نظام تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية يسمح بتنظيم العلاقات المالية بين الزوجين، في إطار مجمل جوانب تنظيم العلاقات بينهما، على أساس المساواة والعدل وفي اتجاه استقرار المعاملات الأسرية. وإن هذا التصور لينسجم إلى حد بعيد مع تطور المجتمع ومع المفهوم الجديد للأسرة، التي تطورت فأصبحت المرأة فيها تساهم، شأنها شأن الرجل، في تنمية ثروة الأسرة سواء عن طريق العمل والكد خارج البيت أو من خلال تحمل أعباء البيت والأسرة وتربية الأبناء أو من خلالهما معا.

فمع صدور مدونة الأسرة أصبح بإمكان الزوجين، بصريح نص المادة 49 منها، إبرام اتفاق على تدبير الأموال المشتركة التي ستكتسب خلال العلاقة الزوجية، بحيث يكون هذا الاتفاق درءا لتجنب كل خلاف قد ينشب بين الزوجين في موضوع أموال الأسرة وممتلكاتها والذمة المالية لكل واحد من الزوجين.

فالأصل أن لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر، له كامل حرية التصرف فيها. وهذا مبدأ عام أقرته المادة 49، لكنها أجازت لهما الاتفاق على تدبير الأموال التي ستكتسب خلال العلاقة الزوجية واستثمارها وتوزيعها. ونصت على تضمين هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، كما نصت، رفعا للحرج الذي قد يحول دون إثارة أحد الزوجين أو كلاهما لهذا الموضوع، على أن يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند إبرام عقد الزواج بهذه الإمكانية.

ولئن كان المشرع قد نص على أن الأمر يتعلق باتفاق اختياري يكفي تنبيه الزوجين إلى إمكانية إنجازه بموازاة مع إبرام عقد الزواج، وضمنيا إلى المصلحة في ذلك، فإنه، وهو يتوخى أساسا حفظ الحقوق المالية للزوجة في إطار تعاقدي[36]، فإنه لم يفته، وهو يستحضر ضرورة إنصافها عند انفصام العلاقة الزوجية والحرج الذي قد يحول دون إبرام الاتفاق المذكور، أن يعالج الحالة التي لا يكون فيها هذا الاتفاق قد تم إنجازه.

لذلك نصت الفقرة الأخيرة من المادة 49 على أنه «إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة».

36 يستند المشرع في ذلك إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يكون بموجبه لكل شخص أن يدبر شؤونه ويدير أمواله ويتصرف فيها ويتعاقد بشأنها بالشكل الذي يراه ملائما من غير أن يخالف القواعد الآمرة. ينظر بخاصة في هذا السياق التفسير الوارد في الدليل العملي لمدونة الأسرة - وزارة العدل – منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية –سلسلة الشروح والدلائل العدد الأول 2004.

فالمشرع الذي أدرج هذا المقتضى في سياق حفظ الحقوق المالية للزوجة وأسسه على خلفية الاجتهاد الفقهي المغربي في باب الكد والسعاية واعتبارا لتطور المجتمع ودور المرأة ومستلزمات إنصافها، أوكل مهمة تفعيله إلى القضاء.

وإذا كان الرجوع إلى القواعد العامة للإثبات، في غياب إبرام اتفاقات خاصة [37]، لا يطرح من الناحية المبدئية أي إشكال، فإن «مراعاة» عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة الموكولة إلى القضاء تطرح عدة تساؤلات على مستوى التطبيق. من هذه التساؤلات: هل يراعي القضاء هذين العنصرين المجهودات المبذولة والأعباء المتحملة من لدن كل واحد من الزوجين في سبيل تنمية أموال الأسرة؟ ما هي طبيعة المراعاة وما هو نطاقها؟ كيف يتم تفعيلها؟ وكيف يتم تقدير المجهودات والأعباء؟ كيف تُعْمِل المحكمة سلطتها التقديرية في تقييم هذه المجهودات والأعباء؟

هذه هي الأسئلة التي ستتم محاولة الإجابة عليها من خلال عرض توجهات العمل القضائي لمحكمة النقض ودراسته.

لابد من الإشارة إلى أن بدايات تطبيق مدونة الأسرة عرفت نوعا من الاختلاف على مستوى محاكم الموضوع في مسألتي الاعتراف بالعمل المنزلي والاعتناء ببيت الزوجية وتربية الأبناء

37 توضح إحصائيات عممتها وزارة العدل بمناسبة الاحتفاء بالذكرى السنوية الثالثة لصدور مدونة الأسرة أن عدد الاتفاقات المسجلة خلال سنة 2004 لا يتجاوز 424 اتفاقا، وأنه انخفض خلال سنة 2005 إلى 295 اتفاقا، وفي سنة 2006 لم يتجاوز 312 اتفاقا، بينما لم يتجاوز عدد الاتفاقات المسجلة سنة 2007، 900 اتفاق. الشيء الذي يدل على أن اللجوء إلى هذه الوثيقة عند إبرام عقد الزواج ضئيل جدا. ويرجع السبب في ذلك بكل جلاء إلى العادات والتقاليد كما إلى الثقة المفترضة المؤسسة للعلاقة الزوجية.

بوصفها مجهودات أساسية في تنمية أموال الأسرة، وفي إقرار حق الزوجة في نصيب من الثروة التي يكون زوجها قد راكمها بفضلها خلال العلاقة الزوجية.

أولا: فيما يتعلق بالعمل المنزلي وتقييمه :

أخذت بعض المحاكم العمل المنزلي بعين الاعتبار، في حين أن البعض الآخر لم يعرها أي اهتمام.

لكن محكمة النقض استقرت من خلال عدة قرارات على أن العمل المنزلي والاعتناء ببيت الزوجية وتربية الأبناء لا تعتبر مساهمة من الزوجة.

فقد جاء في قرار غير منشور صادر عن محكمة النقض بتاريخ 6 دجنبر 2016:

> «حيث تعيب الطاعنة القرار بخرق الدستور ذلك أنه حمل الطاعنة عبء إثبات المساهمة المالية في الثروة وتقييد ذلك بدورها في العمل المدر للدخل دون اعتبار الدور التشاركي في قيام الأسرة، وتأسيس الثروة الأسرية على اعتبار أنها لم تبخل على زوجها في ذلك.
>
> لكن حيث إن المحكمة لما لم يثبت لديها بمقبول أن الطاعنة ساهمت فعليا في تنمية أموال الأسرة واعتبرت أن الخدمة المنزلية من التزاماتها العملية بنص المادة 51 من مدونة الأسرة ...»[38]

38 قرار غير منشور ورد ذكره بهذه المراجع وهذه الصيغة على لسان السيد يونس الزهري، مدير التكوين بالمعهد العالي للقضاء خلال مشاركته في ندوة «مدونة الأسرة، واقع وآفاق، التي نظمها كل من محكمة الاستئناف والمحكمة الابتدائية بمراكش والمعهد العالي للقضاء يوم الخميس 10 ماي 2018 بمدينة مراكش. وكان موضوع تدخله ينصب على النظام المالي للزوجين في ضوء العمل القضائي.

فمحكمة النقض هنا استعملت سلطتها التقديرية في تقييم وسائل الإثبات واختزلتها بشكل سلبي إذ حصرتها في المساهمة المادية المدرة للربح، ولم تجب على الدفع المتعلق بخرق الدستور فيما يتعلق بالدور التشاركي في قيام الأسرة، واكتفت بالبحث عن وسائل الإثبات في المساهمة المادية للزوجة، كما أنها أحالت على مقتضيات المادة 51 من مدونة الأسرة وأولتها بخلاف مضمونها الفعلي، لأن المادة 51 (3) تنص، على العكس مما جاء في القرار، على تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال، بل إن المادة 52 تنص على أن الإصرار على الإخلال بهذا الواجب، وغيره مما نصت عليه المادة 51 من واجبات، يرتب الحق في المطالبة بتنفيذه أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق. وحسب المنطق القانوني فإن الالتزام الواقع على طرف والذي يرتب للطرف الآخر الحق في المطالبة قضائيا بالتنفيذ وحتى بالتطليق للشقاق ذو قيمة مادية ومعنوية قابلة للتقدير والتقييم.

فمقتضيات المادة 51 تؤكد على الدور التشاركي للزوجين، وكان من الحري بمحكمة النقض أن تنسجم مع الروح الإيجابية التي خولها لها المشرع من خلال إعمال سلطتها التقديرية في اتجاه اعتبار المجهودات المنصوص عليها في المادة 49 والتي تشمل عملا ماديا وعينيا ومجهودات معنوية لا تدر دخلا ماديا مباشرا، لأن تدبير شؤون البيت وتربية الأطفال والسهر على راحة جميع أفراد الأسرة هي مساهمة فعلية في نمو الأسرة ماديا ومعنويا.

وحسب الأستاذ محمد الشافعي، فإن قصد المشرع من صياغة المادة 49 هو أن «المرأة المتزوجة التي لا تقوم بأي عمل خارج البيت أصبح لها – نصيب– مقدر من طرف المحكمة في الثروة المكتسبة خلال الحياة الزوجية، في حالة غياب اتفاق بين الزوجين على تدبير الثروة وتقسيمها، بمعنى أن العمل المنزلي أصبح عملا منتجا وبالتالي مقوَّما بالمال[39].

وفي المقابل، فإن هنالك من يرى «لا يوجد أي مقتضى قانوني يسعف لتبني هذا الرأي الفقهي، على اعتبار أن المشرع كان قد أشار صراحة إلى اعتبار العمل المنزلي في اقتسام الممتلكات و تم حذفه...»[40] ويفسر الدكتور حسن فتوخ ذلك بكون نية المشرع بحذفها ذاك انصرفت إلى عدم اعتبار العمل المنزلي في اقتسام الممتلكات.

إذا كان هذا الرأي الأخير هو الذي استندت عليه محكمة النقض فيما استقرت عليه، فإنه يمكن القول بأنه توجه بعيد كل البعد عن السياق الذي جاءت فيه مدونة الأسرة ومخالف للدستور وللمعايير الدولية لهيئة الأمم المتحدة التي باتت تحدد مقاييس موضوعية لاحتساب قيمة العمل المنزلي وتقديره، بل إنه تفسير يرجح كفة توجه ماضوي ذي خلفية ذكورية مبخسة ومحقرة للعمل المنزلي والاعتناء بالبيت وتربية الأبناء.

---

39 محمد الشافعي، قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة – مجلة المحامي التي تصدرها هيئة المحامين بمراكش، العدد 50، الصفحة 54

40 مقال للدكتور حسن فتوخ _ رئيس قسم التوثيق والدراسات والبحث العلمي بمحكمة النقض_ نشرة قرارات محكمة النقض –غرفة الأحوال الشخصية والميراث – العدد 16 سنة 2015 ص 185.

ثانيا: فيما يتعلق بالمساهمة في تنمية الثروة من خلال بذل المجهودات وتحمل الأعباء

في الحالة التي لا يوجد فيها اتفاق بين الزوجين وتقوم المحكمة بإعمال سلطتها التقديرية في إعمال قواعد الإثبات بدأت تطرح بعض الإشكالات، خاصة وأن بعض المحاكم تطبق النص تطبيقا حرفيا وتتشدد في بعض الأحيان من حيث إعطاء الأولوية لوسائل الإثبات وجودا وعدما، الشيء الذي يترتب عنه في الغالب هدر حقوق النساء المعنيات اللواتي غالبا ما يعوزهن الإثبات.

وقد أصدر المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) قرارا حاسما من حيث التفسير الذي تعطيه لمضمون الفقرة الأخيرة من المادة 49، أوضحت فيه أن المقصود من منها هو أن الرجوع إلى وسائل الإثبات العامة يقترن بمراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات أو تحمله من أعباء بصرف النظر عما قد تحمله الرسوم العقارية من بيانات، وهو القرار عدد 566 الصادر بتاريخ 3 دجنبر 2008 في الملف عدد 2007/1/2/28.

فقد اعتبرت المحكمة في هذا القرار[41]

41 مما تجدر الإشارة إليه أن هذا القرار صادر لفائدة زوج أدلى بوثائق تثبت أداءه لأقساط قروض خاصة بشراء ممتلكات مكتسبة أثناء فترة الزوجية

أن عدم وجود اتفاق مسبق بين الزوجين لتدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية لا يمنع أحدهما من «إثبات ما قدمه من مجهودات و ما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة طبقا للقواعد العامة للإثبات... والمحكمة لما استبعدت كل هذه الحجج رغم تنوعها وقوتها الثبوتية معللة قرارها بأن اتفاق الزوجين لتدبير أموال الأسرة لا يثبت إلا بوثيقة مستقلة وصريحة تكون قد طبقت مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة تطبيقا خاطئا مما يعرض قرارها للنقض».

وأضافت أن «المحكمة [محكمة الاستئناف] لما عللت قرارها بأن ما تمسك به الطاعن من أداء ديون في شكل أقساط لاقتناء قطعة أرضية وشقة بواسطة حساب بنكي في اسمه لا ينهض حجة كافية للقول بأن هناك اتفاقا لتدبير الأموال بينهما أو أنه قدم مجهودا أو تحمل عبئا لتنمية أموال الأسرة، دون أن تقوم بإجراء بحث أو إجراء خبرة للتحقق ما إذا كانت المبالغ المالية التي كانت تقتطع من حساب الطاعن قد ساهمت فعلا في تنمية أموال الأسرة أم لا، وفيما إذا كان قد استرجع هذه الأموال من قبل المطلوبة. واذ هي لم تفعل تكون قد خرقت مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة وعرضت بذلك قرارها للنقض»

ولئن كانت محكمة النقض قد أكدت بواسطة هذا القرار على ضرورة توسع محكمة الموضوع في استعمال سلطتها التقديرية عند تقييم وسائل الإثبات المقدمة من قبل أحد الزوجين وأن تأمر بإجراءات تحقيق الدعوى[42] التي تمكنها من التأكد من مساهمته في تنمية الأموال المكتسبة خلال الزواج، فإنها لم تتجاوز مسألة الإثبات ونطاقه وشكله ولم تؤسس بالتالي بواسطته لاجتهاد ينطلق من قواعد الإنصاف ويستجيب لنية المشرع من وراء إحداث المادة 49 التي لم تكن توجد، لا بالنص ولا بالمضمون

42 من بحث وخبرة وما إلى ذلك.

ولا بالتصور، في مدونة الأحوال الشخصية ويأخذ بعين الاعتبار الحقوق الإنسانية للنساء.

ويتأكد نفس هذا الاتجاه المُرَكِّز على الإثبات من خلال قرار آخر صدر بشأن الطعن بالنقض الذي تقدم به متقاض ضد قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة حكم عليه بأن يؤدي لزوجته من قبل الكد والسعاية تعويضا. أسس الطاعن طعنه على كون القرار المطعون فيه يخرق قواعد الإثبات والمادة 49 من مدونة الأسرة وعلى كونه مطبوعا بسوء التعليل الموازي لانعدامه، مضيفا أن المشرع فرض التوفر على وسيلة الإثبات المطلوبة شرعا وقانونا وهي وجوب التسجيل في السجل العقاري ما دامت الدعوى منصبة على استحقاق جزء من عقارات محفظة.....

جاء جواب محكمة النقض على وسائل الطعن هذه بواسطة القرار الصادر بتاريخ 3 مارس 2015 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/459. وقد ورد فيه ما يلي:

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه، ذلك أنه اقتصر في تعليل قضائه بأن الخبير تقيد بالنقطة المقررة في القرار التمهيدي ... الذي حدد وضعية الزوجين المالية والمبالغ المستثمرة العائدة لكل منهما فخلص إلى أن المساهمة المالية بنسبة 51 % للزوج و 48 % بالنسبة للزوجة، وأن استثمار هذه الأموال والعائدة ملكيتها قانونيا إلى الزوج دون الزوجة التي تكون قد ساهمت فيها تمثلت في الرسم العقاري عدد... وهي عبارة عن قطعة أرضية بها بنايات ... و... الشيء الذي يجعل طلبها منتجا ... وأن المستأنف عليه لم يجادل في كون المستأنفة قد ساهمت بما كانت تحصل عليه من تعويضات عن أطفالها وريع منزل بالديار الفرنسية ومن صرف تلك المبالغ على الأسرة بصفة عامة، مما تكون معه قد أثبتت مساهمتها في استثمار أموال الأسرة بقدر كدها وسعايتها في ما تحقق للزوج من أموال ارتأت معه المحكمة ... تحديد التعويض عن الكد والسعاية للزوجة في 250.000,00 درهم، في حين أن المحكمة ملزمة بالجواب على كافة الدفوع التي يثيرها الأطراف أمامها وعلى المستندات التي يتم الإدلاء بها لاسيما إذا كان لها تأثير على الفصل في النزاع...

محكمة النقض لا تلتفت، في مختلف القرارات الصادرة بشأن اقتسام الممتلكات، بصرف النظر عن تباين النوازل وظروف الطعن والأطراف الطاعنة، إلى أحقية المرأة في نصيب من الثروة التي يكون الزوج قد راكمها بفضل وجودها إلى جانبه وبفضل دعمها له –حتى ولو لم تكن قد ساهمت فيها مساهمة مادية مباشرة وقابلة للاحتساب –، قدر التفاته إلى الإثبات ووسائل الإثبات. وبذلك فإنه يبقى حبيس شكلانية صرفة تفرغ المادة 49 من قيمتها باعتبارها مكسبا حقوقيا وإنسانيا للنساء وتجردها في ذات الوقت من الغاية التي توخاها المشرع من وراء إدراجها في نص المدونة والاعتزاز بمضمونها باعتبارها من المستجدات في ديباجة المدونة.

الفصل الثالث

النيابة الشرعية

إن النيابة الشرعية سلطة قانونية يتولى بمقتضاها الولي أو الوصي أو المقدم التصرف في أموال وأحوال وممتلكات ومنقولات القاصر والمحجور عليه سواء كان المنوب عنه ناقص الأهلية أو فاقدها. وقد خولها المشرع المغربي حسب مدونة الأسرة للأب، وللأم في حالة عدم وجود الأب أو فقدانه لأهليته. فالمشرع وضع الأم في المرتبة الثانية بعد الأب، وهو ما يطرح مجموعة من الأسئلة المتعلقة بمدى إحقاق مبدأ المساواة وعدم التمييز بهذا الخصوص وبأثر ذلك على العمل القضائي.

ففي إطار ترجمة إرادة المشرع الرامية، من حيث المبدأ، إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة ، وفي ذات الوقت حماية مصلحة الطفل، نصت المادة 229 من المدونة على أن النيابة الشرعية عن القاصر تكون إما ولاية أو وصاية أو تقديما. ثم نصت المادة 230 على النائب الشرعي يقصد به الولي وهو الأب والأم والقاضي.

إن المكسب الهام حقا الذي جاءت به المدونة حسب مقتضيات المادة 230 هو منح المرأة حق الولاية على أبنائها القاصرين في إطار النيابة الشرعية. لكن هذه المادة ظلت، تكرس تمييزا بين الأم والأب.

فالمادة 231 من المدونة تنص على أن صاحب النيابة الشرعية هو الأب الراشد، والأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد

أهليته...، وبالتالي فإن المشرع لم يخول النيابة الشرعية للأبوين على قدم المساواة، بل أعطى الأولوية للأب، أما الأم فلا تكون لها الولاية إلا في حال عدم وجود الأب أو فقده أهليته. إن الأمر يتعلق بولاية ناقصة، مؤقتة، مشروطة.

وقد حددت المادة 235 صلاحيات النائب الشرعي في العناية بشؤون المحجور ورعاية أمواله، مع خضوع هذه النيابة إلى الرقابة القضائية.

كما أن المادة 237 نصت على أنه يمكن للأب أن يعين وصيا على ولده المحجور أو الحمل وجاءت الفقرة الأخيرة من المادة 238 من مدونة الأسرة لتؤكد أن مهمة وصي الأب في حالة وجود الأم تتمثل في تتبع تسيير الأم لشؤون الموصى له. وعند الاقتضاء فإنه يرفع الأمر إلى القاضي.

فالواقع أن هذه النصوص وإن كانت تعطي للمرأة في الظاهر حق النيابة الشرعية على أبنائها القاصرين، إلا أنه يتبين من خلال إمعان النظر فيها أن مشرعها بقي محافظا إلى حد ما على الروح الماضوية المستلهمة من الفقه الإسلامي، خاصة من التأويلات التي تعتبر أن كل مساواة بين المرأة والرجل تمس بما يعرف بالقوامة. فوراء هذه التفاصيل تتوارى المساواة في الحقوق بين الأب والأم. تلك المساواة التي أعلنتها ديباجة المدونة وجسدت من خلالها تبني المدونة «صياغة حديثة بدل المفاهيم التي تمس بكرامة وإنسانية المرأة، وجعل مسؤولية الأسرة تحت رعاية الزوجين، وذلك باعتبار «النساء شقائق الرجال في الأحكام»[43].

43 الفقرة الأولى من الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح السنة التشريعية الثانية من الولاية السابعة –ديباجة مدونة الأسرة-

إن استقراء هذه النصوص ينجلي عن أن هناك تعارضا بينها وبين فلسفة المساواة والعدل التي اتخذتها المدونة عنوانا لها. فالأم مطالبة بإذن الأب في جميع الأمور المتعلقة بأطفالها في حين لا يتم مطالبة الأب بإذن الأم. والأحكام المنصوص عليها في باب النيابة الشرعية جاءت على سبيل الحصر ويراعى فيها بالضرورة الترتيب.

وقد صدر منشور عن وزير العدل بتاريخ 2 فبراير 2005 تحت عدد 52 حول مقتضيات المواد 231 و240 و250 تم التأكيد من خلاله على اعتبار صلاحية كل نائب شرعي محددة بالقانون، وأكد على وجوب مراعاتها عند التطبيق.

وقد أثيرت بعض الإشكاليات على مستوى الواقع تتعلق بولاية الأم، خاصة في الحالة التي يتوفى فيها الأب أو يفقد أهليته، حيث تصطدم بالعقليات التي ما زالت متشبثة بالأعراف والثقافة السائدة خاصة على مستوى الإدارات العمومية والقطاع الخاص، وحيث تتم مطالبة الأم بالإدلاء بما يفيد ولايتها. ومما يعقد الأمور أن القضاء يرفض طلبها بهذا الخصوص بعلة أن النيابة الشرعية حق لها مقرر بقوة القانون ولا يحتاج إلى حكم قضائي، مما يدخلها في دوامة قد تضطر معها إلى استنجاز إشهاد العدلي أو البحث عن أي إثبات للإقناع.

إن هذا النوع من الصعوبات يؤثر سلبا على الحقوق المالية للقاصرين، ويمس حتى بالنص نفسه من حيث كونه يعطله عمليا ويعوق تفعيله. ولو تمت مواكبة النص بحملات توعية بالمقتضيات القانونية الجديدة لأمكن تجنب هذا النوع من الصعوبات على الأقل.

وقد قسم الدكتور عادل حاميدي في مقال له[44] أسباب تلك الصعوبات إلى ثلاثة أنواع: يتمثل النوع الأول في عدم التعريف بالمكتسب التشريعي على صعيد الإدارات العامة والقطاعات الخاصة، ويرجع الثاني إلى ما سماه باستحكام القواعد العرفية ومناهضتها للقواعد القانونية التي لا تكون ملزمة، أما النوع الثالث فراجع إلى عدم النص على جزاء في حالة مخالفة النص.

ومن جانب آخر، فإن الولاية المؤقتة المخولة للأم في حالة وجود الأب تطرح مجموعة من الإشكالات، خاصة في الحالة التي تكون فيها العلاقة الزوجية منفصمة، إذ أنه لا يحق لها اتخاذ أي قرار عند رعايتها لأبنائها المحضونين دون موافقة الأب، بحيث إنها تضطر إلى الرجوع إلى الأب في أبسط الوثائق الإدارية، وحتى ولو كان هذا الأب لا يضطلع بواجباته تجاه أبنائه.

ولئن كان المشرع قد منحها في هذه الحالات إمكانية القيام بالمصالح المستعجلة لصالح أبنائها، فإنه قيدها بموافقة الأب أو قاضي المستعجلات مع إلزامها بإثبات عنصر الاستعجال. وكذلك الشأن في الحالة التي ترغب فيها الأم في السفر بالمحضون.

وثمة قرار لمحكمة النقض يزكي هذا الاتجاه، حيث جاء فيه :

> « لا يعتبر سفر الحاضنة بالمحضون مبررا لإسقاط حضانتها طالما ثبتت الموافقة الصريحة للأب على ذلك»[45].

وهو نفس التوجه الذي دأبت عليه محاكم الموضوع.

---

44 مقال منشور بموقع العلوم القانونية حول « الإشكاليات القضائية المتعلقة بولاية الأم» الدكتور عادل حاميدي رئيس المحكمة الابتدائية بالصويرة – أستاذ زائر بكلية الحقوق – جامعة ابن زهر أكادير–

45 القرار عدد 524 الصادر بتاريخ 2007/10/17 في الملف الشرعي عدد 2007/1/2/65 – غير منشور-

أما الأب فإن المشرع لم يلزمه، عكس ذلك، بأي قيد. ومن الملاحظ على المستوى العملي أن هذا المقتضى يتم استغلاله من قبل العديد من الآباء للضغط على الأمهات.

خلاصة القول، إنه بالنظر إلى ما ورد أعلاه ، فإن النيابة الشرعية للأم هي منعدمة لا يرقى إلى مستوى الواقع العملي الذي تعيشه المرأة المغربية، مما يتطلب تدخل المشرع من أجل المساواة في النيابة الشرعية بين المرأة والرجل في كل ما يتعلق بشؤون أبنائهما المادية والمعنوية.

خلاصات

لئن كان العمل القضائي ينصب، بطبيعته وبحكم علة وجوده، على معالجة نوازل عينية، وحل منازعات خاصة تثار بين أشخاص، والبت في مصالح متعارضة، من خلال تطبيق القوانين المنظمة للعلاقات موضوع تلك النوازل والمنازعات والمصالح، فإن ما يضفي عليه طابع الاجتهاد هو مدى بثه للحياة والروح في هذه القوانين وتوفير أسباب الامتداد الزمني الضروري لها ولاستقرارها، ومن ثم شروط الأمن القانوني التي يفترض فيها أن توفره للمعنيين بها.

فالمرور من العمل إلى الاجتهاد يتحقق من خلال تفسير النصوص القانونية بمناسبة تطبيقها على نوازل بعينها، تفسيرا ينسجم أكثر فأكثر مع روح تلك النصوص وغايات المشرع وأسباب النزول. كما يتم من خلال توحيد روح هذا التفسير وتعميم توجهه بين مختلف المحاكم وفي جميع درجات التقاضي. ولعل هذه إحدى الوظائف الأساسية لأعلى جهاز قضائي وهي محكمة النقض، وإحدى مبررات اعتباره محكمة قانون.

إن الأمر يتعلق والحال هذه بخلق جديد ومتجدد للقواعد القانونية، يمكن اعتباره بمثابة شرط وجوب لتحقيق الأمن القضائي ولانتزاع الثقة في المؤسسة القضائية. لذلك فإن الغاية المتوخاة من الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض، فيما وراء مراقبة مدى تطبيق القانون، وضمان احترام القانون في شقيه الشكلي والموضوعي بالنسبة للجميع دون أي استثناء ودون أدنى تمييز، هي توحيد اتجاه العمل القضائي بما يُمَكِّن من توجيه جميع المحاكم

بمختلف درجاتها، وبما يضفي على العمل القضائي لمحكمة النقض نفسه صبغة المرجعية.

إن العمل القضائي، إذ يعمل وفق هذا التصور القائم على التكامل والانسجام بين تطبيق القانون وتفسيره وتكييفه، من جهة، وعلى وحدة الاتجاه مع تطويره تطويرا إيجابيا منسجما مع روحه وقصدية مشرعه وفي ذات الآن مع تطور المجتمع، من جهة أخرى يضمن لنفسه استحقاق منزلته ضمن مصادر التشريع ومكانته بين مرجعيات المعايير.

فعلى خلفية هذا التصور نلاحظ أن دستور 2011 حرص على الارتقاء بالقضاء من مجرد جهاز قضائي[46] إلى سلطة قضائية تعمل باستقلال عن السلطتين التشريعية والتنفيذية وعلى أساس «التطبيق العادل للقانون»[47]. ومما لا شك فيه أن هذه السلطة تساهم من خلال هذا التطبيق العادل للقانون في تطوير المجتمع عبر ضمان استقرار العمل القضائي ووحدته في عمومه، فما بالك إذا تعلق الأمر بمدونة الأسرة التي تعني بشكل أو بآخر كافة أسره وكافة أفراده، إناثهم وذكورهم، صغارهم وكبارهم

في ضوء هذه الملاحظات تسمح الدراسة المنجزة وما تضمنته من تشخيص وتحليل للعمل القضائي لأعلى جهاز قضائي بالمغرب وهي محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) باستخلاص خلاصات متنوعة، منها ما ينصب على المميزات العامة للعمل القضائي لمحكمة النقض في موضوعات مدونة الأسرة ، ومنها ما يتعلق بالتوجهات العامة لهذا العمل القضائي أو الغالبة ومدى قربها أو بعدها عن نص مدونة الأسرة وروحها.

46 الباب السابع -الفصل 82 - من دستور 1996

47 الفصل 110 من دستور 2011.

فيما يتعلق بالمميزات العامة للعمل القضائي لمحكمة النقض في مدونة الأسرة :

- إن القرارات الصادرة عن محكمة النقض في قضايا الأسرة قليلة نسبيا[48] بالمقارنة مع القرارات الصادرة في غير ذلك من القضايا. ولعل السبب في ذلك راجع إلى كون الحق في الطعن غير معترف به في عدد من القضايا وبالنسبة لعدد من الأحكام[49]. وقد يكون السبب راجعا إلى وضعية الهشاشة الاقتصادية والاجتماعية لجل المتقاضين والى افتقاد الثقة للمتقاضيات بخاصة في جدوى الطعن، لولا أن الأمر يحتاج إلى دراسة قائمة بذاتها.
- إن محكمة النقض لا تعمل على نشر قراراتها بكيفية منتظمة وشاملة بما قد يسمح بمواكبة عملها القضائي من لدن المجتمع وخاصة المشتغلات والمشتغلين في القانون والقضاء والمهتمات والمهتمين بهما؛ و أكثر من ذلك فإنها لا تضعها بكيفية عادية وميسرة رهن إشارة الباحثات والباحثين[50] وهو ما يوحي بوجود نوع من التكتم المنهجي على هذه القرارات. ومما يعقد هذا الوضع أن هذه المحكمة تعمد إلى انتقاء

48 يتبين من خلال استقراء عدد القضايا الرائجة المتعلقة بالأحوال الشخصية والميراث إذ تشكل خلال سنوات 2013، 2014 و2015 نسبة 2.38 % بالمقارنة مع باقي أنواع القضايا .

49 يتعلق الأمر مثلا بالحكم القاضي بزواج القاصر والحكم القاضي بالإذن بالتعدد، وكلاهما لا يقبلان أي طعن.

50 لقد واجهت منجزة هذه الدراسة صعوبات جمة في الحصول على القرارات والاطلاع عليها. ولم تتمكن من التغلب جزئيا على تلك الصعوبات إلا بفضل مساعدة بعض الأشخاص ممن يتوفرون عليها ومن خلال ما نشر في بعض الكتب والمنشورات الدورية.

بعض القرارات ونشرها ضمن إصداراتها الدورية دون بيان سبب هذا الانتقاء ومبرراته والمعايير المعتمدة فيه.

ولئن كانت محكمة النقض قد دأبت، في افتتاح كل سنة قضائية على الإعلان عن بعض القرارات التي تعكس توجهاتها القضائية في شتى مجالات التقاضي، فإننا لا نجد ضمن القرارات المذكورة أي قرار يعكس الحرص على احترام قيمة المساواة، المنصوص عليهما في كل من الدستور ومدونة الأسرة ، لفائدة النساء، ولا أي قرار يحيل إلى المرجعية الدولية للحقوق الإنسانية للنساء، بما في ذلك الاتفاقيات والبروتوكولات التي ما فتئ المغرب يصادق عليها ويعتمدها خلفية لقوانينه الوطنية بصريح نص الدستور.

إن القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية مطبوعة، على وجه العموم، بأسلوب تقليدي ولغة عتيقة تمتح من مصادر ومنظومات فقهية قديمة[51]. وإن هذه اللغة وذلك الأسلوب ينأيان بها عن اللغة الحقوقية بل وحتى عن اللغة القانونية[52]، ومن هذه الزاوية، فإنهما يجعلان من الصعب تحليل تلك القرارات في ضوء نصوص مدونة الأسرة باعتبارها قانونا وضعيا مكتوبا.

---

51 وذلك مانجده على سبيل المثال لا الحصر في القرار عدد 439 الصادر بتاريخ 13 غشت 2011 في الملف الشرعي عدد 2011/1/2/154 المنشور بمجلة قضاء محكمة النقض- الإصدار الرقمي 2012- العدد 75 الصفحة 94.

52 يرجع ذلك في الغالب، حسب المعطيات المتوفرة وفي غياب دراسة خاصة بالموضوع، إلى عدة أسباب منها أساسا : - كون الدراسات التي تلقاها عدد من المستشارين العاملين في إطار الغرفة تتصل بالشريعة و أصول الفقه أكثر مما ترتبط بالحقوق بمعناها الواسع؛ - كون العقلية الذكورية هي السائدة باستمرار داخل غرفة الأحوال الشخصية ؛ - كون هذه الغرفة تتشكل منذ سنوات طويلة من نفس المستشارين ، ونادرا ما يتم تغيير أعضائها أواستبدالهم ؛ - كون أعضاء هذه الغرفة منتمين إلى شريحة عمرية وفئوية تستبعد الشباب والنساء ؛ - كون المستشارات قليلات جدا الموجودات ضمن تشكيلة الغرفة يضطررن لمسايرة العقلية الذكورية السائدة داخل الغرفة ...

وفيما يتعلق بالتوجهات السائدة في القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض.

يتبين من خلال القرارات القضائية التي جرى تحليلها ودراستها في الدراسة الحالية والتي تعكس التوجه السائد لمحكمة النقض أن نصوص مدونة الأسرة لا تطبق، على وجه العموم، «تطبيقا عادلا وعصريا وفعالا»[53]، ولا تفسر وفق روح المدونة وبانسجام مع الغايات المتوخاة منها والمحددة في ديباجتها باعتبارها آفاقا استراتيجية لتطبيقها.

فهذا التفسير وذلك التطبيق يتجهان من باب أولى نحو الحد من جموح النصوص ولجم مضامينها الاستشرافية، مفضلين التفسير الضيق للنصوص، والاستعانة بالنصوص الفقهية[54] في هذا التفسير رغم وضوح النص أحيانا، مما يجعله بالضرورة تفسيرا ناكصا أو منكفئا (rétrograde)، وإهمال القاعدة مع إعمال الاستثناء.

53 نذكر من تلك القرارات عللى سبيل المثال لا الحصر: القرار عدد 457 بتاريخ 31 ماي 2016 في الملف الشرعي عدد 299 /206/1/2 –نشرة قرارات محكمة النقض – العدد 28 الصفحة 93 والذي ارتأت من خلاله محكمة النقض أن تتبنى دفع الزوج والقول « ... فإن الطاعن دفع في كل مراحل الدعوى بكون مصاريف التمدرس في التعليم الخصوصي ليس ملزما بها طالما أن المطلوبة هي من اختارت تمدرس البنت في المدارس الخصوصية دون موافقة وإذن منه ...» .فالمحكمة تبنت دفع الزوج كمبرر لنقض القرار الاستئنافي دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضونة ووضعيتها.

54 إن الاستناد على هذه النصوص يعبر عن تمسك بفكر واجتهاد بشري يرتبط، مهما كانت قيمته ورمزيته، بزمان ومكان معينين وبظروف وسياقات مجتمعية مختلفة تماما عن الظروف الحالية وبنوازل تختلف عناصرها وأسبابها عن القضايا والمنازعات الحالية. وغني عن البيان أنه لا يجوز اعتمادها أساسا للبت في نوازل جديدة تطرح تحديات مختلفة، وتوجد فضلا عن ذلك نصوص قانونية وضعية شكلية وموضوعية للنظر فيها.

على هذا النحو، فإن تفسير المدونة وتطبيقها، على الأقل في الحالات والنماذج والموضوعات التي تم التركيز عليها، ينأيان بالقضاء الذي يعتمدهما عن روح مدونة الأسرة ومقاصدها، وبالتالي عن المقتضيات الدستورية ذات الصلة بالسلطة القضائية وبحقوق المتقاضين.

يتأكد ذلك بكل جلاء من خلال التعليلات المعتمدة في القرارات موضوع الدراسة. وهي تعليلات غالبا ماتنزع نحو تفسير ضيق وجامد للنصوص وتحمل في بعض الأحيان تزيدا في الأسباب[55] يبتعد بالتعليل عن المعطيات الموضوعية للنازلة ووقائعها وعن المقتضيات القانونية الدقيقة ويدخل بالقرار القضائي في متاهات وتفسيرات ذاتية ، خارجة بطبيعتها عن صلب المناقشة القانونية.

ولا يمنع هذا من القول إن هذه التطبيقات والتفسيرات تكشف، والحال هذه، عن محدودية بعض نصوص المدونة وعن بعض ثغراتها وجوانب القصور والغموض في صياغتها. فهذه الثغرات وما يجري مجراها هي التي تسمح بسوء التطبيق أو التفسير، وتفتح الباب أمام تطبيق غير عادل للمدونة.

55 نذكر من تلك القرارات علـى سبيل المثال لا الحصر : القرار عدد 674 في الملف الشرعي عدد 377/2/1/2011 الصادر بتاريخ 22 نونبر 2011 والذي ارتأت محكمة النقض في خلاصة تعليلها لنقض القرار الاستئنافي أن تضيف: «... فضلا على ذلك أن ما للطاعن من عقارين وأصل تجاري، وفق أوراق الملف، أكد اكتسابه أواخر السبعينات والتسعينات ولم تدخل مقتضيات المدونة حيز التطبيق ...». فالمحكمة اعتبرت والحال هذه الأموال المكتسبة خلال العلاقة الزوجية – في إطار تفسير ذاتي وضيق للنص- قبل صدور مدونة الأسرة غير خاضع لمقتضيات هذه المدونة مما يبين تفسير وتطبيق سيئين لمبدأ عدم رجعية القوانين . وغني عن البيان أن هذا المبدأ لاينطبق بتاتا على هذه الحالة وإلا كانت الزيجات المبرمة قبل صدور المدونة غير خاضعة مثلا للمقتضيات المتعلقة بالطلاق بعد صدور مدونة الأسرة.

ومما يثير الانتباه في هذا السياق أن المقتضيات ذات الحمولة الحقوقية القوية التي جاء بها دستور 2011، المؤكدة على المساواة وعدم التمييز، لم تجد لها رغم أهميتها البالغة أي صدى لها في قرارات محكمة النقض وتعليلاتها. وكان من المفروض أن تعتبر هذه المقتضيات، كما هي بالفعل بمثابة نفس جديد لمقتضيات مدونة الأسرة ودعم وتعزيز لها،بل الملاحظ أن تراجعات قد حصلت بعد صدور الدستور المذكور.

بيد أن تطبيقات المدونة وتفسيراتها تكشف من جانب آخر، خاصة عند المقارنة بين العمل القضائي لمحكمة النقض وعمل المحاكم الأخرى - في تنوعه - (المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف) عن وجود نوع من التجاذب بين جيلين من القضاة. جيل ينتمي في الغالب، بحكم فئته العمرية واحتكاكه الطويل بمدونة الأحوال الشخصية ومرجعياتها، إلى مدرسة تقليدية متمسكة بمرجعية أصولية ، -علما بأن الدراسات المتصلة بأصول الشريعة وبالدراسات الإسلامية، كانت ولا تزال تفتح الباب للولوج إلى سلك القضاء وعلما كذلك أن المجال القضائي الوحيد الذي يمكن موضوعيا يحتضن القضاة ذوي التكوين المذكور هو مجال الأسرة -، وجيل جديد من الشباب يميل أكثر فأكثر إلى اجتهاد وتطبيق تفسير ايجابي إلى حد ما للنصوص، والانفتاح على الصكوك الدولية لحقوق الإنسان[56] وعلى الحقوق الإنسانية للنساء ويستحضرون مقاربة النوع، بل إن من هؤلاء الشباب من

56 ومنها بالطبع في هذا السياق اتفاقية حقوق الطفل واتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة...

يحرص على تضمين الأحكام والقرارات بعضا من تلك المرجعيات[57].

فالواقع أن القاضيات والقضاة المتشبعين بثقافة حقوق الإنسان والحقوق الإنسانية للنساء وحدهم قادرون على تطبيق مدونة الأسرة تطبيقا إيجابيا وينسجم مع نية المشرع ونظرنه الاستشرافية ويواكب التحولات القوية التي يعرفها المجتمع المغربي عملا بالقاعدة القائلة بثبات النص وحركية المعنى.

وخلاصة القول، إن مدونة الأسرة بما تضمنته من ثغرات قانونية ومن عدم انسجام بين عدد من المقتضيات، وبما أقرته من قواعد واستثناءات، وبما أفسحته من مجال واسع للسلطة التقديرية للقضاة، بما تتيحه عمومية بعض مقتضياتها من تأويل سيء لها، تحمل كما يتجلى من خلال جوانب ومواد موضوع هذه الدراسة بين طياتها أسباب قصورها وسوء تطبيقها.مما يستوجب إخضاعها لمراجعة شاملة ومنسجمة تأخذ بعين الاعتبار جميع السلبيات التي يتكشف عنها تطبيقها وتفسيرها.

إن هذه المعاينات إذ تكشف عن الحاجة الملحة إلى مراجعة نص مدونة الأسرة في كليتها بما يسد الثغرات ويعالج النواقص ويبدد غموض بعض النصوص ويقلص الاستثناءات إلى أقصى حد ممكن، لتؤكد في ذات الوقت ضرورة إفساح المجال أمام القضاة الشباب المتنورين داخل غرفة الأحوال الشخصية

57 كما تبين بعض الأحكام المستنيرة الصادرة عن أقسام قضاء الأسرة في المحاكم الابتدائية بخاصة مثل محاكم طنجة وزاكورة وإلى تشبث بعض المحاكم الابتدائية بعدم مسايرة «ما استقر» عليه العمل القضائي لمحكمة النقض من عدم استحقاق الزوجة طالبة التطليق للشقاق لأية مستحقات عن المتعة زمنا بعد صدور قرار محكمة النقض ذي الصلة.

والميراث بمحكمة النقض من أجل بث روح جديدة في التعامل مع قضايا الأسرة بنفحة حقوقية منسجمة مع تطور المجتمع ومع التزامات المغرب الدولية في مجال حقوق الإنسان.

كما أنها تبرز الحاجة إلى دعم برامج التكوين داخل المعهد العالي للقضاء بمواد متصلة بحقوق الإنسان وبالحقوق الإنسانية للطفل وإقرار برامج للتكوين المستمر في هذه المجالات.

توصيات

في ضوء دراسة القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية بمحكمة النقض المرتبطة بموضوع الدراسة، وتحليل نصوص المدونة بمناسبتها، وانطلاقا من الخلاصات الآنف ذكرها، يمكن تقديم مجموعة من التوصيات.

ينبغي الإشارة إلى أن هذه التوصيات قد حرصت قدر الإمكان على أن تكون عملية ودقيقة ومباشرة وقابلة للتطبيق والتفعيل بقدر ما عملت على تحديد الجهات المعنية بها بحسب طبيعتها والمهام الموكولة إليها، وبالتالي فإنها مصنفة حسب هذه الجهات.

1 – توصيات تهم المؤسسة التشريعية :

لا مناص من العمل بكيفية عاجلة على إجراء تعديل مقتضيات مدونة الأسرة على النحو التالي:

- إلغاء الاستثناءات المنصوص عليها في المواد 16 و20 و41 من مدونة الأسرة؛
- حذف المادتين 20 و21 من مدونة الأسرة المتعلقتين بزواج القاصر؛
- حذف الفقرات الثانية والثالثة والأخيرة من المادة 16 من مدونة الأسرة مع القيام بحملات إعلامية واسعة النطاق ومبادرات إدارية وقضائية من أجل توثيق عقود الزواج؛
- حذف المادة 400 من مدونة الأسرة لما تفتحه من مجال للانزياح عن إعمال قاعدة قانونية صريحة وآمرة؛

- منع التعدد وإلغاء كل استثناء يرتبط به؛
- العمل على تغيير القانون التنظيمي المتعلق بالتنظيم القضائي من أجل مراجعة الإسم الذي تحمله الغرفة المتعلقة بقضايا الأسرة بمحكمة النقض وتشكيلتها مع الحرص على إعمال مبدأ المناصفة؛
- توحيد مساطر الطلاق والتطليق وتوحيد المستحقات مع وضع جدول بياني للاعتماد عليه من لدن القاضي؛
- النص على اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا وفعليا في قضايا الأسرة تحت طائلة بطلان الإجراءات والمسطرة؛
- النص على مقتضيات زجرية، تطبق على كل من كانت له مساهمة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في تزويج قاصر عن طريق الفاتحة وفي التحايل على قيود التعدد؛
- مراجعة الباب المتعلق بالنيابة الشرعية، والنص من جديد على المساواة بين الأم والأب في كل ما يتعلق بتدبير مصالح الأطفال المعنوية والمادية، دون تمييز أو أولوية لأحد منهما على الآخر، والكل تحت مراقبة القضاء؛

وغني عن البيان أن هذه التعديلات التي تفرض نفسها بإلحاح لاتغني عن ضرورة المراجعة الشاملة والملحة والعاجلة لمدونة الأسرة.

2 – توصيات تعني وزارة العدل:

- التعجيل بإعداد مشروع القانون التنظيمي المتعلق بالدفع استثناء بعدم دستورية القوانين وإدراجه ضمن المسار التشريعي؛

- مراجعة مناهج تكوين القضاة بإدراج مواد تتضمن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان والحقوق الإنسانية للنساء؛
- إعداد مشروع مراجعة شاملة لمدونة الأسرة تحقق الانسجام بين نص المدونة وروحها وفلسفتها ومقتضياتها تتوخى ملاءمتها مع الاتفاقيات الدولية للحقوق الإنسانية للنساء ومطابقتها للدستور؛
- وضع برامج للتكوين المستمر في مجال حقوق الإنسان بعامة والحقوق الإنسانية للنساء بخاصة لفائدة العاملين في مختلف المهن القضائية.

3 – توصيات تخص المجلس الأعلى للسلطة القضائية :

- مراعاة الوضعية الفردية للقضاة بما يضمن تمثيلية النساء القاضيات على مستوى جميع محاكم المملكة؛
- مراعاة النوع الاجتماعي في باب التكليف بالمهام على مستوى قضاء الأسرة وقضاء التوثيق؛
- التركيز على جودة الأحكام والقرارات عند تقييم عمل القضاة وأداء جهاز العدالة.

4 – توصيات تخص محكمة النقض:

- ضرورة التقيد في القرارات بالوقائع العينية للنازلة وبالنصوص القانونية المطبقة عليها ودون تزيد في الأسباب قد يضر بمصالح الأطراف أو بخصوصياتهم؛
- ضرورة وضع آلية تلقائية منتظمة لنشر جميع قرارات محكمة النقض ضمانا لتعميم المعلومة، مع وضع قواعد لذلك النشر بما يضمن شفافية العمل القضائي وفي ذات الوقت حماية المعطيات الشخصية ومراعاة مستلزمات احترام الحياة الخاصة؛

- الالتزام بنشر القرارات داخل آجال معقولة بما يضمن إمكانية استفادة المتقاضين / المتقاضيات من مستجدات الاجتهاد القضائي وتمكين المحاكم من اعتمادها؛
- وضع برامج وشراكات بين محكمة النقض والجهات المعنية بحقوق الإنسان، من أجل تعزيز ثقافة حقوق الإنسان والحقوق الإنسانية للنساء والنهوض بها في أوساط الجهاز القضائي ؛
- وجوب التقيد في القرارات بالمرجعية القانونية والحقوقية بلغة حديثة يفهمها المتقاضيات والمتقاضين؛
- ضرورة الالتزام بالإشارة ضمن تعليلات القرارات إلى المرجعية الدولية للحقوق الإنسانية للنساء، على غرار ما جرى به عمل بعض غرف المحكمة؛

5 – توصيات تخص رئاسة النيابة العامة:

- تفعيل تدخل النيابة العامة في القضايا المتعلقة بالأسرة مع العمل على إصدار مناشير ودوريات تحث ممثلي النيابة العامة على الاضطلاع بأدوارهم في قضايا الأسرة.

6 – توصيات تهم هيئات المحامين وجمعية هيئات المحامين بالمغرب:

- تفعيل القانون المتعلق بإحداث معاهد التكوين لفائدة المحامين؛
- إدراج مواد الاتفاقيات الدولية في برامج تكوين المحامين المتمرنين؛
- وضع برامج التكوين المستمر في موضوع الاتفاقيات

الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان لفائدة المحامين الرسميين، مع الحث على استعمال المرجعيات الدولية حقوق الإنسان والحقوق الإنسانية للنساء في جميع أنشطتهم المهنية وفي جميع مراحل التقاضي؛

7 – توصيات تخص المعهد العالي للقضاء :

- مراجعة مناهج تكوين القضاة بإدراج مادتي حقوق الإنسان والحقوق الإنسانية للنساء ومقاربة النوع، مع منحهما نفس الأهمية التي تحتلها المواد والموضوعات والأخرى.

بيبليوغرافيا الوثائق والمراجع

1. الدستور المغربي؛
2. أشغال ندوة حول موضوع «مدونة الأسرة واقع وآفاق» نظمتها كل من المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 10 ماي 2018؛
3. نشرة قرارات محكمة انقض –غرفة الأحوال الشخصية– العدد 16.
4. مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 66.
5. الخطاب الملكي بمناسبة افتتاح السنة التشريعية الثانية من الولاية السابعة؛
6. ورقة حول زواج القاصر عممتها وزارة العدل عبر موقعا الإلكتروني؛
7. مذكرة إخبارية أصدرتها المندوبية السامية للتخطيط بمناسبة اليوم العالمي للطفولة سنة 2014؛
8. تقرير أصدرته وزارة العدل بمناسبة مرور عشر سنوات على صدور مدونة الأسرة؛
9. مقال للدكتور عادل حاميدي رئيس المحكمة الابتدائية بالصويرة منشور بموقع العلوم القانونية .
10. تقرير أصدرته مؤسسة يطو سنة 2013 في إطار القوافل التحسيسية التي تنظمها المؤسسة .

11. مذكرة الشبكة الوطنية لمراكز الاستماع للنساء ضحايا العنف – أناروز –

12. الجريدة الرسمية عدد 5859 بتاريخ 26 يوليوز 2010؛

13. مجة قضاء الأسرة –مجلة متخصصة– تصدر عن وزارة العدل –عدد مزدوج صدر سنة 2009 العدد الرابع والخامس؛

14. توضيح إحصائيات عممتها وزارة العدل عبر موقعها الإلكتروني بمناسبة الاحتفال بالذكرى السنوية الثالثة لصدور مدونة الأسرة..

15. أشغال اليوم الدراسي المنظم من طرف وزارة العدل بالمعهد العالي للقضاء بتاريخ 11فبراير 2008.

16. التقرير السنوي للجمعية الديموقراطية لنساء المغرب حول مدونة الأسرة بتاريخ 12 ماي 2005.

17. الدليل العملي لوزارة العدل ضمن منشولرات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية ،العدد الأول 2004.

18. مدونة الأسرة الصادرة سنة 2004.

19. نشرة قرارات محكمة النقض –غرفة الأحوال الشخصية – العدد 4.

20. نشرة قرارات محكمة النقض –غرفة الأحوال الشخصية _ العدد 1.

21. الجريدة الرسمية عدد 4440 بتاريخ 19 دجنبر 1996؛

22. مدونة الأحوال الشخصية وفق آخر تعديلات سنة 1993؛

23. ظهير رقم 1.58.261 مؤرخ في 10 فبراير 1959 منشور بالجريدة الرسمية عدد 2665 بتاريخ 1963/11/22.

24. تقرير المقررة الخاصة المعنية بالأشكال المعاصرة للعبودية وأسبابها وعواقباها – الدورة الخامسة عشر للجمعية العامة للأمم المتحدة – مجلس حقوق الإنسان – بتاريخ 28 يونيو 2010؛

25. التعليقات الختامية للجنة المعنية بالتمييز ضد المرأة والموجهة إلى المغرب بتاريخ 01 فبراير 2008 خلال الدورة الأربعين للجنة بمناسة دراسته التقرير المغربي الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع؛

26. التوصيات العامة الصادرة عن لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛

27. إعلان فيينا وبرنامج عملها التي أقرها المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان المنعقد بتاريخ 1993/6/25؛

28. الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة؛

29. الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل؛

30. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180 مؤرخ في 18 دجنبر 1979؛

الملحق

نشرة قرارات محكمة النقض – غرفة الأحوال الشخصية والميراث ——— العدد 16 – سنة 2014

ثبوت الزوجية

ثبوت زوجية

تعدد

القرار عدد 651

الصادر بتاريخ 23 شتنبر 2014

في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/343

دعوى الزوجية – شهادة الشهود – التأكد من أركان الزواج وشروطه – مسطرة التعدد غير لازمة بعد ثبوت الزواج.

بمقتضى المادة 10 من مدونة الأسرة فإن أركان الزواج هي الإيجاب والقبول وبتطابقهما يكون الرضى في عقد الزواج إضافة إلى الشروط الأخرى ومنها انتفاء الموانع الشرعية، والمحكمة لما ثبت لها تراضي الطرفين على الزواج واشتهاره كما صرح بذلك الشهود وإنجابهما لولد وعدم وجود موانع وقضت بثبوت الزواج بينهما، فإنها قد طبقت المادة 16 من مدونة الأسرة، وأما ما يتعلق بمسطرة التعدد فإنها تطبق قبل كتابة العقد، أما بعد ثبوت الزواج والبناء بالزوجة ووجود الحمل أو الولد فإنها تصبح متجاوزة.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على عريضة النقض المودعة بتاريخ 2014/04/17 من طرف السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بورزازات والرامية إلى نقض القرار رقم: 62 الصادر بتاريخ 2014/03/19 في الملف عدد 2013/206 عن محكمة الاستئناف بورزازات القاضي بإلغاء الحكم الابتدائي المستأنف وبعد التصدي الحكم بثبوت الزوجية بين السيدة دنية (ق) والسيد عمر (ن) منذ شهر أبريل 2011 وتحميل المستأنفين الصائر.

حيث يستفاد من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بورزازات بتاريخ 2014/03/19 تحت عدد 2013/206 أن المطلوبين في النقض تقدما بتاريخ: 2010/5/14 بمقال إلى المحكمة الابتدائية بورزازات يعرضان فيه بأنهما متزوجين منذ شهر أبريل 2011، وأثمرت علاقتهما عن إنجاب الابن "أيمن"، فأصدرت المحكمة الابتدائية بتاريخ: 2013/03/12 حكمها عدد: 13/131 في الملف رقم: 12/636 القاضي برفض الطلب وتحميل رافعه الصائر، فاستأنفه المطلوبان وبعد إجراء بحث والتماس الطاعن تطبيق القانون قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم الابتدائي المستأنف وبعد التصدي الحكم بثبوت الزوجية بين السيدة دنية (ق) والسيد عمر (ن) منذ شهر أبريل 2011 وتحميل المستأنفين الصائر، وهو القرار المطعون فيه من طرف الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بورزازات بمقال تضمن وسيلة وحيدة.

حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بعدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل، ذلك أن المادة 16 من مدونة الأسرة تنص على أن وثيقة الزواج تعتبر الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج، وأنه إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة، وأن الحكم الابتدائي قضى برفض الطلب بعلة أن السبب الذي اعتمده المدعي لتبرير عدم توثيق الزواج هو امتناع الزوجة عن الموافقة على التعدد، لا يمكن اعتباره سببا قاهرا حسب مدلول المادة أعلاه، وأن القرار المطعون فيه بالنقض اعتمد في قضائه بثبوت الزوجية بين الطرفين المطلوبين على شهادة الشهود المستمع إليهم في المرحلة الابتدائية ووجود ابن وبأن الدخول بالزوجة قبل العقد عليها لا يفسخ النكاح، وبأن مسطرة التعدد في نازلة الحال لم يعد لها محل، وأنه يتضح من خلال التعليلات أعلاه بأن المحكمة وخلافا لما اشترطته المادة 16 أعلاه لم تبين الأسباب القاهرة التي حالت دون توثيق العقد سيما مع وجود الزوجة الأولى التي لا زالت في عصمة المطلوب في النقض والتي رفضت منحه الموافقة على الزواج بالثانية، والتمس نقض القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إنه بمقتضى المادة 10 من مدونة الأسرة فإن أركان الزواج هي الإيجاب والقبول وبتطابقهما يكون الرضى في عقد الزواج إضافة إلى الشروط الأخرى ومنها انتفاء الموانع الشرعية، ولما ثبت للمحكمة تراضي الطرفين على الزواج واشتهاره كما صرح بذلك الشهود وإنجاب الولد "أيمن" وعدم وجود موانع وقضت بثبوت الزواج بينهما، فإنها قد طبقت المادة 16 من مدونة الأسرة، وأما ما يتعلق بمسطرة التعدد فإنها تطبق قبل كتابة العقد، أما بعد ثبوت الزواج والبناء بالزوجة ووجود الحمل أو الولد فإنها تصبح متجاوزة، ولذلك يبقى ما أثير غير جدير بالاعتبار وتعين رفض الطلب.

لهـذه الأسبـاب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

الرئيس : السيد فريد عبد الكبير – **المقرر** : السيد عبد الغني العيدر – **المحامي العام** : السيد عمر الدهراوي.

رقم : 24

سماع دعوى الزوجية

- السبب القاهر - غير محدد.

بخصوص الدفع المثار من طرف الطاعن بعدم ذكر السبب القاهر لعدم توثيق عقد الزواج فإن محكمة الموضوع قد ردته وعن صواب بكون الأسباب المشار إليها في المادة 16 من مدونة الأسرة غير محددة في وجود العدول من عدمه، بل هي أسباب تختص محكمة الموضوع بتقديرها حسب ملابسات كل نازلة.

رفض الطلب

الأساس القانوني :

"تعتبر وثيقة الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج.

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

تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين". (الفقرات 1 و2 و3 من المادة 16 من مدونة الأسرة).

القرار عدد 81
الصادر بتاريخ 18 فبراير 2009
في الملف عدد 2006/1/2/29

باسم جلالة الملك

حيث يستفاد من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه الصادر بتاريخ 2005/05/31 عن محكمة الاستئناف ببني ملال تحت رقم 352 في الملف عدد 2004/46 و10/05/195 أن المدعية عائشة تقدمت بمقال أمام المحكمة الابتدائية ببني ملال مسجل بتاريخ 2004/05/10 تعرض فيه أنها زوجة للمدعى عليه وأنها أقامت حفلا للخطوبة حضره الولي والأقارب والجيران في أواخر شهر أبريل 2001 وسمي فيه الصداق بمبلغ 1000 درهم غير أن ظروفا خارجة عن إرادتها حالت دون توثيق عقد الزواج، وأنها أنجبت البنت فاطمة الزهراء المزدادة بتاريخ 2001/12/28 والتمست الاستماع إلى الشهود والحكم بوجود رابطة الزوجية وإلحاق نسب البنت فاطمة الزهراء بالمدعى عليه وتسجيلها في

سجلات الحالة المدنية. وأجاب المدعى عليه نافيا وجود أية علاقة بينه وبين المدعية وبعد إجراء بحث في النازلة والاستماع إلى الطرفين والشهود وتبادل المذكرات أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها بتاريخ 2004/11/01 والذي قضت فيه بالإشهاد بسماع دعوى الزوجية بين السيدة عائشة والسيد بن علال منذ ابريل 2001 ورد ما عدا ذلك من الطلبات وهو الحكم الذي استأنفه المدعى عليه والنيابة العامة على أساس أن الحكم الابتدائي لم يشر إلى الأسباب التي حالت دون توثيق عقد الزواج في وقته وبعد ضم ملف استئناف المدعى عليه إلى ملف استئناف النيابة العامة وتبادل المذكرات والردود أصدرت محكمة الاستئناف قرارها بتاريخ 2005/5/31 القاضي بتأييد الحكم الابتدائي وهو القرار موضوع هذا الطعن بمقال أجابت عنه المطلوبة في النقض بواسطة دفاعها بمذكرة التمست فيها رفض الطلب.

في شأن الوسيلة الوحيدة المثارة للنقض أوجهها الثلاث.

حيث يعيب الطاعن على القرار عدم ارتكازه على أساس وعدم الجواب على استئناف النيابة العامة ونقصان التعليل المنزل منزلة انعدامه ذلك أن المطلوبة في النقض كانت متزوجة من شخص آخر وطلقت منه فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بالإذن بتوثيق زواج جديد إلا بعد الإدلاء برسم الطلاق. كما أن القرار المطعون فيه لم يجب عن استئناف النيابة العامة ولم يتناول الشهادة المكتوبة المدلى بها من الشاهد محمد الذي شهد بأن المطلوبة في النقض كانت متزوجة وحاملا وتسكن عنده ببني ملال، وأن القرار اكتفى بإعمال شهادة الشهود رغم تقديم شكاية ضدهم بشهادة الزور. ومن جهة أخرى فإن محكمة الاستئناف خرقت في قرارها مقتضيات الفصل 16 من قانون مدونة الأسرة خاصة وان الطاعن أدلى بما يفيد كونه عقيما وهو ما يجعل التعليل مختلا والقرار غير مرتكز على أساس ويجب نقضه.

لكن حيث إن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لما قضت بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بسماع دعوى ثبوت الزوجية بين الطرفين فإنها اعتمدت في ذلك على مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة التي خولت للمحكمة سماع دعوى الزوجية معتمدة في ذلك على سائر وسائل الإثبات مع الأخذ بعين الاعتبار وجود أطفال نتيجة العلاقة الزوجية وان المحكمة قامت ببحث استمعت فيه إلى الطرفين شخصيا وكذا إلى الشهود الذين أكدوا وقوع الزواج بين الطرفين بعد الإيجاب والقبول وتحديد الصداق خلال سنة 2001 حيث تمت قراءة الفاتحة ووقع الدخول وأنهما كانا يقيمان معا في بيت الزوجية الذي كان يؤدي كراءه الطاعن بانتظام وان المطلوبة كانت حاملا حيث وضعت الطفلة المسماة فاطمة الزهراء، كما صرح بذلك الشهود، وأما بخصوص عدم ذكر سبب عدم توثيق عقد الزواج المثار من طرف الطاعن ومن النيابة العامة فإن محكمة الموضوع قد أجابت عن ذلك بكون الأسباب المشار إليها في المادة 16 من مدونة الأسرة غير محددة خاصة في وجود العدول أو عدمه بل تتعلق بأسباب تختص محكمة الموضوع بتقديرها حسب ملابسات كل نازلة كما أن الطاعن لم يدل بأي

إثبات لما ادعاه من زواج المطلوبة سابقا مما كان معه القرار معللا بما فيه الكفاية ومرتكزا على أساس وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب.

السيد رئيس الغرفة إبراهيم بحماني والسادة المستشارون : زهور الحر مقررة وعبد الكبير فريد وعبد الرحيم شكري ومحمد ترابي أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد عمر الدهراوي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة بشرى السكوني.

مقاربة الاجتهادات :

"والثابت من وثائق الملف أن بعض الشهود المستمع إليهم من طرف المحكمة صرحوا بوجود العلاقة الزوجية بين الطالب والمطلوبة، وبعضهم حضر حفل الزفاف، وزف المطلوبة إلى بيت الزوجية عند الطالب وازدادت لهما البنت المذكورة والمحكمة لما قومت في إطار سلطتها التقديرية، وثبت لها قيام العلاقة الزوجية بين الطالبة والمطلوبة وازدياد البنت لهما خلال تلك العلاقة على الرغم من عدم كتابة العقد في حينه بسبب تعذر حصول الطالب على رخصة من جهة عمله في الجندية، ثم قضت على النحو المذكور، فإنها تكون بذلك قد بنت قرارها على أساس". (قرار المجلس الأعلى عدد 296 الصادر بتاريخ 2009/6/10 ملف عدد 2007/1/2/557 غير منشور).

القرار عدد 239

الصادر بتاريخ 25 مارس 2014

في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/42

تطليق للشقاق – طلب الزوجة – عدم استحقاق المتعة – تعويض – مسؤولية أحد الزوجين.

إن مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة تتعلق بالطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته ويراعى فيه أسبابه ومدى تعسفه، ومن المقرر فقها كذلك أنه لا متعة في كل فراق تختاره المرأة والمحكمة لما قضت للزوجة بالمتعة رغم أنها هي التي طلبت التطليق للشقاق تكون قد خرقت القانون والفقه المالكي.

وطبقا للمادة 97 من مدونة الأسرة، فإن التعويض يحكم به في الفراق الذي يطلبه أحد الزوجين بسبب مسؤولية الزوج الآخر، والمحكمة لما ردت طلب التعويض من جهة اعتبار الزوج في إطار سلطتها مسؤولا بدوره عن إنهاء العلاقة الزوجية بسبب ما صدر عنه من كلام جارح في حق الزوجة وقد أقر به، ومن جهة أن العذرية لم تشترط في العقد وبالتالي فلا كلام للزوج بشأنها ولو صدق كما هو مقرر فقها تكون قد طبقت القانون والفقه.

نقض جزئي وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 2012/370 الصادر بتاريخ 2012/04/10 في الملف عدد 11/963 عن محكمة الاستئناف بفاس ادعاء المطلوبة في النقض سارة (ب) بمقال سجل بتاريخ 2011/03/07 بالمحكمة الابتدائية بنفس المدينة على الطالب فتح الله (ب) أنه زوجها وفق الكتاب والسنة، وأن علاقتهما الزوجية لم تعد في وئام بسبب تفاقم الخلافات بينهما

ملتمسة الحكم بتطليقها منه للشقاق وأجاب الطالب بمذكرة مع مقال مضاد مؤدى عنه بتاريخ 2011/04/11 بأنه ليلة الدخول بالمطلوبة فوجئ بكونها ثيبا ومع ذلك تستر عليها رغبة في استمرار العلاقة الزوجية ملتمسا الحكم له بتعويض مبلغه ستون ألف درهم، وعقبت المطلوبة بمقال إضافي عرضت فيه أنها وقت العقد عليها من الطالب كانت بكرا عذراء، وقد أخبرته بأنها مصابة برحمها وأن غشاء بكارتها من نوع الغشاء المطاطي الذي لا يترف عند الدخول، ملتمسة الحكم لها بمستحقات الفراق وبنفقتها ابتداء من تاريخ عقد الزواج بحسب 1000 درهم في الشهر وبأن يرد لها حوائجها، وتمسك الطالب بالإنفاق وباستمرار العلاقة الزوجية وتعذر الصلح ثم قضت المحكمة بتاريخ 2011/05/02 في الملف 2011/1607/768 بتطليق المطلوبة من عصمة زوجها الطالب طلقة واحدة بائنة للشقاق وبأدائه لها مستحقاتها محددة في مبلغ 8000 درهم من قبل المتعة وفي مبلغ 4500 درهم لقاء كراء عدتها، وبيمينه على أنه كان قائم الإنفاق عليها خلال المدة من 2012/12/25 إلى 2011/01/06 فإن حلف برء وإن نكل حلفت واستحقت نفقتها عن تلك المدة بحسب 1000 درهم في الشهر، وبيمينها على أنها لم تستوف نفقتها عن المدة من 2011/01/07 إلى تاريخ التطليق في 2011/05/02 فإن حلفت استحقت نفقتها بحسب نفس الفرض السابق وإن نكلت حلف الطالب على أنها أخذت نفقتها ولا شيء لها وبرفض باقي الطلبات الأصلية والمضادة فاستأنفه الطالب وأيدته محكمة الاستئناف بقرارها المطعون فيه بمقال تضمن وسيلتين أجاب عنه دفاع المطلوبة والتمس رفض الطلب.

في شأن الوسيلة الأولى: خرق المواد 84 و85 و97 و400 من مدونة الأسرة ذلك أن المحكمة قضت بالمتعة رغم أن المطلوبة في النقض هي التي طلبت الفراق مما يعد خرقا للقانون والفقه المالكي ويعرض القرار المطعون فيه للنقض.

حيث صح ما عابته الوسيلة على القرار ذلك أن مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة إنما تتعلق بالطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته ويراعى فيه أسبابه ومدى تعسفه، ومن المقرر فقها كذلك أنه لا متعة في كل فراق تختاره

المرأة كما لابن جزي في كتابه القوانين الفقهية في الفصل 5 من الباب 7 المخصص للعدة والاستبراء وما يتصل بهما، فتكون المحكمة لما قضت للمطلوبة بالمتعة رغم أنها هي التي طلبت التطليق للشقاق قد خرقت المادة المذكورة والفقه المالكي المحرر مما يعرض قرارها للنقض في هذا الخصوص.

الوسيلة الثانية مستمدة من خرق المادة 97 من مدونة الأسرة ونقصان التعليل الموازي لانعدامه بدعوى أن المحكمة رفضت الطلب المضاد الرامي إلى نيل التعويض بعلة أن الطالب ساهم بدوره في إنهاء العلاقة الزوجية حينما أهانها وأصدر في حقها كلاما جارحا دون أن تحدد ما نوع هذا الكلام الجارح، علما أنه صدر عنه كرد فعل ضمني لما علم ليلة الدخول بأن المطلوبة ثيب وتذرعت بأنها مصابة على مستوى رحمها، وأن بكارتها من الغشاء المطاطي الذي لا يترف من الدم دون أن تثبت ذلك ملتمسا نقض القرار المطعون فيه.

لكن حيث إنه طبقا للمادة 97 من مدونة الأسرة، فإن التعويض يحكم به في الفراق الذي يطلبه أحد الزوجين بسبب مسؤولية الزوج الآخر فيه، ومحكمة الموضوع ردت طلب التعويض من جهة اعتبار الطالب في إطار سلطتها مسؤولا بدوره عن إنهاء العلاقة الزوجية بسبب ما صدر عنه من كلام جارح في حق المطلوبة وقد أقر به، ومن جهة أن العذرية لم تشترط في العقد وبالتالي فلا كلام للزوج بشأنها ولو صدق كما هو مقرر فقها فكان ما بالوسيلة غير مؤسس ومردود في هذا الخصوص.

لهـــذه الأسبـــاب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما قضى به من متعة.

الرئيس: السيد إبراهيم بحماني — **المقرر:** السيد محمد بزهة — **المحامي العام:** السيد عمر الدهراوي.

المملكة المغربية

محكمة النقض

نشرة

قرارات محكمة النقض

غرفة الأحوال الشخصية والميراث

السلسلة 5 العدد 22

2015

نشرة قرارات محكمة النقض – غرفة الأحوال الشخصية والميراث – العدد 22 – سنة 2015

القرار عدد 58
الصادر بتاريخ 10 فبراير 2015
في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/468

مستحقات الفراق – الزوجة هي طالبة التطليق للشقاق – عدم أحقيتها في المتعة.

حكم أجنبي – حجية الوقائع التي تثبتها.

من المقرر فقها وقضاء أنه لا متعة في كل فراق تختاره المرأة ولا في الفراق بالفسخ ولا المختلعة ولا الملاعنة، والمحكمة لما قضت بمتعة المطلوبة رغم أنها هي التي سعت إلى إنهاء العلاقة الزوجية، تكون قد خرقت مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة.

إن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية تكون حجة على الوقائع التي تثبتها حتى قبل صيرورتها قابلة للتنفيذ. ولما كان الطاعن قد دفع بأن المطلوبة استصدرت حكما أجنبيا قضى بأدائه واجبات تكاليف إيواء الطفلة وإعالتها وتربيتها وتكوينها، فإن المحكمة لما ردت الدفع المذكور بعلة أن تلك التدابير مؤقتة دون البحث فيما إذا كانت تلك المساهمة تشمل نفقة البنت لترتب على ذلك ما يجب قانونا، يكون قرارها غير مؤسس.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرارين المطعون فيهما المبينين أعلاه الصادرين عن محكمة الاستئناف بمراكش. أن المدعي مصطفى (س) تقدم بتاريخ 2009/02/20 أمام المحكمة الابتدائية بنفس المدينة بمقال عرض فيه بأن المدعى عليها بشرى (ر) زوجته بمقتضى عقد وأنجبت معه البنت صوفيا، وأنها غادرت بيت الزوجية بدون مبرر، والتمس الحكم عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية. وبعد جواب المدعى عليها بمذكرة مع طلب معارض أوردت فيهما بأنها لم تغادر بيت الزوجية وأنها مستقرة به هي وابنتها وأن المدعي متواجد بمدينة بروكسيل ببلجيكا، وأنها قد تضررت من سوء معاشرته وهجره لها، والتمست تطليقها منه للشقاق. وبعد إجراء محاولة إصلاح، وإثبات تعذر الإصلاح، وتقديم المدعي لطلب إضافي التمس فيه الحكم له بتعويض مبلغه 650.000 دة. أصدرت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2009/11/11 حكما برفض الطلبين الأصلي والإضافي. وفي الطلب المعارض بتطليق المدعية من المدعى عليه طلقة أولى بائنة للشقاق وبأدائه لها مستحقاتها كالتالي: عن سكن العدة مبلغ 5000 دة، وعن المتعة مبلغ 35.000 دة، وبأدائه لها نفقة بنتها "صوفيا" حسب مبلغ 1000 دة، وتكاليف سكناها بحسب 600 دة، وأجرة حضانتها بحسب 200 دة، والكل شهريا ابتداء

من تاريخ الحكم مع الاستمرار، استأنفه المدعي. وبعد جواب المستأنف عليها، أصدرت محكمة الاستئناف قرارا بتأييد الحكم المستأنف بعلة أن المتعة المحكوم بها كانت قبل استقرار الاجتهاد القضائي على عدم أحقية الزوجة في المتعة في حالة طلبها التطليق للشقاق. وهذا هو القرار المطعون فيه بالنقض بمقال أجابت عنه المطلوبة بواسطة محامها الذي التمس رفض الطلب.

حيث يعيب الطالب القرار في الوسائل الثلاث مجتمعة بخرق القانون المتخذ من خرق المادة 84 من مدونة الأسرة، ونقصان التعليل الموازي لانعدامه وعدم الارتكاز على أساس، ذلك أن القرار المطعون فيه أيد الحكم الابتدائي المحدد لمتعة المطلوبة في مبلغ 35.000 ده، مع أن المتعة لا يحكم بها إلا إذا تعلق الأمر بالطلاق أو بالتطليق الذي يتقدم به الزوج. وبمفهوم المخالفة، فإن المطلوبة لا تستحق المتعة إذا كانت هي طالبة التطليق. وفي نازلة الحال، فإن المطلوبة هي التي سعت إلى إنهاء العلاقة الزوجية مما يجعلها غير محقة في طلب المتعة، ويبقى القرار المؤيد للحكم الابتدائي القاضي بالمتعة صدر قبل استقرار الاجتهاد القضائي على عدم أحقية الزوجة في المتعة في حالة طلبها التطليق هو تعليل ناقص وغير مستند على أساس لأن الاجتهاد القضائي ليس نصا قانونيا جديدا حتى يمكن أن تطبق بشأنه قاعدة عدم رجعية القوانين، ولا يمكن التمييز في الاجتهاد القضائي بين الأحكام الصادرة بعد استقرار قضاء محكمة النقض على ذلك الاجتهاد وتلك التي صدرت قبله، مما يجعل القرار ناقص التعليل ومعرضا للنقض، كما أثار الطالب بأن المطلوبة سبق لها أن استصدرت حكما عن القضاء البلجيكي قضى لها بنفقة البنت صوفيا، ثم تقدمت بنفس الطلب أمام القضاء المغربي، وأن النفقة لا يحكم بها مرتين والقرار لم يأخذ بما أثاره بعلة أن ما قضى به القضاء الأجنبي يعتبر من التدابير المؤقتة وليس بالحكم البات في نفقة البنت صوفيا، مع أن الحكم الأجنبي أشار في منطوقه إلى ما يلي: تقرر بأن يؤدي السيد (س) للسيدة (ر) حصة إسهامية في تكاليف إيواء الطفلة وإعالتها وتربيتها وتكوينها في مبلغ 150 أورو شهريا خاضعة للتقييس". وبذلك فإن نفقة البنت صوفيا ومشتملاتها قد قضى بها الحكم الأجنبي حسب مبلغ 150 أورو الذي لا يمكن اعتباره تدبيرا مؤقتا ما دامت العلاقة الزوجية قد انتهت بالطلاق والمطلوبة قامت بتنفيذ الحكم الأجنبي القاضي بالنفقة، مما يجعل القرار المطعون فيه معرضا للنقض.

حيث صح ما عابته الوسيلتان على القرار المطعون فيه. ذلك أنه من جهة، فإن مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة إنما تتعلق بالطلاق الذي يوقعه الزوج مع مراعاة أسبابه ومدى تعسفه في إيقاعه، وفي المنصوص عليه فقها أنه لا متعة في كل فراق تختاره المرأة ولا في الفراق بالفسخ ولا المختلعة ولا الملاعنة كما حرر ذلك ابن جزي أحد فقهاء المالكية في كتابه" القوانين الفقهية" الفصل الخامس من الباب السابع. المخصص للعدة والإستبراء وما يتعلق بهما، وهذا التوجه سار عليه قضاء محكمة النقض المؤهل حصريا لإرساء النص القانوني والسهر على تطبيقه ومراقبة تفسيره وتوحيد فهم جميع المحاكم الدنيا، ويسري أثر هذا التوجه على الأحكام والقرارات الصادرة قبل أو بعد صدور قرار محكمة النقض. والمحكمة لما قضت بمتعة المطلوبة رغم أنها هي التي سعت إلى إنهاء

العلاقة الزوجية، تكون قد خرقت مقتضيات المادة المشار إليها وعرضت قرارها للنقض. ومن جهة أخرى، فإنه من المقرر بمقتضى الفصل 418 من ق.ل.ع، فإن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية حتى قبل صيرورتها قابلة للتنفيذ تكون حجة على الوقائع التي تثبتها. ولما كان الطاعن قد دفع بأن المطلوبة استصدرت حكما بتاريخ 2010/02/28 تحت عدد: C/733/10 عن محكمة بروكسيل ببلجيكا قضى بأداء الطالب بصفة إسهامية في تكاليف إيواء الطفلة وإعالتها وتربيتها وتكوينها في مبلغ 150 أورو شهريا. والمحكمة لما ردت ذلك بعلة أن تلك التدابير مؤقتة دون البحث فيما إذا كانت تلك المساهمة تشمل نفقة البنت الملزم بنفقتها لترتب على ذلك ما يجب قانونا، فقد جاء قرارها غير مؤسس، مما يعرضه للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

الرئيس : السيد عبد الكبير فريد – **المقرر** : السيد محمد عصبة – **المحامي العام** : السيد محمد الفلاحي.

623/2/1/2009

القاعدة

في الملف عدد 2009/1/2/623 تطليق للشقاق
-لا تستحق المطلقة المتعة بل التعويض عند ثبوت مسؤولية الزوج عن الفراق.المتعة لا يحكم بها إلا في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بناء على طلب الزوج, أما في حالة التطليق للشقاق بناء على طلب الزوجة فإنه لا يحكم لها بالمتعة، و إنما يحكم لها بالتعويض بعد أن تثبت مسؤولية الزوج عن الفراق

نقض جزئي و إحالة

باسم جلالة الملك

حيث يستفاد من أوراق الملف ومن القرار المطعون فيه رقم 735 الصادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 5 نونمبر 2008 في الملف رقم 07/742 أن المدعية نعيمة تقدمت بواسطة دفاعها بمقال مسجل بتاريخ 2 فبراير 2007 أمام المحكمة الابتدائية بوجدة في مواجهة المدعى عليه عزوز تعرض فيه أنها متزوجة به غير انه منذ زواجهما وهو يسيء معاملتها و يقوم بضربها و يمنعها من زيارة عائلتها و انه استنادا إلى مقتضيات المواد 83 و 84 و 85 من مدونة الأسرة تلتمس : الحكم بتطليقها من المدعى عليه بسبب الشقاق و بأدائه لها تعويضا قدره أربعون ألف درهم لكونه مسؤولا عن الفراق ، و أدلت بوثائق . و أجاب المدعى عليه بان ادعاءات المدعية باطلة تفتقر إلى الدليل، و انه اعد لها سكنا جديدا و مستقلا عن عائلته وقد مكثت فيه أكثر من تسعة أشهر ثم غادرت بيت الزوجية بدون سبب، وقد رفع ضدها دعوى من اجل الرجوع إلى بيت الزوجية و صدر حكم بذلك بتاريخ 2007/4/19 في الملف رقم 07/63 و أنها امتنعت من الرجوع إليه حسب محضر امتناع في ملف التنفيذ عدد 07/54 ، ملتمسا رفض الطلب، و أدلى بوثائق. و بعد إجراء محاولة الصلح بين الطرفين و فشله، تقدمت المدعية بواسطة دفاعها بتاريخ 2007/8/6 بطلب إضافي التمست فيه الحكم على المدعى عليه بأدائه لها نفقتها حسب 800 درهم شهريا ابتداء من تاريخ الإهمال 2006/12/31 إلى تاريخ الحكم بالتطليق، و بأدائه لها كالئ صداقها و قدره عشرة آلاف درهم، و تحديد مدة الإجبار في الأقصى مع النفاذ المعجل و الصائر. و بعد انتهاء الإجراءات، قضت المحكمة بتاريخ 2007/10/9 في الملف رقم 07/307 بتطليق المدعية نعيمة من المدعى عليه عزوز طلقة بائنة للشقاق، و بأدائه لها مؤخر صداقها المحدد في 10.000 درهم و متعتها بحسب 8000 درهم و تكاليف سكناها حسب 1500 درهم و نفقتها حسب 350 درهما شهريا ابتداء من 2007/1/1 إلى تاريخ 2007/5/17 ، مع النفاذ المعجل و الصائر، و بتوجيه ملخص هذا الحكم لضابط الحالة المدنية لمكان ازدياد الطرفين لاتخاذ المتعين. فاستأنفه الطرفان بواسطة دفاعهما، بحيث استأنفه المدعى عليه استئنافا اصليا في حين استأنفته المدعية استئنافا فرعيا. و بعد انتهاء الإجراءات، قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف . وهذا هو القرار المطلوب نقضه من طرف الطاعن بواسطة دفاعه، بمقال يتضمن وسيلتين أجاب عنه دفاع المطلوبة في النقض بمذكرة ترمي إلى رفض الطلب.

فيما يتعلق بالمقطع الأول من الوسيلة الثانية المتخذة من خرق المادة 84 من مدونة الأسرة، ذلك أن الطاعن أثار بان هذه المادة تنص على انه يراعى في تقدير مستحقات الزوجة فترة الزواج و الوضعية المادية للزوج و أسباب الطلاق و مدى تعسف الزوج في توقيعه، إلا أن المحكمة قد عممت الحديث عن مسؤولية التطليق دون الحديث عن أسباب و مسؤولية الزوجة في إيقاعه، لان العارض لا مسؤولية له في النازلة، و قد أدلى بما يفيد امتناعها عن الرجوع لبيت الزوجية، ومع ذلك حكم لها بواجب المتعة المقدر في 8000 درهم مع أنها المسؤولية الوحيدة عن طلب التطليق، وما ادعته في جلسة الإصلاح يبقى مجردا عن الإثبات، و القرار المطعون فيه لما لم يجب عما أثاره الطاعن في شان مسؤوليتها عن التطليق فانه جاء غير معلل و معرضا للنقض.

حيث تبين صحة ما أثاره الطاعن في هذا المقطع من الوسيلة الثانية، ذلك أن المطلوبة قد طلبت في مقالها الرامي إلى التطليق بسبب الشقاق تعويضها بمبلغ 40.000 درهم، و انه بمقتضى المادة 84 من مدونة الأسرة فان المتعة إنما يحكم بها في حالة الطلاق أو التطليق الذي يتم بطلب الزوج، و المحكمة لما حكمت لها بالمتعة رغم أنها طلبت الحكم لها بالتعويض، ودون أن تحدد مسؤولية عن الفراق لترتيب على ذلك التعويض المستحق لها عند الاقتضاء، فأنها تكون قد خرقت المادة المحتج بها و عرضت قرارها للنقض جزئيا فيما ذكر.

وحيث يعيب الطاعن في الوسيلة الأولى، المتخذة من عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني وسوء التعليل أن محكمة الاستئناف لم تجب عن الدفع كون المطلوبة في النقض قد تنازلت عن الدعوى التي التمست بمقتضاها الحكم لها بنفقتها عن الفترة ما قبل الطلاق، و انه أدلى بنسخة حكم يفيد تنازلها عن تلك الفترة و من ثم فان المدة المحكوم لها بالنفقة لا تمت إلى الحقيقة بصلة، فضلا على انه حكم لها بالصداق مع أنها أخذته تبعا للتنازل المذكور.

لكن حيث إن التنازل المتمسك به من طرف الطاعن يتعلق بفترة تبتدئ من 2006/6/22 ، في حين أن الطاعن يقر أثناء جلسة البحث بان زوجته خرجت من بيت الزوجية ابتداء من 2007/1/1 وهو التاريخ الذي اعتمدته محكمة الموضوع للحكم لها بنفقتها، و بالتالي فان التنازل لا علاقة له بالمدة المحكوم بها، كما أن الطاعن لم يثبت أداء كالئ الصداق بحجة مقبولة، و أن الثابت كتابة لا يزول إلا بالكتابة، و أن التنازل لا يشير إلى براءة ذمته منه لذلك يبقى النعي غير مؤسس.

وحيث يعيب الطاعن في المقطع الثاني من الوسيلة الثانية، بأنه مقتنع كون القضية ستحال على ابتدائية بركان ، لعدم الاختصاص المكاني لابتدائية وجدة باعتبار أن بيت الزوجية يتواجد بمدينة السعدية، و أن ما أدلت به المستأنف عليها من شهادة السكنى هو تحريف للحقيقة لأنها لا تسكن بمدينة وجدة و أن القرار المطعون فيه لم يجب على هذا الدفع لذلك يتعين نقضه.

لكن حيث انه من جهة قد صدر حكم بالتطليق للشقاق ، و انه استنادا إلى المادة 128 من مدونة الأسرة فان المقررات القضائية الصادرة بالتطليق تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية، **و من جهة أخرى** فان المحكمة مختصة استنادا إلى عقد الزواج المعتمد بدائرتها و شهادة سكنى المطلوبة المدلى بها بالملف، لذلك يبقى ما أثير غير مقبول في جزء منه و غير مؤسس في الجزء الأخر.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما قضى به من متعة المطلوبة.

السيد إبراهيم بحماني رئيسا، و السادة المستشارون : عبد الكبير فريد مقررا، و احمد الحضري و محمد ترابي و حسن منصف أعضاء، و بمحضر المحامي العام السيد عمر الدهراوي، و بمساعدة كاتبة الضبط السيدة فاطمة اوبهوش.

القرار عدد 674

الصادر بتاريخ 22 نونبر 2011

في الملف الشرعي عدد 2011/1/2/377

تنمية أموال الأسرة – إثبات – اللفيف.

– تطبيق القانون من حيث الزمان.

يحق لأي من الزوجين ولو في غياب حجة مبرمة بينهما تثبت اتفاقهما المسبق على تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية أن يطالب الآخر بمقابل ما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة.

وإذا ما تم الاستدلال باللفيف لإثبات المشاركة في أموال الزوج وجب ليعتد به ألا يكون ناقصا في الاعتبار القانوني، كأن يأتي عاما غير مرتكز على مستند خاص.

لتمكين الزوج من الحق في اقتسام أموال زوجه بحسب ما استحدثته مدونة الأسرة في مادتها 49 يتعين إثبات اكتساب هذه الأموال أثناء قيام الزوجية بعد دخول القانون الجديد حيز التطبيق.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك

وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من أوراق الملف، ومن محتويات القرار المطعون فيه أن المطلوبة فاطمة (س) ادعت أن الطالب، عمر محمد (غ) بتاريخ 2007/6/12 لدى المحكمة الابتدائية بسلا، مفارقها بمقتضى طلاق بتاريخ 2006/6/29 بعد زواج دام حوالي 40 سنة خلالها راكم ثروات منها منزلين ومعمل للفخار بالولجة بسلا، وأنها كانت تساعده في صناعة الفخار، فساهمت بذلك فيما يملك من أموال، ملتمسة تمكينها من حصتها في المنزل موضوع الرسم العقاري عدد 28/16428

وآخر كائن بسيكتور 4 رقم 5 زنقة سيدي العربي البوهالي بسلا ومعمل الاجور، والكل وفق المادة 49 من مدونة الأسرة وإجراء خبرة حسابية للوقوف عل حقيقة ما يملك، وأدائه لها مبلغ 5000 درهم قسطا مقدما عن ذلك. وأجاب الطالب عن كل ذلك نافيا ما ادعته المدعية من الاشتغال في مهنة الفخارة، وناعيا على اللفيف المدلى به من طرفها صغر شهوده، وعدم تحديدها الأعمال التي كانت تقوم بها، وأن مهنة الفخار للرجال فقط نظرا لمشقتها، وأنها بذلك لم تساعده في ثروته. وبعد إجراء البحث بين الطرفين، والاستماع إلى شهودهما، صدر الحكم بتاريخ 2008/12/4 القاضي برفض الطلب فاستأنفته المطلوبة مؤكدة ما سبق بيانه في طلبها الأصلي، فأجاب عنه المستأنف عليه بنفس ما أجاب به ابتدائيا وقضت بإنجاز خبرة لتقويم ما يملكه الطاعن. وبعد تعقيب الطرفين، صدر القرار المطعون فيه بتاريخ 2011/3/23 في القضية عدد 09/44 والقاضي بإلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي الحكم للمستأنفة بنصيبها في ثروة مفارقها بمبلغ 600.000 درهم.

في شأن الوسيلة الأولى والثانية مجتمعتين: المتخذة من انعدام التعليل وعدم ارتكاز القرار على أساس والمكونتين من عدة فروع، ذلك أن القرار لم يرد على مستنتجاته المقدمة بمذكرتين بتاريخ 2011/1/7 وكذا تاريخ 2011/8/1 والتي تضمنت أنه مجرد أجير لدى الغير إلى نهاية السبعينات، مما يناقض ادعاء مفارقته أنها ساعدته في حرفته منذ سنة 1960، وأنه سبق أن طلقها مرتين في سنوات التسعينات ولم يسبق لها أن طالبته بهذا النصيب، ثم بعد طلاقها الأخير سنة 2006 سكتت سنة كاملة إلى 2007/6/11 حيث قدمت الطلب الحالي، مما يدل على عدم مساهمتها معه في ثروته، والأدهى من ذلك، أنه لا يمكن لها أن تجمع بين تربية الأبناء التسعة وما تدعيه من الاشتغال معه، وأنها تناقضت في أقوالها حين ادعت الإشراف على العمل، وإنها لم تبين نوعه ولا عدد أيام الأسبوع التي تشتغل فيها، غير أن ذلك أيضا يناقض ما له من أجراء يقومون بصفة نظامية بأعمال شاقة في حرفة الفخارين، والقرار حين لم يجب على ما أثاره يكون منعدم التعليل.

ومن جهة أخرى، فإنه ناقش اللفيف عدد 424 ص 299 المحتج به من طرف المطلوبة فأكد أنه مجرد لائحة لأشخاص، وأتى مجملا ومبهما وتضمن أشخاصا صغيري السن، لا يمكن لهم الإشهاد بوقائع تعود إلى 41 سنة خلت من تاريخ اللفيف في سنة 2006، وبالتالي كان تعليل القرار باعتماده اللفيف المذكور يعد فاسدا، وأن شهادة الشهود المستمع إليهم في البحث الذين أكدوا نفي مساهمة

المطلوبة في ثروة الطاعن هو ما سبق أن أكده من عدم مساهمة المطلوبة فيما يملكه الطاعنين، وأن القرار حين رجح اللفيف على شهوده يكون قد خرق القانون، ناهيك على أن العقارين موضوع المطالبة قد اشتراهما في سنتي 1979 و1990 وهي فترة لا حاجة له فيها إلى مفارقته، كما أن معمل الفخار إنما هو عين مكتراة لا غير، وبالتالي، فالقرار حين لم يأخذ بما ذكر والرد عليه يكون منعدم التعليل.

وأنه من جهة ثانية، فالقرار حين رجح اللفيف على شهوده واعتبره حجة مثبتة مقدمة على المنفية، فإن هذا التعليل فاسد على اعتبار أن شهوده شهود إثبات للأصل، والقرار بذلك خالف مقتضيات المادة 49 من المدونة، وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه سبق أن أمرت بإجراء بحث لاستفسار شهود اللفيف في جلسة 2001/2/3 ولم يحضر منهم إلا واحدا للطالب، والمحكمة لم تنفذ ما أمرت به، وأن الاستفسار يجب أن يقع لكافة الشهود مما أدى إلى فساد تعليلها. ومخالفة للمقتضيات القانونية التي تقر بأن ذمتهما المالية كزوجين منفصلة، وأنه ما دام الاشتراك في المال له قواعد مبنية على الإثبات فإن ما ادعته المفارقة عديم الأساس، وأن الأخذ بأقوالها فقط يفسد التعليل، والقرار خالف القانون كما أنه خالف الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية، لأن المطلوبة لم تحدد ما تطالبه به من مبلغ مالي، لا في المرحلة الابتدائية ولا في مستنتجاتها بعد الخبرة، كما خالفت مقتضيات الفصول 331 من قانون المصاريف القضائية، والفصلين 357 و528 من قانون المسطرة المدنية إذ قضى لها بمبلغ معين دون أداء المصاريف عليه، وأن الصور الفتوغرافية المدلى بها بمذكرتها لجلسة 2011/3/9 لم تعرض على الطاعن لإبداء رأيه فيها، وهو ما يعد خرقا لقاعدة مسطرية، وأنه لكل ما ذكر يلتمس نقض القرار المطعون فيه.

وبناء على توصل المطلوبة بنسخة من مذكرة النقض وعدم الجواب داخل الأجل الممنوح لها.

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه من خرق قواعد الإثبات ومقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، ذلك أنه من شروط إثبات مشاركة الزوجة لزوجها في ماله الذي اكتسبه حين قيام الزوجية، أن يقع الإثبات وفق القواعد العامة للإثبات وفق ما نصت عليه المادة المذكورة عند غياب حجة مبرمة بينهما تثبت تدبير أموالهم، وأن اللفيف عدد 42 ص 299 الذي أخذ به القرار المطعون فيه لم يثبت أن المطلوبة شاركت في تنمية ثروته، وإنما أتى عاما غير مرتكز على مستند خاص، وبالتالي فحجة المطلوبة ناقصة من قوة

الإثبات والقرار خرق هذه القاعدة. فضلا على أن ما للطاعن من عقارين وأصل تجاري، وفق أوراق الملف أكد اكتسابه أواخر السبعينات والتسعينات ولم تدخل بعد مقتضيات المدونة حيز التطبيق، وبذلك يكون ما نعاه الطاعن على القرار صحيح والوسيلة مؤسسة، فالقرار إذا معرض للنقض بقطع النظر عن باقي فروع الوسيلتين.

لـــهـــذه الأســـبـــاب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

الرئيس: السيد إبراهيم بحماني – *المقرر:* السيد عبد الله الببكري – *المحامي العام:* السيد عمر الدهراوي.

القرار عدد 312
الصادر بتاريخ 22 أبريل 2014
في الملف الشرعي عدد 2012/1/2/125

اقتسام الأموال المكتسبة أثناء الزواج – إثبات – عدم الإدلاء بالاتفاق المثبت للمساهمة المشتركة.

تعليل المحكمة بأن ما أدلت به الطاعنة من وثائق ليس فيه ما يثبت مساهمتها في الشقة موضوع الدعوى إلى جانب المطلوب الذي ادعى أنه اقتناها لوحده من ماله الخاص قبل الزواج، فضلا عن أن الطاعنة سعت إلى تنمية ثروتها مستقلة عن الذمة المالية للمطلوب بشرائها أرضا فلاحية في اسمها وحدها ولم تدل بما يثبت الاتفاق الذي تدعيه بينهما من أجل المساهمة المشتركة في شراء الشقة المذكورة فإنها جعلت لما قضت به أساسا وعللت قرارها بما فيه الكفاية ولم تخرق المواد المحتج بها.

رفض الطلب

الأساس القانوني:

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

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر.

إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات و ما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة."

(المادة 49 من مدونة الأسرة)

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 758 الصادر بتاريخ 2011/9/19 عن محكمة الاستئناف بالرباط في الملف عدد 1622/2010/1059 أن الطاعنة رشيدة (ج) تقدمت بتاريخ 7 فبراير 2008 بمقال إلى المحكمة الإبتدائية بنفس المدينة عرضت فيه أنها تزوجت بالمدعى عليه منذ 1982 وأنجبت منه ابنا اسمه محمد بتاريخ 1988 وتوفي سنة 1994 وابنة اسمها نعمى من مواليد 1992 وأنها انخرطا في تعاونية القدس للحصول على شقة بمشروعها الموجود بعنوانها لكن التعاونية بسبب نظامها تشترط أن ينخرط المدعى عليه وحده في انتظار تحديد رسم عقاري للشقة خاص بها

إلى أن تم الانفصال بينهما دون الحصول على هذا الرسم حيث لازالت الشقق مسجلة في اسم التعاونية، وأوضحت بأنها أستاذة جامعية ولها دخل هام ساهمت به في اقتناء الشقة المذكورة، والتمست الحكم باستحقاقها لنصف الشقة الكائنة بتعاونية القدس عمارة 5 ب كيش الاوداية الرباط أو نصف قيمتها والحكم على شركة تعاونية القدس بتسجيلها كمالكة على الشياع مع المدعى عليه الأول بسجلاتها وأمرها بإنجاز العقد النهائي معها في حدود ما نابها من حقوق بالشقة المذكورة كما تقدمت بطلب إضافي التمست فيه أمر السيد المحافظ على الأملاك العقارية بأكدال الرباط بتسجيل مقتضيات الحكم بالرسم العقاري عدد 50/21903.

وأجاب المدعى عليه بأن المدعية حصلت على التطليق وحكم لها بجميع حقوقها، وأنها غير محقة في المطالبة من جديد وأنها لم تساهم في الشقة موضوع الدعوى، وأنه أداها من ماله الخاص، وأن لها عدة أملاك وعقارات مستقلة تديرها بنفسها، وأنه لا دخل له في شؤونها المالية، والتمس الحكم برفض الطلب، وتقدم بطلب مضاد أوضح فيه أنها تحتل المحل موضوع النزاع والتمس الحكم بإفراغها منه هي أو من يقوم مقامها بإذنها.

وبعد تبادل المذكرات والتعقيبات وإجراء بحث والإدلاء بمستنتجات حوله وإتمام الإجراءات قضت المحكمة الإبتدائية بتاريخ 2010/4/26 في الملف عدد 08/176/10 باستحقاق المدعية لنسبة 50% من الشقة الكائنة بتعاونية القدس عمارة 5 ب كيش الأوداية الرباط موضوع الرسم العقاري عدد 50/21903 وبأمر السيد المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بأكدال الرياض بتسجيل النسبة المذكورة في اسم المدعية في الرسم العقاري المذكور وبرفض باقي الطلبات ورفض الطلب المضاد، فاستأنفه المدعى عليه، وبعد جواب المستأنف عليها وإجراء المسطرة قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي الحكم برفض الطلب، وهو القرار المطعون فيه بالنقض بمقال أجاب عنه المطلوب بواسطة دفاعه والتمس عدم قبول الطلب شكلا ورفضه موضوعا.

وحيث تعيب الطاعنة القرار في الوسائل الأربع للارتباط بنقصان التعليل الموازي لانعدامه وبخرق مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 49 من مدونة الأسرة وخرق مقتضيات المادة 16 من اتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة والمادة 6 من إعلان القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة وبتعارضه مع التوجه العام للفقه والعمل القضائي، ذلك أن المحكمة عللت ما انتهت إليه بأن الشقة تم اقتناؤها سنة 1979 أي قبل الزواج والحال أن أداء أقساط القرض دام لمدة 16 سنة أي من بداية سنة 1984 إلى أواخر سنة 1999 أي خلال مدة الزواج الذي تم بينهما سنة 1982 كما عللت قرارها بأنها سعت لتنمية ثروتها الخاصة باقتنائها أرضا فلاحية على الشياع بمنطقة قروية بعين عودة والحال أنه تم الاتفاق بينهما على أن يتم صرف راتبهما الشهري وكذا مداخيل الأنشطة العلمية التي كان يقومان بها في أداء أقساط الشقة وتكاليف الزوجية والأطفال، كما أنها بالإضافة إلى هذه المساهمة المباشرة عن

طريق الشيكات المسلمة لمفارقها والتي تفوق قيمتها نصف قيمة الشقة كدت وسعت إلى جانبه وبذلت مجهودات جبارة وتحملت عدة أعباء لتنمية أموال الأسرة كما تعززها الوثائق المدلى بها، وأن المحكمة لما لم تأخذ بعين الاعتبار ما ذكر، ولم تراع التحولات والمستجدات والتشريعات وخاصة بعد صدور الدستور الجديد الذي يرمي توجهه إلى الانخراط في المشارع الحقوقية المفتوحة عالميا فجاء قرارها متعارضا مع الفقه الذي منح للزوجة نصيبا فيما تحصل خلال مدة الزواج عند الانتهاء العلاقة الزوجية، واعتبر عملها منتجا داخل بيت الزوجية تستحق عنه التعويض، وكذا العمل القضائي على مستوى محاكم الموضوع والمجلس الأعلى في العديد من الأحكام والقرارات فكان مستوجبا للنقض.

لكن، حيث إنه طبقا لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة فإن لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، وأنه إذا لم يكن اتفاق بينهما على تدبير الأموال التي تكتسب أثناء قيام العلاقة الزوجية يرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة. والمحكمة مصدرة القرار لما اعتبرت ما أدلت به الطاعنة من وثائق ليس فيه ما يثبت مساهمتها في الشقة موضوع الدعوى إلى جانب المطلوب الذي ادعى أنه اقتناها لوحده من ماله الخاص سنة 1979 أي قبل الزواج الذي تم سنة 1982 وفضلا عن أن الطاعنة سعت إلى تنمية ثروتها مستقلة عن الذمة المالية للمطلوب بشرائها أرضا فلاحية بعين عودة جعلتها في اسمها وحدها ولم تدل بما يثبت الاتفاق الذي تدعيه بينهما من أجل المساهمة المشتركة في شراء الشقة المذكورة فإنها جعلت لما قضت به أساسا وعللت قرارها بما فيه الكفاية ولم تخرق المواد المحتج بها وما بالوسائل جميعها على غير أساس.

لهـذه الأسبـاب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

الرئيس : السيد إبراهيم بحماني – المقرر : السيد عمر لمين – المحامي العام : السيد عمر الدهراوي.

نشرة قرارات محكمة النقض – غرفة الأحوال الشخصية والميراث ——— العدد 16 - سنة 2014

القرار عدد 494
الصادر بتاريخ 24 يونيو 2014
في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/220

دعوى الزوجية – زوجة ثانية – عدم اشتراط موافقة الزوجة الأولى.

كون الدعوى مؤطرة وفق مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة المتعلقة بسماع دعوى الزوجية دون المادة 42 من نفس القانون المتعلقة بمسطرة التعدد التي ليس فيها موافقة الزوجة الأولى والتي أصبحت متجاوزة بوجود زواج بين المطلوبين وإنجابهما خلاله لإقرارهما معا في مقالهما الافتتاحي وفي جلسة البحث بوجود علاقة زوجية بينهما حضرها الجيران والفقهاء وحددوا الصداق وتمت قراءة الفاتحة وقدرت السبب الذي حال دون توثيق الزواج في إبانه والمتمثل في قرب إنهاء رخصتها السنوية وضرورة التحاقها بالعمل باسبانيا إضافة إلى بعد مقر قنصلية المغرب باسبانيا عن مقر سكناهما، يجعل القرار المطعون فيه معللا بما فيه الكفاية ولم يخرق المادة المحتج بها.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 5 الصادر بتاريخ 2013/1/9 عن محكمة الاستئناف ببني ملال في الملف عدد 12/1611/726 بأن المطلوبين كريمة (ن) وعبد الله (س) تقدما بتاريخ 10 أبريل 2012 بمقال إلى المحكمة الابتدائية بنفس المدينة عرضا فيه أنهما متزوجان منذ شهر يناير 2007 وأنهما أنجبا خلال العلاقة الزوجية بينهما ابنا اسمه ريان في 2008/02/29 باسبانيا بغواردمار بمنطقة (أليكانتي) وأن عدم توفرها على الوثائق المتطلبة لتوثيق الزواج في إبانه هو السبب في تأخيره، والتمسا الحكم بثبوت الزوجية بينهما منذ يناير 2007 وأجابت المطلوب حضورها بأن الدعوى غير مرتكزة على أساس لكون المدعي متزوجا بها منذ 2006/8/1، وأن الزواج المزعوم كان بتاريخ 2007، وأنه كان من المفروض إتباع الإجراءات في المادة 42 من مدونة الأسرة لبيان الأسباب الموضوعية والاستثنائية لهذا الزواج، والتمست رفض الطلب.

وبعد انتهاء الإجراءات قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2012/9/24 بسماع دعوى الزوجية بين السيدين كريمة (ن) وعبد الله (س) وبقيامها منذ يناير 2007 مع تحملها الصائر وباقي الطلبات فاستأنفته الزوجة الأولى إحسان أبو الوفاء وبعد جواب المستأنف عليها وإجراء المسطرة قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وهو القرار المطعون فيه بالنقض بمقال أجاب عنه المطلوبان بواسطة دفاعهما والتمسا رفض الطلب.

وحيث تعيب الطاعنة القرار في الوسيلة الوحيدة بخرقه مقتضيات المادة 345 من ق.م.م وعدم الجواب على دفوعها وانعدام التعليل، ذلك أن المحكمة لم تعلل قرارها تعليلا كافيا ولم تجب على ما أثارته في معرض استئنافها من الدفع بمقتضيات المادة 42 من مدونة الأسرة المتعلقة بالتعدد وما يقتضيه من موافقتها كتابة كزوجة أولى بعد بيان الأسباب الموضوعية والاستثنائية لهذا الزواج مما كان معه قرارها مستوجبا للنقض.

لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار لما اعتبرت دعوى المطلوبين مؤطرة وفق مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة المتعلقة بسماع دعوى الزوجية دون المادة 42 من نفس القانون المتعلقة بمسطرة التعدد التي ليس فيها موافقة الزوجة الأولى والتي أصبحت متجاوزة بوجود زواج بين المطلوبين وإنجابهما خلاله لإقرارهما معا في مقالهما الافتتاحي وفي جلسة البحث بتاريخ 2008/02/29 بوجود علاقة زوجية بينهما منذ تاريخ 2007 حضرها الجيران والفقهاء وحددوا الصداق في 10.000 درهم وتمت قراءة الفاتحة وقدرت السبب الذي حال دون توثيق الزواج في إبانه والمتمثل في قرب إنهاء رخصتهما السنوية وضرورة التحاقهما بالعمل باسبانيا إضافة إلى بعد مقر قنصلية المغرب باسبانيا عن مقر سكناهما فإنها عللت قرارها بما فيه الكفاية وأجابت عن الدفوع المثارة ولم تخرق المادة المحتج بها وما بالوسيلة على غير أساس.

لهـــذه الأسبـــاب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

الرئيس : السيد إبراهيم بحماني – **المقرر** : السيد عمر لمين – **المحامي العام** : السيد عمر الدهراوي.

القرار عدد 439

الصادر بتاريخ 23 غشت 2011

في الملف الشرعي عدد 2011/1/2/154

تعدد الزوجات – تدليس – المطالبة بفسخ عقد زواج الضرة.

لئن ثبت تدليس الزوج بإدلائه بتصريح كاذب بخصوص وضعيته الاجتماعية تسهيلا لعقده على امرأة ثانية دون احترام مسطرة التعدد، فإن القانون، وإن جرم فعله، لم يخول الزوجة الأولى طلب فسخ عقد زواج ضرتها، ويبقى للزوجة الثانية وحدها الحق في المطالبة ببطلان عقد زواجها، إذا ما ارتأت ذلك، وأثبتت أن رضاها شابه عيب من عيوب الرضى.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك

حيث يستفاد من وثائق الملف ومستنداته، ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بخريبكة بتاريخ 2010/1/28 تحت عدد 10/72 ملف 09/99 والقاضي في الشكل بقبول الاستئناف وفي الموضوع بتأييد الحكم المستأنف، أن زهرة (ح) النائبة عن ابنتها القاصرة بشرى (ب) ومن معها تقدموا بتاريخ 2008/5/27 بواسطة محاميهم أمام المحكمة الابتدائية بواد زم بمقال عرضوا فيه أن موروثهم علال (ب) كان يرتبط بعلاقة زوجية بالسيدة زهرة (ح) – والدة العارضين – استنادا إلى رسم الزواج عدد 347 ص 231 ل 52، وأن موروثهم عمد إلى العقد على السيدة عزيزة (ا) حسب عقد الزوجية عدد 146 ص 107 بتاريخ 2001/12/14، بعدما سعى إلى التوصل بغير حق إلى تسلم وثيقة عن طريق الإدلاء ببيانات كاذبة، إخلالا بمقتضيات المواد 41 و43 و46 من مدونة الأسرة، وهي الجريمة التي أدين من أجلها، وتبعا لذلك فإن العقد على السيدة عزيزة (ا) دون إشعار والدة العارضين بذلك وفقا للمقتضيات القانونية المعمول بها آنذاك يكون فاسدا لتخلف شرط من شروط صحته، واستنادا إلى مقتضيات

المادة 60 من مدونة الأسرة فإنهم يطلبون فسخ العقد المذكور والحكم بثبوت فساده، وبتاريخ 2008/2/17 أصدرت المحكمة الابتدائية بواد زم حكما برفض طلبهم. استأنفه الطاعنون بعلة أن محكمة الدرجة الأولى باكتفائها القول بأن زواج الهالك علال (ب) من السيدة عزيزة (ا) صحيح لتوافر فيه شروط انعقاده تكون قد عللت ما قضت به تعليلا باطلا لأن إذن القاضي بالتعدد ضروري في عقد الزواج، وهو الذي لم يتوفر في زواج المستأنف عليها، وأنه لم يتم إشعار الزوجة الأولى والدة المستأنفين، وبذلك فالتعليل الذي ذهبت إليه المحكمة ليس صائبا لأن النكاح يعتبر فاسدا لعدم توفر الإذن بالتعدد ولا يشرط في الفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية التصريح صراحة بالبطلان ثم أن العقد بني على تصريحات كاذبة من الزوج وما بني على باطل فهو باطل، ثم إنه ما دام الزوج أدلى ببيان كاذب مفاده أنه مطلق والحال أنه متزوج وأن العدلين ضمنا ذلك البيان بعقد الزواج وأن الزوج أدين من أجل ذلك، فيكون العقد باطلا ملتمسين بذلك إلغاء الحكم والتصريح بفسخ عقد الزواج عدد 01/412 مع النفاذ المعجل وتسجيل هذا الحكم بهذكرة العدل الذي حرره بطرته عقد الزواج، وأجابت المستأنف عليها بواسطة نائبها بمذكرة أكدت من خلالها بأن الاستئناف لم يأت بجديد، وأن الأبناء لا حق لهم في طلب فسخ عقد الزوجة وإنما والدتهم كزوجة أولى، وأنه لا يمكن مساءلة العارضة عن وثائق إدارية لم تقم بإنجازها ولم تكن تعلم شيئا عن وضعية زوجها، وأن عقد الزواج أنجز في ظل مدونة الأحوال الشخصية والتي لم تكن تشترط الوثيقة الإدارية التي تحدد وضعية الزوج، وبذلك فإنها تلتمس تأييد الحكم المستأنف، وبعد إنهاء الإجراءات أصدرت محكمة الاستئناف القرار المطعون فيه بالنقض من طرف الطاعنين بثلاث وسائل.

الوسيلة الأولى: انعدام التعليل، ذلك أن الطرف الطاعن يعيب على القرار بأنه جاء في حيثياته أن الزواج المنعقد بين موروثهم والسيدة عزيزة (ا) هو زواج صحيح ما دام توفر فيه الإيجاب والقبول من عاقده والأهلية وتسمية الصداق، في حين أن توفر الشروط المذكورة لا تجعل من النكاح صحيحا ما دام المشرع نظم مسطرة خاصة لزواج من هم متزوجون من الرجال وهو الإذن بالتعدد يصدر عن القضاء، وأن موروثهم لم يستصدر هذا الإذن وإنما فرض الأمر الواقع على زوجته الأولى وعلى القضاء الذي كان من الاحتمال أن لا يأذن له فيه، وهو ما يجعل نكاحه فاسدا موجبا للفسخ، وبذلك فإن القرار المطعون فيه باكتفائه بما ورد بالحيثية المذكورة يكون قد علل ما قضى به تعليلا باطلا.

الوسيلة الثانية: نقصان التعليل، ذلك أن الطاعن يعيب على القرار تعليله أن الإذن بالتعدد في ظل مدونة الأحوال الشخصية القديمة لم يرتب عنه المشرع الفسخ، في حين أن الفسخ يترتب عن كل إخلال بمقتضيات مدونة الأحوال الشخصية، وذلك لكون قواعدها آمرة وتتعلق بالنظام العام، وأنه مما لا جدال فيه أن الأصل في القوانين التي تتعلق بالنظام العام، وجوب إتيان التصرفات وفق المقتضيات المنصوص عليها فيها، وعدم جواز مخالفتها إن اتفاقا أو بصفة فردية، وعدم لزوم تصريح القضاء ببطلانها لتقرير هذا البطلان، لأنها تحمل بطلانها فيها متى ما تمت على غير الصورة التي ارتضاها لها القانون الذي قرر أنها تتعلق بالنظام العام، فيكون بذلك ما قضت به محكمة الاستئناف بناء على قاعدة لا بطلان بدون نص يجعل القرار المطعون فيه غير معلل ومعرضا للنقض.

الوسيلة الثالثة: الخرق الجوهري للقانون، ذلك أن الفصل 41 من مدونة الأحوال الشخصية الذي أبرم العقد في ظله نص على أن " لا يتولى العدلان العقد إلى بعد التوفر على المستندات التالية: ...5- نسخة من إذن القاضي بالتعدد لمن يريده؛". ومن الثابت من ذلك أن الإشهاد على الزواج من طرف العدلين هو شرط صحة الفصل 5 والفصل 2 من مدونة الأحوال الشخصية من حيث أن الزواج الذي لم يتم بإشهاد العدلين هو زواج غير صحيح والمشرع عندما ألزم العدلين بمعاينة الأمر بالتعدد لم يطلب التعدد، فإنه قرر أن شرط صحة الزواج في حالة التعدد لا يصح إلا بوجود أمر قضائي بالتعدد وعدم صدوره يجعل توثيق زواج موروث الطاعنين غير صحيح وباطل والحكم الذي قضى بصحته رغم ذلك غير مرتكز على أساس الأمر الذي يتعين معه إلغائه وإبطاله بناء على ذلك.

في شأن الوسائل الثلاث المثارة والمتخذة من انعدام التعليل ونقصان التعليل والخرق الجوهري للقانون، ذلك أن الطاعنون دفعوا بأن المحكمة لم تستجب لطلبهم الرامي إلى فسخ عقد الزواج المبرم بين موروثهم والسيدة عزيزة (ا) المطلوبة في النقض، على أساس أن العقد المطلوب فسخه يتوفر فيه الإيجاب والقبول من عاقديه والأهلية وتسمية الصداق، في حين أن الزوج ارتكب جريمة التدليس حينما أدلى بوثيقة مزورة عند إنجاز العقد تفيد أنه مطلق، والحال أنه كان متزوجا بوالدة الطاعنين بعقد شرعي، ومع ذلك فإن المحكمة لم تقبل طلبهم الرامي إلى فسخ العقد بعلة أن الإذن بالتعدد في ظل مدونة الأحوال

الشخصية القديمة لم يرتب عنه المشرع الفسخ، في حين أن الفسخ يترتب عن كل إخلال بمقتضيات مدونة الأحوال الشخصية.

لكن، حيث إن المادة 10 من مدونة الأسرة تنص على أن الزواج ينعقد بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، وأن الوثائق اللازمة لإبرامه إنما تتعلق بتوثيق عقد الزواج، وأن ما قام به الزوج من تدليس بإدلائه بتصريحات كاذبة إنما يعاقب عليه جنائيا، وللزوجة الثانية التي أبرم معها عقد الزواج وحدها الحق في المطالبة ببطلانه إذا ارتأت ذلك وأثبتت أن رضاها شابه عيب من عيوب الرضى. وأما فيما يخص الزوجة الأولى فقد مارست حقها المخول لها قانونا بإقدامها على متابعة زوجها بتقديم شكاية أمام النيابة العامة انتهت بإدانته من أجل ما نسب إليه من أفعال ومعاقبته عما قام به من أفعال التدليس، مما يسمح لها بالمطالبة بتعويض عما لحق بها من أضرار من جراء ذلك، وبذلك تكون المحكمة لما قضت برفض الطلب قد عللت قرارها تعليلا كافيا وعلى أساس قانوني، مما يتعين معه رد كل الوسائل ورفض الطلب وإبقاء المصاريف على الطالبين في النقض.

لـــهـــذه الأســـبـــاب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب.

الرئيس: السيد إبراهيم بحماني – المقرر: السيد محمد جواد الإدريسي القيطوني – المحامي العام: السيد عمر الدهراوي.

المملكة المغربية

محكمة النقض

مجلة

قضاء محكمة النقض

العدد 79 2015

القرار عدد 60
الصادر بتاريخ 10 فبراير 2015
في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/572

طلب الإذن بالتعدد – حكم ابتدائي بالرفض – قرار استئنافي بإلغائه وبعد التصدي الإذن بالتعدد – عدم قابليته لأي طعن.

بمقتضى المادة 44 من مدونة الأسرة، فإن المقررات القضائية التي تأذن بالتعدد لا تقبل أي طعن. والقرار الاستئنافي لما قضى بإلغاء الحكم الابتدائي، وبعد التصدي الإذن بالتعدد، فإنه لا يقبل أي طعن.

عدم قبول الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه أعلاه أنه بتاريخ 2013/12/10 تقدم إدريس (د) بمقال افتتاحي أمام المحكمة الابتدائية بالناظور في مواجهة المدعى عليها زوجته يعرض فيه أنه بعد بلوغه سن التقاعد التحق بأرض الوطن من أجل الإقامة والسكن بصفة رسمية، غير أن المدعى عليها امتنعت وأصبح يعيش حياة نفسية أثرت على حياته العادية. وبما أنه يتوفر على موارد مالية كافية، فإنه يلتمس الإذن له بالتعدد. وأجابت المدعى عليها بأنها لا توافق على طلب المدعي والتمست رفض الطلب. وبعد إجراء بحث أصدرت المحكمة الابتدائية المذكورة بتاريخ 2014/04/23 حكمها عدد 588 في الملف رقم 13/11/2690 برفض الطلب، فاستأنفه المدعي. وبعد إجراء بحث قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والحكم بالإذن للمستأنف بالتعدد وذلك بالزواج من امرأة ثانية. وهو القرار المطعون فيه بالنقض من طرف المستأنف عليها بمقال تضمن وسيلة فريدة.

حيث تعيب الطاعنة القرار فيها بخرق قواعد قانونية أضر بها، ذلك أنه علل بأن الطالبة امتنعت عن الالتحاق ببيت الزوجية. وبالتالي شكل مبررا استثنائيا للإذن بهذا التعدد. فلم يراع ما تضمنته مذكرتها الجوابية المؤرخة في 2014/06/18 التي دفعت فيها بأن طلب المطلوب في النقض قد بني على سوء نيته لإدلائه ببيانات خاطئة لكون عنوانها يوجد بفرنسا وليس بالناظور وأن المادتين 41 و42 من مدونة الأسرة وضعت للتعدد شروطا تحول دون استعمال هذا الحق منها العدل في التعدد، وهو ما لم تتحقق منه المحكمة المطعون في قرارها. ومن جهة ثانية، فإن القرار لم يحترم مسطرة الاستدعاء لطالبة النقض إذ أن القاضي المقرر لم يقم باستدعائها للاستماع إليها لأن تعليل الإذن يوفر عناصر مراقبة ما إذا كان في محله أم لا بصرف النظر عن كونه قابلا لأي طعن. وأن المادتين 43 و46 من مدونة الأسرة تنص على إجراءات استدعاء الزوجة من أجل الاستماع إليها ومحاولة الصلح صيانة لحقوق الأطراف لا سيما وأن المطلوب في النقض قد صدر ضده حكم قضى بأدائه نفقتها، مما يدل على عجزه عن الإنفاق.

لكن، حيث إنه بمقتضى المادة 44 من مدونة الأسرة، فإن المقررات القضائية التي تأذن بالتعدد لا تقبل أي طعن.

وحيث إن القرار المطعون فيه قضى بإلغاء الحكم المستأنف. وبعد التصدي الإذن بالتعدد وهو ما لا يقبل أي طعن.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بعدم قبول الطعن.

الرئيس : السيد محمد بزهة – **المقرر** : السيد محمد دغبر – **المحامي العام** : السيد عمر الدهراوي.

المملكة المغربية

محكمة النقض

مجلة

قضاء محكمة النقض

التعديد
سوا قعة

العدد 80

القرار عدد 331
الصادر بتاريخ 23يونيو 2015
في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/276

طلب التعدد – موافقة الزوجة الأولى – رغبة الزوج في إنجاب مولود ذكر – مبرر موضوعي واستثنائي.

لما كان الزوج يتوفر على البنات فقط من زوجته الأولى التي وافقت له على زواجه من ثانية، وأن رغبته في إنجاب مولود ذكر لا يوجد ما يمنعها لا قانونا ولا فقها، فإن المحكمة لما قضت برفض طلب التعدد رغم ثبوت كافة الشروط الواردة في المادتين 40 و41 من مدونة الأسرة بما فيها المبرر الموضوعي والاستثنائي، يكون قرارها غير مرتكز على أساس.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه أن الطاعن رشيد (س) علوي تقدم بتاريخ 2014/09/30 بمقال إلى المحكمة الابتدائية الاجتماعية بالدار البيضاء عرض فيه أنه متزوج بالسيدة نزهة (ع)، وأنه رزق منها بثلاث بنات، وأن لديه رغبة في الزواج لإنجاب مولود ذكر، وأن زوجته الأولى وافقت له على ذلك، والتمس الإذن له بالتعدد.

وبعد إجراء بحث في جلسة 2014/10/20 أكد فيه الطاعن رغبته في التعدد، وصرحت زوجته الأولى في أنها توافق عليه، قضت المحكمة الابتدائية المذكورة بتاريخ 2014/10/27 برفض الطلب، فاستأنفه الطاعن. وبعد إجراء المسطرة قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف.وهو القرار المطعون فيه بالنقض.بمقال تضمن وسيلتين لم تجب عنه المطلوبة رغم الاستدعاء.

قضاء محكمة النقض عدد 80 ـــ

وحيث يعيب الطاعن القرار في **الوسيلة الأولى والثانية** للارتباط بانعدام الأساس القانوني وانعدام التعليل، ذلك أن المحكمة لم تستجب لطلبه الإذن بالتعدد والحال أن رغبته في إنجاب ولد ذكر لم تعد زوجته الأولى التي ولدت له البنات نظرا لسنها قادرة على الإنجاب، وأنه يتوفر على جميع الشروط، وأن مسألة المبرر الموضوعي الاستثنائي مسألة شخصية تتعلق به، وأن التعدد أصلا يعتبر حقا قانونا وشرعا ولا يمكن منعه طبقا للمادة 40 من مدونة الأسرة إلا في حالة الخوف من عدم العدل بين الزوجات، وحالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها، خاصة وأن زوجته الأولى وافقت له على هذا الزواج، وأنه يتوفر على موارد كافية لإعانة أسرتين، مما يستوجب نقض القرار.

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أن المحكمة مصدرته اكتفت بالقول لتعليل ما انتهت إليه في منطوق قرارها بأن رغبة الطاعن في إنجاب مولود ذكر لتوفره على البنات فقط غير مبرر للاستجابة لطلبه، والحال أن هذه الرغبة لديه لا يوجد ما يمنعها لا قانونا ولا فقها، وتجسد بجلاء المبرر الموضوعي الاستثنائي، خاصة وأنه يتوفر على ما يعيل به أسرتين، إذ دخله حسبما بالشهادة المورخة في 2014/7/9 هو 22.368.22 درهما، ولا سيما أن زوجته الأولى وافقت له على زواجه ثانية، حسبما بجلسة 2014/10/20، مما يعتبر معه طلبه طبقا للمادتين 40 و41 من مدونة الأسرة له ما يبرره. ولذلك فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا وعرضت قرارها للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون.

الرئيس : السيد محمد بزهة – **المقرر** : السيد عمر لمين – **المحامي العام** : السيد عمر الدهراوي.

Royaume
des Pays-Bas

الجمعيـــة الديمقراطيـــة لنســـاء المغـــربية
ⵜⴰⵎⴰⵡⴰⵙⵜ ⵜⴰⵏⴰⴷⵎⵓⵔⵜ ⵏ ⵜⵣⵔⴼⵜ ⵏ ⵍⵎⵖⵔⵉⴱ
Association Démocratique des Femmes du Maroc
ONG dotée du statut consultatif auprès du conseil Économique et social des Nations Unies
هيئة استشارية معتمدة لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة