UNIVERSITÉ SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH DE FÈS
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

ⵜⴰⵙⴷⴰⵡⵉⵜ ⵙⵉⴷⵉ ⵎⵓⵃⴰⵎⴻⴷ ⴱⵏ ⵄⴱⴷⵍⵍⴰⵀ ⴼⴰⵙ
ⵜⴰⵖⴻⵡⵍⴰⵢⵜ ⵏ ⵜⵣⴰⵔⵜ ⵜⴻⵙⵙⵓⵙⵉⵏ, ⵜⴻⵍⵣⵓⵉⵏ ⴰ ⵜⵉⵣⵉⵏ


**مركز الدراسات في الدكتوراه: العلوم القانونية والسياسية**

**مختبر البحث: القانون والفلسفة والمجتمع**

**أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص**

**في موضوع:**

# تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج

**إعداد الطالب الباحث**

ياسين العمراني

**تحت إشراف الأستاذ**

محمد ناصر متيوي مشكوري

**لجنة المناقشة**

| | | | |
|---|---|---|---|
| د محمد ناصر متيوي مشكوري | أستاذ التعليم العالي | كلية الحقوق فاس | رئيسا |
| د حميد لحمر | أستاذ التعليم العالي | كلية الآداب سايس | مقررا |
| د إدريس جويلل | أستاذ التعليم العالي | كلية الحقوق مكناس | مقررا |
| د عمرو لمزرع | أستاذ التعليم العالي | كلية الحقوق فاس | مقررا |
| دة فردوس بهيجة | أستاذة التعليم العالي | كلية الحقوق فاس | عضوا |
| د كريم متقي | أستاذ مؤهل | كلية الآداب فاس | عضوا |

**السنة الجامعية: 2022/2021**

**مقدمة.**

تعتبر الأسرة الخلية الأساس داخل المجتمع، ويعتبر الحفاظ على استقرارها وتماسكها أهم الأهداف التي تصبو إليها معظم الشرائع والتشريعات سواء السماوية منها أو الوضعية، وهذا الهدف ما كان ليتحقق إلا بإيجاد نوع من التنظيم المحكم لهذه الخلية، وذلك من خلال إيجاد ضوابط محكمة لتدبير العلاقة بين أفرادها، وهو الأمر الذي أكد عليه صاحب الجلالة الملك محمد السادس من خلال خطابه الموجه لأعضاء اللجنة الاستشارية المكلفة بمراجعة مدونة الأحوال الشخصية والذي جاء فيه ما يلي : " اعتبارا لكون الشريعة الإسلامية قائمة على الوسطية والاعتدال وتحري مقاصد الإصلاح الاجتماعي، فإننا حريصين على ضمان حقوق النساء والرجال على حد سواء، غايتنا في ذلك تماسك الأسرة وتضامن أفرادها وتثبيت التقاليد المغربية الأصيلة القائمة على روح المودة والوئام والتكافل الاجتماعي، الذي نحن مؤتمنون على استمراره ولاسيما في نواته الأساسية المتمثلة في الأسرة"[1]، وعلى ضوء هذه التوجيهات تم إصدار مدونة الأسرة [2]، التي شكلت حدثا بارزا في المسار التشريعي الوطني المنظم للعلاقات الأسرية، إن على مستوى تنظيم العلاقات الشخصية أو العلاقات المالية لأفراد الأسرة، حيث حاول المشرع المغربي على مستوى تنظيم العلاقات المالية الأسرية مواكبة التحولات العميقة التي عرفتها البنية الاجتماعية والاقتصادية الوطنية، والتي كان لها انعكاس مباشر على تغير نظرة

---

[1] ـ مقتطف من الخطاب الملكي السامي بمناسبة تنصيب اللجنة الاستشارية الخاصة بمدونة الأحوال الشخصية، بفاس– 27 أبريل 2001، منشور بكتاب "حقوق الإنسان في الخطب والرسائل الملكية السامية 1999–2016"، منشورات المندوبية الوزارية المكلفة بحقوق الإنسان، طبعة نونبر 2016، صفحة 79، المرجع منشور على الموقع الإلكتروني لوزارة الدولة المكلفة بحقوق الإنسان والعلاقات مع البرلمان: http://didh.gov.ma.

[2] ـ القانون رقم 70.03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 موافق 3 فبراير 2004، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 2004/02/5.

المجتمع إلى الأسرة والدور الذي يمكن أن تلعبه المرأة داخلها [3]، وذلك بالنظر إلى المساهمة الفعلية التي أصبحت تقدمها المرأة داخل المنظومة الاقتصادية الوطنية عموما وعلى مستوى البنية الاقتصادية للأسرة على وجه الخصوص[4]، وفي نفس الوقت حاول المشرع كذلك تجاوز الإشكالات الواقعية التي كانت تعترض تنظيم العلاقات المالية الأسرية لشريحة مهمة من المجتمع المغربي، ألا وهي شريحة المغاربة المقيمين بالخارج، التي ظلت تعاني من إشكالية تعدد الأنظمة القانونية المنظمة لعلاقاتهم المالية الأسرية، وتباين مرجعياتها ما بين النظام القانوني المغربي الذي ينهل من أحكام الفقه الإسلامي كمرجعية أساسية في تنظيم هذه العلاقات وبين بعض الأنظمة القانونية لدول الاستقبال ذات المرجعية العلمانية المرتكزة على استبعاد أي تمييز قائم على أساس ديانة أو جنس الشخص، وعلى التقديس المفرط لمفهوم المساواة بين طرفي العلاقة الأسرية، وهو ما جعل الأسر المغربية المقيمة بالخارج تعيش تأرجحا بين هاجس الحفاظ على هويتها وثقافتها الوطنية، وبين سياسة الإدماج والاستيعاب التي تمارسها سلطات بلد الاستقبال، وقد كان لتباين الأنظمة القانونية تأثير مباشر على طريقة تعاطي الأنظمة القضائية مع هذا الموضع، حيث برز تباين من نوع آخر على مستوى التفعيل القضائي للنصوص القانونية ذات

---

[3] . بخصوص المتغيرات التي شهدتها العلاقات الأسرية راجع:

**MOULAY RCHID (Abderrazak)** :« le droit de la famille entre la politique de l'Etat et le changement social » ، In droit et environnement social au Maghreb ،colloque du 10-11-12 décembre 1987 ،fondation du roi Abdulaziz al saoud ،Casablanca éd cnrs paris،1989،pp : 248-251.

[4] ـ حول العوامل التي كانت تقيد مساهمة المرأة المغربية في الشأن العام والشأن الأسري، راجع الأطروحة التالية:

**MOULAY RCHID (Abderrazak)** : « La condition de la femme au Maroc »، collection faculté de la faculté des sciences juridiques économiques et sociales ،n33،1985.

الصلة بتدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، إذ شمل هذا التباين كافة جزيئات المعالجة القضائية لهذا الموضوع بدأ من الاختلاف حول قواعد الإسناد المحددة للقانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العلاقات، وصولا إلى الاختلاف حول حجية ونفاذ المقررات القضائية، ولعل سبب هذا التباين راجع بالدرجة الأولى إلى الرهان الدائر بين رغبة البلدان الإسلامية في ضمان احترام هوية وثقافة رعاياها المستمدة في أغلبها من قواعد الفقه الإسلامي؛ ورغبة البلدان الأوربية المستقبلة في استيعاب هذه الجالية وجعلها تنصهر بسهولة في جسمها وحضارتها ﴿5﴾.

**أولا : التعريف بالموضوع.**

يتطلب الفهم الصحيح لمدلول تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، تحديد مفهوم تدبير الأموال الأسرية (أ)، ومفهوم المغاربة المقيمين بالخارج (ب)

**أ- المقصود بتدبير الأموال الأسرية.**

التدبير لغة، كلمة مشتقة من فعل دبر تدبيرا، ودبر الأمر وتدبره: نظر في عاقبته، والتدبير في الأمر: أن تنظر إلى ما تؤول إليه عاقبته، والتدبر: التفكير فيه، والتدبير: أن يتدبر الرجل أمره ويدبره، أي: ينظر في عواقبه ﴿6﴾، وعليه فإن التدبير في مدلوله اللغوي يعني إعمال النظر والفكر، وتوقع العواقب قبل الإقدام على الفعل، وقد اقترن لفظ "التدبير" أساسا بالمجال الاقتصادي والإداري، حيث يقابل لفظ التدبير في اللغتين الفرنسية والإنجليزية لفظي : Gestion/Management، ويدلان على مجموعة من التقنيات التي تستعملها المؤسسات والإدارات والشركات... لتحقيق

---

[5] . خالد برجاوي: "نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية في دول المغرب العربي؛ دراسة في إطار القانون الدولي الخاص المغاربي" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ جامعة محمد الخامس؛ كلية الحقوق أكدال الرباط، 1993 / 1994 صفحة 6.

[6] . ابن منظور محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب الجزء 01، منشورات دار صادر/بيروت، ص: 273.

أهدافها ﴿[7]﴾، وقد كان اختيارنا للفظ "التدبير" في عنوان هذه الأطروحة عما سواه من الألفاظ، نابعا أساسا من الخيار التشريعي الوطني، الذي اعتمد لفظ "تدبير الأموال" عن غيره من الألفاظ من خلال الفقرة الأولى من المادة 49 من مدونة الأسرة، المؤطرة للنظام المالي للزوجين.

أما لفظ "الأموال الأسرية" فيدل في اعتقادنا على كل ما يملكه أفراد الأسرة من أشياء ذات قيمة تباع بها ويلزم متلفها بالضمان، سواء أكان الشيء منقولا أو عقارا أو منفعة، وسواء أكان التملك سابقا على تاريخ الزواج أو خلاله أو بعده، وبغض النظر عن سبب التملك، فالمال بهذا المعنى يحيل أساسا على مفهوم الذمة المالية لأفراد الأسرة.

وعليه يمكن القول أن لفظ "تدبير الأموال الأسرية" في اعتقادنا، يدل على مجموعة القواعد المؤطرة للعلاقات المالية الأسرية، بحيث إذا قرن لفظ "التدبير" بلفظ "التشريع" –التدبير التشريعي– كان المقصود به " مجموعة النصوص القانونية المنظمة للعلاقات المالية للأسرية"، أما إذا قرن بلفظ "الاتفاق" –التدبير الاتفاقي–، كان المقصود به مجموعة القواعد التي يتفق عليها الزوجان لتنظيم علاقاتهم المالية الأسرية، أما إذا قرن بلفظ "القضاء"–التدبير القضائي–، كان دالا على طريقة تنزيل القواعد القانونية أو الاتفاقية ذات الصلة بتنظيم الأموال الأسرية على المستوى القضائي.

---

[7] . Management: ensemble des techniques de direction d'organisation et de gestion de l'entreprise.

**Le petit Larousse illustré ;** dictionnaire encyclopédique ; 1991 ; Casterman–tournai, p 608.

## ب- مفهوم المغاربة المقيمين بالخارج.

يعتبر مغربيا طبقا لمقتضيات الظهير الشريف رقم 1.58.250 المتعلق بسن قانون الجنسية المغربية ﴿8﴾، كل شخص يحمل الجنسية المغربية، سواء أكانت هذه الجنسية أصلية أم مكتسبة، وفقد حدد المشرع المغربي أسباب قيام الجنسية المغربية الأصلية من خلال المواد 6 و7 و 8 من قانون الجنسية، فجعلها مترتبة عن النسب أو البنوة طبقا للفصل 6 من قانون الجنسية، وجعلها مترتبة على الولادة في المغرب طبقا لمقتضيات الفصل 7، من نفس القانون، أما بخصوص الجنسية المغربية المكتسبة، فقد حدد المشرع المغربي حالتين لاكتسابها، الأولى بحكم القانون، والثانية عن طريق التجنيس، فحدد حالات اكتساب الجنسية المغربية بحكم القانون، في ثلاث حالات وهي:

- ✓ اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الولادة في المغرب والإقامة به، طبقا للمادة 9 من قانون الجنسية.
- ✓ اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الكفالة، طبقا للمادة 9 من قانون الجنسية.
- ✓ اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الزواج، طبقا للمادة 10 من قانون الجنسية.

كما حدد حالة اكتساب الجنسية المغربية عن طريق التجنيس وفق الشروط المحددة في المواد 11 و12 و13 و14 من قانون الجنسية﴿9﴾.

---

[8] . الجريدة الرسمية عدد 2395 بتاريخ 4 ربيع الأول 1378 (19 شتنبر 1958)، ص 2190.

[9] . للمزيد من التفاصيل حول أسباب إسناد أو اكتساب الجنسية يراجع :

- عبد الواحد بلقزيز، قانون الجنسية في الدول العربية، دار النشر التقنية لشمان إفريقيا، سنة 1963، دون بيانات أخرى، صفحات من 44 إلى 83.

وعليه فالمقصود بالمغاربة المقيمين بالخارج، كل شخص يحمل الجنسية المغربية سواء أكانت أصلية أو مكتسبة، ويتواجد خارج التراب الوطني سواء بصفة معتادة، أو بشكل عرضي.

وبالنظر إلى صعوبة التطرق لوضعية كافة المغاربة خارج التراب الوطني بحكم التوزيع الجغرافي للجالية المغربية المقيمة بالخارج، فإن التكريز من خلال هذا البحث سيكون منصبا على أبرز دول الاستقبال استنادا إلى مؤشر عددي، يأخذ بعين الاعتبار عدد المغاربة المقيمين بهذه الدول خاصة على المستوى الأوربي وببعض الدول العربية، مع الإكتفاء بدراسة وضعية المغاربة المسلمين المقيمين خارج التراب الوطني دون غيرهم من المغاربة المنتمين للديانتين اليهودية والمسيحية، بالنظر إلى حجم الصعوبات والتحديات التي تواجهها الفئة الأولى مقارنة بالفئتين الثانية والثالثة، خاصة وأن فئة اليهود المغاربة سواء داخل أرض الوطن أو خارجه يخضعون لتشريع عبري يراعي خصوصية انتمائهم الديني، ولا يطرح إشكالات كبيرة بهذا الخصوص﴿10﴾.

---

[10] ـ تعتبر مدونة الأسرة المغربية الإطار المرجعي لتدبير الأحوال الشخصية للمغاربة، بما في ذلك الجانب المتعلق بتدبير أموالهم الأسرية، وقد حددت المادة 2 من نفس المدونة الفئات الخاضعة لهذا القانون واستثنت منهم اليهود المغاربة، حيث يخضع هؤلاء لقواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية، وهكذا نصت المادة المذكورة على ما يلي: " تسري أحكام هذه المدونة على:

1 – جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى؛

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

3 – العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا؛

4 – العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

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

## ثانيا: أهمية الموضوع ودواعي البحث فيه.

تنبع أهمية الموضوع من عدة جوانب: اجتماعية، واقتصادية، وسياسية، مرتبطة بالمتغيرات التي طرأت على وضعية المغاربة المقيمين بالخارج، سواء في شقها المتعلق بتغير المقاربة السياسية لموضوع الهجرة داخل دول الاستقبال، والتي أصبحت تدنو شيئا فشيئا نحو إيجاد إطار تشريعي موحد يخضع له المهاجرون والمواطنون على حد سواء فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية، أو في شقها المرتبط بالجانب الاجتماعي النابع من رغبة المغاربة المقيمين بالخارج في الحفاظ على الهوية المغربية القائمة على مرتكزات ذات مرجعية دينية إسلامية، وما بين الرغبة في الاندماج داخل مجتمعات دول الاستقبال، هذا دون إغفال للبعد الاقتصادي للموضوع، إذ أن جوهر الموضوع متصل بجانب تدبير أموال المغاربة المقيمين بالخارج، مع استحضار المساهمة الفعالة لهذه الفئة من المجتمع في تنمية المنظومة الاقتصادية الوطنية، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، لذلك فإن أهمية الموضوع نابعة كذلك من بعد اقتصادي.

وإذا كانت أهمية البحث في الموضوع متنوعة (منها ما هو مرتبط بالجانب الاجتماعي، والاقتصادي، والسياسي)، فإن دواعي البحث في الموضوع بدورها متنوعه، ويمكن رصد أهمها فيما يلي:

* ارتفاع عدد الأسر المغربية المتواجدة خارج أرض الوطن، وما صاحبه من ارتفاع وتنوع الإشكالات العملية المرتبطة بتدبير الأموال الأسرية لهذه الفئة من المواطنين، الأمر الذي يتعين معه تسليط الضوء حول واقع تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج.

* ضرورة إجراء تقييم موضوعي للمستجدات القانونية الوطنية المرتبطة بتدبير الأموال الأسرية، ومدى مساهمتها في توفير الحلول المناسبة للإشكالات المرتبطة بتدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، وذلك في ظل المتغيرات التي

عرفتها الأنظمة التشريعية لدول المهجر على مستوى قواعد الإسناد، والتي أصبحت تتجه خطوة خطوة نحو إيجاد إطار قانوني موحد للعلاقات الأسرية تستند أساسا على قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، بالشكل الذي يتيح استبعاد أي إطار قانوني غير متوافق مع أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان.

* رصد مختلف الاتجاهات القضائية لدول المهجر في تعاطيها مع تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، وطريقة تفعيلها لضوابط الإسناد في هذا المجال، مع رصد طريقة تفاعل القضاء المغربي مع الأحكام الأجنبية.

إن الهدف الأساسي من خلال هذا البحث المتواضع هو المساهمة في إيجاد تصورات فعالة لحل الإشكالات الواقعية التي تعاني منها الأسر المغربية على مستوى تدبير الأموال الأسرية.

**ثانيا: إشكالية البحث:**

إن جوهر الاشكال في هذا الموضوع نابع أساسا من التحديات الواقعية التي يواجهها أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج فيما يتعلق بتدبير أموالهم الأسرية، الأمر الذي يستدعي البحث في أسباب هذه التحديات بعد حصرها، وتحديد ما إن كانت مرتبطة بجانب المقاربة التشريعية للموضوع، أم نابعة من طريقة تنزيل المقتضيات التشريعية على أرض الواقع، وذلك حتى يتأتى اقتراح الحلول المناسبة لتجاوز هذه التحديات، لذلك فإن الأسئلة الأساسية التي سنحاول الجواب عليها من خلال هذه الأطروحة تتمثل فيما يلي:

❖ مدى مساهمة ازدواجية الأنظمة التشريعية التي يخضع لها المغاربة المقيمين بالخارج، في تكريس الصعوبات الواقعية التي تواجهها هذه الفئة على مستوى تدبير أموالها الأسرية؟ وهل استطاع المشرع المغربي إيجاد الحلول المناسبة لتجاوز هذه الصعوبات؟

❖ هل كان للمقاربة القضائية تأثير على حجم الصعوبات العملية التي يطرحها موضوع تدبير العلاقات المالية الأسرية للمغاربة المقيمين بالمهجر؟ وإلى أي حد استطاع القضاء (سواء الوطني أو الأجنبي) التوفيق بين التشريع الوطني والأجنبي في مسألة تدبير الأموال الأسرية؟ وهل كان للتعديلات القانونية المقررة في إطار مدونة الأسرة تأثير على طريقة تدبير القضاء الأجنبي للموضوع، وعلى طريقة تفاعل القضاء المغربي مع الأحكام الأجنبية ذات الصلة بالموضوع؟

**ثالثا: المنهج المتبع في البحث.**

باعتبار أن الموضوع فقهي قانوني في أساسه واجتماعي أسري في الكثير من جوانبه، تم اعتماد عدة مناهج في إنجاز هذا الموضوع، أهمها المنهج المقارن بالدرجة الأولى، وذلك بالنظر إلى التنوع الحاصل على مستوى النظم القانونية والقضائية التي يخضع لها تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج ما بين قواعد قانونية وطنية وأخرى أجنبية، مع ما تفرزه من تباين على مستوى التوجهات القضائية سواء داخل الوطن أو بدول الاستقبال.

كما تم اعتماد المنهج الاستقرائي، وذلك بتتبع ورصد واستقراء مختلف النصوص التشريعية المتباينة في تأطيرها للموضوع، إلى جانب القواعد الفقهية المرتبطة بالمجال.

وتم الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي، من خلال تحليل مختلف الضوابط القانونية والتوجهات القضائية الوطنية والأجنبية وتقييم درجة فعاليتها في معالجة الإشكالات التي يواجهها تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج.

وتبعا لذلك، أسفر تصور الموضوع وتمثل منهجه، إلى إنجاز الأطروحة وفق تصميم مكون مما يلي:

❖ **فصل تمهيدي**، خصصته للتعريف بمختلف الأنظمة المالية الأسرية، تعريفا وتحديدا وتصنيفا وسبرا في صيرورتها التاريخية؛

- **باب أول**، خصصته لرصد أثر تباين الأنظمة التشريعية التي يخضع لها المغاربة المقيمين بالخارج، على طريقة تدبير أموالهم الأسرية؟
- **باب ثان**، خصصته لرصد طريقة تفاعل النظم القضائية مع موضوع تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين في الخارج.
- خاتمة، تضمنت خلاصات واستنتاجات ومقترحات؛ عرضت فيها جملة من النتائج التي توصل إليها البحث مع إعطاء بعض المقترحات لتجاوز الإشكالات التي طرحها الموضوع.

## فصل تمهيدي

## في مختلف أشكال الأنظمة المؤطرة لتدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج.

بحكم تواجد المغاربة المقيمين بالخارج، بدول متعددة ومختلفة من حيث أنظمتها التشريعية، فإن الحاجة لفهم الأنظمة المؤطرة لتدبير أموالهم الأسرية تقتضي الوقوف عند أنماط الأنظمة المالية الأسرية التي تخضع لها هذه الفئة من المغاربة، والتي يمكن رصدها في نمطين أساسيين هما نظام اتحاد الذمة المالية، ونظام انفصال الذمة المالية (مبحث ثاني)، لكن قبل ذلك يتعين التعريف بمفهوم الأنظمة المالية الأسرية (مبحث أول)

### المبجث الأول: التعريف بالأنظمة المالية الأسرية.

يرتكز موضوع هذه الأطروحة على عدد من المفاهيم المترابطة فيما بينها من قبيل: الأموال الأسرية، الذمة المالية للزوجين، النظام المالي الأسري، ذلك أن الأموال الأسرية مرتبطة أساسا بالذمة المالية للزوجين التي يخضع تدبيرها لقواعد محددة وفق نظام مالي أسري معين.

وسنحاول من خلال هذا المبحث الوقوف عند مفهوم النظام المالي الأسري (المطلب الأول)، قبل الخوض في مفهوم الذمة المالية الأسرية (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: التعريف بالنظام المالي الأسري.

يتطلب الفهم الصحيح لمدلول النظام المالي الأسري تحديد مفهوم النظام المالي الأسري لغة (الفقرة الأولى)، واصطلاحا (الفقرة الثانية)

**الفقرة الأولى- المقصود بالأموال الأسرية.**

المال في اللغة دال على ما يملكه المرء من الأشياء ﴿11﴾، وتمول الرجل إذا اتخذ مالا، ومال يمال بمعنى كثر ماله ﴿12﴾، والمال عند أهل البادية النعم ﴿13﴾، أما اصطلاحا فقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للمال إلى فئتين، فئة أخرجت المنافع من المال ولم تعتبر مالية المنافع وهم الأحناف، وفئة تعتبر المنافع ضمن المال وهم جمهور الفقهاء، فالمال عند الأحناف هو كل ما يمكن حيازته وإحرازه وينتفع به عادة، فهو " كل ما يمتلكه الناس من دراهم أو دنانير أو حنطة أو شعير أو حيوان أو ثياب أو غير ذلك" ﴿14﴾ والمال كذلك "اسم لما يتمول فيتناول السوائم أيضا"﴿15﴾

أما عند جمهور الفقهاء فلا يقع إسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه بالضمان وإن قلت ﴿16﴾ فعند المالكية يقول إبن عبد البر " والمعروف من

---

[11] . مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي، "القاموس المحيط"، مكتبة النور، دمشق، دون طبعة أو تاريخ النشر، ج4، صفحة .53

[12] . أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، "مقاييس اللغة"، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الجيل بيروت، ط 1 ، سنة 1991، ج5 ، ص285.

[13] . أحمد بن محمد بن علي الفيومي، "المصباح المنير"، المكتبة العصرية، بيروت، ط1 ، سنة 1996، ص 586.

[14] . كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير على شرح بداية المبتدي لبرهان الدين علي بن أبي بكر، تخريج وتعليق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، لسنة 1995، الجزء 2، صفحة.215

[15] . محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، تقديم وتقريظ محمد بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 ،1994 ج3، ص 224

[16] . شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الطبعة 1، لسنة 1994، صفحة 247.

كلام العرب أن كل ما تمول وتملك فهو مال"﴿17﴾ وهذا التعريف شامل للأعيان والمنافع، وعند الشافعية يقول الشافعي " لا يقع إسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت وما لا يطرحه الناس مثل الفلس وما أشبه ذلك، وذكر الإمام أن المتول له ضابطين:

-أن كل ما يقدر له أثر على النفع فهو متمول، وكل ما لا يظهر له أثر على الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول.

-أن المتمول هو الذي يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار، والخارج عن التمول هو الذي يعرض فيه ذلك"﴿18﴾

وإجمالا يمكن القول من وجهة نظرنا، أنه إذا رُبط لفظ المال وفق دلالته الفقهية السالف بسطها بلفظ الأسرة، كان دالا على كل ما يملكه أفراد الأسرة من أشياء ذات قيمة تباع بها ويلزم متلفها بالضمان، سواء أكان الشيء منقولا أو عقارا أو منفعة، وسواء أكان التملك سابقا على تاريخ الزواج أو خلاله أو بعده، وبغض النظر عن سبب التملك، فالمال بهذا المعنى يحيل أساسا على مفهوم الذمة المالية لأفراد الأسرة، وهو وصف أشمل من ذاك الذي نصت عليه مدونة الأسرة عند إدراجها للفظ "أموال الأسرة" في المادة 49، حيث وإن كانت لم تعط تعريفا لهذا اللفظ فإن سياق المادة ومضمونها تحيل على معنى واحد لهذه الأموال، وهو : المال المكتسب أثناء قيام العلاقة الزوجية المقترن بذمة أحد الزوجين في علاقتها بذمة الزوج الآخر، فالأمر هنا يتعلق أساسا بالتزامات وحقوق مالية بشأن الثروة المكتسبة خلال فترة

---

[17] الإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد بن عبد الكبير البكري، ج 2، باب الثاء، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، سنة 1992، مطبعة فضالة، المحمدية/ المغرب، ص 5.

[18] . النووي يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، الشافعي، أبو زكريا، محيي الدين، المنهاج مع شرحه مغني المحتاج، للشربيني ج 2، منشورات دار المنهاج، ص247.

الحياة الزوجية والتي اختار مشرع مدونة الأسرة تسميتها بأموال الأسرة في الفقرة الأخيرة من المادة 49، وقد حدد المشرع المغربي في هذه المادة العناصر الأساسية لتحديد مساهمة الزوجين لتكوين الأموال الأسرية في حالة عدم وجود اتفاق بين الزوجين يراعي بشأن الثروة المكونة خلال فترة الزواج، عمل كل واحد من الزوجين –دون تحديد لنوعية العمل أو استثناء أي نوع من الأعمال–، ما قدمه، كل واحد من الزوجين، من مجهودات لتنمية أموال الأسرة، وما تحمله كل واحد منها من أعباء لتنمية أموال الأسرة –دون توضيح لطبيعة هذه الأعباء–، مع الإشارة هنا إلى أن عبارة "ما تحمله من أعباء" لم تكن واردة في المشروع المقدم للبرلمان، وإنما تمت إضافتها والمصادقة عليها من طرف لجنة التشريع وحقوق الإنسان بمجلس النواب، وقبل ذلك كان المقترح المشترك للفرق البرلمانية يتضمن المطالبة بالتنصيص على اعتماد "العمل المنزلي" كعمل مكون للثروة الأسرية، لكن بعد المناقشة تم إقرار صياغة "ما تحمله من أعباء" باعتبارها أعم وأشمل وتستغرق "العمل المنزلي" كحالة من الحالات.

**الفقرة الثانية : التعريف بالنظام المالي للزوجين.**

النظام لغة مصدر للفعل الثلاثي (نظم)، وجمع هذا المصطلح النظم، ويقصد به التأليف والجمع والضم والترتيب والتنسيق. فيقال نظمت الشعر وغيره، فهنا يقصد بها التأليف، ويقال نظم اللؤلؤ أي جعله في السلك، والنظام هو الخيط الذي ينظم به اللؤلؤ. ويقال ليس لأمرهم نظام أي ليس له هدف، ولا متعلق، ولا استقامة، و يقال أيضا مازال على نظام واحد أي عادة، و أن لمصطلح نظام في اللغة العربية عدة معان تلتقي في الشيء المؤلف من عدة أجزاء تم جمعها و ضم بعضها إلى بعض في ترتيب و ترابط و استقامة. ويشمل هذا المصطلح كل ما يتعلق بحياة

الإنسان الزمنية والمكانية، لذلك يقال تنظيم أوقات العمل أو تنظيم الإقليم للتهيئة العمرانية ﴿19﴾

وقد عرف قاموس LAROUSSE النظام المالي "régime matrimonial" باعتباره مجموعة من القواعد القانونية المنظمة للعلاقات المالية بين الأزواج حيث عرفه وفق الصيغة التالية:

" régime qui règle la réparation et la gestion des biens entre époux "﴿20﴾

أما النظام المالي الأسري فلم تعرفه أغلب القوانين بما فيها القانون المغربي، تاركة للفقه القانوني مهمة وضع التعريفات المناسبة لهذه المؤسسة القانونية، في المقابل فإن بعض التشريعات على قلتها ذهبت إلى وضع تعريف للنظام المالي مثل قانون الأسرة السنغالي الذي عرف النظام المالي من خلال الفصل 368 الذي ينص على ما يلي:

« le régime matrimonial règle les effets patrimoniaux du mariage dans les rapports des époux entre eux et à l'égard des tiers ».

وقد تعرض الفقهاء العرب إلى تعريف النظم المالية للزوجين مركزين على القواعد التي تحكم العلاقات المالية بينهما من حيث سلطاتهما عليها (تصرف أو انتفاع)، في علاقاتهما مع بعضهما البعض، أو من حيث الديون في علاقاتهما مع

---

[19]– الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، عنى بترتيبه محمود خاطر بك، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، عام 1981 ، بيروت لبنان ، ص 667.

– الإمام جار الله الزمخشري ، أساس البلاغة ، تقديم الدكتور محمد أحمد قاسم، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى عام 2003 ، المكتبة العصرية ، صيدا بيروت ، ص 860.

[20] –le petit Larousse illustré ; dictionnaire encyclopedique ; 1991 ;castreman–tournai ; p 623.

الغير، أثناء قيام العلاقة الزوجية، أو بعد حلها أو حل النظام المعتمد من طرفهما، ومن أهم التعاريف التي جاء بها الفقهاء العرب ما يلي:

النظام المالي للزوجين هو: «مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، و التي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإدارتهما والانتفاع بها ، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج، وأثنائه وبعد انحلال عقدته، وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية »﴿21﴾

نظام الأموال الزوجية هو: «مجموعة القواعد التي يتألف منها النظام القانوني الذي تخضع له أموال الزوجين، أثناء الزواج وعند انحلاله، ويرجع إليه في تحديد علاقة الزوجين المالية، والعلاقات المالية بينهما وبين الغير » ﴿22﴾

" هو القواعد التي تنظم المصالح المالية بين الزوجين وتحدد الشروط التي تكفل لهما الحفاظ على الأموال المكتسبة قبل الزواج ، والأموال المكتسبة بعد الزواج ، وطريقة التصفية والقسمة بينهما على التساوي"﴿23﴾

أما في الفقه الغربي، فقد تعرض الكثير من الفقهاء إلى تعريف النظم المالية، ومن بين هذه التعاريف ما تعرض له الفقيهان الفرنسيان François Terré et

---

[21]– هشام علي صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشاة المعارف الإسكندرية ، مصر، عام 1993. صفحة 517.

[22]– حسن الأشموني و محمد و محمد عبد الكريم، مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب، الكتاب الأول التشريع الفرنسي في الأشخاص، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة، مصر عام 1950، تعريف مشار إليه صفحة 126.

[23]–خليفة علي الكعبي ، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، ط1، 2010، منشورات دار النفائس/ الأردن، ص 78.

Philippe Simler اللذين اعتبرا أن مفهوم النظام المالي يتكون من عنصرين هما، العلاقة الزوجية ومجموعة القواعد الخاصة المكونة للنظام ﴿24﴾

**المطلب الثاني : التعريف بالذمة المالية الأسرية.**

الذمة لغة العهد والأمان يقول عز وجل في محكم تنزيله ﴿ **لَا يَرْقُبُونَ فِى مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُعْتَدُونَ**﴾﴿25﴾ وعقد **الذمة** : عهد يعطى لغير المسلمين في دولة الإسلام بالحفاظ على أرواحهم وأموالهم وعدم المساس بأديانهم، ويقال كذلك في ذمتي كذا أي في ضماني كذا ﴿26﴾،

واصطلاحا لها تعريفات كثيرة تختلف ما بين الاصطلاح الفقهي القانوني والاصطلاح الفقهي الإسلامي.

**الفقرة الأولى : الذمة المالية في اصطلاح الفقه القانوني:**

تعتبر الذمة المالية فكرة حديثة ظهرت في أروبا وتسربت إلى القوانين الوضعية، تكمن أهميتها في توفير الضمان للدائنين، وقد اختلف فقهاء القانون بشأن طبيعتها، حيث برزت نظريتين فقهيتين بهذا الخصوص، نظرية كلاسيكية وأخرى حديثة.

– النظرية الكلاسيكية: وهي نظرية من انتاج الفقه الفرنسي إذ يرجع الفضل في تأسيسها للفقيهين Rau و Aubry وقد سادت هذه النظرية خلال القرن التاسع

---

[24] –François Terré et philippe Simler, Droit civil, les régimes matrimoniaux, 2éme édition 1994, précis Dalloz,p.96…

[25] . سورة التوبة الآية 10.

[26] . –الجيلالي بن الحاج يحي، القاموس الجديد للطلاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة السابعة لسنة 1991، صفحة 89.

عشر إلى أوائل القرن العشرين، وسميت بالنظرية التقليدية ﴿27﴾ وكذلك بنظرية التشخيص أو النظرية الشخصية لربطها بين فكرة الذمة المالية وفكرة الشخصية القانونية ﴿28﴾ إذ تنظر هذه النظرية إلى الذمة المالية باعتبارها المظهر المالي للشخصية القانونية، ويرى أنصار هذه النظرية أن للذمة المالية جانب إيجابي وآخر سلبي، فالأول يسمى بأصول الذمة ويشمل الحقوق المالية المقررة للشخص، والثاني يسمى بخصوص الذمة ويشمل الالتزامات المالية المترتبة عليها، وترتبط العناصر الموجبة للذمة المالية بالعناصر السالبة، فيضمن الموجب منها السالب، ومن تم ينصرف معنى قاعدة " ذمة المدين ضمان عام لدائنيه" إلى مدلول التنفيذ على العناصر الايجابية للذمة المالية، وليس الذمة المالية للمدين لأنها غير قابلة للحجز ولا للبيع ﴿29﴾

– النظرية الحديثة : وهي نظرية من انتاج الفقه الألماني وتسمى أيضا بنظرية التخصيص، وينظر أنصار هذه النظرية إلى الذمة المالية باعتبارها مجموعة من الأموال المرصودة لتحقيق غرض معين، وليس باعتبارها الشخصية القانونية منظورا إليها في جانبها المالي حسب النظرية السابقة﴿30﴾، وتبعا لذلك فإن أنصار هذه النظرية يعتبرون أن الشخص الواحد قد تكون له أكثر من ذمة مالية إذا

---

[27] . منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي، مرجع سابق، صفحة 19.

–أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، صفحة 224.

[28] . علي حسن نجيده، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دار الفكر العربي، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، عام 1984، مصر صفحة 182.

[29] . أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، مرجع سابق، صفحة 228 و229.

[30] . منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي، مرجع سابق، صفحة 51 وما بعدها.

ما خصص مجموعة من الأموال لغرض محدد كالتجارة مثلا، فيتكون له ذمة مالية خاصة بهذا الجانب مستقلة عن ذمة المالية العامة، كما يرى أنصار هذه النظرية أن انتقال الذمة المالية أو التصرف فيها أمر وارد باعتبارها مجموعة من الأموال المرصودة لغرض معين، وهكذا يمكن للشخص تفويت الذمة التجارية أو غيرها، وقد وجهت لهذه النظرية العديد من الانتقادات خاصة على مستوى تعدد الذمم المالية للشخص الواحد التي تتعارض مع قاعدة "" ذمة المدين ضمان عام لدائنيه" مع ما قد يترتب عن اعتماد هذه النظرية من مس بالائتمان واستقرار المعاملات بحجة تخصيص مجموعة من الأموال لتكون بمنأى عن الضمان العام ﴿31﴾

**الفقرة الثانية: الذمة المالية في اصطلاح الفقه الإسلامي:**

رغم تعدد التعاريف المعطاة للذمة في الفقه الإسلامي إلا أن مفهوم الذمة تعود على معنى واحد تقريبا إذ تعود على معنى مقدَر في المكلف قابل للالتزام واللزوم، وهذا المعنى جعله الشرع مبنيا على أمور متعددة، منها البلوغ فلا ذمة للصغير، ومنها الرشد فمن بلغ سفيها لا ذمة له ﴿32﴾، وهكذا فقد عرف بعض الفقه الذمة باعتبارها "وصف اعتباري مقدر وجوده في الانسان يجعله أهلا للوجوب له وعليه﴿33﴾، فالإسنان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه ﴿34﴾، وفي نفس

---

[31] . منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي، مرجع سابق، صفحة 63 و64.

[32] . السبكي تاج الدين عبد الكافي، الأشباه والنظائر، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، ج 1 صفحة 363 و 364.

[33] . للمزيد من التفاصيل حول العلاقة بين الذمة والأهلية، راجع : عمرو لمزرع، تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية من الناحية القانونية والقضائية والاجتماعية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله/ السنة الجامعية 2011/2010، ص 107 وما يليها.

[34] . التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر الشافعي، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تم ضبطه وشرحه من قبل الشيخ زكرياء عميرات، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت/لبنان، الطبعة الأولى، 1996.

السياق عرفها البعض الآخر بالقول : "هي محل اعتباري في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه" ﴿35﴾، فالذمة وفق هذا الوصف هي محل افتراضي يقدر وجوده في الإنسان، تثبت فيه الحقوق والالتزامات سواء المالية منها أو غير المالية، وسواء ارتبطت بحقوق الله تعالى أو العباد، فالذمة المالية في الفقه الإسلامي على هذا المعنى هي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان يصير به أهلا للالتزام صالحا لأن يكون له حقوق و تترتب عليه واجبات مالية، وهي بهذا المفهوم وثيقة الصلة بأهلية الوجوب التي تعطي صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه واجبات، فهي مترتبة على وجود الذمة و كلاهما تلازم الإنسان منذ ميلاده ، مع العلم أن الجنين تكون له ذمة مالية قاصرة إلا أنها تختلف عن الذمة المالية في كونها تتعلق بالالتزامات عامة ﴿36﴾.

وعليه فإن مفهوم الذمة في الفقه الإسلامي يختلف عن نظيره في الفقه القانوني، إن على مستوى المحتوى أو النطاق، فمحتويات الذمة في الفقه الإسلامي لا تقتصر على الحقوق المالية بل تتسع لتشمل الحقوق المالية والغير مالية، فهي عبارة عن وعاء اعتباري تستقر فيه الحقوق والالتزامات جميعا سواء كانت مالية أو غير مالية ﴿37﴾، أما من حيث النطاق فنطاق الذمة المالية في الشريعة الإسلامية أوسع عنه في القانون الوضعي، خاصة من حيث بقاء هذه الذمة بعد وفاة الزوج المدين فيما يخص الديون، وكذا من حيث انتقالها إلى الورثة من جهة أخرى.

---

[35] – الزرقا مصطفى، المدخل إلى نظرية الالتزام، منشورات دار القلم/دمشق، ط 1 سنة 1999 ص 197-201.

[36] –عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، منشورات المجمع العلمي العربي الإسلامي حمد الحلبية، بيروت/لبنان، صفحة 512.

[37] . منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1999، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، صفحة 101.

أما الذمة في القانون الوضعي فهي مجموع الحقوق والواجبات التي لها قيمة مالية لكل شخص ﴿38﴾، فالقانون يلتقي مع الفقه الإسلامي في نطاق الذمة المتعلق بالحقوق والواجبات المالية المتعلقة بحق العباد، ويفترقان في نطاق الحقوق والواجبات غير المالية والحقوق والواجبات المالية المتعلقة بحق الله تعالى ﴿39﴾،

**المبحث الثاني : مختلف أشكال النظم المالية الأسرية وتطورها التاريخي.**

عرفت النظم المالية الأسرية تطورا عبر مر العصور حيث اختلفت النظم من حضارة لأخرى (المطلب الأولى) لتفرز لنا نظامين أساسين أحدهما يأخذ باتحاد الذمة المالية والآخر باستقلاليتها (المطلب الثاني)

**المطلب الثاني : التطور التاريخي للنظم المالية الأسرية.**

اختلفت النظم المالية الأسرية من حضارة لأخرى وذلك بحسب طبيعة الخلية الأسرية التي عرفتها تلك المجتمعات، وسنحاول من خلال هذا المطلب الوقوف على نموذجين من هذه الحضارات، ويتعلق الأمر بحقبة الحضارة الرومانية (الفقرة الأولى)، وحقبة الحضارة الفرعونية (الفقرة الثانية)

**الفقرة الأولى: النظام المالي للزوجين في العهد الروماني.**

يعتبر القانون الروماني أحد أهم المصادر التي تأسست عليها التشريعات الغربية الحديثة، حيث تمتد جدور العديد من التشريعات الغربية إلى القانون الروماني، لذلك يجب البحث في النظم المالية التي كانت سائدة في روما القديمة، والتي اختلف الفقهاء حول طبيعتها فمنهم من قال بأن نظام استقلال الذمة المالية هو السائد في المجتمع الروماني بعلة أن المجتمع الروماني كان قائما على أساس السلطة

---

[38] . الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي ج 1، منشورات دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر/دمشق، ط1 لسنة 1986، ص 163-164.

[39] ـ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، المجمع العلمي العربي الإسلامي حمد الحلبية، بيروت/لبنان، ص22.

الأبوية حيث كانت الأسرة تخضع بكل ما فيها لرب الأسرة بما في ذلك الأموال حيث كانت تدمج أموال الزوجة في أموال الأسرة ورب الأسرة هو المختص بها. ﴿40﴾، ومنهم من قال بأن نظام فصل الأموال هو السائد في روما القديمة، حيث كانت المرأة بعد زواجها تحتفظ بأموالها غير أموال الدوطة ولها كامل الحرية بالتصرف في هذه الأموال، وبين الرأيين هناك من قال بوجود نظامين ماليين, يختلفان باختلاف نوع الزواج :

ففي زواج السيادة: الذي تنتقل فيه الزوجة من عائلتها الأصلية إلى عائلة زوجها بشخصها وأموالها، كان النظام المعمول به في هذا الزواج هو نظام اتحاذ الذمة المالية.

أما في الزواج دون سيادة: فإن الزوجة تبقى تابعة لعائلتها الأصلية، ولا تخضع لسلطة زوجها وتكون مالكة لأموالها، كما تبقى مالكة للبائنة أو الدوطة التي كانت يدفعها رب أسرتها، وبذلك فالنظام المتبع في هذا الزواج هو نظام استقلالية الذمة المالية للزوجين. ﴿41﴾.

---

[40]– مسعد قطب وسليمان هاشم، محاضرات في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية (أهم الشرائع القانونية القديمة )، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق عام 1998/1997، صفحة 125.

[41]– للمزيد من التفاصيل راجع:

– رعد مقداد محمود الحمداني: "النظام المالي للزوجين: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية"، منشورات دار الثقافة /الأردن، ط2، سنة 2010، ص من 29 إلى 33 .

– عبد السلام العبدي / تاريخ المؤسسات واوقائع الاجتماعية، منشورات مركز النسخ سجلماسة بكلية الحقوق بمكناس، الطبعة الثانية لسنة 2001، ص 130 وما يليها.

**الفقرة الثانية: النظام المالي للزوجين في العهد الفرعوني.**

ساد نظام استقلال الذمة المالية في عصر الدولة الفرعونية القديمة، وذلك بالنظر إلى تميز النظام القانوني لهذه الفترة بالنزعة الفردية، حيث كان لكل زوج أمواله الخاصة به وله حرية تدبيرها والتصرف فيها. ﴿42﴾

أما خلال فترة الدولة الحديثة لمصر الفرعونية فقد اختلفت الآراء حول نوع النظام المالي السائد في هذه المرحلة، فاعتبر البعض أن النظام المالي للزوجين يقوم على أساس المشاركة حيث كان عقد الزواج الفرعوني مصحوبا باتفاق يحدد العلاقات المالية بين الزوجين، ويتضمن الأموال المشتركة فيما بينهما، حيث يساهم كل زوج بأمواله الخاصة (بنسبة الثلث للزوجة والثلثين للزوج)، ونفس الأمر بالنسبة للأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية (الثلث للزوجة و الثلثان للزوج)، وكان الزوج هو من يتولى إدارة هذه الأموال باعتباره رب الأسرة، لكن لم تكن لديه صلاحية التصرف فيها دون موافقة الزوجة، و بعد انقضاء العلاقة الزوجية كانت تقسم الأموال المشتركة بحسب نفس النسبة (الثلث للزوجة و الثلثان للزوج) ﴿43﴾،

ومقابل هذا الاتجاه، ظهر رأي مخالف قال بسيادة نظام فصل الأموال في الزواج الفرعوني، حيث كان لكل زوج ذمته المالية المستقلة، وبين هذا الرأي وذلك برز رأي ثالث يقول بسيادة حق الخيار بين النظامين حيث كان كلا النظامين قائمين في الزواج الفرعوني، حيث كان الاشتراك المالي سائدا إلى جانب نظام

---

[42]– أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، ب ط ، عام 1999 صفحة، 391 .

[43]– رعد مقداد محمود الحمداني ، النظام المالي للزوجين ، مرجع سابق ، ص 13و 14 .

– أحمد إبراهيم حسن ، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية ، مرجع سابق ، ص 390.

فصل الأموال، فيجوز للزوجة أن تحتفظ بأموالها وتتصرف فيها دون إذن أو موافقة زوجها ﴿44﴾.

**المطلب الثاني : مختلف أشكال النظم المالية الأسرية.**

يتخذ النظام المالي أشكالا متغايرة تبعا للنظام التشريعي القائم عليه وهو في الغالب يرسو على مبدأين أحدهما: استقلال الذمة المالية للزوجين، ويتميز باليسر والسهولة وعدم تحمل أي طرف لأعباء الطرف الأخر، مما يعنى أن الزواج الناشئ بينهما لا أثر له على حرية تصرفهما في أملاكهما الخاصة سواء اكتسباها قبل الزواج أو بعده.

ثانيهما: نظام الاتحاد في الأموال الذي يفرض قيودا على تصرفات الزوجين ويوجب مسؤولية تضامنية بينهما اتجاه الغير﴿45﴾

وقد درجت التشريعات العربية للأسرة – ماعدا تونس– على المبدأ الأول وهو انفراد كل واحد من الزوجين بذمة مالية مستقلة عن الأخر وسارت على ذلك منذ أن رأت تلك التشريعات النور، وعد ذلك قاعدة أصلية ثابتة .

أما البلدان الغربية فمعروف عنها الأخذ بنظام اتحاد الذمة المالية بين الزوجين مع إقرار أيضا مبدأ انفراد الذمة المالية في حالات معينة.

**الفقرة الأولى : نظام استقلال الذمة المالية للزوجين.**

تتمتع المرأة في الشريعة الإسلامية بالأهلية الشرعية والقانونية الكاملة وباحترام إرادتها وباستقلال ذمتها المالية، فلها أن تبيع وتشتري وتقايض وتهب وتوصي وتقرض وتقترض، وتصرفاتها نافذة بإرادتها الذاتية ولا يتوقف شيء من ذلك على رضا أب أو أخ أو زوج، وليس لأحدهم أي أثر على استقلال أهليتها في التملك والتعاقد، قال الإمام الشافعي –رحمة الله عليه–: "فمن بلغ راشدا من الرجال والنساء

---

[44]– رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين ، مرجع سابق ، صفحة 15 .

[45]–رعد مقداد محمود الحمداني ، النظام المالي للزوجين ، مرجع سابق، ص199/197.

أيهما صار إلى ولاية ماله فله أن يفعل في ماله ما يفعل غيره من أهل الأموال وسواء في ذلك المرأة والرجل وذات زوج كانت أو غير ذات زوج وليس الزواج من ولاية مال المرأة بسبيل"﴿46﴾

واستقلالية ذمة المرأة مثل الرجل أصولها شرعية مستلهمة من الكتاب والسنة منها:

-قوله تعالى: **﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين﴾﴿47﴾.**

**ووجه الاستدلال** أن مال المرأة يورث عنها، وأنها توصي لمن شاءت، وأن دين المرأة لازم لها في مالها، مما يعني أن لها أهلية التملك والتصرف وأن نتائج تصرفها لازمة لها في مالها﴿48﴾.

-قوله تعالى: **﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر﴾ ﴿49﴾.**

-قوله تعالى: **﴿ وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ۚ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا ۖ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ ۚ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِن فَضْلِهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾﴿50﴾** والاكتساب هنا هو العمل كما ذكر المفسرون.

---

46-الشافعي محمد بن إدريس، الأم، خرج أحاديثه وعلق عليه محمود مطرجي، ج 3، منشورات دار الكتب العلمية/ بيروت، ط1 1993، ص248 ،249.

47- سورة النساء الآية 12.

48-الشافعي محمد بن إدريس، الأم، مرجع سابق ص ج3، ص249.

49- سورة النساء الآية 7.

50- سورة النساء الآية 32.

– وكانت أم المؤمنين السيدة زينب بنت جحش –رضي الله عنها– تُدعى (أم المساكين) سماها بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنها كانت تغزل الصوف وتدبغ وتبيعه في السوق وتتصدق بالثمن على المساكين، فكل هذه تصرفات مالية من قبل (أم المساكين) من بيع وصدقة وما إلى ذلك ﴿**51**﴾.

– حديث ابن عباس قال:" فصلى ثم خطب (أي الرسول صلى الله عليه وسلم) ، ثم أتى النساء، ومعه بلال فوعظهن وذكرهن وأمرهن بالصدقة فرأيتهن يهوين بأيديهن يقذفنه في ثوب بلال ﴿**52**﴾.

ووجه الاستدلال أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قبل صدقة النساء يوم العيد ولم يسأل ولم يستفصل منهن عما إذا كن متزوجات أم لا وهل أذن لهن آباؤهن أو أزواجهن أم لا، فيستدل بذلك على جواز صدقة المرأة من مالها من غير توقف على إذن أحد.

وقد اتفق الفقهاء على أهلية المرأة الراشدة للتملك والتعاقد كالرجل واختلفوا في مسألة الهبة والتبرع بأملاكها بعد الزواج، فذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى إطلاق حريتها كالرجل فتتبرع بما تشاء ولمن تشاء قبل الزواج وبعده، إعمالا لعموم النصوص السالفة الذكر، في حين انفرد المالكية برأي مفاده تقييد تبرع المرأة – ذات الزوج– بأموالها بالثلث وما زاد على الثلث يتوقف على إذن الزوج.

– قال ابن أبي زمنين محمد:" وفي المدونة قال مالك وما باعته المرأة ذات الزوج من مالها كالدار والخادم وغير ذلك وهي مرضية في حالها جاز ذلك أحب زوجها أو كره، وإن حابت كانت المحاباة في ثلث مالها، وكذلك إن تصدقت وهي مرضية

---

[51]– مسلم ابن الحجاج أبو الحسين، صحيح مسلم، ج2، كتاب الفضائل، باب فضائل أم المؤمنين زينب بنت جحش، منشورات مكتبة الصفا/ القاهرة، ط1، سنة 2004، ص575.

[52]– البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ج1 ، كتاب العيدين، باب العلم الذي بالمصلى، منشورات دار البيان الحديثة /القاهرة، ط1، سنة 2003 ، ص215.

الحال جاز لها من ذلك ما بينها وبين الثلث، وإن تصدقت أو وهبت أكثر من الثلث لم يجز من ذلك قليل ولا كثير إلا أن يجيزه الزوج" ﴿53﴾.

وقال أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني :" وليس لها أن تهب من مالها ولا أن تتحمل إلا بإذن زوجها فيما زاد على الثلث" ﴿54﴾.

ورأي المالكية يستند للمعقول والأقيسة وبعض الأحاديث منها: حديث "لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها" ﴿55﴾.

وفي لفظ:" لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها إذا هو ملك عصمتها"﴿56﴾.

والإمام مالك لم يأخذ بهذا الحديث على إطلاقه، وإنما أخذ به فيما زاد على الثلث لحاجة المرأة للتصدق والتقرب إلى الله عز وجل، فلم يمنعها من التصرف في مالها بالكلية بل سمح لها بالقليل في حدود الثلث وإن كان التقييد بهذا الحد مجرد اجتهاد ليس عليه دليل ظاهر.

ورد الإمام الشافعي على هذا الحديث بأنه ليس بثابت ليلزمنا القول به والقرآن يدل على خلافه ثم السنة ثم الأثر ثم المعقول.

وقد ضعف أهل العلم هذه الأحاديث لخلل في سندها.

---

[53]– ابن أبي زمنين محمد، منتخب الأحكام، تحقيق عبد الله بن عطية الرداد الغامدي، ج2، منشورات المكتبة المكية – مؤسسة الريان، ط 1 سنة 1998، ص 303/302.

[54]– أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، ، تصحيح عمر بن عباد، ج3، منشورات وزارة والأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1997، ص514.

[55]– النسائي أحمد بن شعيب، سنن النسائي، كتاب الزكاة، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، منشورات مكتبة المعارف الرياض، ط1، ص396.

[56]– ابن ماجه محمد بن يزيد، **سنن ابن ماجه**، كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، منشورات بيت الأفكار الدولية الرياض، ص257.

. ما روي أن امرأة كعب بن مالك أتت رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ بحلي لها، فقالت:

إني تصدقت بهذا فقال لها– رسول الله – صلى الله عليه وسلم– لا يجوز للمرأة في مالها إلا بإذن زوجها فهل استأذنت كعبا ؟ قالت : نعم، فبعث رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ إلى كعب بن مالك، فقال :هل أذنت لخيرة أن تتصدق بحليها، فقال : نعم : فقبله رسو ل الله ـ صلى الله عليه وسلم– منها"﴿57﴾

وحمل أكثر العلماء الأحاديث المقيدة لعطية المرأة بإذن الزوج على الندب وعلى معنى حسن العشرة والصحبة واستطابه نفس الزوج ، فيكون على المرأة أن تستأذن زوجها في تصرفها في مالها على سبيل الاختيار لا الإلزام ، ومن باب التودد والإرضاء صيانة للأسرة عن الشقاق والخلاف.

والدليل على أنه مؤول بغير ما استدل به المالكية أنه يجوز بالاتفاق أن تعطي المرأة ما دون الثلث من مالها، وليس من دليل حديث أو غيره على تحديد المنع بالثلث، والتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا دليل عليه﴿**58**﴾.

وعلى فرض صحته فالمنع ينصب على عطية المرأة من مال زوجها وليس من مالها وهو الأقرب للمفهوم والمتوافق مع القواعد العامة للشريعة المتعلقة بحرمة المساس بمال الغير إلا بإذنه.

ويبدو أن هدف المالكية من هذا التحجير الجزئي على أهلية المرأة، هو حماية الزوجة نفسها من التبرع بمالها بدون حد، حيث إذا فقدت زوجها القائم عليها وجدت في مالها ما تسد به حاجتها.

---

[57]– ابن ماجه محمد بن يزيد، **سنن ابن ماجه**، كتاب الهبات، مرجع السابق ص257 .

[58]– نعيرات أيمن أحمد محمد ، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، أطروحة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس / فلسطين، 2009، ص81/74 .

وأجيبهم أن اعتبار هذا المعنى في حق الزوج أولى لأنه هو المسئول عن إعالة زوجه وأصوله وفروعه فإذا وهب كل أمواله تسبب في إضرار نفسه وعائلته فهو بمقتضى استدلالكم أولى بالمنع من التبرع بما زاد على الثلث حماية لحق من تعلق بذمته شرعا وقانونا.

**الفقرة الثانية : نظام اتحاذ الذمة المالية للزوجين.**

إن فكرة الاشتراك في الأموال الزوجية المكتسبة بدأت تتسلل ببطء إلى مدونات الأحوال الشخصية العربية وتفرض نفسها نتيجة ظروف سياسية وعوامل اجتماعية وثقافية واقتصادية جدت وطرأت على الساحة العامة للبلدان العربية، منها ارتفاع نسبة التعليم والوعي والعمل بين الإناث، بعد أن اقتحمت المرأة مجالات التعلم والعمل وأصبحت تشارك في تكوين ثروة العائلة وتحمل أعبائها المالية جنبا إلى جنب مع الأب والأخ والزوج، إضافة إلى المسؤوليات الأخرى التي تستقل بها عن الرجل.

غير أن أخطر ما في نظام الذمة المالية المشتركة، أن الزوج يمكنه أن يغامر بأمواله وأموال زوجته فيتسبب في إفلاسها، خاصة إذا علمنا أن الزوج هو الذي يتولى عادة استثمار أموال الأسرة بمفرده، وحتى إذا ما شاركته زوجته فغالبا ما تكون له الكلمة العليا بحكم العادة والواقع، فيكون هو المستفيد الأكبر إذ يتصرف في مالها كما يشاء وتتحمل معه عبء ذلك دون أن تشاء، وإذا كان المؤيدون لنظام اتحاد الذمم يبررونه بكونه يمكن المرأة من الحصول على نصيب من أموال الزوج نظير جهدها، فإن ذلك غير محظور في ظل نظام استقلال الذمم المالية، ولأدل على ذلك ما ورد في الأثر الذي يسند إلى عمر بن الخطاب – رضي الله عنه_ أنه قضى بين ورثة عمرو بن الحارث وحبيبة بنت زريق، التي كان زوجها قصارا يتجر في الأثواب، وكانت تساعده في ترقيمها حتى اكتسبا مالا كثيرا، فمات عمرو وجاء ورثته واستحوذوا على مفاتيح المخازن واقتسموا المال بينهم، فأقامت عليهم الزوجة حبيبة بنت زريق دعوى وطالبت بعمل يدها وسعايتها مترافعة مع الورثة أمام أمير المؤمنين

عمر بن الخطاب، الذي قضى بينها وبين الورثة بشركة المال وقسمته إلى نصفين، أخذت منه حبيبة النصف بالشركة بالإضافة إلى نصيبها من الإرث كزوجة.

وقد أفتى الشيخ عبد الرحمان الوغليسي كما أثبته الوزاني في مصنفه في نازلة سعي وكسب المرأة قائلا:" ...أما التي عملت الصوف والشعر فإن عملت ذلك للزوج بالتصريح أو باستمرار العرف الذي لم يختلف فذلك له، وإلا فهو لها ويكون شركة بينهما بقيمة ألأول وقيمة العمل"﴿59﴾.

ذلك أن الشريعة الإسلامية أقرت استقلال ذمم الزوجين كمبدأ عام، لا تنفي وجود هذا الاتحاد بل على العكس من ذلك فهي ترغب فيه وتدعو إليه لتوحيد الرؤى والمصالح بين الزوجين لما يمكن أن ينتج عنه من الاندماج والانسجام المؤدي إلى تدعيم وتوطيد العلاقة بينهما في احترام متبادل لخصوصية وشخصية كل زوج وهذه المعاني مقصودة من عقد الزواج لا يختلف فيه اثنان، لقوله تعالى "**هن لباس لكم وأنتم لباس لهن**" ﴿60﴾ .

ومن خلال الأحكام العامة لقيام الشركة في الفقه الإسلامي وبما أن الشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين حيث تتمتع المرأة بحق ملكية أموالها وبالحرية للتصرف فيها فإنه بإمكان الزوجين إبرام شركة بينهما بنفس الشروط التي تنعقد بها الشركة بين الأجانب. **جاء في المدونة الكبرى:** "قلت هل تجوز الشركة بين النساء والرجال في قول مالك؟ قال ما علمت من مالك في هذا كراهية ولا ظننت أن أحدا شك في هذا ولا أرى به بأسا"﴿61﴾.

---

[59]– أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، تصحيح عمر بن عباد، ج4، منشورات وزارة والأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1997، ص 578.

[60]– سورة البقرة، الآية 187.

[61]– المدونة الكبري للإمام مالك رواية سحنون بن سعيد التنوخي، ج 8، منشورات مطبعة السعادة/ مصر، ص100.

فبإمكانهما إذن إنشاء شركة مال يساهم كل واحد منهما فيها بحصة معينة أو شركة ملك فيما يشتريانه من عقارات ومنقولات، كما يمكنهما أيضا إنشاء شركة مفاوضة التي تجد سندها في الفقه المالكي والتي تعتبر أكثر أنواع الشركات توافقا مع وضع الزوجين بحكم حياتهما المشتركة.

## الباب الأول:

## تباين أوجه الحماية القانونية المقررة للأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج.

اختلفت التشريعات في تنظيمها لجانب الحماية المقررة للأموال الأسرية، إن على مستوى الوسائل المقررة لهذه الحماية أو على مستوى نطاقها، أو على مستوى الفئات المستهدفة بالحماية، إلا أن أغلبها بما في ذلك التشريع المغربي يتقاطع في إقرار الحماية لنوعين من الأموال الأسرية، الأولى مرتبطة ببيت الزوجية (الفصل الأول) والثانية مرتبطة بالأموال الأسرية المنقولة (الفصل الثاني).

### الفصل الأول: تباين أوجه الحماية المقررة لبيت الزوجية ما بين التشريع المغربي وتشريعات دول الاستقبال.

يعتبر بيت الزوجية ومشتملاته أحد أهم مكونات الذمة المالية الأسرية، بالنظر لارتباطه أساسا بمفهوم الاستقرار الأسري، فبيت الزوجية باعتباره المكان المختار لعيش الأسرة يشكل أحد أهم الركائز التي يقوم عليها الكيان الأسري، لذلك نجد مختلف التشريعات بما فيها التشريع المغربي قد أولت أهمية خاصة لتنظيم هذا الجزء من الأموال الأسرية، وذلك من خلال وضع قواعد حمائية لهذا النوع من الأموال من خلال منع أحد الزوجين من الاستئثار ببيت الزوجية أثناء قيام العلاقة الزوجية (المبحث الأول) فضلا عن حماية بيت الزوجية ومشتملاته بعد انقضاء العلاقة الزوجية (المبحث الثاني)

#### المبحث الأولى: منع أحد الزوجين من الاستئثار ببيت الزوجية خلال فترة قيام العلاقة الزوجية.

عمل المشرع المغربي على توفير حماية خاصة لبيت الزوجية خلال قيام العلاقة الزوجية من خلال منع أحد الزوجين من الاستئثار بهذا البيت من خلال إقرار ما

يعرف بمسطرة إرجاع المطرود لبيت الزوجية، فماهي شروط إعمال هذه المسطرة (المطلب الأول)، وماهي تدابير الحماية المقررة في هذه المسطرة ؟ (المطلب الثاني)

**المطلب الأولى: شروط تفعيل أحكام المنع من الطرد من بيت الزوجية.**

إن أهم آلية حمائية تم إقرارها بمقتضى أحكام مدونة الأسرة كانت من خلال مقتضيات المادة 53 التي نصت على أنه « إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته.»

وبالنظر إلى الأهمية الكبيرة التي يكتسيها هذا التدبير الحمائي لارتباطه بالنتائج السلبية الخطيرة التي قد تترتب عن إقدام أحد الزوجين على طرد الآخر من بيت الزوجية، فقد أوكل المشرع المغربي مهمة تنفيذ هذا التدبير لجهاز النيابة العامة، واشترط لتدخلها في هذا الإطار توفر شرطان أساسيان هما:

1- أن يقدم أحد الزوجين على إخراج الآخر من بيت الزوجية (الفقرة الأولى)

2- أن يكون هذا الإخراج بدون مبرر (الفقرة الثانية)

**الفقرة الأولى: إقدام أحد الزوجين على إخراج الآخر من بيت الزوجية.**

طبقا لمقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة، يجب لتفعيل آلية إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية أن يكون أحد الزوجين قد أقدم على إخراج الآخر من بيت الزوجية، والملاحظ بخصوص صياغة هذا الشرط أنها لم تكن منسجمة مع صياغة باقي أحكام المادة 53 أعلاه، ذلك أن المشرع استعمل عبارة – إخراج الآخر من بيت الزوجية –ثم أضاف بعد ذلك عبارة – إرجاع المطرود – الأمر الذي يُطرح معه التساؤل، هل نحن أمام واقعة الطرد من بيت الزوجية، أم أمام واقعة الإخراج من بيت الزوجية ؟ وذلك على اعتبار أن هناك فرق بين واقعة الإخراج وواقعة الطرد، إذ أنه قد يحدث أن يخرج أحد الزوجين بإرادته من بيت الزوجية فيقوم الآخر

بمنعه من الدخول إليه مرة أخرى، ففي هذه الحالة لا نكون أمام واقعة الإخراج من بيت الزوجية، بل نكون أمام واقعة الطرد من بيت الزوجية. ولعل الواقعة المقصودة من خلال مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة هي واقعة الطرد وليس الإخراج، لذا كان على المشرع المغربي في إطار المادة المذكورة أعلاه أن يستعمل عبارة الطرد من بيت الزوجية بدل عبارة الإخراج، باعتبارها شاملة لحالتي الخروج التلقائي الذي يتبعه منع من الدخول مرة أخرى عن طريق تغيير للأقفال أو غيره، و كذا لواقعة إخراج أحد الطرفين للآخر من بيت الزوجية عنوة باستعمال العنف أو التهديد أو غيره .

هذا ويطرح شرط الطرد من بيت الزوجية مجموعة من الإشكالات الأخرى خاصة فيما يتعلق بكيفية وضع النيابة العامة ليدها على واقعة الطرد، فهل يكفي أن يصل إلى علمها وقوع طرد من بيت الزوجية حتى تتدخل لإرجاع المطرود أم أن الأمر يتطلب تقديم شكاية في الموضوع من طرف الشخص المطرود ؟

في هذا الإطار يمكن القول كقاعدة عامة: أن النيابة العامة لا يجب أن تتدخل لإرجاع المطرود لبيت الزوجية إلا بعد تقديم هذا الأخير لشكاية في الموضوع وذلك لعدة اعتبارات أهمها :

أن الشخص المطرود من بيت الزوجية هو صاحب الحق في المطالبة بإرجاعه لبيت الزوجية، ومادام هو صاحب الحق في ذلك فإن عدم مطالبته به يعتبر سببا كافيا لمنع تدخل النيابة العامة بشكل تلقائي لإرجاعه، والقول بخلاف ذلك قد يجعلنا أمام وضعيات شاذة، إذ كيف يمكن للنيابة العامة أن تتدخل لإرجاع المطرود لبيت الزوجية والحال أنه لا يرغب في الرجوع؟

لكن إذا كان الأصل أن النيابة العامة لا يمكنها أن تتدخل لإرجاع المطرود لبيت الزوجية بشكل تلقائي ويلزم تقديم شكاية في الموضوع من طرف الزوج المطرود، فإن ذلك لا يمنع من القول بوجود بعض الاستثناءات على هذه القاعدة

بحيث يمكن للنيابة العامة أن تتدخل دون حاجة لشكاية الطرف المطرود، خاصة في الحالات التي تكون فيها واقعة الطرد قد شملت الأبناء كذلك، ويتقدم هؤلاء بطلب الإرجاع ففي هذه الحالة تتدخل النيابة العامة لإرجاع المطرود والأبناء إلى بيت الزوجية[62].

هذا وقد اشترط المشرع لتفعيل آلية إرجاع المطرود لبيت الزوجية، أن تحدث واقعة الطرد ببيت الزوجية، أي أن يكون أحد الزوجين قد عمل على طرد الآخر من بيت الزوجية، وشرط ارتباط واقعة الطرد ببيت الزوجية هنا يثير مجموعة من الإشكالات العملية، التي يمكن رصد بعضها في الحالات التالية:

**أولا: حالة إخراج الزوجة من بيت الزوجية من قبل غير الزوج.**

قد يحدث أحيانا أن يحدث الطرد من بيت الزوجية من طرف شخص آخر غير الزوج وفي هذه الحالة يتعين التمييز بين الحالة التي يكون فيها بيت الزوجية مملوكا للزوجين أو أحدهما، أو مملوكا للغير الذي أقدم على الطرد.

**ثانيا: الحالة التي يكون فيها بيت الزوجية في ملكية الغير:**

أحيانا قد يعمد أحد الزوجين إلى طرد الآخر من بيت الزوجية، ويكون هذا الأخير في ملكية أب أو أم الزوج الذي قام بالطرد، وعند محاولة إرجاع المطرود لبيت الزوجية، تجابه الضابطة القضائية بامتناع الأم أو الأب أو هما معا عن

---

[62] – تجدر الإشارة في هذا الإطار على أن المادة 53 من مدونة الأسرة تحدثت فقط عن حالة طرد أحد الزوجين للآخر ولم تتطرق للحالة التي يكون فيها

الطرد شاملا للأبناء أيضا ,ومع ذلك يمكن القول أن النيابة العامة يكون من الواجب عليها التدخل لإرجاع الأبناء لبيت الزوجية مادامت المادة 54 من مدونة الأسرة قد قد جعلت منها الجهاز المسئول عن ضمان حقوق الأبناء كما سبق الذكر.

تمكين الطرف المطرود من الرجوع لبيت الزوجية بعلة أن المنزل في ملكيتهما ﴿63﴾ ، فهل يمكن في هذه الحالة إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية؟

الأكيد أن المادة 53 من مدونة الأسرة تحدثت عن الطرد من بيت الزوجية وليس عن الطرد من البيت المملوك لأحد الزوجين أو كلاهما، ومن تم فالنيابة العامة يكون من واجبها أن ترجع الزوج المطرود إلى بيت الزوجية كلما ثبت لها أن الأمر يتعلق ببيت الزوجية، بغض النظر عما إذا كان هذا البيت في ملكية الزوجين أو أحدهما أو الغير. ﴿64﴾

وتفاديا لمثل هذه الحالات الشاذة فقد درج القضاء المغربي على حماية حق الزوجة في أن يكون لها بيت مستقل عن أهل الزوج وذويه في مختلف الأحكام والقرارات الصادرة عنه ومن ذلك الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بقلعة السراغنة بتاريخ 2010/1/14، والقاضي بالحكم على الزوج بإفراد الزوجة بسكن خاص بها ﴿65﴾.

**ثالثا: الحالة التي يكون فيها بيت الزوجية في ملكية الزوجين أو أحدهما:**

أحيانا يكون بيت الزوجية في ملكية الزوج، وتكون بقية أسرة هذا الأخير من أب وأم وإخوة قاطنين معه بنفس البيت، أو زوجة ثانية أو أبناء الزوج من غير الزوجة المطرودة وأثناء غيابه عن البيت يعمد هؤلاء أو أحدهم إلى طرد الزوجة من بيت الزوجية، فهل يمكن في هذه الحالة إرجاع الزوجة إلى بيت الزوجية في إطار المادة 53 من مدونة الأسرة ؟

---

63 – خاصة وأنه في كثير من الأحيان يعمد بعض الآباء إلى منح جزء من المنزل الذي يسكنه ,ليكون بيتا للزوجية لفائدة أحد أبنائه

64 – ومع ذلك قد يحدث بعض التحايل في هذا المجال ,إذ قد يتم إرجاع المطرود لبيت الزوجية فيقوم الأب أو الأم (مالكي بيت الزوجية)، بطرد الزوجين معا, وبعد فترة قصيرة يعملا على إرجاع الإبن, فقط للتحايل.

65– حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بقلعة السراغنة بتاريخ 2010/1/14، في الملف عدد 09/1701، غير منشور.

إن القراءة الحرفية لمقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة تدفعنا للوهلة الأولى إلى القول بأن هذه المادة تتحدث عن حالة الطرد التي يقوم بها أحد الزوجين اتجاه الزوج الآخر، ومن تم فهي لا تنطبق على حالة الطرد التي يقوم بها طرف آخر غير الزوجين، وتبعا لذلك فالنيابة العامة لا يمكن أن تتدخل لإرجاع الزوجة التي طردت من طرف غير الزوج استنادا لمقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة، وإن كان بالإمكان إرجاعها استنادا إلى مقتضيات قانونية أخرى﴿66﴾, لكن ومن خلال التمعن في مقتضيات المادة 53 أعلاه وفي الفلسفة التي حكمت تشريع هذا النص، يمكن القول أنه وعلى الرغم من كون هذا النص يتعلق بحالة الطرد التي يقوم بها أحد الزوجين اتجاه الآخر إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيقه حتى على الحالات التي يكون فيها الطرد من بيت الزوجية قد تم من طرف غير الزوج، وذلك باعتماد أحد قواعد تفسير النصوص القانونية، والمتمثلة في قاعدة من باب أولى، بحيث إذا كان المشرع قد خول النيابة العامة صلاحية إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية استنادا لمقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة في حال طرده من طرف الزوج الآخر فمن باب أولى أن يتم الإرجاع في حال الطرد من قبل الغير .

وإلى جانب الحالتين السالفتين، تبرز حالات أخرى تثير بعض الصعوبات العملية المرتبطة بشرط الطرد من بيت الزوجية، من قبيل إقدام الزوج بعد طرده للزوجة من بيت الزوجية على تغيير مفاتيح المنزل، و إقفاله ثم السفر إلى مكان آخر، فكيف سيكون تعامل النيابة العامة مع هذه الحالة.

في هذه الحالة لا يوجد أي مانع يمنع النيابة العامة من اتخاذ إجراء فتح هذا المنزل وإرجاع المطرود إليه في غياب الزوج الآخر، وفي المقابل قد يكون بيت

---

66 – في هذا الإطار يمكن إعمال مقتضيات الفصل 570 من القانون الجنائي الخاص بجنحة انتزاع عقار من حيازة الغير ,مادام أن بيت الزوجية في حيازة الزوجان معا.

الزوجية في ملكية الزوجة فترفض إرجاع الزوج بدعوى أن الأصل هو أن الزوج هو المكلف بتوفير بيت الزوجية،

كما أنه قد يحدث أن يكون الزوج مكتريا لبيت الزوجية، ويعمل مباشرة بعد طرد الزوجة منه بفسخ عقد الكراء، أو قد يكون مالكا له، فيعمد بمجرد طرد الزوجة إلى كرائه أو بيعه للغير بما فيه من أثاث، وفي جميع هذه الحالات لا يمكن للنيابة العامة أن تتدخل لإرجاع الزوجة إلى بيت الزوجية، وذلك لسبب بسيط، وهو أن بيت الزوجية لم يعد قائما.

**الفقرة الثانية: أن يكون الطرد غير مبرر.**

إضافة إلى شرط طرد أحد الزوجين للآخر من بيت الزوجية، يشترط أيضا لتدخل النيابة العامة لإرجاع المطرود إلى بيت الزوجية، أن يكون هذا الطرد غير مبرر، أو كما جاء في صياغة المادة 53 من مدونة الأسرة « إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية **دون مبرر**،... »، فما المقصود بالمبرر في هذا الإطار ؟ وكيف للنيابة العامة أن تتأكد من وجود هذا المبرر أو انتفائه ؟

لم يحدد المشرع المغربي المقصود بالمبرر الذي يمكن الاستناد عليه للقول بمشروعية واقعة الطرد ولم يحدد أمثلة له، وجعل لفظ المبرر قائما على صيغة الإطلاق والعموم، أي أن واقعة الطرد يجب ألا تكون قائمة على أي مبرر، فمجرد وجود المبرر رغم تفاهته حسب الصياغة الحرفية لمقتضيات المادة 53 أعلاه تجعل أمر إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية غير مشروع، والحال أنه من الناحية المنطقية لا يمكن تصور إقدام أحد الزوجين على طرد الآخر من بيت الزوجية بدون أي مبرر، حتى وإن كان تافها للغاية، لذا كان على المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة أن ينص على طبيعة هذا المبرر، فينص مثلا على أنه « إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر **مقبول/أو دون مبرر موضوعي**... »، وذلك لأن جميع حالات الطرد تكون مبررة

إذ لا يعقل أن يقوم الزوج بطرد زوجته من بيت الزوجية بدون أي مبرر، ولو كان المبرر تافها. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن اشتراط عدم وجود مبرر للطرد حتى تتدخل النيابة العامة لإرجاع المطرود لبيت الزوجية لا ينسجم وباقي مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة، ذلك أن هذه الأخيرة إذا كانت تشترط لتدخل النيابة العامة لإرجاع المطرود لبيت الزوجية أن يكون الطرد بدون مبرر، فإنها في نفس الوقت تنص على أنه يجب على النيابة العامة أن تتدخل وترجع الزوج المطرود حالا لبيت الزوجية، وهكذا جاء في المادة 53 أعلاه أنه « إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية **حالا** ...»، والأكيد أن عبارة الفورية هنا لا تنسجم مع لفظ المبرر، ذلك أن النيابة العامة لا يمكنها أن ترجع الزوجة لبيت الزوجية بشكل فوري، وفي نفس الوقت، أن تتأكد من وجود أو عدم وجود مبرر الطرد، فإذا أرادت النيابة العامة أن تتأكد من وجود أو انتفاء مبرر الطرد فعليها بادئ الأمر أن تستمع للزوج الذي قام بطرد زوجته من بيت الزوجية للوقوف على الأسباب والمبررات التي دفعته لذلك،﴿[67]﴾ والاستماع إلى هذا الأخير يتطلب استدعاؤه ... وكل ذلك يتطلب من الوقت ما ينتفي به عنصر الفورية في الإرجاع لبيت الزوجية.

الأكيد أن صياغة المادة 53 من مدونة الأسرة غير واضحة في هذا الإطار، ذلك أنها تلزم النيابة العامة بمجرد طرد أحد الزوجين من بيت الزوجية بأن تتكفل بإرجاعه حالا إليه، وفي نفس الوقت تنص على شرط انتفاء مبرر الطرد الذي قد يتطلب من النيابة العامة وقتا ليس بالقصير للتأكد من وجود أو عدم وجود المبرر.

---

[67] – فقد يكون سبب الطرد راجع إلى كون الزوجة تشكل خطرا على سلامة الأبناء لإصابتها بخلل عقلي أو لتناولها الخمور أو المخدرات أو الأقراص المهلوسة ,أو أن يكون طردها من بيت الزوجية سببه الخيانة الزوجية... ففي جميع هذه الحالات وما ماثلها لا يمكن إرجاع الزوجة المطرودة إلى بيت الزوجية، نظرا لوجود مبرر مشروع للطرد.

على أنه رغم هذا التعارض يمكن إيجاد صيغة عملية للتوفيق بين هذين المعطيين – أي بين لفظ المبرر ولفظ الفورية –وذلك بالقول أن «النيابة العامة تعمل على إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا بعد تأكدها من عدم وجود مبرر مشروع للطرد ».

## المطلب الثاني: تدابير الحماية المقررة لمنع استفراد أحد الزوجين ببيت الزوجية.

عمل التشريع المغربي شأنه شأن بعض تشريعات دول الاستقبال، على وضع قواعد قانونية حمائية تهدف إلى منع الاستفراد ببيت الزوجية من أحد الزجين، حيث تم اعتماد تدابير حماية ذات طبيعة مدنية (الفقرة الأولى)، وأخرى ذات طبيعة زجرية (الفقرة الثانية)

### الفقرة الأولى : تدابير الحماية المدنية.

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة نجدها تنص على أنه « إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته.» فمن خلال هذه المادة يتضح أن دور النيابة العامة لا يقف عند مرحلة إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية بل يمتد إلى ما بعد ذلك، من خلال اتخاذها للإجراءات الكفيلة بأمن وحماية الزوج المطرود فما هي هذه الإجراءات التي تتخذها النيابة العامة ؟

لم يحدد المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة أو في غيرها من المواد طبيعة أو شكل هذه الإجراءات التي يمكن للنيابة العامة أن تتخذها لضمان أمن وسلامة الزوج المطرود بعد إرجاعه لبيت الزوجية، وأمام هذا الفراغ يلاحظ على المستوى العملي عدم جنوح أجهزة النيابة العامة بمعظم المحاكم

الابتدائية إلى اتخاذ أي إجراء لاحق على إجراء الإرجاع إلى بيت الزوجية، إذ بمجرد قيام النيابة العامة بإرجاع المطرود إلى بيت الزوجية ينتهي دورها، ولعل ذلك راجع لصعوبة تصور أي إجراء يمكن للنيابة العامة اتخاذه لضمان أمن وسلامة الزوج المطرود بعد إرجاعه لبيت الزوجية، إذ كيف يمكن للنيابة العامة أن تضمن سلامة وأمن المطرود بعد إرجاعه لبيت الزوجية ؟

لكن مع ذلك يمكن القول أنه يمكن إعمال بعض المقتضيات الجديدة المتعلقة بحماية الضحايا كما هو الشأن بالنسبة لمقتضيات المادة 2-5-82 ﴿68﴾ في إطار التدابير الواجبة الإعمال لحماية المطرود بعد إرجاعه بما في ذلك إنذار الزوج بعدم الاعتداء، مع إلزامه بالتعهد بعدم الاعتداء على الزوج المطرود بعد إرجاعه، استنادا إلى المادة 2-5-82، التي تنص على أنه "علاوة على التدابير المنصوص عليها في المادتين 82-4 و82-5 أعلاه، تتخذ في قضايا العنف ضد النساء، فورا، تدابير الحماية التالية:

- إرجاع المحضون مع حاضنته إلى السكن المعين له من قبل المحكمة؛
- إنذار المعتدي بعدم الاعتداء، في حال التهديد بارتكاب العنف، مع تعهده بعدم الاعتداء؛
- إشعار المعتدي بأنه يمنع عليه التصرف في الأموال المشتركة للزوجين"

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يقف عند إقرار هذا النوع من التدابير اللاحقة لإرجاع المطرود لبيت الزوجية وإنما عمل كذلك على ضمان حق أي من الزوجين في الرجوع لبيت الزوجية عن طريق دعوى خاصة في الموضوع، وهكذا فقد عمدت مدونة الأسرة شأنها شأن باقي التشريعات ذات المرجعية

---

[68]- تمت إضافة المادة 2-5-82 أعلاه، بمقتضى المادة 8 من القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص 1449..

الإسلامية إلى جعل بيت الزوجية من أهم الواجبات الملقاة على عاتق الزوج، مسترشدة في ذلك بأحكام الفقه الإسلامي الذي يدخل السكنى في إطار النفقة الواجبة للزوجة، وإن كانت مدونة الأسرة قد خالفت هذا المبدأ بتنصيصها على أن السكنى مستقلة عن النفقة طبقا للمادة 168 من نفس القانون ﴿69﴾، مع الإشارة بهذا الخصوص إلى أن القضاء المغربي درج في بعض الأحكام على تكريس قاعدة حق الزوج في اختيار بيت الزوجية في بعض أحكامه وذلك من خلال إلزام الزوجة بالالتحاق ببيت الزوجية حيث العنوان الذي يختاره الزوج، ومن ذلك الحكم الصادر عن قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بفاس، بتاريخ 2007/11/8، والذي قضى ب" الحكم على على المدعى عليها خ ق بالرجوع إلى بيت الزوجية الكائن بعنوان المدعي مع النفاذ المعجل "﴿70﴾، وهو توجه قد يفرز بعض الممارسات التعسفية من قبل بعض الأزواج، كأن يعمد الزوج إلى تغيير عنوان بيت الزوجية بهدف الإضرار بالزوجة من خلال نقل بيت الزوجية إلى مكان بعيد عن مقر عملها

---

[69]– تنص المادة 168 من مدونة الأسرة على أنه " تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما.

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

لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية، إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون.

على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه."

[70]– حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بفاس، بتاريخ 2007/11/8، تحت عدد 5169، في الملف عدد 06/1/3612، غير منشور.

–في نفس السياق يراجع الحكم الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2007/10/15 تحت عدد 4608، في الملف عدد 07/1/885، غير منشور.

– كذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية لفجيج ببوعرفة بتاريخ 2006/4/19، تحت عدد 80، في الملف عدد 06/37، غير منشور.

أو بعيدا عن أهلها، أو إلى خارج النطاق الحضري... ثم يطالب بعد ذلك برجوعها لبيت الزوجية المعد من قبله فقط إضرار بها، بل وقد يحدث أن يكون بيت الزوجية الذي يستقر به الطرفان خارج أرض الوطن فيعمد الزوج إلى التقدم بطلب أمام القضاء المغربي قصد الحكم على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية المختار من قبله داخل التراب الوطني بهدف الإضرار بالزوجة...، خاصة وأن دعاوى الرجوع إلى بيت الزوجية في مجملها تكون مرتبطة بوجود خلاف بين الزوجين، مع ما قد يصاحب هذا الخلاف من نزعات لدى أحد الطرفين للإضرار بالطرف الآخر.

وتفاديا للآثار الوخيمة التي قد تترتب على مثل هذه الطلبات، فإنه يتعين عند البت في طلبات الرجوع إلى بيت الزوجية الاكتفاء بالقول التحاق الزوجة لبيت الزوجية المتفق بشأنه قبل حصول النزاع، لا المعد من قبل الزوج بعد ذلك، كما يتعين على المستوى التشريعي التنصيص بشكل صريح على الحق المشترك للزوجين في اختيار بيت الزوجية، وأن يكون تغييره مبنيا على إرادة الزوجين معا تفاديا للتعسف.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بتوفير السكن في أحكام الشرع الإسلامي يكون في حدود استطاعة الزوج وإمكانياته المادية، لقوله تعالى:" **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ**".﴿**71**﴾

وقد أضفت مدونة الأسرة حماية خاصة لبيت الزوجية ومشتملاته معتمدة في ذلك على المرجعية الإسلامية المؤسسة على قوله تعالى: ﴿**لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ**

---

[71]– سورة الطلاق الآية 6.

–في نفس السياق يراجع الحكم الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2007/10/15 تحت عدد 4608، في الملف عدد 07/1/885، غير منشور.

– كذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية لفجيج ببوعرفة بتاريخ 2006/4/19، تحت عدد 80، في الملف عدد 06/37، غير منشور.

**وَتِـلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَـن يَـتَـعَـدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَـقَـدْ ظَـلَـمَ نَـفْـسَـهُ لَا تَـدْرِي لَـعَـلَّ اللَّهَ يُـحْـدِثُ بَـعْـدَ ذَٰلِـكَ أَمْـرًا ﴾﴿72﴾**، فمنعت على أحد الزوجين الاستئثار ببيت الزوجية بمفرده من خلال حظر الطرد من بيت الزوجية، حيث عمد المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة 51 من مدونة الأسرة إلى تحديد عدد من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، ومن بينها الحق في المساكنة الشرعية ﴿73﴾، وعليه يمنع على أحد الزوجين الإخلال بهذا الواجب، ويعتبر الطرد من بيت الزوجية أحد صور الإخلال بواجب المساكنة الشرعية﴿74﴾، وعلى هذا الأساس يمكن القول أن بإمكان الزوج المطرود أن يلجأ إلى المحكمة لاستصدار حكم بإرجاعه إلى بيت الزوجية استنادا لمقتضيات المادتين 52 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه « عند إصرار أحد الزوجين على الإخلال بالواجبات المشار إليها في المادة السابقة، يمكن للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ ما هو ملزم به، أو اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى

---

72- (سورة الطلاق الأية1)

[73]- تنص المادة 51 من مدونة الأسرة على أن " الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

1 – المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل؛

2 – المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة؛

3 – تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال؛

4 – التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل؛

5 – حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف؛

6 – حق التوارث بينهما."

[74]–في المقابل تعتبر مغادرة أحد الزوجين تلقائيا لبيت الزوجية إخلال كذلك بواجب المساكنة الشرعية يتيح للطرف الآخر الحق في المطالبة بتنفيذ الالتزام، وفي هذا السياق فقد سبق للمحكمة الابتدائية لفجيج ببوعرفة أن أصدرت حكما بتاريخ 2007/10/1 قضى بالحكم على الزوج المدعى عليه بالرجوع لبيت الزوجية بعد مغادرته له، وتقدم الزوجة بطلب الحكم برجوعه لبيت الزوجية: حكم صادر عن المحكمة الابتدائية لفجيج ببوعرفة بتاريخ 2007/10/1، في الملف عدد 07/45، غير منشور.

97 بعده »، ذلك أن الطرد من بيت الزوجية يعتبر إخلالا بالحق في المساكنة الشرعية ومن تم يحق للطرف المتضرر من هذا الإخلال المطالبة بتنفيذ هذا الالتزام قضائيا استنادا لمقتضيات المادة 52 من مدونة الأسرة، وفي هذا السياق فقد سبق للمحكمة الابتدائية بمكناس أن أصدرت حكما بتاريخ 2005/5/17، قضى بالسماح للزوجة بالرجوع لبيت الزوجية مع الحكم لفائدتها بواجب النفقة، وذلك بعد أن تقدمت بطلب من أجل إلزام المدعى عليه بأداء واجب النفقة والحكم عليه بإرجاعها إلى بيت الزوجية وبعدم الإضرار بها وعدم طردها من جديد﴿75﴾

**الفقرة الثانية: تدابير الحماية الجنائية.**

إن المشرع المغربي وأمام الإشكالات المطروحة عمليا على مستوى تفعيل مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة، حاول تعزيز الحماية المقررة في إطار المادة 53 أعلاه بحماية جنائية خاصة من خلال تجريم فعل الطرد من بيت الزوجية وفعل الامتناع عن الارجاع لبيت الزوجية وذلك بمقتضى الفصل 480-1 من القانون رقم 103-13 ﴿76﴾.

فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي تحقيق الانسجام بين أحكام المادة 53 من مدونة الأسرة والفصل 480-1 من القانون رقم 103-13؟

كما سبق البيان فإنه حال إقدام أحد الزوجين على طرد الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، ولجوء هذا الأخير إلى النيابة العامة فإن هذه الأخيرة تعمل على إرجاعه إلى بيت الزوجية، وذلك عن طريق توجيه التعليمات للضابطة القضائية

---

[75]- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس، بتاريخ 2005/5/17، تحت عدد 1331، في الملف عدد 5/4/162ج، غير منشور.

[76]- القانون رقم 103.13 المتعلق بمحاربة العنف ضد النساء، الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.18.19 صادر في 5 جمادى الآخرة 1439 (22 فبراير 2018)، الجريدة الرسمية عدد 6655 بتاريخ 23 جمادى الآخرة 1439 (12 مارس 2018)، ص 1449..

قصد الانتقال رفقة المعني بالأمر إلى بيت الزوجية وإرجاعه إليه، كل هذه الإجراءات تندرج في إطار التدابير الحمائية ذات الطبيعة المدنية التي لا تصل إلى درجة الحماية الجنائية المرتكزة على أساسا على مبدأ المسائلة الجنائية والعقاب، ذلك أن مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة لم تحدد أي جزاء جنائي عن امتناع أحد الزوجين عن إرجاع المطرود لبيت الزوجية، كما لم تحدد أي جزاء جنائي عن فعل الطرد نفسه، الأمر الذي أفرز على المستوى العملي قصورا على مستوى فعالية الاجراء في حال امتناع أحد الزوجين عن إرجاع المطرود لبيت الزوجية، فكان في الغالب يتم متابعة الزوج الممتنع عن الارجاع فقط في حال اقتران فعله بأفعال جرمية أخرى، كأن يصاحب فعل الامتناع إهانة للمكلفين بإنفاذ التدبير، أو أن يقترن فعل الطرد بتعنيف أو تهديد للزوج المطرود...

وإجمالا يمكن القول أن طرد أحد الزوجين للآخر من بيت الزوجية أو امتناعه عن تنفيذ قرار الإرجاع الصادر عن النيابة العامة، لم يشكل بأي حال من الأحوال فعلا جرميا لانتفاء النص المجرم له في ظل مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة، إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وعلى ضوء هذه الوضعية وما أفرزته من قصور على مستوى الحماية المتوخاة من إقرار التدبير الوارد في المادة 53 من مدونة الأسرة، تدخل المشرع المغربي وأوجد حماية جنائية خاصة لبيت الزوجية من خلال مقتضيات المادة 480-1 من القانون رقم 103.13 التي نصت على أنه " **يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ثلاثة أشهر وغرامة من 2.000 إلى 5.000 درهم، عن الطرد من بيت الزوجية أو الامتناع عن إرجاع الزوج المطرود من بيت الزوجية، وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 53 من مدونة الأسرة، وتضاعف العقوبة في حالة العود**".

والملاحظ من خلال نص المادة 480-1 أعلاه أنه ميز بين جريمتين مستقلتين: جريمة الطرد من بيت الزوجية، وجريمة الامتناع عن إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية، كما أحال بخصوص إعمال هذه المقتضيات على أحكام المادة 53 من مدونة الأسرة من خلال عبارة – **وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 53 من مدونة الأسرة**– وهو الأمر الذي يتعين معه استقراء العناصر التكوينية للجريمتين بشكل متكامل ما بين مقتضيات المادة 480-1 من القانون رقم 13.103، والمادة 53 من مدونة الأسرة، ويمكن بهذا الخصوص حصر العناصر التكوينية للجريمتين أعلاه في ما يلي:

**أولا : فعل مادي**، قوامه الطرد من بيت الزوجية أو الامتناع عن إرجاع المطرود.

**ثانيا : صفة الفاعل والضحية**، قوامهما أن يكون الفعل المادي مرتكبا من قبل أحد الزوجين اتجاه الآخر.

**ثالثا : العمد في ارتكاب الفعل، مع غياب المبرر.**

**أولا : فعل مادي قوامه الطرد من بيت الزوجية أو الامتناع عن إرجاع المطرود.**

بالرجوع إلى مقتضيات المادة مقتضيات المادة 480-1 نجدها تشترط لقيام الركن المادي لجريمتي الطرد من بيت الزوجية والامتناع عن إرجاع المطرود تحقق عنصرين أساسين، أولهما مرتبط بالفعل المرتكب (الطرد أو الامتناع عن الارجاع)، والثاني مرتبط بمكان ارتكاب الفعل (بيت الزوجية).

أ- فعل الطرد والامتناع عن إرجاع المطرود.

يُحمل فعل الطرد الوارد في مقتضيات المادة 480-1 من القانون رقم 13.103، على معنى الابعاد، وعليه فإن الركن المادي لجريمة الطرد من بيت

الزوجية لا يتحقق إلا بإبعاد الضحية عن بيت الزوجية دون رضاها، وأما لفظ الامتناع عن إرجاع المطرود فيحمل على معنى عدم السماح للضحية بولوج بيت الزوجية بعد طردها أو بعد مغادرتها إراديا لهذا البيت، والملاحظ من خلال مقتضيات المادة 480-1 أنها استعملت لفظ الطرد، فيما استعملت مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة -المحال عليها-، لفظ الإخراج، مع الإشارة هنا إلى أن الطرد قد لا يقترن بواقعة الإخراج من بيت الزوجية، كما لو غادر أحد الزوجين بيت الزوجية إراديا دون إخراجه منه لسبب من الأسباب بغية زيارة الأهل مثلا...، فيمنعه الزوج الآخر من الدخول لبيت الزوجية بعد عودته إليه، فهنا يتحقق الطرد بعدم السماح للزوج بالولوج لبيت الزوجية، ولا يتحقق بفعل الإخراج من بيت الزوجية، والملاحظ هنا أن مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة حين نصت على فعل الإخراج من بيت الزوجية جعلت وجه الحماية قاصرا غير شامل لفعل الطرد عامة، وكان من الأولى اعتماد لفظ الطرد من بيت الزوجية عوض لفظ الإخراج من بيت الزوجية.

ب- مكان ارتكاب الفعل المادي.

يشترط لقيام الركن المادي للجريمتين أعلاه، ارتباط فعل الطرد أو الامتناع عن إرجاع المطرود بمكان محدد وهو بيت الزوجية، أي أن يكون الطرد من بيت الزوجية، والامتناع عن ارجاع المطرود لبيت الزوجية، وعليه فإن طرد الزوج للآخر من بيت غير بيت الزوجية يبقى غير مشمول بالحماية المقررة في المادتين 480-1 من القانون رقم 13.103، و53 من مدونة الأسرة، غير أن السؤال يُطرح بهذا الخصوص حول اقتران فعل الطرد أو الامتناع عن إرجاع المطرود بالسكن الثانوي للأسرة، فهل تشمله الحماية المقررة في الفصل 480-1 من القانون الجنائي أم لا؟

يحتاج الجواب على هذا التساؤل إلى تحديد مفهوم بيت الزوجية، خاصة أن مقتضيات المادتين 480-1 و 53 مرتبطتان بهذا المفهوم وجودا وعدما، وفي ظل

غياب تعريف قانوني لبيت الزوجية يمكن القول أن هذا الأخير هو : " ذلك العقار الذي اختاره الزوجان واتخذاه مستقرا لحياتهما الزوجية بشكل رئيسي ومستمر "، أما السكن الثانوي الذي يتخذه الزوجان للإقامة المؤقتة بهدف للاصطياف أو غيره...، فلا يعتبر بيتا للزوجية، وبالتالي فإن طرد أحد الزوجين للآخر من السكن الثانوي غير مشمول بمقتضيات الفصل 480-1 من القانون الجنائي، خاصة وأن الغاية من إقرار الحماية الجنائية لبيت الزوجية من خلال المادتين 53 و 480-1 إنما الهدف منها حماية المكان الذي يحقق استقرار الأسرة بشكل مستمر، والذي ينطبق على السكن الرئيسي لا على السكن الثانوي.

**ثانيا : صفة الفاعل والضحية في جريمتي الطرد من بيت الزوجية والامتناع عن إرجاع المطرود.**

بالرجوع إلى مقتضيات المادتين 480-1 و53 أعلاه، نجد أن المشرع المغربي قد اشترط لتمام العناصر التكوينية لجريمتي الطرد من بيت الزوجية والامتناع عن إرجاع المطرود، تحقق صفة محددة في مرتكب الفعل وفي ضحية الجريمة، بحيث يشترط في الفعل المادي للجريمتين أن يكون مرتكبا من قبل أحد الزوجين اتجاه الزوج الآخر، وهو الأمر الذي يثير معه التساؤل حول الحالات التي يرتكب فيها الجرم من قبل غير الزوجين، فهل تخضع هذه الحالات للحماية المقررة في المادة 480-1 ؟

يثير موضوع طرد الأغيار لأحد الزوجين من بيت الزوجية أو امتناعه عن إرجاع المطرود إشكالا على المستوى العملي، ذلك أنه في كثير من الحالات قد يعمد أحد الزوجين إلى طرد الآخر من بيت الزوجية المملوك للغير (المملوك لأبوي الزوج أو للزوجة الثانية مثلا)، فيمتنع هؤلاء عن إرجاع الزوج المطرود بعلة ملكيتهم للمنزل، وقد يحدث أن يقوم هؤلاء أنفسهم بطرد أحد الزوجين من بيت الزوجية المملوك للزوج الآخر وفي غيبة الأخير أو بحضوره وبإيعاز منه، فضلا عن ذلك قد

يعمد أحد الزوجين مباشرة بعد طرد الزوج الآخر من بيت الزوجية إلى تفويت الأخير إن كان مملوكا له، أو فسخ عقد الكراء إن كان مستأجرا، فيمتنع المالك أو المكري عن السماح للزوج المطرود بالولوج لبيت الزوجية.

وفي جميع الحالات السابقة يطرح التساؤل حول سريان الحماية الجنائية المقررة في المادة 480-1 على هذه الحالات؟

إن القراءة الحرفية لمقتضيات المادتين 480-1 و 53 أعلاه تدفعنا للوهلة الأولى إلى القول بأن هذه المادة تتحدث عن حالة الطرد أو الامتناع عن إرجاع المطرود التي يقوم بها أحد الزوجين اتجاه الزوج الآخر، ومن تم فهي لا تنطبق على حالة الطرد أو الامتناع عن إرجاع المطرود التي يقوم بها طرف آخر غير الزوجين، غير أن المتمعن في مقتضيات المادتين أعلاه وفي الفلسفة التي حكمت تشريعهما، ليخلص إلى القول بأنه على الرغم من كون المادة 53 تتعلق بحالة الطرد التي يقوم بها أحد الزوجين اتجاه الآخر إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيق مقتضيات المادة 480_1 حتى على الحالات التي يكون فيها الطرد من بيت الزوجية أو الامتناع عن إرجاع المطرود، قد تم من طرف غير الزوج، خاصة وأن مقتضيات المادة 480-1 لم تشر صراحة إلى صفة الفاعل وإنما أحالت على مقتضيات المادة 53 التي بدورها لم تشر إلى حالة الامتناع عن إرجاع المطرود لبيت الزوجية.

**ثالثا : العمد في ارتكاب الفعل، مع غياب المبرر.**

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 480-1 أعلاه نجدها قد نصت على تجريم فعلي الطرد من بيت الزوجية والامتناع عن إرجاع المطرود، وأحالت بشأن ذلك على مقتضيات المادة 53 التي اشترطت لإعمال مسطرة إرجاع المطرود لبيت الزوجية أن يكون الطرد غير مبرر، وعليه فإن قيام الجريمتين أعلاه رهين بغياب مبرر الطرد من بيت الزوجية أو الامتناع عن إرجاع المطرود، خاصة وأن فعل الطرد قد

يكون أحيانا بمبررات معقولة كأن يشكل تواجد أحد الزوجين داخل بيت الزوجية خطرا على الزوج أو على الأبناء، أو أن يكون في حالة غير طبيعية نتيجة تناول مواد مخدرة أو غيرها، إلا أن شرط المبرر هنا يطرح التساؤل عن الجهة التي يقع عليها عبء إثبات وجود المبرر من عدمه، وعن قيمة المبرر نفسه.

فعلى مستوى إثبات وجود المبرر من عدمه، إذا كان الأصل في الإثبات الجنائي أنه يلقى على عاتق الادعاء العام، إذ أن جهاز النيابة العامة الذي يثير المتابعة هو من عليه عبء إثبات عناصر الجريمة، فإنه في هذه الحالة فالراجح أن إثبات غياب المبرر مفترض وعلى الزوج المعني إثبات وجوده تفاديا للمسائلة الجنائية.

هذا وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن العناصر التكوينية للجريمتين أعلاه لا تكتمل إلا بتوفر ركن العمد أو ما يعرف بركن القصد الجنائي العام الذي قوامه اتجاه إرادة أحد الزوجين إلى ارتكاب فعل الطرد من بيت الزوجين أو فعل الامتناع عن إرجاع المطرود، رغم علمه وإدراكه التامين بحقيقة ما يفعل.

كما يشترط لصحة المتابعة عن الفعلين ضرورة تقديم الضحية لشكاية في الموضوع، والتي يترتب عن سحبها وضع حد للمتابعة ولآثار المقرر القضائي المكتسب لقوة الشيء المقضي به في حالة صدوره طبقا للمادة 1-481 من القانون رقم 13.103 الذي ينص على أنه " في الحالات المنصوص عليها في الفصول 479 و480 و1-480 من هذا القانون، فإن تنازل المشتكي عن الشكاية يضع حدا للمتابعة ولآثار المقرر القضائي المكتسب لقوة الشيء المقضي به في حالة صدوره".

**المبحث الثاني: حماية بيت الزوجية ومشتملاته بعد انقضاء العلاقة الزوجية.**

سنحاول الوقوف من خلال هذا المبحث عند أوجه الحماية المقررة لبيت الزوجية ومشتملاته بعد انقضاء العلاقة الزوجية في إطار التشريع المغربي (المطلب الأول)،

قبل الحديث عن كافة أشكال الحماية المقررة لبيت الزوجية في إطار تشريعات دول الاستقبال (المطلب الثاني)

**المطلب الأول: حماية بيت الزوجية ومشتملاته بعد انقضاء العلاقة الزوجية في إطار التشريع المغربي.**

سنحاول من خلال هذا المطلب الوقوف عند أوجه الحماية المقررة لمشتملات بيت الزوجية (الفقرة الأولى)، قبل الخوض في أوجه الحماية المقررة للحق في السكنى بعد انقضاء العلاقة الزوجة (الفقرة الثانية)، مع تقييم درجة فعاليتها.

**الفقرة الأولى: حماية مشتملات بيت الزوجية.**

يعتبر متاع بيت الزوجية عنصرا هاما في الذمة المالية الأسرية، والمقصود هنا بالمتاع، مجموع الأشياء المتواجدة داخل بيت الزوجية من أثاث وغيره، كما يمكن أن نضيف إليه مجموع المنقولات المخصصة لخدمة بيت الزوجية، بما في ذلك السيارات وغيرها...

ويشكل متاع البيت على المستوى الواقعي شكلا من أشكال الإشتراك الفعلي في الذمة المالية الأسرية بين الزوجين، فمنذ أول يوم في الزواج تجلب الزوجة ليلة زفافها عدد من الأمتعة لبيت الزوجية، ليكون جزءا من متاع البيت، في إطار ما يعرف بالشوار، ويستمر هذا الإختلاط خلال الحياة الزوجية، وما ذلك إلا تجسيد لروح التضامن في بناء أسرة متكاملة ومتضامنة، وهو كذلك تعبير عن رغبة الزوجة في بناء أسرة قوامها الاستقرار، هذا مع الإشارة إلى أن الشوار في جميع الأحوال يبقى ملكا للزوجة طبقا للمادة 34 من مدونة الأسرة ﴿77﴾.

77- تنص المادة 34 من مدونة الأسرة على أنه ( كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها... )

وفي حال انتهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين وحصول خلاف حول متاع بيت الزوجية فإنه يحتكم إلى مجموعة من القواعد التي اجتهد فقهاء الإسلام في وضعها والتي يمكن رصدها من خلال قول إبن عاصم الأندلسي :

وإن متاع البيت فيه اختلفا *** ولم تقم بينة فتقتفى

فالقول قول الزوج مع يمين *** فيما به يليق كالسكين

ومايليق بالنساء كالحلي *** فهو لزوجة إذا ما تأتلي

وإن يكن لاق بكل منهما *** مثل الرقيق حلفا واقتسما ﴿78﴾

فمن خلال هذه القواعد يتضح مايلي :

إذا كان الشئ المتنازع حوله يندرج ضمن ما يصلح لاستعمال الرجال عادة كلباس الرجل وغيره، فذلك يعتبر قرينة على أنه في ملكية الزوج و هو من يستحقه، غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، حيث يمكن للزوجة إن أثبتت ملكيتها لهذه الأشياء أن تستحقها.

أما إذا كان الشئ المتنازع حوله يندرج ضمن ما يصلح لاستعمال النساء عادة كلباس المرأة وحليها وغيرها، فإن ذلك يعتبر كذلك قرينة على أنها في ملكيتها إلى أن يثبت الزوج العكس.

أما إذا كان المتاع المتنازع حوله مما يشترك في استعماله بين الرجال والنساء، كأثاث المنزل والسيارة وغيرهما، فإن الفقه قد اختلف بشأنها، حيث ذهب الأحناف إلى أن المال مال الزوج لأن المسكن ملك للزوج وهو وحده المتصرف فيه، فيما اعتبر المالكية أن المتاع مشترك و يقسم بينهما بعد أداء اليمين، وهناك رأي لابن

78- راجع إبن عاصم الأندلسي، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لإبن عاصم الأندلسي, وبحاشيته حلى المعاصم لفكر إبن عاصم للإمام أبي عبد الله محمد التاودي وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام ,الجزء 1، منشورات دار الرشاد الحديثة / الدار البيضاء، الطبعة الأولى لسنة 2005 , ص من 536 إلى 540

القاسم يقول بأن هذه الأموال تكون للمرأة إذا ادعت تملكها بيمينها إن كان فقر الرجل ظاهرا.﴿79﴾

أما مدونة الأسرة فقد أخذت بما أقره الفقه المالكي من قواعد من خلال المادة 34 التي تنص على أنه : – كل ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها.

وإذا وقع نزاع في باقي الأمتعة، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات، غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الأخر فيحكم له – وهو بدوره نفس الحكم الذي اعتمده المشرع التونسي في الفصول 26–27–28 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، حيث نص الفصل 26 منها على أنه: – إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بينة لهما فالقول بيمينه في المعتاد للرجال ، أما في المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف فيه كل منهما ويقتسمانه– , فيما نص الفصل 27 على أنه : – إذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت كان حكم الوارث حكم الموروث في الفصل المتقدم (الفصل 26)–, أما الفصل 28 فقد نص على أن :( الهدايا التي يعطيها كل واحد من الزوجين للآخر بعد العقد يتم استرداد ما بقي قائما ولو تغير إذا وقع الفسخ قبل البناء بسبب من الطرف الآخر ولا يتم استرجاع شيء منها بعد الدخول.)

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 33 من قرار وزير العدل المصري رقم 27–17 لسنة 2000 على أن يقوم المأذون الشرعي قبل توثيق العقد بتبصير الزوجين أو من ينوب عنهما بما يجوز لهما الاتفاق عليه في عقد الزواج من شروط

79– بخصوص هذه الآراء، انظر: محمد الكشبور" الوسيط في قانون الأحوال الشخصية"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة ، 1999، ص 499.

خاصة، ومنها على سبيل المثال: الاتفاق على من تكون له ملكية منقولات منزل الزوجية، فإذا كان هناك اتفاق على أن منقولات منزل الزوجية ملك للزوجة دون الزوج، فهذا الاتفاق صحيح ويلزم الزوج بالوفاء به.

فمن خلال ما سبق يتضح أن التشريعات التي تعتمد نظام استقلالية الذمة المالية للزوجين، خاصة التشريع الإسلامي ومدونة الأسرة المغربية، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، وقانون الأحوال الشخصية المصري، تجعل ملكية متاع البيت من الأموال المستقلة حيث ينفرد كل زوج بما أتى به من أثاث، وله أن يتصرف فيه بشكل مستقل ودون حاجة لموافقة الزوج الآخر.

**الفقرة الثانية : حماية حق المعتدة والمحضون في السكنى.**

أقر المشرع المغربي للزوجة حق البقاء ببيت الزوجية خلال فترة عدتها في حال انهاء العلاقة الزوجية، حيث اعتبرها جزءا من المستحقات المالية للزوجية المترتبة عن هذا الانقضاء، وفي حال تعذر بقائها ببيت الزوجية أوجب المشرع على الزوج توفير السكنى للزوجة خلال نفس الفترة أو التكاليف المالية المخصصة لتوفير هذه السكنى، وهكذا فقد نصت المادة 84 من مدونة الأسرة على أنه "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه.

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."

من جهة أخرى ألزمت مدونة الأسرة الأب بتوفير السكن للمحضون أو أداء مبلغ كرائه باستقلال عن تحديد باقي المستحقات الأخرى من نفقة وغيرها، حيث نصت المادة 168 من هذه المدونة، التي جاء فيها ما يلي: " تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما.

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

لا يفرغ المحضون من بيت الزوجية، إلا بعد تنفيذ الأب للحكم الخاص بسكنى المحضون.

على المحكمة أن تحدد في حكمها الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ هذا الحكم من قبل الأب المحكوم عليه"

وقد أعطت المادة 168 من مدونة الأسرة، الخيار للأب بين القيام بتهيئة سكن خاص يليق بأولاده، ويدخل في إطار هذا الاختيار تخليه لهم عن منزل الزوجية، أو تأدية مقابل أجرة الكراء الذي توافق عليه المحكمة إذا وجدته منصفا أو تعيد تقديره في إطار سلطتها التقديرية إذا تبين لها عدم إنصافه، وبالتالي فإن هذا الالتزام خاضع لسلطة القضاء التي ينبغي عليها أن تراعي ظروف الطرفين ﴿80﴾.

وحتى يتم إجبار الأب على توفير سكن لائق بالمحضون، أو أداء واجب الكراء، نصت المادة أعلاه، على أنه لا يتم إفراغ المحضون من بيت الزوجية إلا بعد تنفيذ الأب لهذا الحكم الخاص بالسكنى، كما ألزم القضاء بأن يحدد في حكمه الإجراءات الكفيلة بضمان استمرار تنفيذ الأب للحكم المذكور، وذلك حسب ما جاء في المادة 191 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه " تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة، وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه، أو اقتطاع النفقة من منبع الريع أو الأجر الذي يتقاضاه وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة..."

وعليه إذا وقع إنهاء العلاقة الزوجية بين الطرفين، وقضت المحكمة بإبقاء المحضون ببيت الزوجية المملوك لوالده، فإن الأخير لا يحق له طلب إفراغه منه إلا

---

80 – انظر في هذا الصدد: محمد الكشبور ،" أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، ع 7، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، 2004، ص155.

بعد تهيئ محل خاص لسكناه، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة عن تكاليف سكنى المحضون، وهو الأمر الذي سار عليه الاجتهاد القضائي في مجموع قراراتها، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 19 يناير 2005 ما يلي : " حيث صح ما عابته الطالبة على القرار ذلك أنه بمقتضى الفصلين 126 و 127 من مدونة الأحوال الشخصية القديم الصادر في ظله القرار المطعون فيه فإنه يجب للأولاد على الآباء النفقة وما يتبعها من المؤونة والكسوة والسكنى وتستمر هذه الحقوق بالنسبة للأنثى إلى أن تتزوج والثابت من أوراق الملف أن الطالبة بحكم كونها بنتا للمطلوب لم تتزوج بعد فإن سكناها واجبة عليه بمقتضى القانون السالف الذكر وقد تمسكت في جميع مراحل الدعوى بكون وجودها بمنزل المطلوب مبررا قانونا استنادا إلى حقها في السكنى غير أن المحكمة اعتبرتها مع ذلك محتلة لموضوع الدعوى بدون سند قانوني بعلة أن بإمكانها المطالبة بحقها في السكنى أمام القضاء وهو تعليل فاسد باعتبار الطالبة بحكم كونها صاحبة الحق في السكنى وتستفيد من هذا الحق بدار والدها فإنها ليست ملزمة قانونا باللجوء إلى القضاء للمطالبة به وإنما يكفيها في هذه الحالة أن تدفع بحقها الدعوى الرامية إلى حرمانها منه لا سيما ليس بالملف ما يفيد أن المطلوب قد وضع رهن إشارتها مسكنا بديلا أو أدى لها الأجر الكافي لتكتري به مسكنا آخر، فجاء بذلك قرارها معللا تعليلا فاسدا وغير مرتكز على أساس مما يعرضه للنقض" ﴿81﴾.

لكلن يبقى السؤال مطروحا حول أحقية مطالبة المفارق لطليقته بمغادرة بيت الزوجية بعد انقضاء عدتها، خاصة وأن مقتضيات المادة 168 أعلاه التي نصت على حق تواجد المحضون ببيت الزوجية دون الحديث عن حق الحاضنة في ذلك، بعد أن خصها المشرع بحق السكنى خلال فترة العدة فقط.

---

[81] – قرار محكمة النقض عدد 181 المؤرخ في 19يناير2005 في الملف المدني عدد 2000/2/3/1952 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 63 ص 70.

إن المستقر عليه قضائيا أن للحاضنة الحق في البقاء ببيت الزوجية رفقة المحضون إلى غاية سقوط الفرض شرعا ببلوغ المحضون الذكر سن الرشد القانوني المحدد في ثمانية عشرة سنة شمسية كاملة أو زواج البنت المحضونة أو حصولها على الكسب، وهذا ما أكدته محكمة النقض في عدد من قراراتها كالقرار الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 11 أكتوبر 2000 الذي جاء فيه " إذا كانت الحاضنة تستمد شرعية وجوده أثناء عدتها ببيت الزوجية الذي هو في ملك زوجها من الأمر القضائي فإن بقائها بمنزل مطلقها باعتبارها حاضنة لمحضوناتها الأربعة لا يمكن أن يوصف تلقائيا بالاحتلال دون التحقق من أن قاضي التوثيق قد حقق سلفا في أمره بالنفقة مبلغا خاصا باجرة المسكن للمحضونات أو هيأ لهن مسكنا مناسبا لحالته المادية تمشيا مع الأهداف التي توخاها الفقه والقانون في هذا المجال والمحكمة لما قضت بإفراغ الحاضنة من المنزل دون التأكد مما ذكر يكون قرارها ناقصا في التعليل يوازي انعدامه"﴿82﴾.

وإلى جانب التدابير الحمائية لبيت الزوجية المقررة في مدونة الأسرة، فقد عمل المشرع المغربي على وضع آليات حمائية أخرى لبيت الزوجية في عدد من القوانين كما هو الشأن بالنسبة للقوانين المنظمة لكراء المحلات السكنية والمهنية وكذا تلك المرتبطة بتحصيل الديون العمومية.

وهكذا فإنه لضمان حماية أكبر لسكنى المحضون نصت المادة 54 من القانون رقم 67.12 ﴿83﴾ على أنه " يمكن في حالة طلاق الزوجين أن يستمر مفعول

---

82 – أورده د/ محمد الخضراوي بمقال له بعنوان : دور محكمة النقض في حماية حقوق المرأة، منشور بمجلة المنتدى، الصادر عن منتدى البحث القانوني بمراكش، العدد 4، يوليوز 2004، ص 121.

83 – ظهير شريف رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013) بتنفيذ القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 24 محرم 1435(28 نوفمبر 2013)، ص 7328.

الكراء لفائدة الأم الحاضنة لأطفالها بنفس الشروط التعاقدية التي كانت تربط مطلقها مع المكري."،

وإلى جانب الحماية المقررة لبيت الزوجية في ظل أحكام مدونة الأسرة فقد أوجد المشرع المغربي مقتضيات حمائية أخرى لبيت الزوجية في إطار القانون رقم 97-15 المتعلق بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية ﴿84﴾، إذ بهدف ضمان استقرار الأسرة وسكينتها فقد أوجد المشرع المغربي عددا من التدابير الحمائية لبيت الزوجية سواء في إطار أحكام قانون المسطرة المدنية أو في إطار أحكام القانون القانون رقم 97-15 ومن بين هذه التدابير الحمائية نجد ما يلي:

- استثناء بيت الزوجية من العقارات التي قد يشملها الحجز العقاري الناتج عن استحقاق الديون الضريبية.

- قاعدة عدم اللجوء إلى حجز العقارات إلا في حالة عدم كفاية المنقولات أو انعدامها.

وهكذا فقد استثنت مقتضيات المادة 67 من القانون رقم 97-15، العقار المخصص لسكنى المحجوز عليه وعائلته من دائرة العقارات التي يمكن إخضاعها لإجراءات الحجز والبيع ﴿85﴾، وذلك وفق شروط معينة، إذ حسب المادة 67 يمكن القيام بحجز العقارات وبيعها باستثناء العقار المخصص لسكنى المحجوز

---

84- ظهير شريف رقم 1.00.175 صادر في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000) بتنفيذ القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4800 بتاريخ 28 صفر 1421 (فاتح يونيو 2000)، ص 1256.

85 - إلى جانب هذا الإستثناء هناك مجموعة من العقارات التي لا تقبل الحجز والبيع : كالعقارات المملوكة للدولة والجماعات المحلية... وهذه العقارات لاتهم موضوع البحث لذلك سوف لن يتم التعرض إليها، ويمكن لمن أراد توسيع معارفه حولها الرجوع إلى : أحمد النويضي :"القضاء المغربي وإشكاليات التنفيذ الجبري للأحكام" مطبعة وراقة الكتاب/فاس، الطبعة الأولى 1995، ص 157 وما بعدها.

عليه وعائلته ﴿86﴾، وذلك وفق الشروط المحددة في المادة 46 من نفس القانون التي تستلزم للاستفادة من هذا الاستثناء توافر شرطين أساسين، هما : أن يكون العقار مخصص للسكنى الرئيسية للمحجوز عليه وعائلته، ثم ألا تتعدى قيمة هذا العقار مائتي ألف درهم ﴿87﴾،

وهذين الشرطين يثيران تساؤلا حول فعالية الحماية المقررة لبيت الزوجية، إذ من جهة حصر المشرع الحماية فقط في سكنى المحجوز عليه وعائلته، دون غيرها من العقارات التي قد يضعها المدين رهن إشارة بعض الأقارب أو الأصدقاء من أجل استعمالها كسكنى رئيسية لهم، ولا يكفي هنا أن يكون العقار مخصصا لسكنى المحجوز عليه وعائلته، بل يشترط أن يتصف السكن بوصف الرئيسي، فلا يخضع السكن الثانوي لهذا النوع من الحماية،

غير أن هذا الشرط يطرح عدة إشكالات مرتبطة بدرجة الانسجام القائم بين مقتضيات المادتين 67 و46 من نفس القانون أعلاه، فإذا كانت المادة 67 تحصر

---

[86] – تنص المادة 67 من القانون رقم 97-15 على أنه " ذا كانت المنقولات غير كافية أو منعدمة، يمكن القيام بحجز العقارات وبيعها باستثناء العقار المخصص لسكنى المحجوز عليه وعائلته وذلك وفق الشروط المحددة في المادة 46 أعلاه.

يتم حجز العقارات وبيعها من طرف أعوان التبليغات والتنفيذات القضائية طبقا لأحكام الظهير الشريف بمثابة قانون بتاريخ 11 من رمضان 1394 (28 سبتمبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية"

[87] – تنص المادة 46 من القانون رقم 97-15 على أنه " تكون غير قابلة للحجز لتحصيل الديون المشار إليها في هذا القانون:

1. فراش النوم والملابس وأواني الطبخ اللازمة للمحجوز عليه ولعائلته؛
2. السكنى الرئيسية التي تأوي عائلته على أساس ألا تتعدى قيمتها مائتي ألف درهم (200.000)؛
3. الكتب والأدوات اللازمة لمهنة المحجوز عليه؛
4. المواد الغذائية المخصصة لتغذية المحجوز عليه ولعائلته لمدة شهر واحد؛
5. الحيوانات مصدر قوت المحجوز عليه وكذا العلف الضروري لتربيتها؛
6. البذور الكافية لبذر مساحة تعادل خمس هكتارات؛

الأشياء الضرورية للأشخاص المعاقين أو التي تخصص لعلاج المرضى. "

الاستفادة من الحماية ل "العقار المخصص لسكنى المحجوز عليه وعائلته" فإنها بالمحصلة تجعل الشرط مرتبط بالسكنى المستعمل من طرف المحجوز عليه وعائلته فاجتماعهما يعتبر ضروريا، لأن الواو الواردة في المادة المذكورة هي واو العطف، ومن تم فإن وجود أحدهما دون الآخر لا يخوله الحق في الاستفادة من الحماية وفقا للمادة 67، غير أنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة 46 من نفس القانون، نجدها تتحدث عن "السكنى الرئيسية التي تأوي عائلة المحجوز عليه"، دون ذكر المحجوز عليه، مما يعني أن أسرة المحجوز عليه يمكنها الاستفادة من الحماية المقررة للعقار المخصص لسكناها الرئيسية، ولو في غياب سكن المحجوز عليه معها، وعليه يبقى نطاق الحماية غير واضح بشكل دقيق، والراجح أن المشرع استهدف بالحماية بيت الزوجية الرئيسي بغض النظر عن الجهة المستوطنة له سواء أكانت الزوج في غياب باقي أفراد الأسرة أو الزوجة أو الأبناء.

أما بخصوص الشرط الخاص بتحديد قيمة العقار في مبلغ مائتي ألف درهم كحد أقصى للاستفادة من هذه الحماية طبقا لمقتضيات المادة 46 من نفس القانون، فإنه في حقيقته يفرغ الحماية المقررة أعلاه من محتواها، خاصة في ظل مستوى الأسعار الفعلية للعقارات السكنية بجميع أصنافها، وفي ظل الخطر الذي قد يتهدد الأسر جراء واقعتي الحجز والبيع الذي قد يكون سببا لتشريد الأسرة، فإنه من باب أولى أن يتم رفع قيمة العقار الخاضع للحماية بما يتناسب ومستوى الأسعار وذلك بالنظر للوظيفة الاجتماعية التي يؤديها السكن الرئيسي للأسرة.

أما بخصوص قاعدة "عدم إمكانية التنفيذ على العقار في حالة وجود المنقول وكفايته لسداد الدين الضريبي" كصورة من صور الحماية المقررة لبيت الزوجية، فقد تم التنصيص عليها في المادة 67 من القانون رقم 97-15، التي جاء فيها ما يلي : "إذا كانت المنقولات غير كافية أو منعدمة، يمكن القيام بحجز العقارات، باستثناء

العقار المخصص لسكنى المحجوز عليه وعائلته وذلك وفق الشروط المحددة في المادة 46 أعلاه..."

فحسب هذه المادة هناك حالتين لحجز العقار، الأولى هي حالة عدم كفاية المنقول، والثانية هي حالة انعدام المنقول، لذلك فحجز العقار يمكن اللجوء إليه إذا تم الحجز على منقولات المدين ولم تكف لسداد الدين الضريبي، أو في حالة انعدام هذه المنقولات بالمرة، ويقوم مقام هذا العدم وجود منقولات تعتبر غير قابلة للحجز بموجب القانون.

**المطلب الثاني: الحماية المقررة لبيت الزوجية ومشتملاته في إطار تشريعات دول الاستقبال.**

سنحاول من خلال هذا المطلب الوقوف عند أبرز أوجه الحماية المقررة قانونا في إطار تشريعات دول الاستقبال سواء تلك التي تعتمد المرجعية الحقوقية الدولية في تشريعاتها (الفقرة الأولى ) أو تلك التي تعتمد المرجعية الإسلامية في تشريعاتها (الفقرة الثانية)

**الفقرة الأولى : أوجه الحماية المقررة لبيت الزوجية في إطار تشريعات بعض دول الاستقبال الغربية.**

إذا كان الأصل أن كل شخص حر في التصرف في أملاكه، فإن الأمر يختلف عندما يكون المنزل مخصصا للإقامة الأسرية حسب مجموعة من التشريعات التي تعتمد نظام اتحاد الذمة المالية للزوجين، إذ طبقا للمادة 215 من القانون المدني الفرنسي، لا يمكن لأحد الزوجين أن يتصرف في بيت الزوجية دون موافقة الزوج الأخر حتى لو كان ملكا له ملكية خاصة، والمنع هنا شامل لكل التصرفات التي تزيل الحقوق المرتبطة بالسكن العائلي أو تحولها إلى حقوق أقل قيمة أو أكثر وقتية، وعليه فإن غياب موافقة الزوج الآخر على التصرف يجعل من حق الأخير

المطالبة بإبطال التصرف داخل أجل السنة التي تلي اكتشاف العمل أو خلال السنة التي تلي تصفية النظام المالي ﴿88﴾، وقد كرست محكمة النقض الفرنسية هذه الحماية من خلال عدة قرارات، حيث اعتبرت في قرار صادر عنها بتاريخ 20219/5/22، أن تبرع الزوج بسكن العائلة دون موافقة الزوجة يعطي للأخيرة الحق في طلب إبطال هذا العقد، حيث نص القرار المذكور على ما يلي :

" Attendu que, pour accueillir la demande de Mme S..., après avoir relevé que le décès de V... D... a mis fin à l'usufruit, l'arrêt retient que l'acte de donation du 8 mars 2012 constitue un acte de disposition des droits par lesquels est assuré le logement de la famille au sens de l'article 215, alinéa 3, et en déduit que l'absence de mention du consentement de l'épouse dans l'acte authentique justifie son annulation"﴿89﴾

فبيت الزوجية يظل قائما ومتمتعا بالحماية، طالما أن الحكم القاضي بالطلاق أو الانفصال الجسماني لم يصبح نهائيا، فهذه الحماية تطبق في حالة وجود خلاف بين الزوجين ومغادرة أحدهما لمسكن الزوجية لأسابيع أو حتى لسنوات، بحيث يبقى

---

[88] – جاء في الفصل 215 من القانون المدني الفرنسي مايلي :

« les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni, celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous ».

[89] Cour de cassation, civile, Chambre civile 1,22 mai 2019, 18-16.666. حكم غير منشور

الزوج الأخر ممنوعا من التصرف لوحده في هذا المسكن ولا تقتصر الحماية على السكن العائلي وإنما تشمل أيضا المنقولات المؤثثة له طبقا للفقرة الثالثة من المادة 215 من القانون المدني الفرنسي ﴿90﴾

المقتضيات المرتبطة بحماية السكن العائلي، تدخل في إطار ما يسمى بالنظام الأولي أو الابتدائي« régime primaire » ، وهو نظام يطبق على سائر الأزواج أيا كان النظام المالي المتبنى من قبلهم، كما أن هذا النظام له طبيعة آمرة، بمعنى أن الأزواج لا يمكنهم الاتفاق على مخالفته.

وتجدر الإشارة إلى أن حماية بيت الزوجية تبقى قائمة في التشريع الفرنسي حتى وإن كان بيت الزوجية ليس في ملكية أحد الزوجين كأن يكون مستأجر؟

فالفصل1751 من القانون المدني الفرنسي، يعطي لكل واحد من الزوجين صفة المستأجر الأصلي، ولو لم يشارك في إبرام عقد الكراء، حيث يستمد حقوقه من العقد مباشرة، وهكذا فقد نص الفصل 1751 على أن كراء المحلات التي يسكن بها الزوجان فعليا يعتبر حقا لكل منهما رغم كل شرط مخالف، حتى ولو أبرم العقد قبل تمام الزواج وآيا كان النظام المالي لهذا الأخير، فالزوج إذن عندما يبرم عقد الإيجار فإنه يفعل ذلك باسمه ولمصلحته وشخصه، وكذلك بصفته نائبا عن قرينه، ويتعلق الأمر هنا بنيابة قانونية مصدرها المادة 1751..." ﴿91﴾

---

[90] – تنص الفقرة 3 من الفصل 215 على ما يلي:

« les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer …, ni des meubles meublants dont il est garni ».

[91] – ينص الفصل 1751 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux est, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire, et même si le bail a été conclu avant le mariage, réputé appartenir à l'un ou à l'autre des époux ».

فالفصل 1751 أعلاه يعتبر الزوجين مشتركين في حق الإيجار، حتى وإن لم يكن أحدهما طرفا في عقد الكراء وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في عدد من قراراتها، ومن ذلك القرار الصادر عنها بتاريخ 2017/9/21 حيث جاء في إحداها ما يلي :

" AUX MOTIFS QUE... l'appartement numéro 7 situé dans l'immeuble du ... a servi effectivement à l'habitation des époux X..., mariés le 28 mai 1990, qui y avaient fixé leur domicile conjugal et qui y ont résidé ensemble jusqu'au 31 décembre 2003 ; qu'en application de l'article 1751 du code civil, Mme Y... était de plein droit co-titulaire du droit au bail, même si elle n'avait pas signé le contrat de location consenti le 18 avril 2003 par la SCI rue de Nuits à son époux ." ﴿92﴾

ومن تم لا يمكن لأحد الزوجين أن يقوم بفسخ عقد الكراء بشكل منفرد إلا بعد موافقة الزوج الآخر، وفي المقابل لا يمكن لمالك الرقبة أن يقوم بأي عمل يهدف إلى إنهاء الكراء إلا بعد تبلغ الزوجين معا، فالعمل الذي تم تبليغه إلى أحد الزوجين فقط هو عديم الحجية في مواجهة الزوج الأخر، وهكذا يتعين عليه في حال مطالبته بواجبات الكراء أن يبلغ طلبه للزوجين، وفي حال الإشعار بالإخلاء، يتعين عليه تبليغه لهما معا، ويستمر حق أحد الزوجين في بيت الزوجة حتى بعد وفاة أحد الزوجين حيث تكون له الأولوية على باقي الورثة الذين كانوا يعتمرون بيت الزوجية، وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي الفرنسي في عدة قرارات له حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2018/6/28 ما يلي :

---

92 – Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 14 septembre 2017, 16-22.192. غير منشور.

" Mais attendu qu'ayant relevé que l'article 1751 du code civil accorde au conjoint survivant un droit exclusif sur le logement qui servait effectivement à l'habitation des époux avant le décès, sauf renonciation de sa part, non invoquée en l'espèce, et retenu à bon droit que ce droit exclusif prive les héritiers qui vivent dans les lieux au moment du décès du preneur de tout droit locatif en présence d'un conjoint survivant, la cour d'appel, qui a constaté que, lors du décès de sa mère, Mme X... ne remplissait pas les conditions de transfert du bail prévues par l'article 40-I de la loi du 6 juillet 1989 dans sa rédaction applicable, en a exactement déduit que celle-ci ne pouvait bénéficier du transfert du bail à son profit "﴿93﴾ .

وإذا كان الأمر على هذا النحو بالنسبة للتشريع الفرنسي فإن الأمر لا يختلف كثيرا في التشريع البلجيكي حيث تبقى الحماية هي نفسها مع بعض الإختلاف، والذي يكمن أساسا في كون التشريع البلجيكي يمنح قاضي الصلح صلاحية الفصل بين الزوجين في السكن في حال الخلاف، كما يمكنه تحديد ( بصفة مؤقتة) طريقة ممارسة حق الملكية أو حق الإيجار على السكن العائلي، بحيث يمكن لأحد الزوجين أن يتقدم بطلب إلى قاضي الصلح، يهدف من خلاله الأمر بالإقامة المنفصلة،﴿94﴾ عبر أمر أحد الزوجين بمغادرة المسكن المشترك

---

93 – Cour de cassation civile, Chambre civile 3, 28 juin 2018, 17-20.409. غير منشور

94– هذا ما تنص عليه المادة 223 من القانون المدني البلجيكي:

لمدة معينة ومنعه من العودة إليه، وحتى الاقتراب منه، كما يمكن الحكم عليه بغرامة تهديدية، بالإضافة إلى منعه من الإقامة بالجوار، عندما يرغب كلا الزوجين في الاحتفاظ بالسكن العائلي، يقوم القاضي باختيار أحدهما باعتماد بعض العناصر، بالأساس يراعي المصلحة العائلية المرتبطة بتربية الأطفال، وبالتبعية المصالح المهنية لأحد الزوجين، وفي الأخير لمن تعود ملكية السكن أو حق الإيجار، لكن القاضي ليس له صلاحية إعفاء الزوج الشاغل للسكن من أداء تعويض الاحتلال.

وهناك حالة خاصة، لا يملك فيها القاضي أي سلطة تقديرية، وهي الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين ضحية للعنف المنزلي ( violences interfamiliales)، بحيث يمنح السكن العائلي إلى الزوج ضحية أعمال العنف المادي ( العنف المعنوي غير مشمول بالحماية) الصادر من شريكه، لكن هناك ظروف استثنائية، تسمح للقاضي برفض هذا الطلب بعد تعليل قراره، مثلا: وضعية الأطفال، المصالح المهنية، تصرفات الضحية... ﴿95﴾

---

« Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs, le juge de paix ordonne, à la demande du conjoint, les mesures urgentes et provisoires relatives à la personne et aux biens des époux et des enfants.

Il en est de même, à la demande d'un des époux, si l'entente entre eux est sérieusement perturbée ».

95– تنص الفقرة 3 من المادة 223 من القانون المدني البلجيكي بموجب القانون على ما يلي:

« si un époux a commis à l'encontre de l'autre un fait visé aux articles 375,398 à 400,402,403 ou du code pénal ou a tenté de commettre un fait visé aux articles 375,393,394 ou 397 du même code, ou s'il existe des indices sérieux de tels comportements, l'époux victime se verra attribuer, sauf circonstances exceptionnelles, la jouissance de résidence conjugale s'il en fait la demande ».

كما أن الاهتمام بمنزل الزوجية يكون حاضرا عند النطق بالحكم الخاص بانحلال العلاقة الزوجية، فإذا كان المنزل ملكا لكلا الزوجين، فينبغي إما بيعه بموافقة كلا الزوجين، وإما تخصيصه لأحدهما مقابل أداء تعويض للأخر، وإذا كان المسكن ملك خاص لأحدهما، فإنه يظل في ملك صاحبه بعد الطلاق، لكن هذا الأمر لا يمس حق الزوج الأخر في المسكن، فالقاضي يمكنه إجبار الزوج المالك على إبرام عقد إيجار لصالح زوجه السابق، وطريقة دفع أجرة المسكن تحدد من طرف القاضي. ﴿96﴾

وهذا الإجبار ممكن في حالتين:

الأولى: تخص الزوج الغير المالك والذي منحت له حضانة الأطفال القاصرين، الإيجار يمكن أن يجدد لغاية رشد أصغر الأطفال.

الثانية: تخص الزوج الغير المالك والذي فوجئ بالطلاق المطلوب من طرف الزوج المالك للسكن، بسبب انفصال الحياة المشتركة (هي إحدى صور الطلاق الجديدة في القانون الفرنسي عملا بأحكام الفصل 237 وما بعده من القانون المدني)، وينتهي عقد الإيجار في التاريخ المحدد من طرف القاضي. ﴿97﴾

---

[96]– راجع بهذا الخصوص: www.leparticulier.fr : Les conséquence du divorce

[97]– هذا النوع من الإيجار الإجباري، كرسه المشرع الفرنسي عبر الفصل 1-285 من القانون المدني، بمقتضى قانون 11 يوليوز 1975، بخصوص هذه النقطة راجع: ساسي بن حليمة: " سكنى الحاضنة"، المجلة القانونية التونسية، ع 1، 1989، ص 38 و39.

وقد خضع هذا الفصل لعدة تعديلات كان آخرها بمقتضى قانون 439-2004 الصادر بتاريخ 26 ماي 2004، الذي نشر بالجريدة الرسمية بتاريخ 27 ماي 2004، دخل حيز التنفيذ في 1 يناير 2005، وفيما يلي الصيغة الأخير لهذا الفصل:

« Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail au conjoint qui exerce seul ou en commun l'autorité parentale sur un ou plusieurs de leurs enfants lorsque ceux-ci résident habituellement dans ce logement et que leur intérêt le

أما إذا كان المنزل مستأجرا، فإن الحق في الإيجار يمنح من طرف القاضي لأحد الزوجين، أخذا بعين الاعتبار المصالح الاجتماعية والعائلية، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 1751 من القانون المدني الفرنسي:"...هذا الحق يمكن أن يمنح، بمراعاة المصالح الاجتماعية والعائلية، من طرف القضاء المرفوع أمامه طلب الطلاق أو الانفصال الجسماني، لأحد الزوجين، مع حفظ حق الزوج الأخر في التعويض".﴿98﴾

وإجمالا فإن التشريعات الغربية التي تعتمد نظام اتحاد الذمة المالية للزوجين، خاصة التشريع الفرنسي، تجعل متاع بيت الزوجية خاضعا للحماية المخصصة لبيت الزوجية نفسه إذ لا يحق لأحد من الزوجين الانفراد بالتصرف فيه دون موافقة الطرف الآخر, فقد جاء في الفقرة 3 من الفصل 215 أنه:

« les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer …, ni des meubles meublants dont il est garni ».

---

commande. Le juge fixe la durée du bail et peut le renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. Le juge peut résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient ».

CHAMPION ( Jean) :« Régimes matrimoniaux et contrats de mariage », op cit, p 74.و

98 – « …ce droit pourra être attribué, en considération des intérêts sociaux et familiaux en cause, par la juridiction saisie de la demande en divorce ou en séparation de corps, ci l'un des époux, sous réserve des droits à récompense ou à indemnité au profit de l'autre époux ».

**الفقرة الثانية : أوجه الحماية المقررة لبيت الزوجية في إطار تشريعات بعض دول الاستقبال العربية.**

بالنظر إلى أن جل التشريعات العربية تعتمد على أحكام الفقه الإسلامي في تنظيمها للعلاقات الزوجية عامة، فإن غالبيتها تجعل إعداد منزل الزوجية وتجهيزه بكل ما يلزم للحياة الأسرية، أحد أهم الواجبات الملقاة على عاتق الزوج، مع وجود اختلاف في تنظيم بعض الجوانب المرتبطة بهذا الواجب من تشريع لآخر، كما هو الشأن بالنسبة للتشريعين المصري، والتونسي ﴿99﴾.

**أولا: السكنى في التشريع المصري:**

تنص المادة 18 مكرر ثالثا من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على ما يلي :"على الزوج المطلق أن يهيئ لصغاره من مطلقته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة.

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

---

99 – بالإضافة إلى:

– المشرع الأردني، الذي ينص في المادة 125 من قانون الأحوال الشخصية، على ما يلي:"إذا لم يكن للحاضنة مسكن مملوك لها تقييم فيه، فلها أن تطلب مسكن أو أجرة مسكن تحضن فيه الصغير".

– المشرع السوداني، ينص في المادة 126 من ق أ ش، على أنه:" لا تستحق الحاضنة مسكن إذا كانت تملك مسكن تقيم فيه بالفعل أو كانت متزوجة والصغير معها".

– المشرع الجزائري، ينص في الفصل 52 من قانون الأسرة على ما يلي:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق به، وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواءها، يضمن حقها في السكن مع محضونيها حسب وسع الزوج، ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".

وينص الفصل 72 من ق أ على أنه:" نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال، و إلا فعلى والده أن يهيئ له سكناه، وإذا تعذر فعليه أجرته"

ويخير القاضي الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها أجر مسكن مناسب للمحضون ولها.

فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع أولاده إذا كان من حقه ابتداء الاحتفاظ به قانونا.

وللنيابة العامة أن تصدر قرارا فيما يثور من منازعات بشأن حيازة مسكن الزوجية المشار إليه حتى تفصل المحكمة فيها"﴿100﴾.

ولتستقل المطلقة الحاضنة بمسكن الزوجية، لابد من توفر مجموعة من الشروط أولها أن تكون المطلقة هي الحاضنة، وأن يتم شغل المسكن داخل مدة الحضانة﴿101﴾ إذ كي تستحق المطلقة الاستقلال بمسكن الزوجية، لابد من أن يكون لها من المطلق أولاد في مرحلة الحضانة، وأن تتوفر فيها شروط الحضانة، والأصل أن حضانة الأطفال تكون للأم ما لم تحرم منها بمقتضى حكم نهائي، وتستمر الحضانة إلى أن يبلغ الطفل سن العاشرة والطفلة سن 12 سنة، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الطفل حتى سن 15 والطفلة حتى تتزوج في يد الحاضنة دون أجر إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك، واستعمال المشرع المصري لعبارة " ولحاضنتهم" يفيد أن الاستقلال بالمسكن يشمل حتى الحاضنة غير الأم، أما إذا كانت الحاضنة من محارم الزوج المطلق كأخته مثلا فلا يوجد مبرر لحرمانه من الإقامة بالمسكن مع أولاده، وبما أن استقلالها بالمسكن مرتبط بصفتها

---

100 – راجع بخصوص هذا الموضوع: **محمد حسين منصور**:" مسكن الزوجية بين قانون إيجار الأماكن وقانون الأحوال الشخصية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، دون ذكر المطبعة، دون ذكر تاريخ الطبعة أو السنة، ص 29 و30.

101 – راجع بهذا الخصوص: **محمد الكشبور**:" الكراء المدني والكراء التجاري"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 2، 2001، ص 215.

كحاضنة، فإن زوال هذه الصفة يعطي للمطلق الحق في العودة إلى المسكن مع أولاده.

وإلى جانب شرط الحضانة يشترط كذلك شرط آخر متمثل في عدم تهيئة المسكن المستقل والمناسب، إذ طبقا للمادة 18 من القانون أعلاه، لا يمكن للحاضنة أن تستقل بمنزل الزوجية إلا في حالة عدم تهيئة الأب للمسكن المناسب.

والمقصود بالمسكن المناسب أن يكون مناسبا للمستوى الاجتماعي والاقتصادي للأب المطلق وابنه المحضون ولا يشترط أن يكون مناسبا لمستوى الحاضنة لأن المسكن هو جزء من نفقة الولد وليس من أجرة الحضانة، وللقاضي كامل الصلاحية في تقدير مدى مناسبة السكن﴿102﴾.

**ثانيا: السكنى في التشريع التونسي:**

ينص الفصل 56 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، على أن:" مصاريف شؤون المحضون تقام من ماله إن كان له مال و إلا فمن مال أبيه وإذا لم يكن للحاضنة مسكن فعلى الأب إسكانها مع المحضون"﴿103﴾.

ولنفاذ هذا النص يشترط كما سلف البيان بخصوص التشريع المصري أن تكون المطلقة حاضنة وألا يكون لها مسكن، غير أن التساؤل يظل مطروحا بخصوص حكم الحاضنة التي لا تملك مسكنا ولكن يمكنها السكنى في بيت أهلها؟

حول هذا الموضوع أشارت محكمة التعقيب التونسية، في قرارها عدد 2567 الصادر في 1979/2/6، نشرة محكمة التعقيب، جزء1 لسنة 1979، ص 63، إلى أن تطبيق مقتضيات الفصل 56 من م أ ش رهين بعدم وجود أي مسكن

---

102 – راجع بهذا الخصوص: **محمد الكشبور**:" الكراء المدني والكراء التجاري، مرجع سابق ص 215.

103 – هذا الفصل موجود بمجلة الأحوال الشخصية، منذ صدورها في 13 غشت 1955، ودخولها حيز التنفيذ في بداية يناير 1957.

للحاضنة، ومن تم فإن إقامتها ببيت والدها يعفي الأب من الالتزام بإسكانها مع المحضون.

ويعتبر هذا الموقف من حيث المبدأ متناسبا مع مبادئ العدل والإنصاف، لأنه ليس من المنطقي أن يحكم بتخصيص مسكن للحاضنة تستغله طيلة مدة الحضانة، في حين أنها تسكن مجانا في بيت أهلها، لكن من ناحية أخرى يعتبر هذا الموقف منافيا لاعتبارات العدالة والإنصاف، لأن الحاضنة قد تعود إلى بيت أهلها ليس لأنه الحل الأنسب لها وإنما بدافع العادات والتقاليد، كما أنها قد تغادر بيت الزوجية بسبب العنف الممارس عليها من قبل الزوج أو أهله ولا تجد مكانا تأوي إليه سوى بيت أهلها، زيادة على أن الأهل قد لا يقبلون بتواجدها ومحضونيها في البيت، مما يؤدي إلى الإضرار بنفسية الأطفال، وقد يتم الترحيب بها لكن المسكن يكون ضيقا وغير صالح للحضانة أصلا، من هنا ينبغي على القضاء أن ينظر إلى كل حالة على حدة واتخاذ القرار المتناسب مع المعطيات والظروف المحيطة بها. ﴿104﴾.

هذا وقد قام المشرع التونسي بمنح القاضي صلاحية اتخاذ جميع القرارات الفورية الخاصة بالسكنى، في انتظار الفصل في الدعاوى الرائجة، حيث نصت الفقرة الخامسة من الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية، على أنه:" وعلى قاضي الأسرة أن يتخذ ولو بدون طلب جميع القرارات الفورية الخاصة بسكنى الزوجية وبالنفقة وبالحضانة وزيارة المحضون، ويمكن للطرفين أن يتفقا صراحة على تركها كلا أو بعضا ما لم تتعارض ومصلحة الأبناء القصر"﴿105﴾.

---

104 – بهذا الخصوص راجع: ساسي بن حليمة: " سكنى الحاضنة"، المجلة القانونية التونسية، ع 1، 1989، ص من 30 إلى 34.

105 – الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية المنقح بالقانون عدد74 لسنة1993، المؤرخ في 12 يليوز 1993.

## الفصل الثاني : تباين أوجه الحماية المقررة للأموال الأسرية المنقولة ما بين التشريع المغربي وتشريعات دول الاستقبال.

يترتب على عقد الزواج متى انعقد صحيحا حقوق والتزامات متبادلة بين الزوجين منها ما هو حق للزوجة على زوجها ومنها ما هو حق للزوج على زوجته، ومن ضمن الحقوق المالية المترتبة عن العقد الصحيح، الحقوق المالية الواجبة على الزوج، ومنها واجب أداء الصداق للزوجة (المبحث الأول) وواجب الإنفاق (المبحث الثاني) على الأسرة، اللذين يخضعان لأحكام حمائية خاصة.

### المبحث الأول: الحماية المقررة لواجب الصداق.

سنحاول من خلال هذا المبحث الوقوف عند ماهية الصداق وأحواله (المطلب الأول) قبل العروج على تباين الأنظمة القانونية بخصوص استحقاق الصداق وإثباته (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: في ماهية الصداق وأحواله.

للوقوف عند الفهم الصحيح لماهية الصداق وأحواله، لابد بداية من تحديد مفهومه وحكمه (الفقرة الأولى) وتحديد أنواعه ومقداره (الفقرة الثانية)

##### الفقرة الأولى: في تعريف الصداق وحكمه.

الصداق بفتح الصاد وكسرها، ويقال له الصدقة بفتح الصاد وضم الدال وبضمهما معا، الصدق بسكون الدال فيها مع ضم الصاد وفتحها، والمراد به مهر المرأة ﴿106﴾، وهو كذلك إسم مصدر للفعل "أصدق"، ومصدره الإصداق وهو لفظ مشتق من الصدق (بكسر الصاد)، لأن المال الذي يدفعه الرجل مقابل تزوجه المرأة إنما من باب التعبير عن صدق الرغبة في التزوج بالمرأة، وقيل إنه لفظ مشتق من الصدق (بفتح الصاد)، وهو إسم للشيء الصلب، أي الشديد، وذلك نظرا لأن

106- ابن منظور محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب الجزء 01، منشورات دار صادر/بيروت، ص 65 .

الصداق أشد أنواع العوض لزوما من حيث أنه لا يسقط بتراضي الزوجين على إسقاطه، فلو تراضت الزوجة مع الزوج على أن يتزوجها دون صداق لا يسقط الأخير وإنما يجب عليه المثل، وعلى هذا المعنى فإن الصداق سمي بذلك لقوته باعتباره حق لازم وجب بنكاح﴿107﴾،

وقد خص فقهاء المذاهب الأربعة الصداق بتعاريف عدة يمكن حملها على معنى واحد وهو : المال الذي يجب على الزوج لزوجته بالعقد عليها، وهكذا فقد عرفه الشافعية بالقول " هو ما وجب بعقد نكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا كرضاع ورجوع شهود"﴿108﴾، وعرفوه أيضا بأنه " إسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء" ﴿109﴾، وعرفه الأحناف بالقول أنه " إسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع إما بالتسمية أو بالعقد" وهو "المال الزائد الواجب للزوجة إزاء احتباسها عنده بمنزلة النفقة" ﴿110﴾ وعرفه الحنابلة بالقول "هو المال المفروض على الزوج بسبب النكاح فهو العوض في النكاح ونحوه" ﴿111﴾، عرفه المالكية بأنه " ما يجعل أو يعطى للزوجة نظير الاستمتاع بها"

---

107– إبن فارس أبو الحسن أحمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة" تحقيق عبد السلام محمد هارون، مادة صدق، منشورات دار الجيل/ بيروت، دون ط أو سنة، ص 339.

108– الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط 1 سنة 1994، منشورات دار الكتب العلمية/بيروت، 366/4.

109– الرافعي أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم "الشرح الكبير" تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط 1 سنة 1997، منشورات دار الكتب العلمية/بيروت، 231/8.

110– إبن عابدين محمد أمين، "رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار"، قدم له ذ بكر إسماعيل، ط 1 سنة 1994، منشورات دار الكتب العلمية/بيروت، 230/4.

111– إبن قدامة عبد الرحمان بن محمد بن أحمد المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، تحقيق د محمد مشرف الدين خطاب ود السيد محمد السيد ود سيد إبراهيم صادق، ط 1 سنة 1996، منشورات دار الحديث/القاهرة، 252/9.

﴿112﴾، وعلى غير هذا المعنى حمله البعض بالقول أن الصداق حق ثابت للمرأة وهو واجب فرضه الله على الزوج لقوله تعالى ﴿**وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**﴾﴿113﴾، والنحلة هنا الهبة والمهر في معناه لأنه عطية بغير عوض، وليس في مقابل الاستمتاع لأن الاستمتاع أمر مشترك بين الزوجين﴿114﴾

أما مدونة الأسرة فقد عرفت الصداق في المادة 26 بالقول " هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية"، والملاحظ على هذا التعريف أنه ركز على القيمة المعنوية والرمزية للصداق دون إهمال القيمة المادية له، وذلك بخلاف بعض التشريعات المقارنة التي سلكت اتجاها مخالفا بحيث ركزت على الجانب المادي للصداق دون المعنوي كما هو الحال بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري الذي عرف الصداق في الفصل 14 بالقول "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"﴿115﴾

وإجمالا فإن طبيعة الصداق أنه مالٌ على ما يستفاد من قوله تعالى: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ**

---

112– محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، خرج آياته وأحاديثه محمد بن عبد الله شاهين، ، ط 1 سنة 1996، منشورات دار الكتب العلمية/بيروت 130/3.

113– سورة النساء الآية 4.

114– سالم ابن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، رسالة دكتوراه، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، ط 2 ص 448.

115–القانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن لقانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

﴿أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾﴿116﴾ .

ويغلب في الواقع العملي أن يكون الصداق نقدا، وإن كان لا يوجد ما يمنع من أن يكون غير ذلك من المال المشروع الذي يصح التعامل به، فيصح أن يتمثل في أي مال منقول أو عقار داخل في دائرة التعامل كالذهب والفضة أو غيرهما، كما تصلح المنافع أن تكون صداقا كسكنى الدار أو غيرها﴿117﴾ فما يُقوم بالمال يصلح أن يكون صداقا ولو كان ذا طبيعة غير محسوسة كالحق في الإيجار مثلا أو براءة الاختراع...، فالقاعدة العامة والأصلية أن كل ما يجوز التعامل فيه شرعا يصح أن يكون مهرا يقدم إلى الزوجة طالما يمكن أن يقوم بالمال﴿118﴾، وعليه فإن كل ما لا يقوم بمال لا يصلح أن يكون صداقا، كما أن كل مال لا يصح التعامل به شرعا ولو كان مقدرا بمال لا يصح أن يكون صداقا، كأن يصدق الرجل المرأة نبيذا أو فائدة ربوية...، وهذا الاتجاه سارت عليه مدونة الأسرة حين نصت في المادة 28 على أن " كل ما صح التزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا".

وقد دار نقاش فقهي بشأن بعض المنافع غير المالية كتعليم المرأة القرآن كصداق، فاختلف الفقهاء في ذلك، حيث أجازه جمهور الفقهاء ولم يجزه الأحناف.﴿119﴾

---

116– سورة النساء الآية 24.

117– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، منشورات دار النهضة العربية/ بيروت، دون ط، سنة 1967، ص 188.

118– جمعة محمود الزريقي " التوثيق العقاري في الشريعة الإسلامية"، ط 1، سنة 1985، منشورات المنشأة العامة /طرابلس ص 227.

119– للتفصيل أكثر يراجع بهذا الخصوص: يوسف محمود عبد المقصود " أحكام الصداق في الفقه الإسلامي المقارن ط" 1، سنة 1976، منشورات دار الطباعة الحمدية الأزهرية/ القاهرة، ص58 و مابعدها.

أما حكم الصداق فهو حق خالص للمرأة وفريضة على الزوج بالأدلة الشرعية الثابتة في القرآن الكريم والسنة العطرة وإجماع العلماء، فأما القرآن الكريم فقد فرض الله عزل وجل الصداق على الرجل بقوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾﴿120﴾، وقوله عز وجل﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ ﴿121﴾، وقوله عز من قائل ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾﴿122﴾ وقوله سبحانه ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ﴾﴿123﴾.

أما السنة النبوية العطرة فدليل الوجوب فيها أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان لا يقر زواجا إلا بصداق تنفيذا لأوامر الله تعالى، ففي صحيح البخاري جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله جئت أهب لك نفسي، قال: فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فصعد النظر فيها وصوبه، ثم طأطأ رسول الله صلى الله عليه وسلم رأسه، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئا جلست، فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله، أن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها، فقال: (وهل عندك من شيء). قال: لا والله يا رسول الله، فقال: (اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئا). فذهب ثم رجع فقال: لا والله ما وجدت شيئا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (انظر ولو خاتم من حديد). فذهب ثم رجع، فقال: لا والله يا رسول الله، ولا خاتم من حديد، ولكن هذا إزاري – قال سهل: ما له رداء

---

120– سورة النساء الآية 4.

121– سورة الأحزاب الآية 50

122– سورة النساء الآية 24.

123– سورة النساء الآية 25.

– فلها نصفه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (وما تصنع بإزارك، إن لبسته لم يكن عليها منه شيء، وإن لبسته لم يكن عليك شيء). فجلس الرجل حتى أذا طال مجلسه قام، فرآه رسول الله صلى الله عليه وسلم موليا، فأمر به فدعي، فلما جاء قال: (ماذا معك من القرآن). قال: معي سورة كذا وسورة كذا، عددها، فقال: (تقرؤهن عن ظهر قلبك). قال: نعم، قال (اذهب قد ملكتها بما معك من القرآن)﴿124﴾، ووجه الاستدلال هنا أنه لو لم يكن الصداق واجبا لزوج الرسول صلى الله عليه وسلم المعسر دون صداق، وهناك أحاديث أخرى في الموضوع كحديث قتيبة بن سعد الذي أورده البخاري في صحيحه حيث جاء فيه حدثنا قتيبة بن سعد حدثنا حماد عن ثابت وشعيب بن الحبحاب عن أنس إبن مالك ﴿ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية، وجعل عتقها صداقا﴾﴿125﴾،

وأما الإجماع فإن الصداق واجب على الرجل بالنكاح بإجماع علماء المسلمين، ولا يخدش صحة الاجماع تجويز الحنفية والشافعية إسقاط المهر، فإنهم جميعا في هذه الحالة يوجبون صداق المثل، فحكم الصداق بالإجماع أنه شرط من شروط الصحة ولا يجوز التواطؤ على تركه ﴿126﴾، وهو الحكم الذي أخذت به مدونة الأسرة حين اشترطت لصحة الزواج عدم الاتفاق على إسقاط الصداق طبقا للمادة 13﴿127﴾، واشترطت لصحة زواج المغاربة المقيمين بالخارج وفق قوانين بلد

---

124– الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، ح 5087، ط 1 سنة 2002، منشورات دار إبن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، ص 1297.

125– الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من جعل عتق الأمة صداقا، ح 5086، مرجع سابق، ص 1297.

126– إبن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق محمد صبحي حسن الحلاق ج 3، ط 1 سنة 1994، منشورات مكتبة إبن تيمية/القاهرة، ص 38.

127– تنص المادة 13 من مدونة الأسرة على أنه "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

1 – أهلية الزوج والزوجة؛

الاستقبال عدم الاتفاق على إسقاط الصداق طبقا للمادة 14 من نفس القانون ﴿128﴾، وهذه الأحكام هي في صلبها مسايرة للمبادئ المقررة في الفقه الإسلامي بشأن صحة عقد النكاح دون صداق في إطار ما يعرف بزواج التفويض، حيث أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على جواز نكاح التفويض تأسيسا على قوله تعالى **﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾﴿129﴾**، وقد اختلف الفقهاء حول طلب الزوجة فرض الصداق مع الاختلاف في قدره، فقالت طائفة من الفقه بفرض صداق المثل، وليس للزوج في ذلك خيار، فإن طلق بعد الحكم، فمن هؤلاء من قال: لها نصف الصداق؛ ومنهم من قال: ليس لها شيء، لأن أصل الفرض لم يكن في عقد النكاح، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه؛ وقال مالك وأصحابه: الزوج بين خيارات ثلاث: إما أن يطلق ولا يفرض، وإما أن يفرض ما تطلبه المرأة به، وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها. ﴿130﴾

---

2 – عدم الاتفاق على إسقاط الصداق؛

3 – ولي الزواج عند الاقتضاء؛

4 – سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه؛

5 – انتفاء الموانع الشرعية."

[128]– تنص المادة 14 من مدونة الأسرة على أنه "يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان، مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده."

[129]– سورة البقرة الآية 236.

[130]– إبن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، مرجع سابق، ص 49–50.

وقد أخذ المشرع المغربي بالرأي المعتمد لدى فقهاء الإسلام من جواز نكاح التفويض حيث نصت المادة 27 من مدونة الأسرة على أنه " يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض، إذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض، فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين."

**الفقرة الثانية: في أنواع الصداق ومقداره.**

من خلال النصوص الشرعية لمسألة مقدار الصداق لا يوجد نص يحدد الحد الأقصى للصداق، لأن الشريعة الإسلامية جعلت الأمر مطلقا للزوج في منح الصداق بمقدار ما شاء من المال، لذلك أجمع العلماء على أنه لا حد لأكثر المهر، وذلك لقوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا**﴾(131)، ويستحب ألا يغالى في الصداق لما روي عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (أعظم النساء بركة أيسرهن مؤونة) ﴿132﴾، وهو النهج الذي سارت عليه مدونة الأسرة المغربية حين نصت في المادة 28 على أن " كل ما صح التزامه شرعا، صلح أن يكون صداقا، والمطلوب شرعا تخفيف الصداق".

أما أقل الصداق فقد اختلف بشأنه فقهاء المذاهب الأربعة، فقال الشافعية والحنابلة بعدم تحديد أقله، فقال الشافعية بأن كل ما جاز أن يكون ثمنا أو أجرة جاز جعله صداقا، وأنه يستحب ألا ينقص المهر عن عشرة دراهم، وأنه يجوز أن

---

131- سورة النساء الآية 20.

132- رواه النسائي برقم 9229، عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، باب بركة المرأة، ج 8، منشورات مؤسسة الرسالة/لبنان، سنة 2001 ص 304.

يكون منفعة معلومة، فجاء في الوسيط أنه "لا يتعين للصداق مقدار ولا جنس، فيصح حتى بتعليم القرآن" ﴿133﴾.

وقال الحنابلة أن الصداق غير مقدر، لا أقله ولا أكثره، بل كل ما كان مالا جاز أن يكون صداقا، وبهذا قال الحسن وعطاء وعمر بن دينار وإبن أبي ليلى والثوري والأوزاعي والليث وإسحاق وأبو ثور وداوود والشفاعي، وزوَج سعد إبن المسيب إبنته بدرهمين، وقال لو أصدقها سوطا لحلت ﴿134﴾، ومن أدلة الشافعية والحنابلة أنه لا حد لأقل المهر قوله صلى الله عليه وسلم: "هل عندك من شيء" قال : لا، قال "إذهب فاطلب ولو خاتما من حديد" ﴿135﴾، وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بين فزازة تزوجت على نعلين، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " أرضيت من نفسك ومالك نعلين؟، قالت :نعم، فأجازه﴿136﴾ و قوله عز وجل ﴿**أُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ**﴾﴿137﴾.

وقال مالك إن أقل الصداق ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة، أو ما يساوي الدراهم الثلاثة، وقيل أو ما يساوي أحدهما، لأن هذا حد القلة في الأموال في نظر الشرع، فلا تقطع يد السارق فيما دون ذلك، وسبب هذا القياس أنهم قالوا أن المهر عبادة مؤقتة، فقالوا لابد من أصل نقيس عليه، فقالوا قطع اليد

---

133– محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج 5، ط 1 سنة 1997، منشورات دار السلام/مصر، ص 215.

134– إبن قدامة عبد الرحمان بن محمد بن أحمد المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، مرجع سابق، ص 99.

135– الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، ح 5087، ط 1 سنة 2002، منشورات دار إبن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، ص 1297.

136– أخرجه الترميذي برقم 1113، سنن الترميذي، باب ماجاء في مهور النساء، ج 3، سنة 1978، منشورات مطبعة مصطفى الحلبي/مصر، ص 411.

137– سورة النساء، الآية 24.

عضو مستباح بالسرقة، والبضع عضو مستباح بالمال ﴿138﴾، أما الحنفية فقالوا أن أقل الصداق هو أقل ما تقطع به يد السارق وهو عندهم عشرة دراهم من الفضة ﴿139﴾.

أما بخصوص أنواع الصداق، فتختلف أنواع الصداق من حيث التسمية ومن حيث الأجل، فأما من حيث التسمية (فهناك الصداق المسمى وصداق المثل)، وأما من حيث أجل الاستحقاق (فهناك المعجل منه والمؤجل وما بين ذلك).

فقد اتفق علماء الإسلام على وجوب المهر للمرأة، وأنه حق لها يجب أن يدفعه الرجل للمرأة، نظير عقده عليها، ورغم أنهم تباينوا في وقت أدائه إلا أن الثابت أنه حق للمرأة، ولذلك أوجبوا تسميته في العقد، وصار من الأمور المستحبة في الإسلام ألا يعرى العقد من تسمية الصداق الذي يتفق عليه طرفا عقد الزواج، ولكن رغم هذا الحق الثابت اتفقوا على أنه ليس شرطًا للعقد، فالذي لا يسمي الصداق في العقد، عقده صحيح ونكاحه صحيح، ولكن عليه لزوجته صداق المثل حسب المتفق عليه بين العلماء، وعليه إذا لم يتفق العاقدان على الصداق وسكتا، ولم يتعرضا لمقداره و تعيينه أو سميا مهرا مجهولا، أو لا يحل شرعا، وجب للزوجة بعد الدخول بها صداق المثل ﴿140﴾

والمثل هنا دال عند الشافعية على تساوي المرأة مع نساء العصبات في السن والمال والجمال والثيوبة والبكارة والبلد، فإن لم يكن نساء عصبات اعتبر بمهر أقرب النساء إليها، فإن لم يكن لها أقارب من النساء، اعتبر نساء بلدها ثم أقرب النساء

---

138– حول رأي المالكية في أقل قدر الصداق يراجع: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، مرجع سابق، ص 38 إلى 41.

139– إبن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج 1، ط 1 سنة 2003، منشورات دار الكتب العلمية/ لبنان، ص 305.

140– محمد بن محمد بن محمود كمال الدين أبو عبد الله إبن الشيخ شمس الدين جمال الدين الرومي البابرتي، العناية بشرح الهداية، ج 3، منشورات دار الفكر، د مكان النشر وتاريخه، ص 342.

تشبها بها، أما عند الأحناف فالمثل دال على تساوي الصفات التي بسطها الشافعية، مع اشتراط المعاصرة، أي أن تكون النساء من نفس العصر، والمثل عندهم كذلك يكون بمهر الأخوات وبنات العم لقول ابن مسعود: "لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط"، ومثل نسائها هنا دالة على أقارب الأب لان الإنسان من جنس قوم أبيه، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ﴿141﴾، أما عند الحنابلة فالأمر شامل لجميع القريبات من جهة الأب والأم ﴿142﴾، كأختها وعمتها وبنت أخيها وبنت عمها وأمها وخالتها وغيرهن القربى فالقربى، وتعتبر المساواة بين النساء عند الحنابلة في نفس الصفات التي جاءت بها المذاهب الإسلامية الأخرى، أما المالكية فقد اتفقوا مع باقي المذاهب الأخرى حول الصفات المماثلة، فجاء في شرح مختصر خليل للخرشي ذكر: الجمال والحسب ﴿143﴾، وقال مالك: " لا ينظر في هذا إلى نساء قوم ولكن ينظر في هذا نساء في قدرها وجمالها وموضعها وغناها" ﴿144﴾.

من جهته أشار المشرع المغربي إلى صداق المثل عند تعرضه لآثار الزواج الفاسد واعتمد في تقديره على معيار الوسط الاجتماعي، حيث نصت المادة 60 من مدونة الأسرة على أنه "يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر

---

141– محمد بن محمد بن محمود كمال الدين أبو عبد الله إبن الشيخ شمس الدين جمال الدين الرومي البابرتي، العناية بشرح الهداية، ج 3، مرجع سابق، ص 367 و386.

142– موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الحجاوي المقدسي والصالحي شرف الدين أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق عبد اللطيف موسى السبكي، ج 3، منشورات دار المعرفة/ بيروت دون تاريخ النشر، ص 224.

143– محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، منشورات دار الفكر للطباعة/بيروت دون تاريخ النشر، ص 256.

144– مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج2، ط1 ،1994م، منشورات دار الكتب العلمية، ص 162.

في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين."

وأما من حيث أجل استحقاق الصداق، فالأخير مستحق على وجه التعجيل أو التأجيل كلا أو بعضا، فقد اتفق الفقهاء على جواز ما ذكر شريطة أن يكون الصداق معلوما، فإن سمي الصداق ولم يذكر شيء خاص بتأجيله أو تعجيله، قال أبو حنيفة : يتبع عرف أهل البلد الذي كان فيه العقد، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا، غير أن بعض الفقه قال بغير ذلك حيث إذا لم ينص على مؤجل ومعجل كان الأصل التعجيل، لأن الأصل أن الصداق يجب بتمام العقد لأنه حكم له، وعقد الزواج لا تتراخى أحكامه عن أسبابه، فحيث لا يوجد شرط أو عرف فإنه يُعمل بالأصل﴿145﴾.

ومن جهته فقد أجاز المشرع المغربي إمكانية تعجيل أو تأجيل الصداق بشرط الاتفاق حيث نصت المادة 30 من مدونة الأسرة على أنه "يجوز الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلا أو بعضا"، ويحق للزوجة المطالبة بالصداق المعجل قبل الدخول، فإن لم تفعل ووقع البناء فيصبح الصداق دينا في ذمة الزوج، أما إن كان الصداق مؤجلا كلا أو بعضا فإن للزوجة الحق في المطالبة به بحلول التاريخ المتفق عليه، حيث نصت المادة 31 من نفس القانون على أنه " يؤدى الصداق عند حلول الأجل المتفق عليه.

للزوجة المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية.

إذا وقعت المعاشرة الزوجية قبل الأداء، أصبح الصداق دينا في ذمة الزوج."

---

145– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، مرجع سابق، ص 189.

**المطلب الثاني: تباين الأنظمة القانونية بخصوص استحقاق الصداق.**

سنحاول من خلال هذا المطلب الوقوف عند حالات استحقاق الصداق وطرق إثباته (الفقرة الأولى)، وذلك قبل التطرق للتباين الحاصل ما بين مختلف الأنظمة القانونية بشأن الإختلاف حول استحقاق الصداق (الفقرة الثانية)

**الفقرة الأولى: في أحوال استحقاق الزوجة للصداق وإثباته.**

حسب الثابت لدى فقهاء المذاهب الأربعة فإن الزوجة قد تستحق الصداق المسمى كاملا وقد تستحق نصفه وقد لا تستحقه وذلك بحسب الأحوال، فاتفق الفقهاء على استحقاق الزوجة للصداق كاملا بالدخول أو الموت، واختلفوا في حالة الخلوة الصحيحة وفي حالة قتل الزوجة لنفسها أو زوجها قبل الدخول.

وهكذا فقد اتفق الفقهاء على استحقاق الزوجة كامل الصداق بالدخول أو الموت قبله﴿146﴾، حتى وإن وصف الوطء بالحرمة كأن يقع في حيض او نفاس أو إحرام ﴿147﴾، وسواء أكان المهر الواجب مسمى أو مهر مثل، وسواء وقعت التسمية عند العقد أم بعده، فمتى تحقق البناء بالزوجة استحقت كامل صداقها ﴿148﴾ فلا يسقط منه شيء إلا بإرادة الزوجة عن طريق إبراء الزوج أو تنازلها

---

146– إبن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، مرجع سابق، ص 44.

147– جميل فخري محمد جانم، آثار الزواج في الفقه المقارن، ط 1، سنة 2009، منشورات دار حامد/الأردن، ص149.

148– وهو الاتجاه المكرس على مستوى العمل القضائي المغربي في مجموع أحكامه، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير بتاريخ 2013/7/16 في الملف عدد 7/13/138، ما يلي : " و حيث إنه باطلاع المحكمة على رسم الزواج تبين أن المدعى عليه لم يؤدي للمدعية مبلغ الصداق رغم واقعة الدخول مما يتعين عليه الحكم بأدائه مبلغ الصداق المحدد في 15000 درهم"، غير منشور.

عنه كاملا أو عن جزء منه ﴿149﴾، والسند في استحقاق الزوجة كامل الصداق بعد الدخول قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾﴿150﴾، غير أن الفقهاء اختلفوا حول وجوب المسيس كشرط في الدخول، فقال مالك والشافعي وداود: لا يجب بإرخاء الستور إلا نصف المهر ما لم يكن المسيس وقال أبو حنيفة؛ يجب المهر بالخلوة نفسها إلا أن يكون محرما أو مريضا أو صائما في رمضان أو كانت المرأة حائضا؛ وقال ابن أبي ليلى: يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئا ﴿151﴾.

كما اتفق الفقهاء على وجوب كامل الصداق للزوجة إذا مات أحد الزوجين بعد العقد ولو لم يتم الدخول، والسند في ذلك الإجماع حسب ما ذهب إليه إبن رشد بالقول (وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلا مسموعا إلا انعقاد الإجماع على ذلك) ﴿152﴾،

---

149– قاسم بن محمد الأهدل، الصداق في الشريعة الإسلامية–دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة– رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات العليا الشرعية، جامعة الملك عبد العزيز/السعودية، سنة 1401 هـ، ص 219.

أنظر كذلك: –عبد العزيز عامر " الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء " ، ط1 ، سنة 1984، منشورات دار الفكر العربي/القاهرة، ص173.

– بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، مرجع سابق، ص 200.

150– سورة النساء الآية 20.

151– إبن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، مرجع سابق، ص 44.

152– إبن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، مرجع سابق، ص 44.

وعلى هذا الرأي سار المشرع المغربي حيث أوجب كامل الصداق للزوجة بالبناء أو الموت قبله، حيث نصت المادة 32 من مدونة الأسرة على أنه " تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله"

أما استحقاق الزوجة نصف الصداق فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا وقع الطلاق قبل الدخول وبعد فرض الصداق وجب للزوجة نصف الصداق وللزوج الرجوع عليها بنصف الصداق ﴿153﴾، مستدلين في ذلك بقوله تعالى ﴿**وَ إِن طَلَّقْتُمُو هُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّو هُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾﴿154﴾،

وقد اختلف الفقهاء حول استحقاق الزوجة للنصف في الطلاق قبل البناء في بعض المواضع، فاشترط مالك أن يكون الطلاق باختيار الزوج لا باختيار الزوجة مثل طلب الزوجة الطلاق لعيب في الزوج، وذلك خلاف مذهب أهل الظاهر القاضي بوجوب النصف في كل طلاق قبل البناء سواء كان الطلاق بسبب الزوج أو الزوجة، كما اشترط مالك في محل النكاح أن يكون الطلاق الواقع قبل الدخول في النكاح الصحيح لاستحقاق الزوجة نصف الصداق، وأما من حيث التغييرات التي تطرأ على الصداق قبل الطلاق، فقد اعتبر مالك أن الزوجان شريكان في التلف وفي الزيادة وفي النقصان، فيما اعتبر الشافعي أنه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة.

وقد سار المشرع المغربي على منحى استحقاق الزوجة نصف الصداق في حال وقوع الطلاق قبل البناء حيث نصت المادة 32 من مدونة الأسرة على أنه "... تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء."، وسار العمل

---

153– إبن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، مرجع سابق، ص 46.

154– سورة النساء الآية 20.

القضائي على هذا النحو في عدد من أحكامه كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 2018/12/27، والذي جاء فيه ما يلي " حيث أكدت المدعى عليها بجلسة الصلح أعلاه أن واقعة البناء غير متحققة في نازلة الحال، الأمر الذي يتعين معه القول بإنهاء العلاقة الزوجين بين الطرفين قبل البناء.

وحيث إنه طبقا للمادة 32 من مدونة الأسرة، إذا وقع الطلاق قبل البناء استحقت الزوجة نصف الصداق فقط.

وحيث أكد المدعي خلال جلسة الصلح أعلاه، أنه لم يؤدي للمدعى عليها واجب الصداق المضمن برسم زواجهما، الأمر الذي يكون معه استحقاق المدعى عليها لنصف الصداق المذكور مؤسسا ويتعين الحكم به." ﴿155﴾

أما حالات عدم استحقاق الزوجة للصداق فثلاث، وهي موت الزوج قبل الدخول في زواج التفويض، والرد للعيب، وفسخ العقد قبل الدخول، فبخصوص موت الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بالزوجة، فإن مالكا وأصحابه والأوزاعي قالوا: ليس لها صداق ولها المتعة والميراث، فيما قال أبو حنيفة: لها صداق المثل والميراث وبه وقال أحمد وداود، وعن الشافعي القولان جميعا، إلا أن المنصور عند أصحابه وهو مثل قول مالك. ﴿156﴾، أما فسخ النكاح قبل الدخول والطلاق للعيب بطلب من الزوجة فلا تشطير فيه حسب ما أورده إبن رشد ﴿157﴾، وقد أخذ المشرع المغربي

---

155– حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 2018/12/27 في الملف عدد 1626/18/533 ، غير منشور.

156– إبن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، مرجع سابق، ص 50–51.

157– إبن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، مرجع سابق، ص 46.

بالحالات الثلاث المذكورة من خلال مقتضيات المادة 32 من مدونة الأسرة التي نصت على أنه ".... لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء:

1 – إذا وقع فسخ عقد الزواج؛

2 – إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج؛

3 – إذا حدث الطلاق في زواج التفويض. "

وقد يحدث أن يختلف الزوجان حول الصداق إن على مستوى القبض أو القدر أو الجنس أو وقت الوجوب.

1: الاختلاف حول القدر: اختلف الفقهاء بشأنه، فقال مالك إن كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه أنهما يتحالفان ويتفاسخان، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف، وإن نكلا جميعا كان بمنزلة ما إذا حلفا جميعا، ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله، وإن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج؛ وقالت طائفة: القول قول الزوج مع يمينه، وبه قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة وجماعة؛ وقالت طائفة: القول قول الزوجة إلى مهر مثلها، وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها؛ وقالت طائفة: إذا اختلفا تحالفا ورجع إلى مهر المثل ولم تر الفسخ كمالك، وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة، وقد قيل إنها ترد إلى صداق المثل دون يمين ما لم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو﴿158﴾.

2: الاختلاف في القبض: قال الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور أن القول قول المرأة ؛ وقال مالك: القول قولها قبل الدخول، والقول قوله بعد الدخول؛ وقول مالك

---

158– إبن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، مرجع سابق، ص 46.

مؤسس هنا على العرف السائد بالمدينة حيث كان لا يدخل الزوج عندهم حتى يدفع الصداق.

3: الاختلاف في جنس الصداق: فالمشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان إن كان الاختلاف قبل البناء وإن كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق مثل ما لم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به؛ وقول الشافعي في هذه المسألة مثل قوله عند الاختلاف في القدر إذ يتحالفان ويتراجعان إلى مهر المثل.

4: الاختلاف في الوقت: فإنه يتصور في الكالئ والذي يجيء على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه أن القول في الأجل قول الغارم قياسا على البيع﴿159﴾.

أما المشرع المغربي فقد جعل القول قول الزوجة في قبض حال الصداق قبل البناء، وأخذ بقول الزوج بعد البناء، ووضع عبء إثبات قبض المؤجل على الزوج، حيث نص في المادة 33 من مدونة الأسرة على أنه " إذا اختلف في قبض حال الصداق قبل البناء، فالقول قول الزوجة، أما بعده فالقول قول الزوج.

إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق المؤجل، فعلى الزوج إثبات أدائه."، غير أن مدونة الأسرة لم تتطرق إلى عدد من الحالات التي تُطرح على المستوى العملي بخصوص التداعي بشأن قبض الصداق، خاصة إنكار الزوجة للقبض رغم تضمن عقد الزواج للقبض، وقد درج القضاء المغربي على تفعيل الإحالة الواردة في المادة 400 من مدونة الأسرة بهذا الخصوص وإعمال أحكام الفقه المالكي بشأن إثبات القبض، ومن ذلك الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير بتاريخ 2012/3/27 والذي نازعت فيه الزوجة في القبض رغم تضمن عقد الزواج للقبض، بعلة أن السائد عرفا القول بالقبض وإن لم يتحقق، فجاء في الحكم المذكور

---

159– إبن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 3، مرجع سابق، ص 54 إلى 57.

ما يلي: " و حيث إنه طبقا للقاعدة الفقهية حسب الشيخ خليل فإن الحكم كما يلي :"و العمل بصداق السر إذا أعلنا غيره" فإنه بخصوص النص في العقد على القبض اعترافا أو معاينة يطبق الآتي :

1- إذا صرح العدلان بمعاينة القبض للصداق ثم أنكره المشهود عليه فلا يمين على الدافع.

2- إذا كان القبض بالاعتراف حلف الدافع.

3- إذا لم يتعرض العدلان للأمرين معا فلم يبينا هل وقع القبض بالمعاينة أو بالاعتراف حلف الدافع.

(انظر : ابو الشتاء- التدريب على تحرير الوثائق العدلية – ج 1 ص 10).

و حيث إنه بالاطلاع على وثائق الملف و خاصة عقد الزواج المرفق تبين أن العدلان أشارا إلى كون الزوجة توصلت بجميع الصداق و قدره (10000) درهما اعترافا.

و حيث أمرت المحكمة تمهيديا بإجراء بحث بين الطرفين و وجهت اليمين للمدعي تطبيقا للقاعدة الفقهية أعلاه فرفض تأديتها.

وحيث إن ثبت للمحكمة عدم جدية طلب المدعي ويتعين رفضه." ﴿160﴾

**الفقرة الثانية: تباين الأنظمة القانونية في الأخذ بالصداق من عدمه.**

وفق ما سبق التفصيل بشأنه فإن النظام التشريعي المغربي ممثلا في مدونة الأسرة، يوجب على الزوج التزاما ماليا لفائدة الزوجة أثناء العقد في إطار ما يعرف بمؤسسة الصداق، حيث استنبط المشرع أحكام الصداق من الفقه الإسلامي شأنه شأن باقي الأنظمة التشريعية ذات المرجعية الإسلامية، وذلك على خلاف الأنظمة التشريعية التي تعتمد أساسا على المرجعية الحقوقية الدولية التي لا تعترف بهذا

---

160- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير بتاريخ 2012/3/27 في الملف عدد 7/11/777، غير منشور.

الجانب من العلاقات المالية الأسرية، خاصة على مستوى تشريعات دول الاستقبال الأوربية، حيث السائد عدم إقرار أي مقابل عند الزواج، خلافا لما كان عليه الأمر سابقا لدى بعض هذه التشريعات كالقانون المدني الفرنسي القديم الذي كان يخول للرجل حق قبض الدوطة la dot، ويعني ذلك المال الذي يُمنح للرجل من قبل زوجته أو من شخص آخر نيابة عن الزوجة، بقصد إعفاء الزوج من عبء الزواج حيث عرفه الفصل 1540 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 بالقول:

( La dot, sous ce régime comme sous celui du chapitre II, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage.)﴿161﴾

وإجمالا فإن معظم الأنظمة التشريعية بدول الاستقبال على المستوى الأوربي خصوصا يرتكز توجهها في عدم الأخذ بالمقابل عند الزواج (سواء كان المقابل صداقا أو غيره)، على ما كرسته بعض الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان من أحكام مرتبطة بحظر التمييز ضد المرأة وما صاحبها من تفسيرات صادرة عن الآليات الأممية المعنية بحقوق الإنسان بشأن مضمون المقابل المالي عند الزواج، كما هو الشأن بالنسبة للتقارير الدولية الصادرة عن لجنة القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة أو عن المقررة الخاصة المعنية بالعنف ضد المرأة، حيث أن مجمل هذه الآليات تنظر للصداق باعتباره شكلا من الأشكال التمييزية المهينة للمرأة باعتبارها تكرس تبعية المرأة الاقتصادية للزوج، وتصور المرأة كسلعة، وهكذا فقد اعتبرت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في دورتها رقم 49 لسنة 1994، أن الزواج القائم على أساس دفع المهر إلى الزوجة يصور المرأة على أنها سلعة تباع مما يؤثر على

---

161 –Code Civil des français du 21 mars 1804 (30 Ventôse de l'An XII)

منشور عبر الموقع الإلكتروني التالي :

http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-memorial-1804-5-fr-pdf.pdf

حقها في إنشاء عقد الزواج بكامل الحرية، كما جاء في التوصية العامة الصادرة عن لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بشأن المادة 16 من اتفاقية سيداو CEDAW المتعلقة ب( الآثار الاقتصادية المترتبة عن الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنشاء العلاقات الأسرية) أن اللجنة تلاحظ في الفقرة 16 من التوصية العامة رقم 21 أن بعض الدول الأطراف تجيز ترتيب الزواج بواسطة الدفع أو التفضيل، وفي ذلك انتهاك لحق المرأة في اختيار زوجها بحرية، وعبارة (الدفع أو التفضيل) تشير إلى بعض المعاملات التي يدفع فيها العريس أو أسرته، للعروس أو أسرتها نقودا أو ما شابه ذلك نظير الزواج ﴿162﴾.

ومرد هذا الرأي وغيره من الآراء المنتقدة لمؤسسة الصداق باعتبارها تمس بكرامة المرأة وتشكل انتهاكا لحقوقها، راجع إلى عدم الإلمام بحقيقة الصداق، فالأخير تكريم للمرأة، ودليل على جدية الرجل في التزوج بالمرأة، وليس فيه ما يهين المرأة، فهو لم يفرض عليها في مقابل تزوجها وإنما فرض على من يرغب في الزواج بها، كما أن الصداق لا دخل له في رضى المرأة فهو ليس مقرونا بحقها في اختيار زوجها، لأن رضا الزوجة بالزواج يعتبر شرط صحة للزواج وهو شرط مستقل عن شرط الصداق، وفضلا عن ذلك يمكن القول أن الصداق قد يدخل ضمن ما يعرف بالتمييز الإيجابي لصالح المرأة، وذلك من باب إلزام الزوج ببدل الصداق والإنفاق دون إلزام الزوجة، وهو وضع قد يُحمل على وصف التمييز الإيجابي لفائدة المرأة، خاصة وأن لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ما فتئت توصي

---

[162]– تقرير اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة 24، 15 يناير –2 فبراير 2001، والدورة 25، 2–20 يوليوز 2001، منشور عبر الرابط التالي :

file:///C:/Users/DELL/Downloads/N0153454%20(3).pdf

– التوصية العامة رقم 21، الدورة الثالثة عشرة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة

باتخاذ التدابير الإيجابية المؤقتة لفائدة النساء، وإن كان الصداق لا يحمل على معنى التدبير المؤقت وإنما يحمل على الدوام والاستمرار وفق المقرر شرعا وقانونا.

إن رأي اللجنة هو وجهة نظر قاصرة عن فهم وإدراك المنظور الإسلامي للصداق، فالغرض من الأخير هو ضمان للموقف المالي للمرأة بعد الزواج فهو لذلك يقدم إلى الزوجة لا إلى ذويها.

يقول الإمام فخر الدين الرازي "إن الزوج لا يملك بدل الصداق شيئا، لأن البضع في ملك المرأة بعد النكاح كما قبله، فالزوج أعطاها المهر ولم يأخذ منها عوضا يملكه، فكان معنى النحلة التي ليس بإزائها بدل، وإنما الذي يستحقه الزوج منها بعقد النكاح هو الاستباحة لا الملك".﴿163﴾، وعليه فإن الصداق يكون ملكا خالصا للزوجة لا يملك الزوج بدلا عنه شيئا، وهو أمر أكدت عليه مقتضيات المادة 29 من مدونة الأسرة حين نصت على أن "الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه."

كذلك فالاستمتاع ليس حقا للزوج وحده حتى يكون الصداق في مقابل الاستمتاع بل إن الاستمتاع حق مشترك بين الزوجين، فهو حق للمرأة كما للرجل، ولو وجب الصداق على الزوج بسبب الاستمتاع لوجب على الزوجة أيضا، إذ أن منافع البضع مشتركة بين الطرفين، ولو كان الصداق عوضا عن الاستمتاع لسقط الصداق

---

163– فخر الدين الرازي " التفسير الكبير" ج 3، ط 1 ، سنة 1981 ، منشورات دار الفكر/ لبنان، ص 140.

بالطلاق قبل البناء لانتفاء وجوبه، إلا أن ذلك غير قائم شرعا لوجوب نصف الصداق في هذه الحالة رغم وقوع الطلاق قبل البناء. ﴿164﴾

ومن باب اعتبار الصداق تكريما للمرأة فإنه يعطى لها كحق تتصرف فيه كما تشاء، ولا يجوز للزوج استرداده لقوله عز وجل ﴿**وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ**﴾﴿165﴾ وقوله تعالى ﴿ **وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا**﴾﴿166﴾، وعلى المستوى القانوني فإن الصداق حق للزوجة لا يسقط بالتقادم طبقا للمادة 33 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه " ...لا يخضع الصداق لأي تقادم."

وإن أحوال الصداق كما سلف الذكر متعددة فقد يكون مسمى أو مسكوت عنه، فهل يكون تملك المرأة في مقابل غير محدد ؟

والإسلام شرع المهر كرمز لاستعداد الرجل للتضحية والتفاني من أجل أسرته، فالزواج مسؤولية كبيرة تقع على عاتق الرجل وتتطلب منه كثيرا من الصبر والتحمل، وقد يقدم عليه من ليس أهلا لتحمل المسؤولية، يريد إشباع غريزته ثم يتخلى عن رعاية أسرته والقيام بمصالحها، لذلك كان المهر إثبات يستدل به على جدية الرجل واستعداده في تحمل المسؤولية.

---

164– جابر عوض عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة 2005، ص 126.

165– سورة البقرة الآية 229.

166– سورة النساء الآية 20.

## المبحث الثاني: الحماية المقررة لواجب الإنفاق على بيت الزوجية.

تختلف الحماية المقررة لواجب الانفاق على بيت الزوجية من تشريع لآخر خاصة ما بين الدول التي تعتمد المرجعية الإسلامية في تشريعاتها كما هو الحال بالنسبة للتشريع المغربي، والتشريعات التي تعتمد المرجعية الحقوقية الدولية كما هو الحال بالنسبة لتشريعات الدول الغربية، ولتقييم درجة فعالية أوجه الحماية المقررة للإنفاق على بيت الزوجية في كلا النظامين لابد في البداية من التعريف بأحكام الانفاق على بيت الزوجية (المطلب الأول)، قبل الخوض في الحماية المقررة لهذا النوع من لإنفاق سواء على مستوى التشريع المغربي أو تشريعات دول الاستقبال (المطلب الثاني)

### المطلب الأول: أحكام الانفاق على بيت الزوجية.

إن الفهم الجيد لأحكام الانفاق على بيت الزوجية لهو السبيل الوحيد لتقييم درجة فعالية التدابير الحمائية المقررة لهذا الالتزام إن على مستوى التشريع الوطني أو تشريعات دول الاستقبال، وللوقوف عند أحكام الانفاق على بيت الزوجية لابد بداية من الخوض في ماهية الانفاق وحكمة (الفقرة الأولى) قبل الخوض في شروط استحقاق النفقة، وأسباب سقوطها (الفقرة الثانية).

#### الفقرة الأولى : في ماهية النفقة وحكمها.

النفقة في اللغة مشتقة من النفاق أو النفوق، والأول معناه الرواج، والثاني معناه الهلاك، ويمكن حملها على المعنيين معا لأن فيها هلاك للمال المنفق، وفيها كذلك رواج حال المنفق عليه ﴿[167]﴾، ونفقت الدابة نفوقا إذا ماتت ﴿[168]﴾، وفقها عرفها

---

[167] – ذ حساين عبود، القضاء بالنفقة المؤقتة، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى ,سلسة الندوات الجهوية المنظمة من طرف المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيسه ,الندوة الجهوية الثانية ,مكناس 8 / 9 مارس 2007 منشورات جمعية التكافل الاجتماعي لقضاة وموظفي المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية /الرباط ص307 .

ابن عرفة بقوله: النفقة ما به قوام معتاد حال آدمي دون سرف، ومعناه أن النفقة التي يحكم بها القاضي لمن يستحقها هي ما يتوقف عليه الآدمي في حياته عادة ﴿[169]﴾ والنفقة مستحقة كلما تحقق سبب من الأسباب الثلاث التالية: الزوجية، والقرابة، والالتزام ﴿[170]﴾.

والنفقة حق للزوجة على زوجها فقيرة كانت أو غنية، مسلمة أو كتابية، لأنها حكم من أحكام العقد الصحيح، فهي بذلك واجبة على الزوج، ودليل وجوبها ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، فمن الكتاب قوله تعالى ﴿ **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا** ﴾ ﴿[171]﴾، وهذه الآية دليل على وجوب النفقة على كل زوج لزوجته على قدر يسره، وقوله تعالى: ﴿ **عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾ ﴿[172]﴾، أي أن على والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بالمعروف، وقوله عز وجل ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ**

---

[168] – الخليل بن أحمد الفراهدي، العين، مادة (نفق)، تحقيق مهدي المخزومي و إبراهيم السامرائي، منشورات دار الهجرة، ط 2، سنة 1409، ج 5، ص 177.

[169] – أخذا عن د محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني ,الولادة ونتائجها ,والأهلية ,والنيابة الشرعية، منشورات مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى لسنة 1994، ص 102.

[170] – تنص المادة 187 من مدونة الأسرة على أن «نفقة كل إنسان في ماله، إلا ما استثني بمقتضى القانون أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقرابة والالتزام»

[171] – سورة الطلاق الآية 7.

[172] – سورة البقرة الآية 233.

لَـهُ أُخْرَىٰ﴾ ﴿[173]﴾، والآية هنا تأمر الأزواج بإسكان الزوجات المطلقات أثناء العدة على قدر ما يجده كل واحد منهم من السعة والمقدرة، والأمر بالإسكان هو أمر بالانفاق وإذا كان إسكان المطلقات والإنفاق عليهن واجبا، فإن إسكان الزوجة والانفاق عليها واجب من باب أولى ﴿[174]﴾، كما أن في الآية نهيًا عن الإضرار في الإنفاق على الزوجات حتى لا يخرجن للتكسب.

وإجمالا فالآيات الثلاث تحمل طابع الأمر والوجوب، فهي تخاطب الأزواج الذين يجب عليهم الإنفاق على زوجاتهم وأولادهم.

وأما ما ثبت في السنة من وجوب النفقة فالأحاديث بشأنها كثيرة، منها قول رسول الله ﷺ **(أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني ويقول العبد أطعمني واستعملني ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني)** ﴿[175]﴾، وفي رواية أخرى قوله ﷺ **(خير الصدقة ما كان عن ظهر غني، وابدأ بمن تعول)** ﴿[176]﴾، وقول رسول الله ﷺ **(إذ أنفقت المرأة من كسب زوجها من غير أمره فله نصف أجره)** ﴿[177]﴾، وكذا ما رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت : **(جاءت هند بنت عتبة فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل مسيك، فهل علي حرج أن أطعم من**

---

[173] – سورة الطلاق الآية 6.

[174] – رمضان علي الشرمباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الدار الجامعية، الإسكندرية/ مصر، سنة 2001، ص202.

[175] – الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، ح 5355، مرجع سابق، ص 1363– 1364.

[176] – الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، ح 5356، مرجع سابق، ص 1364.

[177] – الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، ح 5360، مرجع سابق، ص 1365.

**الذي له عيالنا ؟ قال : لا، إلا بالمعروف )**،﴿[178]﴾، ، ولو لم تكن النفقة واجبة شرعا للزوجة على زوجها، لما أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة أن تأخذ من مال زوجها بالمعروف، إذ القاعدة الشرعية، تقضي بأنه لا يجوز أخذ أموال الناس بدون وجه حق وإلا كنا أمام سرقة أو غصب.

والنفقة وإن كانت واجبة شرعا على الزوج، إلا أن الشرع قد أحاطها بسياج من الآداب و الفضائل التي تجعل منها عبادة يؤجر الزوج على أدائها وتغريه بالحرص على القيام بها دون تردد أو تقصير، فقد قال رسول الله ﷺ **( إذا أنفق الرجل على أهله نفقة يحتسبها فهي له صدقة)** ﴿[179]﴾.

وقد أجمع علماء الأمة باختلاف مذاهبهم وفي كل العصور، على وجوب نفقة الزوج على زوجته متى وجد سببها واستجمعت شروطها ﴿[180]﴾.

وقد عزا الفقهاء سبب إنفاق الزوج على زوجته إلى أحد الأسباب الثلاث: الاحتباس، الاستمتاع، القوامة، فذهب الأحناف للقول بالاحتباس، فالمرأة عندهم محبوسة بحبس النكاح، حقا للزوج، ممنوعة من الاكتساب بحقه، فكان نفع حبسها عائدا إليه، وكانت كفايتها عليه، فهي لا تصل إلى النفقة إلا بالخروج والاكتساب وهي ممنوعة منه لحق الزوج، وتستوجب عليه الكفاية في ماله، وعليه فالزوج ملزم

---

[178] – الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، ح 5359، مرجع سابق، ص 1365.

[179] – الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، ح 5351، مرجع سابق، ص 1363.

[180] – للمزيد من التفاصيل حول الأدلة الشرعية المؤسسة لوجوب النفقة على الزوج، راجع كنزة حرشي، "حقوق المرأة بين الشريعة والقانون المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، جامعة القرويين كلية الشريعة فاس– سايس، 2001/2000، ص 177 –178.

بالإنفاق على زوجته لكونها محبوسة لخدمته وممنوعة من الخروج للكسب، والاحتباس يقوم بمجرد دعوة الزوج لنقل زوجته إلى بيته بعد العقد ﴿[181]﴾.

أما المالكية والشافعية والحنابلة، فقالوا بالاستمتاع، بحيث تجب النفقة للزوجة من أجل تمكين زوجها من نفسها، وهكذا فقد جاء بشرح مختصر الشيخ خليل قوله في باب النفقة: " وسقطت إن أكلت معه أو منعت الوطء أو الاستمتاع أو خرجت من غير إذنه"﴿[182]﴾، غير أن الفقهاء اختلفوا هنا حول مدلول التمكين، فقال المالكية بتحققه حال دعوة المرأة زوجها إلى الدخول إذا كان بالغا وكانت هي مطيقة للوطء، وقال الشافعية بأن التمكين لا يتحقق إلا بتمكين الزوج من الاستمتاع ومن حق نقل الزوجة معه حيثما ذهب، فالتمكين من الاستمتاع غير كاف لوحده لوجوب النفقة، فيما قال الحنابلة بتمكين الزوجية زوجها من المعاشرة الزوجية﴿[183]﴾،

وقد سبق للقضاء المغربي أن اعتمد في بعض قراراته في ظل مدونة الأحوال الشخصية الرأي القائل بالنفقة نظير الاستمتاع ومن ذلك القرار الصادرة عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 1982/1/11، حيث جاء فيه: "إن مدونة الأحوال الشخصية خولت الزوج مقابل مغادرة زوجته لبيت الزوجية المطالبة بإيقاف النفقة عليها فقط، ولا يحق له المطالبة بالتعويض، **فالنفقة قانونيا تكون في مقابل الاستمتاع**، ولعل الضرر الذي يدعي المدعى لحوقه به خاص بهذه النقطة فقط والتي حدد المشرع جزاءها هو إيقاف النفقة عليه، أما الضرر الأخر والذي يكمن

---

[181] – يراجع بهذا الخصوص فريدة بناني:" حق تصرف الزوجة في مالها حق شرعي وقيود تشريعية"، دار تنمل للطباعة والنشر، مراكش، ط1، 1995، ص 28 و29.

182 : الشيخ خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل في فقه إمام دار المهجر مالك إبن أنس، منشورات مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت/لبنان، ط1، سنة 2008، ص231.

183 : راجع بهذا الخصوص: عبد الرحمان العمراني: "المرأة: هل تساهم مع زوجها في النفقة؟"، مساهمة في كتاب:" الحقوق والالتزامات المالية للمرأة داخل الأسرة في ظل المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية"، الجمعية المغربية للتربية ورعاية الأسرة، طوب بريس، الرباط، ط 1، 2003، ص 46.

في القيام بشؤون المنزل فيمكنه استخدام خادمة بأجر تقوم بما يريده من طبخ وتنظيف وغير ذلك"﴿184﴾.

وإلى جانب الرأيين أعلاه، ذهب اتجاه من الفقه إلى القول بالقوامة كعلة لوجوب النفقة على الزوجة استنادا لقوله تعالى ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ**﴾ ﴿185﴾،

وذلك في مقابل واجب طاعة الزوجة لزوجها التي تتحقق بالامتثال لأوامره وتوصياته المستمدة من قوامته على بيت الزوجية ﴿186﴾.

**الفقرة الثانية: في شروط استحقاق النفقة، وأسباب سقوطها.**

بداية لابد من الإشارة إلى أن النفقة، لا تجب إلا بزواج صحيح شرعا، فإن كان الزواج فاسدا فلا نفقة للزوجة، لأن الواجب حينئذ الافتراق لا المعاشرة ﴿187﴾، ولا يكفي الزواج الصحيح لثبوت حق الزوجة في النفقة وإنما يشترط تحقق البناء أو الدعوة إليه، إذ طبقا لمقتضيات المادة 194 من مدونة الأسرة تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها، وبمفهوم المخالفة فإن الزوجة التي يطلقها زوجها قبل البناء لا تستحق النفقة، وإنما يكون من حقها فقط نصف الصداق طبقا لمقتضيات المادة 32 من مدونة الأسرة﴿188﴾، وفي

---

184 – قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 1982/1/11 في الملف الاجتماعي عدد 90783، أشار إليه من د: خالد بنيس، " النفقة بين الواقع والتشريع"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، دار نشر المعرفة للنشر والتوزيع، سنة 1992، ص 123 و124.

185 – سورة النساء الآية 34.

186 – يراجع بهذا الخصوص كنزة حرشي، "حقوق المرأة بين الشريعة والقانون المغربي"، مرجع سابق ص 179.

187 –انظر، قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1983/11/29، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، ع: 35 و36، ص 105 وما بعدها.

188 – هذا وتعمد بعض المحاكم إلى الحكم بالمستحقات للزوجة المطلقة طلاقا قبل البناء, كما هو الشأن بالنسبة للحكم عدد1164 الصادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بطنجة في الملف عدد

ذلك يقول عز وجل ﴿**وإن طلقتموهن قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح, وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير**﴾[189].

هذا وتعتبر المطالبة القضائية بالنفقة دعوة للدخول حسب ما استقر عليه الاجتهاد القضائي المغربي سواء على مستوى قضاء الموضوع أو محكمة النقض، فقد جاء في حكم صادر عن محكمة الاستئناف بتازة بتاريخ 2012/4/18 ما يلي " مادام أن هذا الحكم يثبت أن المستأنف عليه لم يدخل بالمستأنفة إلا أن وقع عليها الطلاق، فإنها لا تستحق النفقة إلا من تاريخ الطلب الذي يعتبر بمثابة دعوى للدخول" ﴿[190]﴾

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 8 ماي 1970 ما يلي: "إن الحكم المطعون فيه، حين اعتبر المطالبة القضائية بحقوق الزوجة دعوة إلى الدخول

---

2005/06/834,وكذا الحكم عدد898 الصادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور قسم قضاء الأسرة في الملف عدد 2005/134.

للإطلاع على بعض حيثيات هذين الحكمين راجع د إدريس الفاخوري، دور القضاء في تحديد مستحقات الزوجة والأطفال، أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مجموعة البحث في الأسرة والتنمية وشعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة المولى إسماعيل مكناس يومي 25 و26 ماي 2007 ,إعداد وتنسيق ذ إدريس جويل ,الطبعة الأولى لسنة 2008 منشورات مرزاق للطباعة /مكناس ,ص 144/143.

[189] – سورة البقرة الآية 237 .

[190] – حكم صادر عن محكمة الاستئناف بتازة بتاريخ 2012/4/18، تحت عدد 41 في الملف عدد 11/215، غير منشور.

– وفي نفس الاتجاه اعتبر حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 2007/1/8، تحت عدد 171 في الملف عدد 06/1/1000، أن " وحيث دأب الإجتهاد القضائي على اعتبار ان مطالبة الزوجة غير المدخول بها لزوجها بالنفقة بمثابة دعوة منها للبناء بها وبالتالي تبقى مستحقة لنفقتها ابتداء من تاريخ الطلب الذي يوازي في نازلة الحال " ، غير منشور.

موجبة للنفقة على الزوج، ابتداء من تاريخ المطالبة، لم يخرق الفصل 117 من م.ح.ش- الذي أصبح هو المادة 194 من مدونة الأسرة – الذي لم ينص على إجراءات خاصة تتحقق بها الدعوة على الدخول، ولم يرد فيه كما صرح به الحكم المذكور، ما يفيد أن الدعوة للدخول يجب أن تسبق تاريخ المطالبة بالنفقة..."[191]

هذا ويبقى الالتزام بالإنفاق قائما على عاتق الزوج خلال مرحلة سريان عقد الزواج بل حتى بعد الطلاق إذا كان رجعيا بحيث يكون ملزما بالإنفاق على مطلقته إلى حين انتهاء عدتها [192] ، وأكثر من ذلك أنه حتى في حالة الطلاق البائن إذا كانت المطلقة حاملا فإن المطلق يبقى ملزما بالإنفاق عليها إلى أن تضع حملها.[193]

وإلى جانب نفقة الزوجية فالزوج ملزم بنفقة الأولاد أيضا باعتباره أحد أسباب وجوب النفقة طبقا لأحكام المادة 197 من مدونة الأسرة التي جاء فيها ما يلي: «النفقة على الأقارب تجب على الأولاد للوالدين وعلى الأبوين لأولادهما طبقا لأحكام هذه المدونة» فعلى مستوى نفقة الآباء على أبنائهم فهي تستمر إلى حين بلوغهم سن الرشد، أو إتمام الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتابع دراسته, وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها.

على أن إنفاق الأب على أولاده المصابين بإعاقة والعاجزين عن الكسب يبقى

---

191 – صادر بتاريخ 1970/05/8، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 21، ص18 وما يليها.

192 – اتفق الفقهاء على أنه إذا طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا فإن نفقتها تجب لها كاملة على مطلقها مدة العدة، لقيام الزوجية بينهما حكما كما قال ابن رشد المالكي = اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية لنفقة والسكن وكذا الحامل، ابن رشد ( الحفيد) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، منشورات مطبعة الاستقامة/القاهرة ، طبعة سنة 1952،ص 94.

193 – تنص المادة 196 من مدونة الأسرة على أن « المطلقة رجعيا يسقط حقها في السكنى دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول المطلقة طلاقا بائنا إذا كانت حاملا، تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإذا لم تكن حاملا، يستمر حقها في السكنى فقط إلى أن تنتهي عدتها»

قائما رغم بلوغهم لسن الرشد طبقا لمقتضيات المادة 198 من مدونة الأسرة، على أن التزام الآباء في هذه الحالة قد ينتقل للأمهات كلما ثبت يسرهم، وعسر الآباء، وذلك بمقدار ما عجز عنه هؤلاء طبقا لمقتضيات المادة 199 من مدونة الأسرة، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن نفقة الآباء الواجبة على أبنائهم توزع على هؤلاء عند تعدد الأولاد بحسب يسر الأولاد لا بحسب إرثهم طبقا لمقتضيات المادة 203 من مدونة الأسرة.

أما فيما يتعلق بمشتملات النفقة وطرق تقديرها، فحسب المادة 189 من مدونة الأسرة : تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج﴿[194]﴾، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 من نفس القانون، والتي تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة، وأنها واجبة على الزوج، وهو نفس ما تؤكده المادة 196 من مدونة الأسرة التي جاء فيها أن « المطلقة رجعيا يسقط حقها في السكنى دون النفقة، إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول... » وتقدير مبلغ النفقة في هذا الإطار هو أمر يرجع للسلطة التقديرية للقضاء، لكن مع مراعاة مجموعة من العناصر عند التقدير، بما فيها دخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه، و كل ذلك مع التوسط، حسب ما نصت عليه المادة 189 من مدونة الأسرة ووفق ما أكد عليه المجلس الأعلى في إحدى قراراته التي جاء فيها أن « قضاة الموضوع لهم الصلاحية في تحديد قدر النفقة بعد أن تتوفر لهم العناصر

---

[194] – تنص المادة 189 من مدونة الأسرة على أنه « تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه.

يراعى في تقدير كل ذلك، التوسط ودخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة»

الراجعة إلى اعتبار الأسعار وعادة أهل البلد وحال الطرفين كما أنهم غير مجبرين بالأخذ بالقدر المطالب به، إذ بوسعهم الحكم بأقل منه أو أكثر »﴿[195]﴾.

وأما بخصوص سقوط النفقة فقد نصت المادة 195 من مدونة الأسرة على أنه "يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت"، وذلك خلافا لما كان عليه الأمر في ظل مدونة الأحوال الشخصية التي كانت تنص في الفصل 123 منها على أن "نشوز غير الحامل لا يسقط نفقتها، غير أن للقاضي إيقاف نفقتها إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية أو الفراش وامتنعت..."، وهو الأمر الذي أثار تساؤلات على المستوى العملي منذ صدور مدونة الأسرة بالنسبة للطلبات المقدمة بشأن المدة التي امتنعت فيها الزوجة عن الرجوع لبيت الزوجية قبل دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ، فهل يترتب عنها السقوط أم الإيقاف؟

إن الجواب على هذا السؤال مرتبط بفهم الآثار المترتبة عن السقوط والإيقاف، فإن تباين الأثر بينهما كان الترجيح، وإن لم يتباين فلا حاجة للترجيح، مع إمكانية الأخذ بأحد الوصفين مادام الأثر واحد.

ففي كلا القانونين –مدونة الأسرة ومدونة الأحوال الشخصية– يعتبر الإيقاف والسقوط أثرا مؤقتا لحرمان الزوجة من النفقة، يزول بزوال السبب وهو النشوز، فإن رجعت الزوجة لبيت الزوجية ووضعت حدا لنشوزها أصبح حقها في النفقة واجبا على الزوج، وهذا ما يفسر استمرار قضاء الموضوع في اعتماد اللفظين معا في عدد من الأحكام ومنها الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالفقيه بنصالح بتاريخ

---

[195] – قرار عدد 526 صادر بتاريخ 90/4/3 في ملق عدد 88/7236 أورده محمد أمجاط في بحثه المنشور بمجلة الملحق القضائي عدد 24 لسنة 1991 ، ص : 64.

2008/2/4 ﴿[196]﴾، والحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 2017/11/16 في الملف عدد 1620/17/463﴿[197]﴾، القاضيان بإيقاف النفقة، والحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور بتاريخ 2007/7/9 في الملف عدد 06/11/1683 ﴿[198]﴾، والحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير بتاريخ 2013/6/25 في الملف عدد 7/11/290﴿[199]﴾، القاضيان بسقوط النفقة.

**المطلب الثاني : الحماية المقررة للإنفاق على بيت الزوجية في إطار التشريع المغربي .**

سنحاول من خلال هذا المطلب الوقوف عند أوجه الحماية المقررة للإنفاق على بيت الزوجية في إطار التشريع المغربي (الفقرة الأولى) قبل الخوض في أوجه الحماية المقررة للإنفاق على بيت الزوجية في إطار تشريعات دول الاستقبال (الفقرة الثانية)

**الفقرة الأولى : في أوجه الحماية المقررة للنفقة في التشريع المغربي.**

أوجد المشرع المغربي عددا من التدابير الحمائية لضمان الإنفاق على بيت الزوجية، منها ما هو منصوص عليه في مدونة الأسرة ومنها ما هو منصوص عليه في قوانين أخرى متعددة كقانون المسطرة المدنية على سبيل المثال، ومن التدابير المقررة قانونا لضمان الإنفاق على بيت الزوجية إجازة المشرع لاقتطاع النفقة من منبع الريع أو الأجر الذي يتقاضاه الزوج، وتمكين الزوجة من الحق في طلب التطليق لعدم الانفاق، وتخويل المحكمة الصلاحية الكاملة لتحديد طريقة تنفيذ

---

[196] – الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالفقيه بنصالح بتاريخ 2008/2/4 تحت عدد 08/195 في الملف عدد 1284،.

[197] –حكم غير منشور.

[198] – حكم غير منشور.

[199] – حكم غير منشور.

نفقة الزوجة، هذا فضلا عن الإعفاء المقرر قانونا لدعاوى النفقة من الرسوم القضائية.

وهكذا فقد نصت مقتضيات المادة 102 من مدونة الأسرة على أنه "للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه، وفق الحالات والأحكام الآتية:

1 – إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطليق؛

2 – في حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف، أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي؛

3 – تطلق المحكمة الزوجة حالا، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز."، ومسايرة لأحكام الفقرة 2 من المادة 102 فقد نصت مقتضيات المادة 191 من نفس القانون على أنه " تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه، واقتطاع النفقة من منبع الريع أو الأجر الذي يتقاضاه، وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة.

الحكم الصادر بتقدير النفقة، يبقى ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يحل محله أو يسقط حق المحكوم له في النفقة."

وبخصوص الاقتطاع من المنبع فإن الأمر لا يخلو من أحد الاحتمالات الثلاث، فإما أن يتعلق الأمر بالريع أو الأجر أو المرتب،

فأما الاقتطاع من منبع الريع فيشمل جميع العائدات التي يحصل عليها الملزم من غير الأجر أو الراتب كما هو الحال بالنسبة للأرباح الناتجة عن تملك الملزم لأسهم بشركة أو تلك التي تدرها المقاولة المملوكة للملزم، إلى جانب العائدات الأخرى من قبيل عائدات الفوائد البنكية، عائدات استغلال بعض الرخص كرخصة

النقل... مع الإشارة هنا إلى أنه لا يوجد ما يمنع المحكمة من جعل الاقتطاع من منبع الريع شاملا لكامل المبلغ المستحق كنفقة ودفعة واحدة دون تجزئ، إذا ثبت لها أن عائدات الملزم كافية لذلك دون الإضرار بكافة الأطراف، وفي المقابل فإن لها أن تجعل الاقتطاع مجزءا بحسب حجم الريع العائد على الملزم، غير أن هذه المكنة التي أتاحها المشرع المغربي بشأن الاقتطاع من منبع الريع قد تعتريها بعض الصعوبات الواقعية التي قد تفرغها من محتواها خاصة عندما تمتنع بعض المؤسسات المكلفة بتدبير هذه العوائد عن تنفيذ الحكم القاضي بالاقتطاع خاصة في الحالات التي لا يتم إدخالها كطرف في الدعوى، كما هو الشأن بالنسبة للبنوك التي قد تمتنع عن الاقتطاع من عائدات الفوائد المخصصة للملزم، وكذلك الشركات التي قد تمتنع عن الاقتطاع من عائدات الأسهم المملوكة للملزم...

ونفس ما قيل عن موضوع الاقتطاع من منبع الريع ينطبق على موضوع الاقتطاع منبع الأجر بالنسبة للأجراء في القطاع الخاص، خاصة مع إمكانية رفض المشغل تنفيذ الحكم الذي لم يكن طرفا فيه، وحتى في حال موافقته على ذلك فأن صعوبات قد تطرح على مستوى التنفيذ إن على مستوى نسبة الإقتطاع الواجب من الأجر أو على مستوى طريقة الاقتطاع، وهل سيؤدى المبلغ المقتطع لمستحق النفقة مباشرة أم يودع بكتابة الضبط...

ويبقى موضوع الاقتطاع من الراتب أو المعاش أبرز آلية يعتمدها القضاء لضمان الوفاء الفعلي بالنفقة المحكوم بها، وعمليا يتم تفعيل هذه الآلية بأحد الطريقين، الأول أن يقرن طلب استحقاق النفقة منذ البدء بطلب الحجز من المنبع، فيبت قضاء الموضوع في الأمر بموجب الحكم القاضي بالنفقة ويقرنه بطريقة التنفيذ عن طريق الحجز من المنبع﴿200﴾، وهذا هو الأمر السائد، أما الطريق الثاني

200 – كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالفقيه بنصالح بتاريخ 2008/1/22 تحت عدد 8/293، في الملف عدد 7/446، غير منشور .

فيكون لاحقا على الحكم القاضي باستحقاق النفقة، حيث لا يلجأ المستحق لطلب الاقتطاع من المنبع عند المطالبة بالنفقة، وإنما يتقدم بطلب مستقل من أجل الحكم بتنفيذ الحكم القاضي باستحقاق النفقة عن طريق الاقتطاع من المنبع، وفي جميع الأحوال فإن الملاحظ عمليا أن تنفيذ الأحكام القاضية بالاقتطاع من منبع الراتب تعرف نوعا من الإضطراب على مستوى الأجرة، خاصة وأنه بعد تبليغ الحكم إلى الخزينة العامة وإبلاغها بإجراء الحجز لديها طبقا لمقتضيات الفصل 494 من قانون المسطرة المدنية تلجأ الخزينة العامة في عدد من الحالات إلى حجز المبلغ وإشعار المحاكم بذلك على أساس إجراء مسطرة التسوية الودية والانتقال لدعوى المصادقة على الحجز في حال فشل التسوية، وهو إجراء لا علاقة له بموضوع الاقتطاع الذي يجب أن يحول مباشرة إلى المحكوم لها.

وفي نفس السياق أجاز الفصل 42 من القانون المتعلق بالمعاشات العسكرية ﴿201﴾ إمكانية إجراء الحجز لدى الغير على المعاشات العسكرية من أجل أداء النفقة ﴿202﴾، وذلك خلافا لمقتضيات الفصل 488 من قانون المسطرة المدنية الذي يمنع الحجز لدى الغير على المعاشات العسكرية من أجل استيفاء الديون.

---

201 – قانون رقم 013.71 بتاريخ 12 ذي القعدة 1391 (30 دجنبر 1971) يحدث بموجبه نظام لرواتب التقاعد العسكرية.

202 – نص الفصل 42 على أنه " لا تحول إلى الغير رواتب التقاعد المحدثة بموجب هذا القانون ولا يمكن حجزها ما عدا في حالة وجود بقية حساب لفائدة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية للدولة أو من أجل الديون ذات الامتياز حسب مدلول التشريع المعمول به والديون المتعلقة بالنفقة.

وتفرض على الرواتب المحدثة بموجب هذا القانون من جراء بقايا الحساب المترتبة لصالح الدولة وبقايا الحساب الملتزم بها إزاء مختلف الجماعات العمومية الأخرى المشار إليها في المقطع السابق اقتطاعات إلى غاية الربع من مبلغها وكذا الشأن فيما يرجع للديون ذات الامتياز والديون المتعلقة بالنفقة.

أما الاقتطاعات الناتجة عن المبالغ الباقية لفائدة الدولة ومختلف الجماعات العمومية الأخرى والديون ذات الامتياز أو المتعلقة بالنفقة فيمكن أن تنجز في آن واحد من الرواتب إلى غاية 50 % من مبلغه.

ولتكريس حماية أكبر للنفقة الواجبة للزوجة والأبناء فقد جعلها المشرع المغربي من الديون الممتازة، وصنفها في المرتبة الثالثة من حيث الديون المستحقة بعد مصروفات الجنازة والديون الناشئة عن مصروفات مرض الموت، وذلك بمقتضى الفصل 1248 من قانون الالتزمات والعقود الذي ينص على ما يلي " الديون الممتازة على كل المنقولات هي التي ستذكر فيما بعد، وهي تباشر وفقا للترتيب التالي:

أولا: مصروفات الجنازة، أي نفقات غسل الجثة وتكفينها ونقلها ودفنها مع مراعاة المركز المالي للمدين الميت؛

ثانيا: الديون الناشئة عن مصروفات مرض الموت أيا ما كانت وسواء كانت قد أنفقت في منزل المريض أو في مؤسسة علاجية عامة أو خاصة، وذلك خلال الستة أشهر السابقة على الوفاة أو على افتتاح التوزيع؛

ثانيا مكرر: الديون الناشئة عن مهر الزوجة ومتعتها، المراعى في تقديرها ما قد يلحق الزوجة من أضرار بسبب الطلاق غير المبرر، ونفقتها ونفقة الأولاد والأبوين..." [203]

ولم يكتف المشرع المغربي بإقرار التدابير الحمائية للنفقة ذات الطابع الموضوعي، وإنما أوجد تدابير حمائية ذات طابع مسطري لضمان الانفاق على بيت الزوجية، سواء من خلال التدابير الهادفة إلى الإسراع بالبت في طلبات النفقة

---

وفي حالة وجود بقايا حساب مترتبة لفائدة كل من الدولة والجماعات العمومية الأخرى تنجز الاقتطاعات لحساب الدولة قبل غيرها.

وإذا كانت هناك بقايا حساب تتعلق في آن واحد بالديون ذات الامتياز والديون المتعلقة بالنفقة وجب تسديد هذه الأخيرة قبل غيرها."

203 – أضيفت الفقرة ثانيا مكرر بمقتضى الظهير الشريف معتبر بمثابة قانون رقم 1.93.345 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتتميم قانون الالتزامات والعقود. الجريدة الرسمية عدد 4222 بتاريخ 12 ربيع الآخر 1414 (29 سبتمبر 1993)، ص 1832.

أو في إجراءات تنفيذها، وهكذا فقد نص الفصل 179 مكرر من قانون المسطرة المدنية، على أنه "يبت في طلبات النفقة باستعجال، وتنفذ الأوامر والأحكام في هذه القضايا رغم كل طعن.

ريثما يصدر الحكم في موضوع دعوى النفقة، للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة لمستحقيها في ظرف شهر من تاريخ طلبها، مع اعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن الاعتماد عليها..."، وفي نفس السياق نصت المادة190 من مدونة الأسرة على مقتضيات يظهر منها رغبة المشرع في إنهاء التأخير الذي يعرفه الفصل في قضايا النفقة في بعض الأحيان، والذي قد لا ينسجم مع طبيعة دعوى النفقة التي لا تستحمل التأخر لارتباطها بالمعيش اليومي، وهكذا فقد نصت المادة المذكورة على أنه " يتعين البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد"، وهذا الأجل هو عبارة عن أجل تحفيزي القصد منه الإسراع بالبت في قضايا النفقة، وذلك بالنظر إلى الإستحالة الواقعية لاحترام هذا الأجل في أغلب القضايا بسبب طبيعة الإجراءات المقررة للبت في مجمل القضايا عامة، وقضايا النفقة على وجه الخصوص، والتي تفرض آجالا محددة للتبليغ[204] مع احترام الحق في الدفاع بتمكين الطرف الآخر من إعداد دفاعه وتقديم أجوبته وحججه، فضلا عن ما قد تفرضه هذه القضايا من إجراءات تحقيق للدعوى عن طريق إجراء أبحاث في موضوعها بالاستماع لشهود الأطراف حول واقعة الإمساك عن الانفاق أو الخروج من بيت الزوجية... وهي كلها إجراءات قد لا يستوعبها الأجل المقرر قانونا، هذا دون الخوض في الإشكالات العملية التي يطرحها موضوع تعذر تبليغ الأطراف ودفاعهم... لذلك فإن الحاصل أن البت في قضايا النفقة غالبا ما يستنفذ الأجل

---

[204] – خالد (برجاوي)،"مدى استجابة مدونة الأسرة الجديدة لمطالب المجتمع المدني والسياسي المغربي"، طبعة أولى، سنة 2004، منشورات دار القلم، ص:30.

المقرر قانونا تفاديا لهدر الحقوق، ولذلك فالأجل هنا تحفيزي للمحاكم قصد الإسراع في البت في قضايا النفقة لا إجباري.

هذا ولم يكتف المشرع بتحديد أجل البت في النفقة وإنما عمل على تقليص أجل الاستئناف في جميع قضايا الأسرة بما فيها قضايا النفقة، وذلك لتسريع وثيرة البت في هذا النوع من القضايا، وهكذا فقد نص في الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية على أنه "... إذا تعلق الأمر بقضايا الأسرة فإن استئناف الأحكام الصادرة في شأنها يجب تقديمه داخل أجل خمسة عشر يوما..."

وإلى جانب التدابير الحمائية المرتبطة بالأجل فقد نص المشرع المغربي على تدابير حمائية إجرائية أخرى مرتبطة بتنفيذ الأحكام الصادرة بشأن النفقة، حيث جعلها مشمولة بالنفاذ المعجل بحيث تنفذ رغم كل طعن، إذ طبقا لمقتضيات الفصل 179 مكرر من قانون المسطرة المدنية "يبت في طلبات النفقة باستعجال وتنفذ الأوامر والأحكام في هذه القضايا رغم كل طعن.

ريثما يصدر الحكم في موضوع دعوى النفقة للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة لمستحقيها في ظرف شهر من تاريخ طلبها مع اعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن الاعتماد عليها.

وينفذ هذا الحكم قبل التسجيل وبمجرد الإدلاء بنسخة منه"﴿[205]﴾.

وإلى جانب ذلك فقد أقر قانون المسطرة المدنية قاعدة حمائية هامة لواجب الانفاق على بيت الزوجية، ألا وهي قاعدة عدم قابلية النفقة للحجز لدى الغير، حيث نص الفصل 488 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي :

---

[205] – تم تغيير وتتميم وتعويض الفصل 179 مكرر أعلاه بموجب القانون رقم 72.03 الصادر الأمر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.04.23 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)؛ الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 من ذي الحجة 1424(5 فبراير 2004).

"غير أنه لا يقبل التحويل والحجز فيما يلي :...2- النفقات."، كما أقر بمقتضى الفصل 494 من نفس القانون قائدة إعفاء الحجز لدى الغير من أجل أداء النفقة من دعوى المصادقة في حالة عدم وقوع أي خلاف في التصريح الإيجابي، إذ بمجرد ما يتفق الأطراف على التصريح الايجابي للمحجوز لديه وعلى توزيع المبالغ المحجوزة، يسلم المحجوز لديه إلى مستحق النفقة المبالغ المحكوم بها في حدود ما جاء في التصريح الايجابي ﴿[206]﴾.

وينضاف إلى كل هذه الضمانات الحمائية ضمانة أخرى أساسية متمثلة في إعفاء دعاوى النفقة من الرسوم القضائية، إذ بالرجوع إلى مقتضيات الفصل الثاني من قانون المالية لسنة 1984 وفق التعديلات المدخلة عليه ﴿[207]﴾، فان الطلبات المتعلقة بالنفقة وجميع الدعاوي المرتبطة بقضايا الأحوال الشخصية التي تقدمها

---

[206] – ينص الفصل 494 على أنه " يستدعي الرئيس الأطراف لجلسة قريبة وذلك خلال الثمانية أيام الموالية للتبليغات المنصوص عليها في الفصل 492.

إذا اتفق الأطراف على توزيع المبالغ المحجوزة لدى الغير حرر محضر بذلك وسلمت فورا قوائم التوزيع.

إذا لم يقع اتفاق سواء في الدين نفسه أو في التصريح الإيجابي للغير المحجوز لديه أو إذا تخلف بعض الأطراف عن الحضور أخرت القضية إلى جلسة أخرى يحدد تاريخها حالا ويستدعى لها الأطراف من جديد ويقع الاستماع إليهم في مواجهة بعضهم بعضا فيما يرجع لصحة أو بطلان الحجز أو لرفع اليد عن هذا الحجز وكذا فيما يرجع للتصريح الإيجابي الذي يتعين على المحجوز لديه أن يفضي به أو يجدده في الجلسة نفسها.

يترتب على عدم حضور الغير المحجوز لديه أو عدم تصريحه الحكم عليه حكما قابلا للتنفيذ بأداء الاقتطاعات التي لم تقع والمصاريف.

يقع تنفيذ الحكم الصادر بمجرد انتهاء أجل الاستيناف وفقا للفصل 428 من هذا القانون.

لا تسري مقتضيات المقطع الثالث من هذا الفصل على الأحكام والأوامر الصادرة في موضوع النفقة إذا لم يقع خلاف في التصريح الايجابي.

يسلم المحجوز لديه فورا إلى المستفيد المبالغ المحكوم بها في حدود القدر المصرح به بعد انتهاء المسطرة المقررة في المقطعين الأول والثاني من هذا الفصل.

[207] – الظهير الشريف رقم 1.84.54 الصادر في 25 رجب 1404 (27 أبريل 1984) بمثابة قانون المالية لسنة 1984.

النساء المطلقات او المهجورات، معفاة من اداء الرسوم القضائية ﴿[208]﴾، والطلبات المتعلقة بالنفقة هنا لا تنحصر في دعاوى استحقاق النفقة وإنما تشمل كافة الدعاوى المرتبطة بالنفقة انسجاما مع غاية المشرع الهادفة إلى ضمان الانفاق على بيت الزوجية بالنظر للطابع الاجتماعي لهذا الواجب، وعليه فإن الإعفاء من الرسوم القضائية يشمل جميع دعاوي النفقة المقدمة من طرف الزوجات ضد أزواجهن، وطلبات استحقاق نفقة الأبناء وطلبات مراجعة مبلغ النفقة المحكوم بها، والطعون المقدمة ضد الأحكام الصادرة بهذا الخصوص...

غير أن الملاحظ عمليا أن الإعفاء من الرسوم القضائية في دعاوى النفقة لا يكرس مجانية التقاضي بالنسبة للفئة المستحقة بشكل كامل، فإذا كان ظهير 1984/4/27 المتعلق بالمصاريف القضائية قد نص على إعفاء الطلبات المتعلقة بالنفقة من أداء الرسوم القضائية، إلا أن القانون رقم 03-81 المتعلق بالمفوضين القضائيين ﴿[209]﴾ لم يستثن طلبات النفقة وتبليغها وتنفيذها من أداء أتعاب المفوض القضائي عندما اسند إليه الاختصاص من أجل التبليغ والتنفيذ المتعلق بالأحكام القاضية بأداء مبالغ مالية ومن ضمنها الأحكام القاضية بالنفقة، وقد كان من الأولى على المشرع أن ينص على إعفاء تنفيذ الأحكام القاضية بالنفقة من الأتعاب المسبقة المستحقة للمفوض القضائي، وجعلها مستحقة بعد التنفيذ على الملزم، وفي حال

---

[208] – ينص الفصل 2 على أنه " استثناء من الأحكام الواردة في الفصل الأول أعلاه تتمتع بالإعفاء من الضرائب والرسوم المقررة فيه:

أ) ...

ك- الطلبات المتعلقة بالنفقة؛

م – جميع الدعاوي المرتبطة بقضايا الأحوال الشخصية التي تقدمها النساء المطلقات أو المهجورات..."

[209] – ظهير شريف رقم 1.06.23 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 81.03 بتنظيم مهنة المفوضين القضائيين، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 ( 2 مارس 2006)، ص 559 .

تعذر التنفيذ على الملزم تعويض المفوض القضائي وفق الصيغة المقررة في مجال تبليغ القضايا الجنحية.

وإلى جانب الحماية المدنية المقررة لواجب النفقة، فقد نص المشرع المغربي على حماية جنائية لهذا النوع من الأموال الأسرية، حيث نص في المادة 202 من مدونة الأسرة على أن : "كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول، تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة."، وهكذا فإنه يمكن متابعة الممتنع جنائيا استنادا لمقتضيات الفصل 480 من القانون الجنائي[210]،المتعلق بجريمة إهمال الأسرة، فما هي العناصر الواجب توفرها لتحريك المتابعة الجنائية من طرف النيابة العامة في هذه الحالة ؟

بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 480 من القانون الجنائي نجده يشترط لتحريك المتابعة في حق الممتنع عن الإنفاق ثلاثة شروط، وهي :

– أن يكون هناك حكم قضائي صادر بأداء النفقة لفائدة شخص مستحق لها: على أن مفهوم الحكم هنا يشمل كلا من الأحكام الصادرة في دعاوى النفقة، وكذا الأحكام الصادرة بأداء النفقة في قضايا التطليق، والنسب، والولاية الشرعية...

– أن يكون هناك امتناع عن أداء هذه النفقة المحكوم بها:

وبخصوص هذا الشرط يبقى التساؤل قائما حول مدة الامتناع المعتبرة قانونا لتحريك المتابعة في حق الملزم بالإنفاق ؟

---

[210] – ينص الفصل 480 من القانون الجنائي على أنه « يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد. وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتميا.

والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك »

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 202 من مدونة الأسرة نجدها تنص على أن كل توقف ممن تجب عليه نفقة الأولاد عن الأداء لمدة أقصاها شهر دون عذر مقبول، تطبق عليه أحكام إهمال الأسرة.

غير أنه إذا كان المشرع من خلال هذه المادة قد حدد مدة الإمساك عن الإنفاق المعتبرة لتحريك المتابعة في حال الامتناع عن الإنفاق على الأولاد في شهر واحد، فإنه في المقابل لم يحدد أي أجل بالنسبة للنفقة المستحقة للزوجة، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل حول إمكانية تطبيق مقتضيات المادة 202 أعلاه حتى على النفقة المستحقة للزوجة .

في هذا الإطار يمكن القول أن مقتضيات المادة 202 أعلاه تحدثت فقط عن النفقة المستحقة للأولاد ولو أراد المشرع تطبيقها على النفقة المستحقة للزوجة لنص على ذلك صراحة.

هذا ويتحقق فعل الامتناع عن الإنفاق بعد مضي آخر لحظة من الفترة المحددة للقيام بالعمل الذي وقع عنه الامتناع ، وهي 15 يوما من تاريخ استجواب ضابط الشرطة القضائية الذي أحيل إليه أمر الاستجواب ﴿[211]﴾ أما في حالة فرار المدين أو عدم معرفة محل إقامته، فيتم التنصيص على ذلك في محضر قانوني، وتجري المتابعة دون التفات إلى ذلك ﴿[212]﴾.

و تبعا لذلك إذا أقدم الملزم بالأداء قبل مضي 15 يوما ولو بلحظة فإن الجريمة لا تتحقق كما أنه لو انتهت المدة وقام بعد ذلك بالأداء فإن الجريمة تتحقق رغم هذا الأداء.

---

[211] – أحمد اجويد : شرح القانون الجنائي الخاص ، ج 2 ، مكتبة المعارف الجامعية ، فاس 99 ، 2000 ، ص : 74.

[212] – حدو عبد الرحمان ، إهمال الأسرة في التشريع العربي، منشور بمجلة الميادين ، عدد 3 لسنة 88 ، ص : 55 .

– أن يكون امتناع الملزم بالإنفاق عن أداء النفقة متعمدا:

إذ بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 480 من ق ج نجد المشرع المغربي يستعمل عبارة "وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد" ، مما يفيد أن جريمة الإهمال النقدي هي جريمة عمدية، يشترط لتمامها ركن معنوي قوامه عنصري العلم والإرادة، أي اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المجرم مع علمه وإدراكه التامين بحقيقة ما يفعل، ومن تم فإن جريمة الإهمال النقدي تنتفي بانتفاء أحد هذين العنصرين :

إذ في حال انتفاء عنصر الإرادة، بأن كان الممتنع عن الإنفاق غير مخير في الامتناع من عدمه فإن جريمة الإهمال النقدي لا تقوم في هذه الحالة ,أما إذا كانت إرادته حرة في الاختيار بأن كان له أن يؤدي النفقة المحكوم بها وامتنع عن ذلك فآنذاك تقوم جريمة الإهمال النقدي .

وكذلك هو الشأن بالنسبة لعنصر العلم بحيث كلما انتفى هذا العنصر بأن كان الملزم بالنفقة على غير علم بذلك فإن امتناعه لا يؤدي إلى قيام جريمة الإهمال النقدي، والعكس صحيح.

**الفقرة الثانية : الحماية القانونية لواجب الإنفاق على بيت الزوجية في أنظمة دول الاستقبال .**

كما سبق البيان فإن الأنظمة المالية الأسرية لدول الاستقبال تختلف باختلاف المرجعية المعتمدة من دولة لأخرى، فدول الاستقبال التي تعتمد المرجعية الإسلامية في أنظمتها المالية الأسرية لا تطرح إشكالا بخصوص تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج لتشابه هذه الأنظمة التشريعية مع النظام التشريعي المغربي الذي يأخذ بنفس المرجعية، غير أن الإشكال يطرح أساسا على مستوى الأنظمة التشريعية بالدول التي تعتمد مرجعية غير إسلامية وخاصة المرجعية الحقوقية الدولية، بما في ذلك ما نصت المادة 1/16 من الإعلان العالمي لحقوق

الإنسان بالقول: " للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق...ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه...".

وما نصت عليه الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، من حظر للتمييز ضد المرأة وتسويتها مع الرجل، في الحقوق والمسؤوليات، حيث جاء في المادة رقم 16 من الاتفاقية ما يلي : " 1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن على أساس المساواة بين الرجل والمرأة :...

ب- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج...

ح-نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض..." ﴿213﴾

والمساواة التي تعنيها الاتفاقية هنا تحيل على التماثل في الحقوق والمسؤوليات بين الرجل والمرأة في الأمور كافة بما فيها الأمور المالية المرتبطة بالزواج وما يشمله من نفقات، مع الإشارة هنا إلى أن فكرة المساواة التامة وفق المنظور العددي الوارد في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة كان هو السبب الأساسي في تقديم عدد من الدول ذات المرجعية الدينية الإسلامية لتحفظاتها على عدد من مواد الاتفاقية، خاصة على مستوى تدبير الأموال المرتبطة بالإرث ﴿214﴾.

---

213- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدتها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول / ديسمبر 1979 تاريخ بدء النفاذ: 3 أيلول / سبتمبر 1981، طبقا لأحكام المادة 27.

214- يراجع بهذا الخصوص:

Aldeeb Abu-Sahlieh (Sami Awad) : « Les musulmans face aux droits de l'homme : religion, droit et politique : étude et documents ; Bochum : Winkler, 1994 .

وعليه، فإن هذا التطابق والتماثل في الحقوق والمسؤوليات في الأمور المالية المتعلقة بالزواج، كتجهيز سكن الزوجية والنفقة أثناء قيام الرابطة الزوجية وغيرهما على نحو ما تريده الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، يقتضي التماثل والتطابق في أدوار كليهما سواء في تجهيز مسكن الزوجية أم الإنفاق أثناء الزواج أم غيرها من الأمور، ويتعارض مع هذا التماثل والتطابق إقرار حقوق لأحد الزوجين وإلغاء مسؤولياتها على الطرف الآخر، وعليه فإنه طبقا للاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فإن حقوق المرأة في الاستحقاقات الأسرية تماثل نفس الحقوق المقررة للرجل في هذا المجال، فهي تتولى الإنفاق على الأسرة شأنها شأن الرجل ولها تبعا لذلك ما يعينها على متطلبات الحياة بالنسبة لها، ولأولادها كالرجل تماما ويترتب على ما سبق أن إعالة الأسرة والإنفاق عليها مسؤولية مشتركة، بين الزوج والزوجة، لا يختص أحدهما بهذا الواجب دون الآخر، فكلاهما ينفق على الأسرة ويستفيد من إنفاق غيره في حدود الموارد المتاحة﴿215﴾، وهذا التوجه هو الذي سارت عليه أغلب التشريعات الحديثة لدول الاستقبال الأوربية كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي الذي يلزم الزوجين بالنفاق على أولادهم وتلبية الحاجات الأساسية لهم من خلال مقتضيات الفصل 203 من القانون المدني الفرنسي﴿216﴾، التي تُرتب على عقد الزواج آثارا مالية مرتبطة بإلزام الوالدين معا بالإنفاق على الأبناء﴿217﴾، مع الإشارة هنا إلى أن هذا

---

215 – جابر عوض عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، المرجع السابق، ص296

216 : ARTICLE 203 : « LES ÉPOUX CONTRACTENT ENSEMBLE, PAR LE FAIT SEUL DU MARIAGE, L'OBLIGATION DE NOURRIR, ENTRETENIR ET ÉLEVER LEURS ENFANTS."».

217 : AURÉLIE VERON, L'OBLIGATION D'ENTRETIEN À L'ÉGARD DES JEUNES MAJEURS, MÉMOIRE DE DEA DE DROIT PRIVÉ, FACULTÉ DES

التوجه لم يكن معمولا به في السابق، حيث أنه منذ القدم تبنت معظم التشريعات الغربية قاعدة إلزام الزوج بالإنفاق على الأسرة، وذلك انسجاما مع طريقة توزيع الأدوار التي كانت سائدة آنذاك، حيث كان دور الزوجة مرتبطا برعاية شؤون البيت الداخلية والعناية بأفراد الأسرة، فيما كان دور الزوج مرتبطا بالعمل خارج البيت لتوفير المستلزمات المادية للأسرة، إلا أنه ومع تطور هذه الأدوار في علاقتها بالتطور الذي عرفته بنية المجتمعات الحديثة، وخروج المرأة للعمل خارج البيت وظهور مطالب المساواة بين الجنسين مع بداية القرن الماضي، نحت معظم التشريعات الغربية في اتجاه ترك الحرية للزوجين لتنظيم حياتهم الأسرية بالتراضي بما في ذلك ما يتعلق بالتنظيم المالي للأسرة، مع إلزام كلا الزوجين بالمساهمة في الأعباء الأسرية la contribution aux charges du mariage كل حسب استطاعته في حال غياب الاتفاق والتراضي.

وهكذا كان التشريع الفرنسي مثلا يلزم الزوج لوحده بالإنفاق، من خلال مقتضيات الفصل 214 من القانون المدني، قبل أن يتم تعديل هذه المادة بمقتضى قانون 11 يوليوز 1975، حيث أصبح الزوجان ملزمان معا بالإنفاق حسب استطاعة كل واحد منهما، مالم يوجد اتفاق بينهما على غير ذلك. ﴿[218]﴾

---

SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET SOCIALES , ECOLE DOCTORALE N° 74, UNIVERSITÉ DE LILLE 2 , ANNÉE UNIVERSITAIRE 2002-2003, P.7.

[218]- ينص الفصل 214 من القانون المدني الفرنسي، على ما يلي:

« si les conventions, matrimoniales ne règlent pas la contribution aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.

Si l'un des deux époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contrait par l'autre dans les formes prévues au code de procédure civile ».

أما بالنسبة للمشرع البلجيكي، نص على هذا الالتزام من خلال الفصل 221 من القانون المدني:

« chacun des époux contribue aux charges du mariage selon ses facultés ».

وعليه فكلا الزوجين ملزم بالمساهمة في تحمل الأعباء المادية للأسرة، ولا يمكن إعفاء أي واحد منهما بشكل نهائي، إلا ان قدر مساهمة الطرفين لا يكون متساويا بشكل مطلق، وإنما يساهم كل واحد من الزوجين حسب استطاعته، ما لم يتفقا على غير ذلك، وعليه فإن مقدار مساهمة كل واحد من الزوجين يتناسب مع مداخيله الشخصية، بهدف توفير نفس المستوى المعيشي للزوجين، بغض النظر عن مداخيل وقدر مساهمة كل طرف ﴿[219]﴾.

و المساهمة في تكاليف الأسرة حسب المقدرات الشخصية لكل زوج لا تعني بالضرورة المساهمة المالية فقط، إنما تتعدى هذا المفهوم الضيق إلى مفهوم أشمل يندرج في نطاق كل ما من شأنه تطوير الأسرة و تنميتها، كمساعدة أحد الزوجين للآخر في ممارسة نشاطه المهني، حيث يمكن وصف هذه المساعدة ضمن الخدمة المجانية التي تسمح بتقليص التكاليف المادية على أحد الزوجين في نشاطه المهني، ونفس الأمر قد ينطبق على العمل المنزلي بحيث قد يشكل في حد ذاته مساهمة في الأعباء الأسرية يقابلها تكاليف مالية قد تؤدى لجهة ثالثة، وعليه فحسب هذا الأنظمة التشريعية قد يكتسي العمل المنزلي نفس القيمة الاقتصادية للعمل المدر للدخل﴿[220]﴾.

كما يدخل في باب تكاليف الأسرة، كل المصاريف التي تسمح لأفراد الأسرة بالعيش في مستوى يتناسب مع وضعهم الاجتماعي والإقتصادي، بما في ذلك الضروريات التي تعتبر من أساسيات الحياة، او الكماليات التي تختلف حسب اختلاف المستوى الاجتماعي لكل أسرة، بمعنى أنها تغطي النفقات الاعتيادية أو

---

[219] –REVEL (JANINE): « LES REGIMES MATRIMONIAUX », 2EME EDITION, 2003, EDITION DALLOZ, p 32.

[220]: CHAMPION (JEAN) :« RÉGIMES MATRIMONIAUX ET CONTRATS DE MARIAGE »,10ÈME ÉDITION, 2001, ENCYCLOPÉDIE DELMAS, PARIS, P 55.

الترفيهية المتعلقة بحياة الأسرة وتربية الأطفال، بما في ذلك المصاريف ذات الطابع الثقافي والرياضي والترفيهي، كتكاليف ممارسة بعض الهوايات والرياضات، والسفر والاستجمام... ﴿221﴾.

و علية فإنه في حالة امتناع أحد الزوجين عن تأدية واجبه في المساهمة في أعباء الزواج، يمكن للزوج الأخر اللجوء إلى القضاء لإجباره على تنفيذ التزامه، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من الفصل 214 من القانون المدني﴿222﴾، بل وحتى في حالة المساهمة المشتركة بين الزوجين في الانفاق فإنه يمكن للمحكمة أن تنظر في مدى تناسب مساهمة كل واحد من الزوجين مع قدراته المالية، وهذا ما كرسته محكمة النقض الفرنسية في عدد من قراراتها، ومن ذلك القرار الصادر بتاريخ 2019/12/18 الي جاء فيه :

" En l'espèce, la présomption édictée au contrat de mariage interdit aux ex-époux de prouver que l'un ou l'autre ne s'est pas acquitté de son obligation. Toutefois, si cette présomption porte sur le principe de la contribution qui est réputée être acquittée, elle n'exclut pas qu'il y a lieu d'apprécier si elle l'a été de manière proportionnelle, M. E... soutenant avoir contribué aux charges du mariage au-delà de sa capacité contributive. " ﴿223﴾

---

221 :MONTANIER (JEAN - CLAUDE) : « LES RÉGIMES MATRIMONIAUX », PRESSES UNIVERSITAIRES DE GENOBLE, 1992, p 29.

222 : ARTICLE 214 PAR 2 : « SI L'UN DES DEUX ÉPOUX NE REMPLIT PAS SES OBLIGATIONS, IL PEUT Y ÊTRE CONTRAIT PAR L'AUTRE DANS LES FORMES PRÉVUES AU CODE DE PROCÉDURE CIVILE ».

223 Cour de cassation, civile, Chambre civile 1,18 décembre 2019, 18-25.482. حكم

مع الإشارة هنا إلى أن مقتضيات المادة 214 أعلاه تحيل على أحكام قانون المسطرة المدنية الفرنسي التي تجيز في الفصل 1282 لكل واحد من الزوجين أن يرفع إلى المحكمة الابتدائية طلب من أجل تحديد مساهمة الزوج المتقاعس في تكاليف الزواج، وذلك وفقا الإجراءات المسطرية المنصوص عليها في الفصول من 1283 إلى 1285 من نفس القانون التي تحدد الإجراءات وكيفية تحصيل المساهمة جبرا، حيث يلجأ الزوج الدائن إلى مسطرة التحصيل المباشر، أيضا يمكنه اللجوء إلى التحصيل العام أو للحجز لدى الغير على الأجور أو المداخيل الأخرى للزوج المدين[224]، كما منح المشرع البلجيكي الصلاحية لقاضي الصلح للبت في الدعاوى المرفوعة من أحد الزوجين بخصوص امتناع الزوج الأخر عن أداء واجبه في المساهمة طبقا للفصلين 221 و223 من القانون المدني البلجيكي[225]، مع الإشارة هنا إلى الارتباط الحاصل بين هذا الالتزام، وبين التضامن المنصوص عليه بين الزوجين في إطار التدبير المنزلي المنصوص عليه في الفقرة 1 من المادة

---

غير منشور.

224 : MONTANIER (JEAN – CLAUDE) : « LES RÉGIMES MATRIMONIAUX », OP CIT, P 29 ET 30.

225 : – article 221 par 2 : « à défaut par l'un des époux de satisfaire à cette obligation, l'autre époux peut, sans préjudice des droits des tiers, se faire autoriser par le juge de paix à percevoir à l'exclusion de son conjoint, dans les conditions et les limites que le jugement fixe, les revenus de celui-ci ou ceux des biens qu'il administre en vertu de leur régime matrimonial, ainsi que tout autres sommes qui lui sont dues par des tiers ».

– article 223 par 1 : « si l'un des époux manque gravement à ses devoirs, le juge de paix ordonne, à la demande du conjoint, les mesures urgentes et provisoires relatives à la personne et aux biens des époux et des enfant ».

220 من القانون المدني الفرنسي ﴿226﴾، ذلك أن الزوجين يتحملان بشكل تضامني الديون المبرمة من قبل أحدهما من أجل تلبية احتياجات الأسرة وتربية الأطفال في مواجهة الدائنين، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في عدد من قراراتها، ومن ذلك القرار الصادر عنها بتاريخ 2020/9/21 حيث جاء في إحداها ما يلي :

" Qu'en conséquence, il conviendra de confirmer le jugement en ce qu'il a condamné, par application de l'article 220 du code civil prévoyant la solidarité des époux s'agissant des dettes relatives aux cotisations obligatoires à la caisse de retraite due par l'un des époux, M. F... I... à payer à la CARPIMKO la somme de 84 125,56 euros au titre du solde impayé des contraintes numérotées 228570-8 des 5 juin 2003, 11 décembre 2003, 21 août 2005, 11 janvier 2007, 19 décembre 2007, 19 septembre 2008, 13 décembre 2011 (par jugement du TASS), 20 décembre 2011, 10 août 2012 et 16 janvier 2014, outre intérêts au taux légal à compter du jugement.﴿227﴾ "

وهكذا يضمن القانون للزوج المعسر حدا أدنى من القدرة على التعاقد من أجل تسديد النفقات الضرورية، وتلبية حاجيات الأسرة وتربية الأطفال وذلك طبقا للفصل

---

226 : article 220 par 1: "Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement."

227 – Cour d'appel de Basse-Terre, 21 septembre 2020, 17/003961. حكم غير منشور

222 من القانون البلجيكي ﴿[228]﴾، ويدخل في إطار المصاريف الأسرية ككل النفقات المرتبطة بضروريات الحياة العائلية من قبيل أجرة الكراء، اشتراكات التقاعد المخصصة لضمان النفقات المستقبلية للأسرة، واشتراكات نظام التأمين عن المرض والشيخوخة المستحقة من طرف أحد الزوجين بسبب مهنته، ويشمل التضامن كل الديون حتى التي ليس لها طابع تعاقدي بشرط أن تكون الغاية منها هي الإنفاق على الأسرة وتربية الأطفال، وفي المقابل، لا تعتبر ديونا أسرية الديون التي لا تعود بأي نفع على الأسرة كالمصاريف الشخصية المخصصة للترفيه عن النفس بالنسبة لأحد الزوجين أو الديون المهنية لأحد الزوجين... ﴿[229]﴾

غير أنه تجدر الإشارة بخصوص قاعدة التضامن بين الزوجين بشأن المصاريف والديون، أن هنالك استثناءات عديدة تنصب على هذه القاعدة بالشكل الذي قد يفرغها من محتواها وتحرم الدائن من الحق في متابعة الزوج غير المتعاقد معه، خاصة فيما يتعلق بالديون المرتبطة بالتدبير المنزلي وتربية الأطفال، ومن هذه الاستثناءات نجد:

– ما يعرف بالنفقات المفرطة التي أخذ بها القانون المدني الفرنسي في الفصل 220﴿[230]﴾، والبلجيكي في الفصل 222﴿[231]﴾، بحيث إذا تجاوزت النفقات الحد

---

228 : article 223 : « toute dette contractée par l'un des époux pour les besoins du ménage et l'éducation des enfants oblige solidairement l'autre époux ».

229 : Malaurie (Philippe) et Aynés ( Laurent ) : « Droit civil : les régimes matrimoniaux », édition juridique associées, defrénois, paris, France, 2004, p 31.

230 : article 220 par 2 et 3 : « La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.

Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et

المعقول، فهنا يفقد الدائن حقه في الرجوع على أي من الزوجين، مع الإشارة هنا إلى أن تقدير الطبيعة المفرطة للدين تتم بمراعاة عدة معايير منها أساسا المستوى المعيشي للأسرة في نظر الآخرين ومقارنتها مع أسرة أخرى في نفس المستوى، ثم تقدير مدى أهمية هذه النفقة للعائلة، وحسن أو سوء نية الغير المتعاقد ﴿[232]﴾.

– وإلى جانب النفقات المفرطة، هناك استثناء آخر يتعلق بالالتزامات الناتجة عن الشراء بالتقسيط، حيث لا يمكن إعمال مبدأ التضامن بين الزوجين إلا أذا تمت برضاهما معا، فإن لم يكن كذلك لا يمكن للدائن أن يطالب باستحقاق الدين بشكل تضامني وإنما عليه مطالبة المتعاقد معه فقط وذلك طبقا للفصل 220 من القانون المدني الفرنسي فرنسي ﴿[233]﴾، أما الاستثناء الثالث فيتعلق بالقروض les emprunts : حيث لا تضامن بين الزوجين بخصوص القروض، باستثناء تلك

---

que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage».

231 : article 222 par 2 : « toutefois, celui-ci n'est pas tenu des dettes excessives eu égard aux ressorces du ménage ».

232 : Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage..

233 : article 220 par 3 : « Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante et que le montant cumulé de ces sommes, en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage».

التي تتعلق مبالغ زهيدة تخص حاجيات أساسية لحياة الأسرة اليومية. ﴿[234]﴾، هذا ولا يعتبر مبدا إلزام كلا طرفي العلاقة الزوجية بالمساهمة في تكاليف الزواج حكرا على التشريعات الغربية، إذ أن هناك تشريعات عربية سارت في نفس الإتجاه كما هو الشأن بالنسبة للتشريع التونسي، حيث نص الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية صراحة وبصيغة آمرة على ضرورة مساهمة الزوجة في الإنفاق على العائلة إذا كان لها مال، حيث جاء في الفصل المذكور ما يلي : " ... يتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات المالية.

وعلى الزوج بصفته رئيسا للعائلة أن ينفق على الزوجة والأبناء على قدر حاله وحالهم في نطاق مشمولات النفقة وعلى الزوجة أن تساهم في الإنفاق على الأسرة إن كان لها مال" ﴿[235]﴾، ومسايرة لهذا التوجه عمل المشرع التونسي كذلك على تعديل الفصل 93 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود ﴿[236]﴾، ليقر مسؤولة الام مع الاب على سبيل التضامن عن الفعل الضار الصادر عن طفلهما، بعد أن كان الأب هو المسؤول الوحيد مدنيا عن الفعل الضار للغير الصادر عن ولده القاصر، ولم تكن الأم تتحمل المسؤولية إلا بعد وفاة الأب.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن هنالك اختلافا بينا بين واجب المساهمة في تكاليف الزواج وواجب النفقة، وبين المساهمة في تكاليف الزواج وواجب المساعدة أو التضامن « devoir de secours »، فأما الفرق بين واجب المساهمة في تكاليف

---

[234]– للمزيد من التفاصيل حول هذين الاستثنائيين يراجع:

CHAMPION ( Jean) :« régimes matrimoniaux et contrats de mariage », op cit , p 59.

[235]– تم اعتماد هذا النص بمقتضى القانون عدد 74 لسنة 1993، الصادر بتاريخ 12 جويلية 1993.

[236]– تم تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 95-95 المؤرخ ف 9 نوفمبر 1995.

الزواج والنفقة فيكمن في كون النفقة تحدد بحسب حاجة المستحق لها وقدرة الدين بها طبقا للفصل 208 من القانون المدني البلجيكي، في حين أن واجب المساهمة في تكاليف الزواج تستحق حتى ولو كان الزوج غير محتاج إليها[237]، أما الفرق بين واجب المساهمة في تكاليف الأسرة وواجب التضامن الذي نص عليه المشرع الفرنسي في الفصل 212 من القانون المدني الفرنسي[238]، والقانون المدني البلجيكي في الفصل 213 [239]، والذي يعني وجوب تزويد الطرف الأقل يسرا بالموارد الضرورية من أجل مشاركة الزوج الأكثر يسرا في نفس المستوى المعيشي، ووجه الاختلاف يكمن أساسا في كون الالتزام بالمساهمة في تكاليف الزواج التزام ثنائي مرتبط بتعاون الزوجين على تحمل الأعباء المالية للأسرة كل حسب قدرته، وهو بذلك التزام متبادل يلزم طرفي العلاقة الزوجية بشكل متناسب مع إمكانيات كل طرف على حدة، في حين أن الالتزام المساعدة أو التضامن هو التزام أحادي يقع على عاتق الطرف الأكثر يسرا في العلاقة الزوجية لصالح الطرف الأقل يسرا، ويرتبط بفكرة التضامن المفترض بين أفراد الأسرة، حيث يكون للوضعية الاقتصادية والاجتماعية للطرفين الكلمة الفصل في تحديد الطرف الملزم بأداء هذا الواجب[240]، وإذا كان الالتزام بالمساهمة في أعباء الزواج يستغرق الالتزام

---

237 : article 208 par 2 : « les aliments ne sont accordées que dans le proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit ».

238 : article 212 : « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ».

239 : article 213 : « les époux ont le devoir d'habiter ensemble, il se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ».

240 : Leleu ( Yves-henri ) : « Droit des personnes et des familles », collection de la faculté de droit de l'université de liége, édition Larcier, 2005 Bruxelles, pp 300-302.

بالتضامن والمساعدة في حالة استقرار الأسرة، إلا أن الأمر يختلف عند وقوع النزاع بين الطرفين حيث يظهر الفرق بين الالتزامين﴿241﴾، حيث نكون أمام تنظيم مختلف لهذه الالتزامات في حال قيام نزاع بين الزوجين نتيجة تقاعس أحدهما عن المساهمة في الإنفاق على الأسرة أو الاستئثار بأمواله لنفسه، أو عند انتهاء الحياة المشتركة الفعلية بين الزوجين، حيث يستقل كل طرف بحياته و أمواله رغم استمرار العلاقة الزوجية وهو ما يدفع بالطرف المتضرر إلى المطالبة بتحمل نصيبه من تكاليف الحياة الأسرية، أو في تنفيذ واجب المساعدة و التضامن وفق ما هو مقرر قانونا﴿242﴾ سواء في حال وجود خلاف بين الزوجين أو عدمه، إلا ان المساهمة في هذه التكاليف تكون مختلفة عما سبق التفصيل بشأنه، بحيث قد تأخذ شكلا ماليا صرفا من خلال استصدار إذن بالحجز لدى الغير على أموال تخص الطرف المتقاعس عن أداء واجبه عبر ما يعرف ب ( la délégation de sommes)، وهذه الوسيلة تعتبر ناجعة لكونها لا تتطلب تدخلا من المدين، ويمكن سلوكها حتى في حال غيبته ﴿243﴾، كما يمكن تخويل أحد الزوجين حق الإقامة ببيت الزوجية، و ذلك حسب الشكل الذي يقرره القضاء سواء عن طريق التواجد الفعلي أو عن طريق أداء واجبات الكراء أو أقساط القرض المخصص للسكن العائلي﴿244﴾.

---

241 : D'hoir (catherine) : « Droit de la famille », 2001/2002, dalloz, paris, 2001, p 779.

242 : moulougui (Clotaire): « la solidarité familiale », série de monde en questions, collection l'esprit économique, INNOVAL, l'harmattan, 2004, p 26.

243 : Leleu ( Yves-henri ) : « droit des personnes et des familles », op cit, p303 et 304.

244 : Leleu ( Yves-henri ) : « droit des personnes et des familles », op cit, p303 et 304.

وإجمالا فإن الالتزامات المرتبطة بالمساهمة في تكاليف الزواج والنفقة وغيرهما ينقضي بحصول الطلاق بين الزوجين، وبالتالي لا يصح إلزام أي منهما بواجب المساهمة والتضامن، غير أن واجب الإنفاق على الأولاد يبقى مستمرا حتى بعد انقضاء العلاقة الزوجية، حيث يظل الأبوين ملزمين بالإنفاق على أولادهم إلى حين بلوغهم سن الرشد، ويتسلم الزوج الحاضن هذه النفقة ويتولى الإنفاق على الأبناء حسب ما نص عليه الفصل 203 من القانون المدني البلجيكي ﴿[245]﴾.

245 : article 203 : « le père et mère sont tenus d'assumer, à proportion de leurs facultés, l'hébergement, l'entretien la surveillance, l'éducation et la formation de leurs enfants».

# الباب الثاني: التدبير القضائي للأموال الأسرية الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج.

انعكس التباين الحاصل بين النظم القانونية المؤطرة للعلاقات المالية الأسرية وفق ما تم التفصيل بشأنه في الباب الأول، على طريقة تدبير الأنظمة القضائية لهذه العلاقات، حيث برز تباين من نوع آخر على مستوى تدبير الأنظمة القضائية لهذه العلاقات بالشكل الذي أثر سلبا على وضعية المغاربة المقيمين بالخارج (الفصل الأول)، الأمر الذي يدعوا إلى تقييم آليات التدبير الاتفاقي للأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج كبديل لحل الإشكالات التي يطرحها التدبير القضائي (الفصل الثاني)

## الفصل الأول: تبيان النظم القضائية في مجال تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج.

يعتبر النظام القضائي أحد مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، فهو الجهة المكلفة بتفعيل القوانين على مجموع التراب الوطني للدول بما في ذلك القوانين الأجنبية، وكما سبق البيان فقد انعكس التباين الحاصل بين النظم القانونية المؤطرة للعلاقات المالية الأسرية، على طريقة تدبير الأنظمة القضائية للعلاقات المالية الأسرية الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج، حيث تبلور هذا التباين على مستويين، الأول مرتبط بطريقة تدبير النظام القضائي الأجنبي لهذه العلاقات المالية (المبحث الأول)، والثاني مرتبط بطريقة تفاعل النظام القضائي المغربي مع الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي بشأن تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج من حيث الإقرار بمضمونها والاعتراف بأحكامها لتكون نافذة داخل التراب الوطني(المبحث الثاني).

## المبحث الأول: تدبير القضاء الأجنبي للأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج.

في ظل التباين الحاصل على مستوى النظم القانونية المؤطرة للعلاقات المالية الأسرية الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج، يُطرح أمام القضاء الأجنبي مسألة القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العلاقات المالية، حيث يلجأ القضاء الأجنبي إلى اعتماد ما يعرف بضوابط الإسناد لتطبيق هذا القانون أو ذاك ﴿246﴾، وعليه فإن البحث في طريقة تدبير القضاء الأجنبي للأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخراج يتطلب أساسا البحث في ضوابط الإسناد التي يعتمدها النظام القضائي المذكور، لإخضاع هذه العلاقات إما للنظام القانوني المغربي (المطلب الأول) أو للنظام القانوني الأجنبي (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مؤيدات تفعيل القضاء الأجنبي للنظام القانوني المغربي.

إن القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية لعقود زواج المغاربة المقيمين بالخارج، يتوقف على التكييف الذي يعطيه القاضي الأجنبي لهذه الآثار ﴿247﴾،

---

[246]–ضابط الإسناد هو عبارة عن أداة ربط بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه، والفئة المسندة هي مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة التي يضع لها المشرع ضابط معين، فمثلا فئة الحقوق العينية ضابط الإسناد فيها هو قانون مكان تواجد المال.

وتعرف كذلك بكونها " مجموعة من القواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي" كما تعرف أيضا باعتبارها " تلك القواعد التي توضح لنا القانون الأصلح حسب ما يراه المشرع الوطني لتنظيم المراكز القانونية للأفراد إذا ما اشتملت على عنصر أجنبي"، للتفصيل أكثر بشأن قاعدة الإسناد راجع:

– أحمد زوكاغي: أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي تنازع القوانين، الجزء الثاني، دار توبقال للنشر الطبعة الأولى 1992.

[247]– تلعب نظرية التكييف دورا هاما في تحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج، ومن القضايا الشهيرة التي درسها الفقيه الفرنسي " بارتان " وهو بصدد تشييده لنظرية التكييف قضية زواج المالطي. وتتمثل وقائع هذه القضية في أن زوجين من جزيرة مالطا تزوجا بدون عقد ثم هاجرا إلى الجزائر واتخذاها موطنا لهما وكان القانون

قبل إخضاعها لضابط الإسناد المقرر لها وفق تشريعه الوطني أو ذاك المقرر في إطار الاتفاقيات المبرمة بين الدول، وسنحاول من خلال هذه المطلب استعراض أهم ضوابط الاسناد المعتمدة على مستوى تشريعات دول الاستقبال (الفقرة الأولى) قبل الخوض في طريقة تفعيلها من قبل القضاء الأجنبي على العلاقات المالية الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج (الفقرة الثانية)

**الفقرة الأولى: ضوابط الاسناد المعتمدة في تشريعات دول الاستقبال بشأن العلاقات المالية الأسرية.**

يعتبر ضابط الإسناد الوسيلة الأساسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات المالية الأسرية، ذلك أن تنظيم أموال الزوجين يكون بمقتضى القانون الذي

---

الفرنسي هو المطبق آنذاك بالجزائر على المعاملات المالية، ثم توفي الزوج وترك ثروة منقولة وعقارية في الجزائر، فرفعت أرملته دعوى أمام محكمة البليدة تطالب بحقها في أموال زوجها المتوفي بما يعرف في القانون المالطي باسم نصيب الزوج المحتاج أو الفقير.

واعتبر الفقيه " بارتان" عند تعليقه على هذا القرار أنه كان على المحكمة أن تعتنق في هذه القضية أحد الحلين: إما أن تقوم بتكييف ادعاء الزوجة على أنه يدخل في فكرة النظام المالي للزوجين، وإما أن تعتبر ادعاء الزوجة على عقارات زوجها المتوفي داخلا في مضمون فكرة الميراث.

فإذا كيفت المحكمة طبيعة ادعاء الزوجة على أنه يدخل في النظام المالي للزوجين فيترتب على ذلك تطبيق القانون المالطي وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تخضع النظام المالي للزوجين إلى قانون الموطن الأول للزوجية، وفي هذه الحالة يتعين الحكم بأحقية الزوجة في دعواها طبقا للقانون المالطي.

أما إذا اعتبرت المحكمة أن ادعاء الزوجة يدخل ضمن فكرة الميراث، فإن القانون الواجب التطبيق في هذا الفرض هو القانون الفرنسي وفقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تقضي بإخضاع الميراث في العقار القانون موقعه. وبالتالي يترتب على هذا التكييف رفض طلب الزوجة لأن القانون الفرنسي لا يعرف هذا الحق المعروف باسم " بنصي الزوج المحتاج". وهو الحل الذي قضت به محكمة استئناف الجزائر، حيث كيفت هذه القضية على أساس أنها تدخل ضمن فكرة الميراث، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 1889.

يراجع بهذا الخصوص: -أحمد زوكاغي، أحكام التنازع بين القوانين في التشريع المغربي، منشورات مطبعة الكرامة/الرباط، ط 2، سنة 2002، ص 36-37.

-محمد زريول، محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات مكتبة سجلماسة/مكناس، ج 2 قاعدة الاسناد، ط 1، سنة 2006، ص 8 إلى 13.

يشير إليه ضابط الإسناد، والملاحظ على مستوى تشريعات أغلب دول الاستقبال الغربية أنها تتخذ من المرجعية الكونية مصدرا لتشريعاتها إجمالا، بما في ذلك التشريعات المحددة لضوابط الإسناد، وهكذا نجد على سبيل المثال أنه في إطار التشريع الفرنسي يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين بالاستناد إلى اتفاقية لاهاي لسنة 1978﴿248﴾، وذلك طبقا لمقتضيات المادة 1397-2 من القانون المدني الفرنسي﴿249﴾، التي تنص على ما يلي:

( Lorsque les époux désignent la loi applicable à leur régime matrimonial en vertu de la convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, faite à La Haye le 14 mars 1978, il est fait application des dispositions des articles 1397-3 et 1397-4.)

وبالرجوع إلى أحكام اتفاقية لاهاي لسنة 1978 نجدها قد ميزت بين نوعين من الأموال عند تحديدها لضوابط الإسناد، حيث اعتمدت ضابط موقع العقار بالنسبة للأموال العقارية، وذلك طبقا للمادة 4/3 والمادة 4 / 6، من الاتفاقية، حيث نصت على أنه ".. سواء حدد الزوجان أولم يحددا القانون الواجب التطبيق بموجب الفترات السابقة، يعين قانون موقع العقار فيما يتعلق بكل أو بعض عقاراتهما..." وعليه فإنه في جميع الأحوال يطبق على أموال الزوجين العقارية قانون موقع العقار، وهذا بغض النظر عن وجود اتفاق بينهما بشأن القانون الواجب التطبيق من عدم وجوده، أما بالنسبة للأموال غير العقارية فقد وضعت اتفاقية لاهاي لسنة 1978 قاعدة عامة

---

[248]– أبرمت اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على أنظمة الملكية الزوجية بتاريخ 14 مارس 1978، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1 ماي 1992.

[249]– مع اشتراط المشرع الفرنسي هنا ضرورة إشهار السند المتضمن اتفاق الزوجين على نظام مالي معين والقانون الذي ينبغي تطبيقه.

في الاسناد ترتكز على تخويل الزوجين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق، على أن يكون هذا الاختيار ضمن الاتفاق المتعلق بالتنظيم المالي للزوجين، وفي حالة عدم اختيار الزوجين للقانون الواجب التطبيق، فإنه طبقا لاتفاقية لاهاي يتم اعتماد أحد ضوابط الإسناد الأربعة المتمثلة في : ضابط الإقامة الأولى، وضابط الجنسية وضابط الإقامة العادية، فبخصوص ضابط الإقامة الأولى، فإنه طبقا للمادة 01/04 من الاتفاقية إذا لم يتفق الزوجان على تحديد القانون الواجب التطبيق على نظامهما المالي، فإن الاتفاقية في هذه الحالة تعتمد مكان الإقامة كضابط إسناد، حيث نصت المادة المذكورة على أنه: "إذا لم يحدد الزوجان القانون الواجب التطبيق على الزواج، فإن نظام الملكية الزوجية يجب أن يخضع للقانون الداخلي لدولة الإقامة الأولى للزوجين"، أما بخصوص ضابط الجنسية المشتركة فقد نصت المادة 4/ 02 من الاتفاقية على أنه يتم تطبيق القانون الداخلي لدولة الجنسية المشتركة للزوجين في ثلاث حالات وهي :

– إذا أصدرت الدولة التي ينتمي إليها الزوجان إعلانا يقضي بتطبيق قانونها الداخلي، ولا يطبق هذا الإعلان على الزوجين الذين يحافظان على إقامتهما العادية في الدولة التي حصلا فيها على تلك الإقامة وقت الزواج لفترة لا تقل عن خمس سنوات.

– إذا لم تكن الدولة طرفا في الاتفاقية، فلا يؤخذ بقانون دولة الإقامة الأولى للزوجين بل يتم تطبيق قانون الجنسية المشتركة.

– إذا لم يكتسب الزوجان الإقامة الأولى بعد الزواج في نفس الدولة، بأن كان أحدهما يقيم في دولة والأخر في دولة أخرى، مما يتعذر معه تطبيق قانون دولة الإقامة الأولى، فيتم تطبيق قانون دولة الجنسية المشتركة.

أما الضابط الثالث المتمثل في الإقامة العادية يطبق في ثلاث حالات كذلك، طبقا للمادة 02/07 من الاتفاقية وهي:

– إذا نشأت إقامة الزوجين في تلك الدولة، وكانا كلاهما يحمل جنسية تلك الدولة، أومن الوقت الذي يصبح فيه كلاهما مواطنان في تلك الدولة.

– إذا استمرت إقامة الزوجين بعد الزواج في تلك الدولة لمدة لا تقل عن عشر سنوات، وإن لم يكونا يحملان جنسية هذه الدولة.

– إذا لم يكتسب الزوجان بعد الزواج الإقامة الأولى المشتركة في دولة واحدة، فيتم تطبيق قانون دولة الإقامة العادية دون شروط.

وإذا كان التشريع المدني الفرنسي قد أحال بشكل صريح على اتفاقية لاهاي لسنة 1978 بشأن ضوابط الإسناد، فإن بعض التشريعات الغربية الأخرى نصت على قواعد الإسناد بشكل مفصل كما هو الشأن بالنسبة للقانون الدولي الخاص البلجيكي الصادر بتاريخ 1 أكتوبر 2004، والذي نص في المادة 34 على خضوع الأشخاص فيما يخص حالتهم إلى قانون الدولة التي يحملون جنسيتها، حيث نصت المادة المذكورة على ما يلي:

" 1er. Hormis les matières où la présente loi en dispose autrement, l'état et la capacité d'une personne sont régis par le droit de l'Etat dont celle-ci a la nationalité.

Toutefois, la capacité est régie par le droit belge si le droit étranger conduit à l'application de ce droit.

La capacité acquise conformément au droit applicable en vertu des alinéas 1er et 2 ne se perd pas par l'effet d'un changement de nationalité.

2. Les incapacités propres à un rapport juridique sont régies par le droit applicable à ce rapport."

مع الإشارة هنا إلى أن بعض الفقه البلجيكي يؤيد فكرة تفعيل بعض أحكام مدونة الأسرة خاصة تلك التي تنبني على اتفاق إرادتي الأطراف، وهكذا فقد اعتبرت الأستاذة Maria claire [250] أن بإمكان القانون الدولي الخاص البلجيكي إدماج مدونة الأسرة على المستوى المتوسط وذلك عن طريق تطبيق مقتضيات المادة 48 من مدونة الأسرة التي تنص على أن"الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين و إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله مادامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة".

وإذا كان المشرع البلجيكي قد حدد قاعدة عامة بشأن القانون الواجب التطبيق على حالة الأشخاص استنادا لضابط الجنسية طبقا للمادة 34، فإنه عند تخصيصه الحديث عن تدبير الأموال الأسرية في المادة 49 منه، أجاز للزوجين إمكانية الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقاتهما المالية، حيث حدد ثلاث خيارات يمكن الاتفاق بشأن أحدها، فإنما أن يتفق الزوجان على تطبيق قانون الدولة التي سيقيمان في أراضيها محل إقامتهم المعتاد لأول مرة بعد الزواج، أو قانون الدولة التي يقيم بها أحدها بشكل اعتيادي، أو قانون الدولة التي يحمل أحد الزوجين جنسيتها وقت الاختيار﴿251﴾ .

---

250 – Maria claire Foblets. " le nouveau code de la famille quelle application en Belgique. Le cas des ressortissants marocains à l'étranger"colloque international »le code de la famille en migration : quelle compréhension et quelle pratique ?les 25, 26 février 2005.

251 –Article 49 :" Le régime matrimonial est régi par le droit choisi par les époux.
Les époux ne peuvent désigner que l'un des droits suivants:
1° le droit de l'Etat sur le territoire duquel ils fixeront pour la première fois leur résidence habituelle après la célébration du mariage;

أما التشريع الإسباني فقد نص في المادة 9 من قانونه المدني على أن تحديد الأحوال الشخصية الخاص بالأشخاص الطبيعيين يتم على أساس جنسيتهم، حيث ينظم القانون المذكور الأهلية والأحوال المدنية وحقوق وواجبات الأسرة والميراث، وبخصوص الآثار المالية للزواج فقد نص الفصل المذكور على أنها تخضع لقانون الأحوال الشخصية العام للزوجين وقت إبرام العقد؛ وفي حالة عدم وجود هذا القانون، فإنها تخضع لقانون الأحوال الشخصية لمكان الإقامة المعتاد المختار من قبل الطرفين والمضمن في وثيقة أصلية قبل بالزواج ؛ وفي حالة عدم وجود هذا الاختيار، تخضع هذه الآثار لقانون مكان الإقامة المعتاد مباشرة ، وفي حالة عدم وجود مكان الإقامة المذكور، فتخضع لقانون مكان الزواج﴿252﴾.

وإجمالا يمكن القول أن ضوابط الإسناد المعمول بها بشأن النظام المالي للزوجين باعتباره يدخل ضمن فئة الآثار المالية للزواج لدى مختلف التشريعات الغربية، لا

---

2° le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un d'eux a sa résidence habituelle au moment du choix;

3° le droit de l'Etat dont l'un d'eux a la nationalité au moment du choix."

252- art 9 « 1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.

2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio… »

يخرج عن أحد ضوابط الإسناد الثلاث التالية: موقع المال، الموطن المشترك، جنسية الأطراف،

– **فبخصوص ضابط موقع المال** : يعتبر محددا للقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين، وذلك بالنظر إلى مكان تواجد الأموال، حتى وإن وجد في دولة غير التي يقيم فيها الزوجان، ويرجع أساس هذا الاتجاه إلى تكييف طبيعة التنظيم التشريعي للنظام المالي للزوجين باعتباره من مسائل الأحوال العينية، وذلك لاتصاله بأموال الزوجين، وقد كان هذا الاتجاه هو السائد في فرنسا ودول القارة الأوربية قديما﴿253﴾ ، ويحتاج موقع المال كضابط إسناد إلى تحديد زمان الأخذ بهذا الضابط، ذلك أنه إذا كان العقار ثابت في مكانه لا يتغير، فإن المنقول قابل للتحويل من مكان لآخر، كما أن بعض الحقوق المالية تكون في شكل حقوق معنوية، وقد توجد في أكثر من دولة في نفس الوقت، فما هو الموقع الذي يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق؟

يؤدي ضابط موقع المال إلى تعدد القوانين التي تحكم أموال الزوجين خاصة عندما تكون أموالهم موجودة في أكثر من دولة، فضلا عن أن الزوجين قد يفرض عليهما نظام الاشتراك في الأموال نتيجة لوجود أموالهم في دولة تأخذ بهذا النظام عند انعدام الاتفاق، في حين أن الزوجان يقيمان في دولة تأخذ بنظام الفصل بين أموال الزوجين.

– **أما بخصوص ضابط الموطن المشترك،** وهو ضابط يعتمد على موطن إقامة الزوجين لتحديد القانون الذي يحكم أموالهما، بغض النظر عن مكان تواجد هذه الأموال، غير أن هذا الضابط يعجز عن تحديد القانون الواجب التطبيق في الحالة

253– رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، منشورات دار شتات/مصر سنة 2010، ص 75.

التي يكون فيها للزوجين أكثر من مكان واحد للإقامة، أو عندما لا يكون لهما موطن إقامة، أو يكون لكل واحد منهما موطن غير موطن الآخر.

- **أما بخصوص ضابط الجنسية ﴿254﴾**، فهناك من التشريعات من اعتمدت ضابط جنسية الزوج من أجل توحيد القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج، بما في ذلك التشريع المغربي الذي اعتمد ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية لزواج الأجانب غير المسلمين، وذلك من خلال أحكام ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب المؤرخ في 12 غشت 1913 ﴿255﴾، حيث حدد الفصل 14 من الظهير القانون الواجب التطبيق على العقد المنظم للعلاقة المالية بين الزوجين متى كان صحيحا بحيث يطبق عليه القانون الوطني للزوج بتاريخ ابرام الزواج، وإذا أبرم أثناء قيام الزوجية يخضع للقانون الوطني للزوجين بتاريخ إبرامه، أو ان يحيلا إلى قانون آخر على أن يكون هذا القانون المحال عليه هو الذي يحكم آثار العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين﴿256﴾، ولم يقف المشرع عند هذا الحد بل نص في الفصل 15 منه على

---

254- تأخذ معظم الدول العربية بضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج إجمالا بما في ذلك الآثار المالية، ومن ذلك ما جاءت به المادة 02 / 19 من القانون المدني العراقي، والتي نصت على أنه : يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك أثره بالنسبة للمال، وسار المشرع الأردني على نفس النهج، حيث أخذ بضابط جنسية الزوج في المادة 01/ 14 من القانون المدني الأردني، وهو أيضا نفس الموقف الذي تبناه القانون المدني المصري من خلال المادة 13/01 .

255- حفصة الوهابي، أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، السنة الجامعية 2012/2013.

256 -Article 14 : " La validité intrinsèque d'un contrat de mariage et ses effets sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage ou, s'il a été conclu au cours du mariage, par la loi nationale des époux au moment du contrat. La même loi décide si, et dans quelle mesure, les époux ont la liberté de se

أنه إذا لم يبرم العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين فإن آثار الزواج على أموال الزوجين من أصول ومنقولات تخضع لجنسية الزوج أثناء إبرام الزواج، ولا يؤثر على النظام المالي تغيير أحد الأزواج لجنسيته فيما بعد﴿257﴾.

وبخصوص ضابط الجنسية دائما، فإن هناك من اعتمد ضابط الجنسية المشتركة للزوجين، كما هو حال مختلف التشريعات الغربية، وذلك باعتبار الضابط المذكور يحقق مبدأ المساواة بين الزوجين ويدعم الارتباط داخل الأسرة الواحدة، كما يوحد القوانين داخل نفس الأسرة، وهذا هو شأن القانون المدني الفرنسي والقانون البلجيكي اللذين يخضعان الحالة الشخصية للقانون الوطني ﴿258﴾، وكذلك القانون المدني الهولندي الصادر بتاريخ 25 ماي 1981 بشأن تنازع القوانين، والقانون المدني الإسباني في فصله ﴿259﴾.

وعليه فإن الاتجاه العام لدى تشريعات دول الاستقبال يقر بتطبيق قانون البلد الذي يحمل الزوجان جنسيته المشتركة، مما يجعل العلاقات المالية الأسرية للمغاربة المقيمين بهذه الدول خاضعة لأحكام التشريع المغربي ممثلا في مدونة الأسرة، وما يعزز هذه الخلاصة ما تضمنته أحكام عدد من الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب مع عدد من دول الاستقبال بشأن التعاون في الميدان المدني، بما في ذلك

---

référer à une autre loi. Lorsqu'ils s'y sont référés, c'est cette dernière loi qui détermine les effets du contrat de mariage."

257 -Article 15 : "En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage. Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime des biens."

258 -Jean Yves carlier : « Autonomie de la volanté et statut personnel », cahier des droits maghrebins vol N° 1 janvier ; juin 1995 p 8.

259- عبد المنعم فلوس: أحكام الأسرة للجالية المغربية بإسبانيا. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص كلية الحقوق السويسي الرباط 1995 / 1996 ص 144.

الاتفاقية المغربية الفرنسية بشأن حالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي المؤرخة في 10 غشت 1981﴿260﴾، والتي كرست مبدأ شخصية القوانين فنصت في مادتها الأولى على أنه تطبق على حالة الأشخاص الذاتيين وأهليتهم مقتضيات قانون إحدى الدولتين التي ينتمون إليها، غير أن هذه المقتضيات قد تعطل إذا كان القانون الذي يحكم آثار الزواج يتعارض مع النظام العام في فرنسا، وفق ما نص عليه الفصل الرابع من الاتفاقية الذي جاء فيه أنه " لا يمكن العدول عن تطبيق قانون إحدى الدولتين المحدد بمقتضى هذه الاتفاقية من طرف محاكم الدولة الأخرى إلا إذا كان منافيا بصورة واضحة للنظام العام."

وقد سار القضاء الفرنسي في عدد من أحكامه في اتجاه التفعيل التلقائي لضابط الإسناد الوارد في هذه الاتفاقية، كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الكبرى بتروي/فرنسا، بتاريخ 25 شتنبر 2014، والذي جاء في حيثياته ما يلي: " بالنسبة للقانون الواجب التطبيق في هذا النزاع:

بمقتضى المادة 9 من الاتفاق الفرنسي – المغربي المتعلق بوضع الأشخاص والأسرة وبشان التعاون القضائي المؤرخ في 10 غشت 1981، فإن فسخ الزواج يتم النطق به وفقا لقانون واحد من الدولتين و لجنسية الزوجين بتاريخ تقديم الطلب. إذا

---

260– صادق عليها الجانب الفرنسي بتاريخ 10 – 06 – 1982 ونشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 1 – 06 – 1983 بينما لم تنشر في المغرب إلا بتاريخ 12 – 07 – 1987 وذلك بالجريدة الرسمية عدد 3910 / 12 اكتوبر 1987، ص 931.

وإلى جانب الاتفاقية المغربية الفرنسية تم اعتماد الاتفاقية المغربية البلجيكية المؤرخة في 30 أبريل 1991 حول الاعتراف وتنفيذ الأحكام القضائية بشأن الحضانة وزيارة الأولاد، والاتفاقية المغربية الإسبانية بشأن التعاون القضائي والاعتراف وتنفيذ المقررات القضائية في مادة الحضانة وحق الزيارة وإرجاع الأطفال بتاريخ 30 ماي 1997.

– للمزيد من التفاصيل: راجع: عبد الرزاق مولاي رشيد: " العلاقات الأسرية الدولية والقانون المغربي"، مداخلة في لقاء دراسي نظم بالبيضاء بتاريخ 14 – 10 – 2000 تحت عنوان: " مشاكل المرأة المغربية مع القانون"، منشورات الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، سلسلة لنكسر الصمت ع 3 / 2001 ص 114 وما بعدها

كان بتاريخ تقديم الطلب أحد الزوجين لديه جنسية إحدى الدولتين والثاني للدولة الأخرى، يتم النطق بفسخ الزواج وفقا لقانون الدولة التي يقيم بها الزوجين أو بآخر إقامة مشتركة لهما.

وتنص المادة 11 من نفس الاتفاقية على أن فسخ الزواج يمكن أن يصدر من طرف محاكم إحدى الدولتين التي تقع بها الإقامة المشتركة للزوجين أو مكان تواجد السكني الأخيرة المشتركة للزوجين، ومع ذلك، إذا كان كلا الزوجين على حد سواء لديهما جنسية أحد البلدين، فإنه قد تكون محاكم تلك الدولة مختصة أيا كان محل إقامة الزوجين في وقت تقديم طلب الإجراءات القانونية

يستنتج من خلال الوثائق المقدمة في المناقشة أن أحد الزوجين من جنسية مغربية والأخر من جنسية فرنسية وأن الإقامة المشتركة الأخيرة للزوجين في فرنسا في ضوء الأحكام الواردة أعلاه، القاضي الفرنسي هو المختص في التعلق بالطلاق عن طريق تطبيق القانون المغربي " ﴿261﴾.

إجمالا يمكن القول أن اعتماد ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات المالية الأسرية الخاصة بالأجانب عموما والمغاربة المقيمين بالخارج على وجه الخصوص يشكل تكريسا لأحد أهم الحقوق المقررة على مستوى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، بما في ذلك الاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم التي تنص في مادتها 31 على التزام الدول الأطراف بأن تضمن احترام الهوية الثقافية للعمال المهاجرين وأفراد أسرهم، ولا تمنعهم من

261- حكم صادر عن المحكمة الكبرى بتروي/فرنسا، بتاريخ 25 شتنبر 2014، في الملف عدد 01620/14، حكم غير منشور.

الاحتفاظ بوشائجهم الثقافية مع دولة منشئهم ﴿262﴾، ويعتبر تفعيل القوانين الوطنية المرتبطة بتدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج خير أداة لتفعيل هذا المقتضى وذلك بالنظر لارتباط العلاقات المالية الأسرية للمغاربة بجانب الهوية الراسخة للمجتمع المغربي المستمدة من المرجعية الإسلامية، فإسناد الأحوال الشخصية لقانون الجنسية يشكل أهم رابط بين المهاجرين المغاربة ووطنهم الأصلي، فقانون الشخص الوطني يشكل جزءا من هويته، كما أن اعتماد الجنسية كضابط إسناد في مجال الأحوال الشخصية من شأنه أن يأخذ في الاعتبار إمكانية العودة المحتملة للمهاجرين لوطنهم الأصلي﴿263﴾.

وإذا كان الثابت من معظم تشريعات دول الاستقبال أنها تأخذ بضابط الجنسية عند تدبير النظام المالي الأسري، بما يعني تطبيق أحكام القانون المغربي على العلاقات المالية الأسرية الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج، فإن السؤال يظل مطروحا حول الكيفية التي يتم بها تطبيق هذا القانون على مستوى المحاكم الأجنبية؟

**الفقرة الثانية: ضوابط تفعيل القضاء الأجنبي للقانون المغربي فيما يتعلق بالعلاقات المالية الأسرية.**

عندما تقر القوانين الأجنبية أو الاتفاقيات الثنائية التي تجمع المغرب مع بعض دول الاستقبال، بقاعدة إسناد تتيح إمكانية تطبيق القانون المغربي على العلاقات المالية الأسرية الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج، تطرح عدة تساؤلات حول طريقة

---

262- الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 ديسمبر 1990، تمت المصادق عليها من قبل المملكة المغربية وتم نشرها بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.93.317 صادر في فاتح رمضان 1432 (2 أغسطس 2011).

263- هشام أصنيب، ضابط الإرادة في الأحوال الشخصية وآثاره على الجالية المغربية بأوروبا الغربية، رسالة لدبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق فاس 2002 – 2003 ص 37.

تفعيل القضاء الأجنبي للقانون المغربي، فهل يكون تطبيق القانون المغربي تلقائيا من قبل القضاء الأجنبي، أم يتعين الدفع بهذا التطبيق؟

وهل القاضي الأجنبي ملزم بتطبيق القانون المغربي وفق التفسير المعتمد وطنيا بالمغرب –والذي قد يكون مكرسا إلى على مستوى الاجتهاد القضائي أو على مستوى مناشير ودوريات تفسيرية–؟

وما حدود رقابة المحاكم العليا على حسن تطبيق القضاء للقانون المغربي؟

فبخصوص الأخذ بالتطبيق التلقائي للقانون المغربي من عدمه، فالملاحظ أن بعض تشريعات دول الاستقبال كانت صريحة في إلزام القاضي الأجنبي بالتطبيق التلقائي للقانون الواجب التطبيق وفق قواعد الإسناد المعمول بها، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الألماني ينص بشكل صريح على أن المحكمة هي الجهة الملزمة بإثبات مضمون القانون الأجنبي وبشكل تلقائي بحيث يكون على القاضي الألماني واجب البحث عن مضمون القانون المغربي وتطبيقه تلقائيا باعتبار الأمر جزءا من مهامه الوظيفية، وإلا تعرض حكمه للنقض بسبب العيب في تطبيق، وهكذا نصت المادة 293 من قانون المرافعات الألماني على أن: " المحكمة غير مقيدة في تحديد مضمون القانون الأجنبي بما يقدمه الخصوم من إثبات، ولها أن تستخدم أية مصادر أخرى للعلم بهذا القانون"، وهو نفس الأمر المعمول به في إيطاليا ﴿264﴾

غير أنه في المقابل يلاحظ على مستوى بعض التشريعات الأخرى أنه يكتنفها نوع من الغموض بشان هذا الموضوع، كما هو الشأن بالنسبة لمقتضيات المادة 12 من القانون المدني الإسباني التي نصت في فقرتها السادسة على أنه : " تطبق المحاكم والسلطات **تلقائيا** قواعد التنازع المنصوص عليها في القانون

---

264– – يراجع بهذا الخصوص: – عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين الجزء الثاني دار النهضة العربية، الطبعة السادسة 1969 ص 576.

– إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص: مركز الأجانب وتنازع القوانين 1992 ص 286، 287

الإسباني"﴿265﴾، حيث ذهب بعض الفقه الإسباني في تفسير لهذا النص إلى القول بأن عبارة تلقائيا الواردة في النص لا تفيد الإلزام ولا تحمل على معنى الإلزام﴿266﴾، وإنما تفيد بأن القاضي المعروض عليه النزاع وحده له الصلاحية للحسم في مدى إلزامية قاعدة التنازع من عدمها وذلك حسب درجة اقتناعه ﴿267﴾، وهذا التفسير هو المأخوذ به في عدد من الأحكام الصادرة عن القضاء الإسباني الذي يلجأ في أغلب أحكامه إلى التفعيل التلقائي للقانون المدني الإسباني

---

265- art 12 « 1. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española.

2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.

3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.

4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.

5. Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado.

6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español. »

266- يراجع بهذا الخصوص: - عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين الجزء الثاني دار النهضة العربية، الطبعة السادسة 1969 ص 576.

- إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص: مركز الأجانب وتنازع القوانين 1992 ص 286، 287 .

267 -carrillo salcedo : le nouveau DIP espagnol ; Annuaire suisse de droit international 1976 pp 28 – 30.

- Fernadez Rozas y sanchez lorenzo : le nouveau DIP espanol ; Annuaire suisse de droit international 1976 p 441.

على العلاقات المالية الأسرية الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج، بل إن بعض الأحكام تلجأ بشكل صريح إلى استبعاد أحكام القانون المغربي على هذه العلاقات كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية رقم 1 بألكوبينداس بتاريخ 2007/11/20 ﴿268﴾، حيث استبعدت المحكمة تطبيق مدونة الأسرة على دعوى طلاق طرفاها مغربيان، وكان من بين العلل المستند عليها لاستبعاد القانون المغربي، تغيب المدعى عليها عن الحضور وعدم الإدلاء بالقانون المغربي أو طلب تطبيقه، مقابل طلب الزوج تطبيق القانون المدني الإسباني، ومن بين الحيثيات التي وردت في الحكم ما يلي :" حيث أن طرفي النزاع يحملان الجنسية المغربية ويتعين البت في ما هو القانون المطبق حسبما نص عليه الفصل 107 الفقرة 2 من القانون المدني...

وحيث اختار المدعي تطبيق القانون الإسباني وحيث يقيم الطرفان بالتراب الإسباني، وحيث لم يدلى بالقانون المغربي ولم يطلب تطبيقه في حالة التغيب القضائي، مما يتعين معه تطبيق القانون الأسباني."

وقد استدل الحكم المذكور في إقرار عدم التطبيق التلقائي للقانون المغرب بحكم صادر عن محكمة الاستئناف بملجا بتاريخ 2005/ 2 / 10، حكم جاء في حيثيات الحكم أعلاه ما يلي: " يجب أن تبدأ المحكمة بالإشارة إلى أن نزاع دعوى الانفصال بين زوجين مغربيين، صحيح أنه في بداية الأمر يحيل الفصل 107 من القانون المدني على تشريع المملكة المغربية كقانون يطبق، كما أن الفصل 12 من القانون المدني يطلب من الطرف الذي يقدم الدعوى إثبات مضمون وسريان العمل بهذا القانون الأجنبي بواسطة وسائل الإثبات التي يقرها القانون الإسباني. "، غير أنه في المقابل وعلى وجه الاستثناء أخذت بعض المحاكم الإسبانية باتجاه مخالف حيث

---

268- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية رقم 1 بألكوبينداس/إسبانيا، تحت عدد 07/149، بتاريخ 2007/11/20، ب شأن ملف التطليق عدد 06/716، غير منشور.

أقرت بإلزامية تفعيل ضابط الإسناد المرتبط بجنسية الطرفين وأعملت أحكام مدونة الأسرة في نزاع قائم بين مغربيين رغم تمسك المدعي بتطبيق القانون المدني الإسباني، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية رقم 8 فيكيراس أرنيرا بتاريخ 4 يونيو 2012﴿269﴾، ما يلي :

تزوج الطرفان في 2 غشت 1983 في طنجة (المغرب)، وفقا للوثيقة التي قدمت مع الطلب.

يدعي المدعي بأحكام المادة 86 من القانون المدني، من أجل الموافقة على فسخ الزواج بالطلاق، وأحكام الفصول 91 وما يليه من نفس الهيئة القانونية لتنظيم الآثار.

وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة 218 من قانون الإجراءات المدنية، " تقرر المحكمة، دون الخروج عن سبب الطلب اللجوء إلى أسس واقعية أو قانونية غير تلك التي يرغب الطرفان في تأكيدها، سيحل وفقا للقواعد المطبقة على القضية، حتى وإن لم يذكرها أطراف الدعوى"، والذي ينبغي أن يوضع في سياق المادة 281 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن القانون الأجنبي يجب إثباته فيما يتعلق بمحتواه وصحته، يجوز للمحكمة استخدام أكبر عدد من وسائل التحقيق التي تعتبر ضرورية لتطبيقه.

في هذه الحالة فإن الحق الذي يدعيه المدعى هو القانون المدني الإسباني، ولكن نظرا للجنسية المغربية للأطراف، من الضروري تحديد القانون الواجب تطبيقه، والذي يتعين الامتثال بشأنه لأحكام المادة 107 من قانون المدني الذي ينص في فقرته الثانية على أن "الفصل والطلاق يخضعان للقانون المشترك بين الزوجين وقت تقديم الدعوى." ولذلك، وعلى الرغم من أن الحق المدعى المتمسك به هو القانون المدني،

---

269- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية رقم 8 فيكيراس أرنيرا 7 بخيرونا/إسبانيا بتاريخ 4 يونيو 2012، تحت عدد 12/74، في ملف التطليق عدد 2010/648، غير منشور.

لا يمكن تطبيق هذا الحكم، بل القانون المغربي، ولا سيما قانون مدونة الأسرة، لأن كلا الطرفين من جنسية مغربية، ويستند في ذلك إلى ما سبق ذكره أن المادتين 218 و281 من قانون الإجراءات القانونية قد توافقتا"

ونفس الاتجاه سار عليه القضاء الفرنسي في عدد من أحكامه كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 31 مارس 2005 التي قامت بتطبيق القانون المغربي رغم أن زوجة طلبت بالتعويض طبقا للقانون الفرنسي إلا أن القاضي رفض تطبيق القانون الفرنسي على اعتبار أن القانون المغربي هو الواجب التطبيق بناء على الاتفاقية المغربية الفرنسية لسنة 1981﴿270﴾.

في مقابل هذا الاتجاه الذي يشترط لتطبيق القانون المغربي على العلاقات المالية الأسرية ضرورة تمسك الأطراف بالتطبيق، وإدلائهم بالقانون الساري المفعول، ذهبت بعض التشريعات إلى إقرار نصوص صريحة تلزم القضاء بتطبيق قاعدة الإسناد تلقائيا كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي الذي نص صراحة في الفقرة الأولى من الفصل 12 من قانون المسطرة المدنية على إلزام القاضي بحل النزاع طبقا للقواعد القانونية التي تطبق على النزاع ﴿271﴾

وإذا ما سلمنا بإقرار التشريعات الأجنبية أو الاتفاقيات المبرمة ما بين المغرب ودول الاستقبال بإقرار قواعد إسناد واضحة وملزمة تتيح إمكانية تطبيق القانون المغربي على العلاقات المالية الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، فإن التطبيق السليم لهذا القانون لن يتأتى إلا بتحديد القاضي الأجنبي لمضمون هذا القانون، وهو

270 –Patrick matet « la dissolution du mariage »colloque sur les relations familiales les 10,11 novembre 2005 a la cour suprême. conseiller a la cour d'appel de paris.

271 –– Dominique Bureau : l'application d'office de la loi étrangère, essai de synthèse JDI N°2 1990 p 354.

الأمر الذي يطرح معه التساؤل حول الجهة المكلفة بالبحث عن مضمون القانون المغربي وحدود صلاحية القضاء الأجنبي في تفسير بنوده قبل العمل على تطبيقه.

فبخصوص تحديد مضمون القانون الأجنبي عامة والقانون المغربي على وجه الخصوص، فقد اختلفت تشريعات دول الاستقبال ومعها الفقه الغربي بشأنه فبرز توجهان، أحدهما يلقي عبء إثبات مضمون هذا القانون وتفسيراته على عاتق القاضي المعروض عليه النزاع الذي من واجبه أن يسعى إلى التعرف على أحكام القانون الواجب التطبيق تلقائيا﴿272﴾، واتجاه آخر يقول بعدم إلزام القاضي المعروض عليه النزاع بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي وتفسيراته، وأن على الأطراف المطالبين بتطبيقه أن يثبتوا أحكامه، وقد سارت بعض التشريعات ومعها بعض الاجتهاد القضائي الغربي على تكريس هذا التوجه ﴿273﴾، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الإسباني الذي ينص على أنه يجب على الشخص الذي يثير قانونا أجنبيا إثبات مضمونه وسريانه بوسائل الإثبات المقبولة في القانون الإسباني، في حين اعتمدت تشريعات أخرى منهجا وسطا، كما هو الشأن بالنسبة للمادة 15 من القانون الدولي الخاص البلجيكي التي أسندت للقاضي المعروض عليه النزاع مهمة تحديد محتوى القانون الأجنبي، وتطبيقه حسب التفسير الوارد في الخارج، وفي حال عدم تمكنه من إثبات هذا محتوى ، يجوز له أن يطلب تعاون الأطراف﴿274﴾.

---

272- للزيد حول هذا الاتجاه يراجع عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين الجزء الثاني دار النهضة العربية، الطبعة السادسة 1969 ص 576 .

273- يراجع بهذا الخصوص : فهمي محمد كمال: الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية، 1981ص 478.

- هشام علي صادق: دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية 2000 ص 143

274 -Article 15 : " 1er. Le contenu du droit étranger désigné par la présente loi est établi par le juge.

Le droit étranger est appliqué selon l'interprétation reçue à l'étranger.

وفي هذ السياق يلاحظ وجود تباين على مستوى عمل المحاكم بدول الاستقبال بشأن إلزام المغاربة بإثبات أحكام مدونة الأسرة، حيث ذهبت بعض المحاكم في اتجاه عدم إلزام الأطراف بإثبات أحكام المدونة ولجأت إلى تفعيل أحكامها تأسيسا على ضابط الجنسية، كما هو الشأن بالنسبة للمحكمة الابتدائية رقم 8 فيكيراس أرنيرا التي اعتبرت في حكمها الصادر بتاريخ 4 يونيو 2012 ﴿275﴾، أنه رغم أن القانون الأجنبي يجب إثباته، فإنه يجوز للمحكمة استخدام أكبر عدد من وسائل التحقيق التي تعتبر ضرورية لتطبيقه، وقامت بتفعيل مقتضيات مدونة الأسرة على النزاع القائم بين طرفين مغربيين، وهكذا فقد جاء في الحكم المذكور ما يلي : " تزوج الطرفان في 2 غشت 1983 في طنجة (المغرب)، وفقا للوثيقة التي قدمت مع الطلب ... والذي ينبغي أن يوضع في سياق المادة 281 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن القانون الأجنبي يجب إثباته فيما يتعلق بمحتواه وصحته، يجوز للمحكمة استخدام أكبر عدد من وسائل التحقيق التي تعتبر ضرورية لتطبيقه"

في هذه الحالة فإن الحق الذي يدعيه المدعى هو القانون المدني الإسباني، ولكن نظرا للجنسية المغربية للأطراف، من الضروري تحديد القانون الواجب تطبيقه، والذي يتعين الامتثال بشأنه لأحكام المادة 107 من قانون المدني الذي ينص في فقرته الثانية على أن "الفصل والطلاق يخضعان للقانون المشترك بين الزوجين وقت تقديم الدعوى." ولذلك، وعلى الرغم من أن الحق المدعى المتمسك به هو القانون المدني، لا يمكن تطبيق هذا الحكم، بل القانون المغربي، ولا سيما قانون مدونة الأسرة، لأن

---

2. Lorsque le juge ne peut pas établir ce contenu, il peut requérir la collaboration des parties.

Lorsqu'il est manifestement impossible d'établir le contenu du droit étranger en temps utile, il est fait application du droit belge."

275- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية رقم 8 فيكيراس أرنيرا 7 بخيرونا/إسبانيا بتاريخ 4 يونيو 2012، تحت عدد 12/74، في ملف التطليق عدد 2010/648، غير منشور.

كلا الطرفين من جنسية مغربية، ويستند في ذلك إلى ما سبق ذكره أن المادتين 218 و281 من قانون الإجراءات القانونية قد توافقتا".

غير أن السؤال يظل مطروحا هنا في حال لجوء القاضي الأجنبي إلى تطبيق أحكام القانون المغربي عند تدبير العلاقات المالية الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، وحدث وأخطأ القاضي المعروض عليه النزاع في تطبيق هذا القانون أو في تفسير أحكامه، فهل يخضع خطأه لرقابة محكمة النقض، وهل بإمكان الطرف المغربي اللجوء إلى المحاكم العليا الأجنبية لحل مثل هذا المشكل؛ وبالتالي ضمان التطبيق السليم للقانون المغربي أم لا؟

بخصوص هذا الجانب فالملاحظ أن تشريعات دول الاستقبال متباينة في الأخذ بهذا الجانب من الرقابة، ذلك أن بعض التشريعات منعت بشكل صريح هذا النوع من الرقابة، كما هو الشأن بالنسبة للفصل 99 من قانون المسطرة المدنية الهولندي الذي نص بشكل واضح على عدم خضوع تطبيق القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض، ذلك أنه طبقا للفصل المذكور فإن أسباب النقض محددة في " خرق القانون باستثناء قانون الدولة الأجنبية."، وعليه فإن خرق أو إساءة تفسير القاضي الهولندي لأحكام القانون المغربي عند تدبيره للأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج من غير خاضع لرقابة محكمة النقض الهولندية.

وإذا كان القانون الهولندي قد استبعد نهائيا موضوع الرقابة على حسن تطبيق القانون الأجنبي من قبل محكمة النقض، فإن بعض التشريعات أتاحت إمكانية الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي فقط في بعض الجوانب، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع الإسباني الذي حصر في الفصل 1692 من قانون المسطرة المدنية الإسباني حالات اللجوء إلى طلب النقض بالنسبة لتطبيق القانون الأجنبي في حالة رفض قاضي الموضوع الأخذ بوسائل إثبات القانون الأجنبي التي يقدمها الأطراف أو في حالة عدم إعطاء الأطراف فرصة الدفاع إذا كان الأمر يتعلق بمناقشة مضمون

القانون الأجنبي﴿276﴾، وعليه فإنه في حال سوء تطبيق أو تفسير القاضي الإسباني للقانون المغربي بمناسبة تدبيره للأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، فإن قراره لا يكون خاضعا لرقابة المحكمة العليا بهذا الخصوص.

في المقابل نجد تشريعات أخرى لدول الاستقبال تتيح إمكانية الرقابة على حسن تطبيق وتفسير القانون الأجنبي، كما هو الشأن بالنسبة للمادة 73 من القانون الخاص بمحاكم العمل الألماني التي تنص على إمكانية الطعن في الحكم كلما تضمن مخالفة للقانون بشكل عام سواء أكان القانون المعني وطنيا أو أجنبيا﴿277﴾.

ونفس الأمر سار عليه الاجتهاد القضائي الإيطالي حيث استقر على إلزام قاضي الموضوع بتطبيق قواعد الإسناد التي تأمر بتطبيق القانون الأجنبي، كما ألزمته بتجنب الخطأ في تفسير هذا القانون، وإلا كان حكمه معرضا للنقض، وذلك بالرغم من أن المجلس الأعلى بمقتضى التعديل الذي أدخل على الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية في سنة 1974، أصبح في حل من أي التزام قانوني يلزمه بالرقابة ﴿278﴾.

وخلاصة القول أن استبعاد طريقة تطبق وتفسير القانون المغربي من دائرة الحالات الخاضعة لرقابة المحاكم العليا ببعض دول الاستقبال من شأنه المس بالقانون الأجنبي نفسه، إذ يمكن إدخاله في إطار التفعيل السيء لقواعد الإسناد

---

276- عبد المنعم فلوس: أحكام الأسرة للجالية المغربية بإسبانيا رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ كلية الحقوق السويسي الرباط، 1995 – 1996، ص من 55 إلى 57.

277- الغازي محسن: دور رقابة المحاكم العليا الأجنبية في تكريس احترام القوانين الشخصية عرض أعد في إطار مقرر السنة الثانية من السلك الثالث في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: قانون الأسرة والطفولة، كلية الحقوق فاس2000 – 2001 ص 7.

278- يراجع بهذا الخصوص: محمد ناصر متيوي مشكوري: مبادئ في القانون الدولي الخاص، مكتبة المعارف الجامعية 2001، ص 106 – 107 .

الأجنبية، إذ ما فائدة وضع قواعد إسناد تحيل على تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مجال حسن تطبيق وتفسير هذه القوانين غير خاضع للرقابة، هذا ناهيك عن الآثار السلبية المترتبة على حقوق المغاربة المقيمين بالخارج نتيجة سوء تفسير أو تطبيق قانونهم الوطني، خاصة على مستوى نفاذ هذه الأحكام داخل التراب المغربي.

**المطلب الثاني: مؤيدات استبعاد القضاء الأجنبي للنظام القانوني الأجنبي.**

إذا كانت قواعد الإسناد المعمول بها بدول الاستقبال كما سبق البيان تؤدي مبدئيا إلى تطبيق أحكام القانون المغربي على العلاقات المالية الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج؛ فإنه عمليا يتعرض هذا التطبيق إلى التعطيل بالشكل الذي يفقد معه نجاعته، إذ في غالب الأحيان يلجأ القضاء الأجنبي إلى استبعاد تطبيق ضابط الإسناد الذي يحيل على تطبيق القانون المغربي لسبب من السببين : الأول مرتبط بدفع القضاء الأجنبي بالنظام العام (الفقرة الأولى)، والثاني مرتبط باعتماد بعض ضوابط الإسناد الجديدة التي تؤدي إلى استبعاد القانون المغربي من دائرة التطبيق (الفقرة الثانية)

**الفقرة الأولى : تأثير فكرة النظام العام على تفعيل القضاء الأجنبي للنظام القانوني المغربي.**

إن محاولة إعطاء تعريف دقيق ومحدد للنظام العام مسألة ليست بالأمر السهل، لأن النظام العام فكرة نسبية يختلف مضمونها باختلاف الزمان والمكان، وهي في الأصل عبارة عن قواعد تهدف إلى تحقيق مصالح عامة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، ولذلك يستحسن أن يترك للقاضي أمر تحديد ما يعد من النظام العام وما لا يعد منه، مستعينا في تقديره بالحقائق الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للبلاد ومستبعدا رأيه وميوله الشخصية ﴿279﴾، على أن ذلك لا يمنع من ملامسة تعريف

279- يراجع بهذا الخصوص: محمد حسن قاسم، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر ولبنان، الجزء الأول، منشورات الطبي الحقوقية الطبعة الأولى، لبنان، 2006، ص136.

مفهوم النظام العام لدى بعض الفقه، حيث عرفه البعض باعتباره " تلك المصالح الجوهرية والأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها، ويتأسس عليها كيانها كما يرسمه نظامها القانوني، سواء أكانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أو إجتماعية أو اقتصادية أأو دينية، والإخلال بها يعرض كيان الجماعة للتصدع والانهيار"﴿280﴾، والنظام العام بهذا المفهوم هو فكرة وطنية نسبية فما يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة معينة قد لا يعتبر كذلك في دولة أخرى، وما يعتبر مخالفا للنظام العام في وقت معين في بلد ما قد لا يعتبر كذلك في وقت آخر ﴿281﴾، إن نسبية مفهوم النظام العام جعلت بعض الأنظمة القضائية بدول الاستقبال الغربية تلجأ إلى وضع معيار محدد لتفسير هذا المفهوم وذلك عند تصديها لمسألة تطبيق القوانين الأجنبية-خاصة مدونة الأسرة المغربية-، فاعتمدت بعض المحاكم التفسير لصالح تغليب استبعاد القانون الأجنبي، كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية رقم 1 بألكوبينداس بتاريخ 2007/11/20 بمناسبة نزاع بين زوجين حاملين للجنسية المغربية ﴿282﴾، الذي عرف النظام العام وحدد المعيار المحتكم إليه في تفعيله، حيث جاء في إحدى حيثيات الحكم المذكور ما يلي : "النظام العام الذي هو مجموعة من المبادئ العامة والخاصة، السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية والدينية التي تؤطر واقع العيش المشترك والتي

---

280- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط 4، لسنة 2005، منشورات دار وائل للنشر/عمان/الأردن، ص 236.

281 --Bourdrlois Béatrice, le mariage polygamique en droit international privé francais, these doctorat, d'état, Tl, université de pantheon, Assas (paris 2) ,1991, p 145.

282- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية رقم 1 بألكوبينداس/إسبانيا، تحت عدد 07/149، بتاريخ 2007/11/20، ب شأن ملف التطليق عدد 06/716، غير منشور.

تحترمها المجموعات، حيث تعتبر ضرورية للحفاظ على المجتمع في كل حقبة زمنية. وهو المعيار في الاجتهاد القضائي كما في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 5 أبريل 1996 الذي يجب تأويله بحذر وحصريا لتفادي نتيجة عدم القدرة على تطبيق التشريعات الأجنبية أو تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم أجنبية... "

وإذا كان تعريف النظام العام على هذا النحو فقها وقضاء فإن مفهوم الدفع بالنظام العام بدوره كان محل تعريف من قبل بعض الفقه الذي عرفه بالقول:" هو دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي واجب التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية، إذا كان حكمها يرتطم ويتعارض مع المبادئ والقيم العليا الإجتماعية والإقتصادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي." ﴿283﴾، وعليه فإن الغرض من الدفع بالنظام العام هو استبعاد تطبيق القانون الواجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، بسبب تعارضه مع الأسس والمبادي الجوهرية التي يتأسس عليها النظام القانوني في دولة قانون القاضي، وعلى هذا يمكن القول أن النظام العام هو بمثابة سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازما في الأصل إذا ما ظهر تعارض فحواه للمفاهيم الوطنية" ﴿284﴾، أي تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ليحل القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة، وهو بهذا الوصف يُعمل

283– أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،2008، ص 774.

284–يراجع بهذا الخصوص: حسن المهداوي، القانون الدولي الخاص (شارع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2005 ص 184.

في إطار العلاقات الدولية الخاصة وليس في نطاق العلاقات الوطنية الخالصة﴿285﴾.

وتعتبر العلاقات المالية الأسرية ميدانا خصبا للدفع بمخالفة القانون الأجنبي للنظام العام. وهذا راجع بالنظر إلى كون الروابط العائلية عموما تقوم على مفاهيم اجتماعية وأخلاقية ودينية تختلف من نظام قانوني لآخر كما هو الشأن بالنسبة للأنظمة القانونية الأوربية والنظام القانوني في الدول الإسلامية.

مع الإشارة هنا إلى أن أحكام النظام العام بدول الاستقبال الغربية تستند إلى مرجعية شبه موحدة، وهي مرجعية حقوق الإسنان وفق المضمن بالاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان وخاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، والاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان التي تم التوقيع عليها في روما في 4 نونبر 1950 ودخلت حيز التنفيذ في 3 شتنبر 1953﴿286﴾...، وهي تشكل نظاما عاما دوليا في مجال الروابط الأسرية.

غير أن مفهوم النظام العام نفسه قد تغير بتطور المجتمع الأوروبي الذي اصبحت فيه الحياة مبنية على النزعة المادية ومبادئ الحرية الفردية حسب التفسير المعطى لهما في إطار الاتفاقيات الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة، وبصفة خاصة التفسير الذي تعطيه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لمفهوم الحرية والحياة

---

285- يراجع بهذا الخصوص: محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2003، العدد 4 ص 147.

286- للمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية يراجع:

-Matti pellonpâa : la convention européenne des droits de l'homme : quelque réflexions comparatives entre la Finlande et la France ; RIDC N°3 / 1995 p 669 et suivant.

- رشيد المرزكيوي: النظام الأوربي لحماية حقوق الإنسان، رسالة لنيل دبلوم الدراسا العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط 1991. 1992 ص 187 وما بعدها

الخاصة المضمن في المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية، كما أن من أسباب تطور مفهوم النظام العام الأوربي كذلك تلك المرتبطة بمرجعيته كما سبق الذكر والتي تجد سندها في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي ترفض أي قيد أو شرط يحد من مبدأ المساواة بين الجنسين، فإن الأحكام القانونية المغربية المؤطرة للعلاقات المالية الأسرية الموسومة في جزء منها بالصبغة الدينية يتم استبعادها في أوروبا بذريعة معارضتها للنظام العام ومستلزمات حقوق الإنسان المرتبطة بتكرس انعدام المساواة، وذلك لدرجة يمكن القول معها أن الأمر لا يتعلق بتنازع بين القانون المغربي والقوانين الغربية بقدر ما يتعلق الأمر بتنازع بين الحضارات، وفي هذا الإطار يقول الفقيه الفرنسي jean deperez " في مجال مثل الأحوال الشخصية وخاصة عندما يتعلق الأمر بعلاقات بين بلد إسلامي وآخر من العالم الخارجي، فإن تنازع القوانين ينبغي أن يفهم بالأحرى على أنه تصادم بين حضارتين قبل ان يكون اختلافا بين القوانين او بين الأنظمة"﴿287﴾.

وقد أقرت عدد من تشريعات دول الاستقبال فكرة النظام العام كسبب من الأسباب المؤدية إلى استبعاد تطبيق أحكام القانون المغربي على العلاقات المالية الأسرية، من قبل التشريع البلجيكي الذي اعتبر أن القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام البلجيكي فإنه يتم استبعاده وذلك طبقا للماد 20 من القانون الدولي الخاص البلجيكي ﴿288﴾، ونفس ما قيل عن القانون المغربي ينطبق على جانب الأحكام

---

287 –Jean Doperez : « le droit international privé a travers les livres » Revue juridique ; politique et économique du Maroc N° 5 / 1979 p 265

288 – artc 12 cc : « 1. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española.

2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.

القضائية المغربية، ذلك أن القاضي البلجيكي عندما ينتقل إلى تطبيق القانون المغربي فإن القاضي إما يعترف بقانونية النظام القانوني والقرارات الصادرة عن المحاكم المغربية، أو يتم استبعادها لمخالفتها للنظام العام، وهكذا فقد نصت المادة 570 من التقنين القضائي البلجيكي على أن القرارات الأجنبية لا يمكن أن تتعارض مع مبادئ النظام العام الدولي البلجيكي، ومن ذلك الزواج.

ونفس الأمر أشار إليه التشريع الاسباني حيث نص بشكل صريح من خلال المادة 12 من قانونه المدني على استبعاد القانون الأجنبي من التطبيق إذا كان مخالفا للنظام العام الاسباني﴿289﴾.

---

3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.

4. Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española.

5. Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho Estado.

6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español. »

289 - article 20 : « Les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte à l'application des règles impératives ou d'ordre public du droit belge qui entendent régir une situation internationale quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois, en vertu de la loi ou en raison de leur but manifeste.

Lors de l'application, en vertu de la présente loi, du droit d'un Etat, il peut être donné effet aux dispositions impératives ou d'ordre public du droit d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier Etat, ces dispositions sont applicables quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois. Pour décider si effet doit être donné à ces

أما التشريع الفرنسي فإن نظامها العام يتأسس من نوعين من المبادئ، النوع الأول: يتعلق بالمبادئ التي تم الإعلان عنها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 والتي تعتمدها محكمة النقض الفرنسية كحق طبيعي من أجل تحقيق العدالة العالمية ومنع التمييز﴿290﴾، أما النوع الثاني فيتمثل في المبادئ الخاصة بالمجتمع الفرنسي والمتمثلة في مجموع الأسس السياسية والأخلاقية والمعنوية للمجتمع الفرنسي وأسس السياسة التشريعية الفرنسية خاصة مجال الأحوال الشخصية والتي لا تسمح لأنظمة قانونية أجنبية ذات مرجعية دينية أن تتدخل وتؤثر في نظامها القانوني الخاص﴿291﴾.

وإجمالا فإن العمل القضائي بدول الاستقبال يلجأ إلى استبعاد القانون الأجنبي عموما كلما تبين له أن الأحكام الواردة فيه مخالفة للنظام العام بدولة الاستقبال، غير أن التباين في تفسير مفهوم النظام العام من قبل القضاء بدول الاستقبال، ينعكس بشكل مباشر على إمكانية تطبيق القانون المغربي على العلاقات المالية الأسرية الخاصة بالمغاربة، ذلك أن بعض المحاكم تسير في اتجاه اعتبار التشريع الأسري المغربي بكافة أحكامه قانونا تمييزيا ومخالفا للنظام العام، وتستبعد تطبيقه بشكل تام بعلة الأحكام التمييزية ومخالفة النظام العام، ومن ذلك ما جاء في الحكم الصادر

---

dispositions, il est tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. »

290 - Pierre mayer « la CONVENTION Européenne DES DROIT l'homme et l'application des normes étrangères »RCDIP .N :4 .1991. P :661

291 -pour plus d'information : Hocine sadok, université de Haute Alsace France « la confrontation du code de la famille à l'ordre public international françois » colloque international :« le code de la famille en migration » Rabat .

عن المحكمة الابتدائية رقم 1 بألكوبينداس بتاريخ 2007/11/20 ﴿292﴾، حيث استبعد تطبيق قانون الأسرة المغربي على النزاع القائم بين طرفين مغربيي الجنسية استنادا إلى مجموعة من الأسباب والعلل، أهمها علة مخالفة قانون الأسرة المغربي للنظام العام الإسباني، حيث جاء ضمن حيثيات الحكم المذكور ما يلي : " حيث إن طرفي النزاع يحملان الجنسية المغربية ويتعين البت تبعا لذلك في القانون الواجب التطبيق حسبما نص عليه الفصل 107 الفقرة 2 من القانون المدني "2- يتم البت في الانفصال والطلاق وفق القانون الوطني للزوجين عند تقديم الدعوى، وعندما يكون للزوجين جنسيات مختلفة يطبق قانون الإقامة الاعتيادية للزوجين عند تقديم الدعوى، في غياب ذلك يطبق قانون آخر إقامة اعتيادية للزوجين إذا كان أحدهما لا زال يقيم بصفة اعتيادية بتلك الدولة. في جميع الحالات يطبق القانون الاسباني عندما يكون أحد الزوجين إسبانيا أو مقيما بصفة اعتيادية باسبانيا:

أ- عندما لا يطبق أي من القوانين المذكورة أعلاه.

ب- عندما تقدم دعوى الانفصال أو الطلاق للمحكمة الاسبانية بطلب من كلا الزوجين أو بطلب من أحدهما بموافقة الآخر.

ت. إذا كانت القوانين المشار إليها في الفقرة الأولى لا تعترف بالانفصال أو الطلاق أو تعترف به بشكل تمييزي أو مخالف للنظام العام"، كما هو الشان بالنسبة لنازلة الحال ... مع كل هذا لا يلغي التأويل لصالح دائرة القانون المدني لمحل السكني اتجاه القانون الوطني للزوجين دون اعتبار كذلك الفرصة الملائمة لإدخال الاستثناء المنصوص عليه في الفصل 12 الفقرة 3 من القانون المدني حول ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي سيؤثر على النظام العام ... "

---

292- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية رقم 1 بألكوبينداس/إسبانيا، تحت عدد 07/149، بتاريخ 2007/11/20، ب شأن ملف التطليق عدد 06/716، غير منشور.

أما بخصوص العلة الثانية لاستبعاد تطبيق قانون الأسرة المغربي على طرفي النزاع أعلاه والمرتبطة بجانب التمييز، فقد اعتبر الحكم أعلاه أنه طرفي النزاع يجب أن يتمتعا بكافة الحقوق التي يتمتع بها مواطني الدولة الإسبانية، حيث ورد بحيثيات الحكم المذكور ما يلي : " في جميع الحالات لا يجب إغفال التشريع المتعلق بحقوق وحريات الأجانب باسبانيا ( القانون التنظيمي 2000/4 المؤرخ في 11 يناير والقانون التنظيمي 8 / 2000 المؤرخ في 22 دجنبر) الذي يعطي لهم نفس الحقوق التي يعطيها لمواطني المملكة الاسبانية المذكورة في الجزء الأول من الدستور الاسباني لسنة 1978 الذي يتطرق للمسألة بعبارات تتجاوز أي حصر محتمل لحق التقاضي أو الحقوق الأخرى المنصوص عليها في الفصل 107 من القانون المدني."

وإلى جانب هذا التوجه القضائي الرافض بشكل كامل لتطبيق قانون الأسرة المغربي على العلاقات المالية للمغاربة المقيمين بالخارج، هناك توجه آخر يتميز بين أحكام القانون المغربي فتأخذ بما توافق مع الأحكام القانونية لبلد الإستقبال وتستبعد ما خالفها من أحكام في الواقع ﴿293﴾، ولعل أبرز الأحكام التي يأخذ بها القضاء الأجنبي ولا يعتبرها مخالفة للنظام العام ببلد الاستقبال تلك التي تتيح للأطراف إمكانية التدبير المشترك بناء على إرادة الأطراف .

وإلى جانب الدفع بالنظام العام كسبب لاستبعاد القانون الوطني، فإن هناك حالات أخرى يستبعد فيها القضاء الأجنبي القانون الوطني في إطار ما يعرف ب "الغش نحو القانون"، ذلك أنه قد تتعارض مصالح أحد الزوجين أو كلاهما مع نصوص القانون الوطني وأهدافه فيعمدون إلى التحايل عليه بإيجاد مراكز قانونية مصطنعة تتفق وحرفية القانون وتخالف الغرض منه، إذ يكفي أن يغيروا في عناصر

293- بعض التشريعات العربية تبت هذا الاتجاه صراحة كما هو الشأن بالنسبة المشرع التونسي الذي نص في الفصل 4 / 36 من مجلة القانون الدولي الخاص على أنه:" ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي..."..

العلاقة الوطنية كي تصبح خاضعة لقانون أخر غير القانون المختص بحكمها ويحدث هذا التغيير في القانون بتغيير الجنسية أو الموطن، فالغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين هو في حقيقته تغيير ذوي الشأن عمدا لضابط الإسناد بقصد استبعاد القانون المختص بحكم المركز القانوني، أو بعبارة أخرى هو تغيير إرادي لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة أخرى أكثر تحقيقا للنتائج المتوخاة﴿294﴾، وهنا يعامل القضاء الطرف مرتكب الغش بنقيض قصده.

**الفقرة الثانية : اعتماد القضاء الأجنبي لضوابط إسناد جديدة تؤدي إلى استبعاد القانون المغربي من دائرة التطبيق.**

عرفت معظم الأنظمة القانونية الغربية عدة تغيرات على مستوى ضوابط الإسناد كان من نتائجها تقييد المجال المشمول بقانون الجنسية لفائدة ضوابط إسناد أخرى – خاصة تلك المرتبطة بالموطن–، وقد جاء هذا التغيير في سياق التحولات الشاملة

---

294– عرفت هذه النظرية لدى القضاء الفرنسي منذ صدور قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية الأميرة " بوفرمون ". وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أميرة فرنسية تدعى" بوفرمون رغت في الطلاق من زوجها للزواج بلمير رومانى يدعى بيسكو"، وكان القانون الفرنسي المختص أصلا بحكم النزاع يمنع الطلاق آنذاك، فلم تجد الأميرة بوفرمون من سبيل أمامها إلا التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يجيز قانونها التطليق وتحصلت عليه وفقا لقانون جنسيتها الجديدة. وتزوجت في برلين بالأمير الروماني" بيبسكو"، ثم تقدم الزوج الأول أمام القضاء الفرنسي بدعوى يطلب فيها إبطال طلاقها منه، وصدر القرار لصالحه إذ قضت محكمة النقض بإبطال طلاقهما وما ترتب عنه من زواج وأسست وقفها استنادا إلى فكرة الغش نحو القانون، ولم تستطع الأميرة التذرع بجنسيتها الجديدة لأنها حصلت عليها بنية الغش.

يراجع بهذا الخصوص:

–Pierre Mayer, vincent heuzé, droit international privé, 8éme éd, L.G.D.J , montchrestien, paris, 2005, p 188.

–حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص–تنازع القوانين– الطبعة الأولى سنة 2005، دار الثقافة للنشر والتوزيع/الأردن، ص184.

التي عرفتها السياسات التشريعية لدول الاستقبال المرتبطة بمعالجة ظاهرة الهجرة التي أصبحت في تنام متواصل سواء بكيفية غير نظامية عن طريق الهجرة غير الشرعية، أو بكيفية نظامية بحكم الالتحاق المكثف لأسر العمال الأجانب في إطار ممارسة حق التجمع العائلي، وهو الأمر الذي جعل دول الاستقبال أمام عدة تحديات مرتبطة بمركزة القوانين الأجنبية في نظامها القانوني؛ بالشكل الذي يجعل القضاء بدول الاستقبال غير قادر على مواكبة مختلف التشريعات الأجنبية، هذا فضلا عن الهدف المعلن من قبل جل دول الاستقبال والمتمثل في السعي نحو تحقيق اندماج أكبر للمهاجرين من طريق إخضاعهم لنفس الضوابط القانونية الناظمة للعلاقات القائمة بين المواطنين داخل الدولة، وعليه فإن اعتماد ضوابط إسناد جديدة كبديل مقيد لضابط الجنسية كان استندا لهذه الاعتبارات أساسا، ومن بين أهم الضوابط الجديدة التي اعتمدتها دول الاستقبال بهذا الشأن، نجد ضابط الموطن، الذي يمكن تعريفه من خلال محددين اثنين: أولا مادي ويحيل على الإقامة في مكان معين على وجه الاستقرار، والآخر معنوي متمثل في اتجاه نية الشخص إلى اتخاذ الاقامة مقرا دائما له، وهذا ما يميز الموطن عن مكان الإقامة، فالموطن هو ذلك المكان الذي يقيم فيه الشخص لمدة غير محددة بنية البقاء، بينما محل الإقامة هو المكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة مادية لمدة محدودة دون نية البقاء فيه، فمحل الإقامة إذن لا يتوافر سوى على الركن المادي دون الركن المعنوي﴿295﴾.

وبمراجعة أغلب الأنظمة التشريعية لدول الاستقبال يلاحظ أن ضابط الموطن ينزل منزلة البديل لضابط الجنسية في حالة عدم تحقق الأخير، ولا يعتبر بديلا عنه في أغلب التشريعات، إذ أن الأصل حسب هذه التشريعات أن يتم تطبيق القانون الوطني للزوجين بخصوص العلاقات المالية الأسرية القائمة بينهما، وفي حال عدم

---

295- غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 283.

تحقق ضابط الجنسية يتعين تطبيق قانون موطن الزجين، وقد أشار إلى ذلك القانون الإسباني في مادته 9 فقرة 2 حيث نص على أنه " تخضع آثار الزواج لقانون الأحوال الشخصية العام للزوجين وقت إبرام العقد؛ وفي حالة عدم وجود هذا القانون، فإنها تخضع لقانون الأحوال الشخصية لمكان الإقامة المعتاد المختار ممن قبل الطرفين والمضمن في وثيقة أصلية قبل بالزواج ؛ وفي حالة عدم وجود هذا الاختيار، تخضع هذه الآثار لقانون مكان الإقامة المعتاد بعده مباشرة ، وفي حالة عدم وجود مكان الإقامة المذكور، بموجب قانون مكان الزواج﴿296﴾، كما نص القانون المدني الألماني في الفصل 14 على أنه في حالة اختلاف الجنسية بين الزوجين يطبق قانون الدولة التي توجد بها إقامتهما الاعتيادية أو كان لهما بها آخر إقامة﴿297﴾، كما نص القانون الإيطالي رقم 218 الصادر بتاريخ 32 مارس 1995 المتعلق بإصلاح النظام الإيطالي للقانون الدولي الخاص في الفصل 31 على أنه يطبق على الطلاق أو الانفصال الشخصي قانون الزوجين المشترك أو

---

296- art 9 « 1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.

2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio... »

297- موحى ولحسن ميموني: وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مجلة الملف العدد 4 شتنبر 2004، مطبعة النجاح الجديدة ص 108.

قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامتهما وإذا لم يسع تطبيق قانون أجنبي عليهما يطبق على الطلاق أو الانفصال الشخصي القانون الإيطالي﴿298﴾، ونفس الأمر سار عليه القانون الهولندي الصادر بتاريخ 25 مارس 1981 الذي نص في فصله الأول على أنه يطبق على الطلاق أو الانفصال الجسماني، القانون الوطني المشترك إذا كان للزوجين جنسية مشتركة، ثم بعد ذلك قانون الإقامة الاعتيادية إذا لم يكن للزوجين جنسية مشتركة﴿299﴾، مع الإشارة في هذا الإطار إلى ما ذهبت إليه الاتفاقية الدولية لحل التنازع بين القانون الوطني وقانون الموطن الصادرة عن مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص بتاريخ 15 يوليوز 1955، التي اعتمدت مفهوما واسعا لضابط الموطن من خلال المادة الخامسة منها، بحيث تعتبره كل إقامة اعتيادية للأطراف؛ وذلك باستعمالها مصطلح résidence habituelle للدلالة على الموطن.

غير أنه وعلى خلاف هذا التوجه المكرس في أغلب بلدان الاستقبال الغربية، والذي يفرض عدم تطبيق قانون الموطن إلا في حال عدم تحقق ضابط الجنسية، فإن معظم الأنظمة القضائية بدول الاستقبال تسير خلاف التوجه المذكور حيث تعمد إلى تفعيل ضابط الموطن بشكل مباشر حتى في حالة توفر ضابط الجنسية، ودون الرجوع إلى الأحكام القانونية المؤطرة لضوابط الإسناد، إذ تكتفي معظم الأحكام بالاستدلال بوجود موطن مشترك بدولة الاستقبال وتعمل على التطبيق المباشر لقانون هذه الدولة، ومن بين هذه الاحكام على سبيل المثال لا الحصر، الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية رقم 1 بألكوبينداس بتاريخ 2007/11/20

---

298 –tito Ballarino : personnes, famille. Régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé Italien, RCDIP N°1 / 1996p30

299– جميلة أحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفظة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكدال الرباط 1994 / 1995، ص 107.

﴿300﴾، حيث استبعدت المحكمة ضابط الإسناد المتمثل في الجنسية لصالح الموطن بالعلة التالية :" ...مع كل هذا لا يلغي التأويل لصالح دائرة القانون المدني لمحل السكنى اتجاه القانون الوطني للزوجين دون اعتبار كذلك الفرصة الملائمة لإدخال الاستثناء المنصوص عليه في الفصل 12 الفقرة 3 من القانون المدني حول ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي سيؤثر على النظام العام..." ، ونفس الأمر سار عليه حكم صادر عن المحكمة الابتدائية رقم 2 في طوريبيخا(اليكالنطي) بتاريخ 22 يوليوز 2014، حيث عملت على التفعيل التلقائي للقانون المدني الإسباني على نزاع بين زوجين مغربيين بمجرد ما تبين لها أن سكناهما توجد بالتراب الاسباني حيث ورد في الحكم المذكور ما يلي : " إن هذه القضية تقدمت بها المدعية حسب الفصل 770 من قانون المحاكمة المدنية مسطرة تتعلق بالسلطات القضائية في قضية الطلاق للنزاع بين الزوجين ..... تخليا عن الزواج الذي عقداه بالمغرب بتاريخ 13 شتنبر 1997، حسبما يشير إليه الزواج المصادق عليه قانونيا ومن أجل الاختصاص فإن هذه المحكمة تساءلت عن آخر سكنى للزوجين حسب مقتضيات الفصل 769.1 من ق م م، والسكنى الأخيرة تدخل ضمن الدائرة القضائية لهذه المحكمة." ﴿301﴾

وفي نفس السياق جاء في حكم صادر المحكمة الابتدائية والتحقيق رقم 4 في بالديمورو في بتاريخ 12 مارس 2019 ﴿302﴾ ما يلي: " في هذه القضية، وبالاطلاع على الوثائق المقدمة في هذه المحاضر، فقد ثبت أن النظام الاقتصادي

---

300- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية رقم 1 بألكوبينداس/إسبانيا، تحت عدد 07/149، بتاريخ 2007/11/20، ب شأن ملف التطليق عدد 06/716، غير منشور.

301- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية رقم 2 في طوريبيخا(اليكالنطي) بتاريخ 22 يوليوز 2014، تحت عدد 2014/000192، في القضية المدنية عدد 2013/000965، غير منشور.

302- حكم صادر المحكمة الابتدائية والتحقيق رقم 4 في بالديمورو في بتاريخ 12 مارس 2019، تحت عدد 2019/33، في القضية عدد 2018/43، غير منشور.

للزوجين هو الربحي، وأن آخر مكان السكن الزوجة المدعى عليها في منطقة سان مارتين دي لا بيغا (مدريد)، وأنه لا يوجد قضايا معلقة أو أي شيء للمطالبة بها."، وعملت بدورها بشكل تلقائي على تطبيق أحكام القانون المدني الإسباني على النزاع القائم بين زوجين مغربيين.

ونفس التوجه سار عليه القضاء الهولندي حيث تم استبعاد تطبيق القانون المغربي في نزاع بين زوجين مغربيين، بعد أن كانت الزوجة قد حصلت على الجنسية الهولندية، حيث أعملت محكمة Bois le Duc في حكمها الصادر بتاريخ 30 غشت 1991 قانون الإقامة الاعتيادية أو الموطن على حساب القانون الوطني وذلك استنادا إلى معيار الجنسية الفعلية وقضى بترجيح الجنسية الهولندية كجنسية فعلية للزوجة المغربية وبالتالي تطبيق القانون الهولندي على الدعوى المقدمة من قبلها وذلك استنادا على معطيات واعتبارات ترجحت لدى القاضي الهولندي تتعلق بعدم وجود رابطة اجتماعية حقيقية للزوجة بدولتها، ومن هذه المعطيات الإقامة الطويلة للزوجة بهولندا ورغبتها في الاستمرار بالتواجد بهولندا من خلال اكتسابها الجنسية الهولندية بناءا على طلبها﴿303﴾.

القضاء الفرنسي بدوره استبعد تطبيق القانون المغربي على نزاع قائم بين زوجين مغربيين اكتسب أحدهما الجنسية الفرنسية، كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية الكبرى بنيم، بتاريخ 25 يونيو 2015، الذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: " حيث إن السيدة ... هي فرنسية الجنسية.

303- حكم أوردته جميلة أحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفظة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكدال الرباط 1994 / 1995، مرجع سابق ص 72.

وحيث إنه طبقا للمادتين 237 و238 من القانون المدني يمكن للزوج طلب الطلاق عند تدهور الرابطة بشكل نهائي بسبب إنهاء المعاشرة بين الزوجين أو إذا كانا يعيشان منفصلين لمدة عامين أثناء تقديم طلب الطلاق" ﴿304﴾

إجمالا يمكن القول بأنه إذا كان ضابط الجنسية لايزال يجد مكانه في جل الأنظمة القانونية الأوربية، مع ما يعنيه ذلك على الأقل من الناحية النظرية من إخضاع العلاقات المالية الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج لقانونهم الوطني، فإنه على مستوى التطبيق العملي يلاحظ أن مبدأ شخصية القوانين أصبح مبدأ منكوبا لا يحظى بنفس الاهتمام الذي كان يتمتع به، وذلك نتيجة للسياسة التي انتهجتها أغلب الدول الغربية تجاه الجالية المسلمة بصفة عامة والمغربية بصفة خاصة؛ والتي تمحورت في سياسة الإدماج؛ ومنح المغاربة المقيمين بالخارج صفة مواطن، هذا فضلا عن إستراتيجية تغيير ضوابط الإسناد التي أصبحت تعتمد من طرف الدول المستقبلة للهجرة كرد فعل طبيعي عن عجز أنظمتها القضائية عن مسايرة زخم القوانين الأجنبية الواردة عليها والتي تتبارى في حلبة المنافسة للاستحواذ على الاختصاص﴿305﴾، حيث صار التفكير أمام استحالة استرضاء خاطر مختلف هذه القوانين منصبا في اتجاه اقتطاع بعض من مجالات ضابط الجنسية لفائدة ضوابط أخرى، الأمر الذي من شانه أن يؤدي إلى تكريس التنافر والتناقض بين القواعد الوطنية المتعلقة بالروابط الدولية الخاصة نتيجة لتمسك كل دولة بقانونها باعتباره مظهرا من مظاهر سيادتها.

304- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية الكبرى بنيم-غرفة الأسرة/العرفة المدنية الثانية ج ا ف ا، بشأن القضية عدد 24756/13، بتاريخ 25 يونيو 2015، غير منشور.

305- موحى ولحسن ميموني: وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مجلة الملف العدد 4 شتنبر 2004، مطبعة النجاح الجديدة ص 107.

## المبحث الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بتدبير الأموال الأسرية داخل التراب المغربي.

إذا كان القضاء الأجنبي في معظم أحكامه كما سلف البيان يعمد إلى استبعاد تطبيق القانون المغربي على العلاقات المالية الأسرية الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج، فإن هذه الأحكام تكون أمام امتحان القبول بتنفيذها داخل التراب المغربي، ذلك أنه لنفاذ أي حكم أجنبي داخل التراب الوطني لابد من تذييله بالصيغة التنفيذية، وقد نظم المشرع المغربي موضوع تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية في قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 1974/9/28، وذلك من خلال الفصلين 430 و431 منه﴿306﴾، كما عمل على تدعيم هذه المقتضيات بأحكام جديدة في مدونة الأسرة، من خلال المادة 128 منها﴿307﴾،

---

306- وضع المشرع المغربي الفصلين 430 و431 في الباب الثالث (القواعد العامة بشأن التنفيذ الجبري للأحكام) الوارد في القسم التاسع المتعلق بطرق التنفيذ.

وينص الفصل 430 على أنه (لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية إلا بعد تذيلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو بمكان التنفيذ عند عدم وجودهما.

يجب على المحكمة التي يقدم إليها الطلب أن تتأكد من صحة الحكم واختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وأن تتحقق أيضا من عدم مساس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام المغربي) وينص الفصل 431 على ما يلي: (يقدم الطلب – إلا إذا نصت مقتضياته مخالفة في الاتفاقيات الدبلوماسية على غير ذلك – بمقال يرفق بما يلي:

1. نسخة رسمية من الحكم،
2. أصل التبليغ أو كل وثيقة أخرى تقوم مقامه،
3. شهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض.
4. ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها أعلام مصادق على صحتها من طرف ترجمان محلف.

يصدر الحكم بإعطاء الصيغة التنفيذية في جلسة علنية).

307- جاءت المادة 128 من مدونة الأسرة ضمن الباب الثاني (الطلاق الرجعي والطلاق البائن) من القسم السادس (أنواع الطلاق والتطليق).

وذلك لتجاوز الإشكالات العملية التي كانت تطرح بالنسبة للجالية المغربية المقيمة بالخارج نتيجة رفض المحاكم المغربية لتذييل الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي لأسباب متعددة، وصل بعضها إلى رفض الاعتراف بالحكم الأجنبي الصادر في مادة الإشهاد على الطلاق عن قاض أجنبي غير مسلم﴿308﴾، وسوف نحاول من خلال هذا المبحث اختبار أهمية المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة وما إن كانت قد ساهمت في تجاوز الإشكالات التي يواجهها المغاربة المقيمين بالخارج بشأن الاعتراف بالأحكام الأجنبية المنظمة لعلاقاتهم المالية الأسرية، وذلك من خلال استقراء مختلف التوجهات القضائية الحديثة في تعاطيها مع الشروط الشكلية (المطلب الأول) والموضوعية لدعوى التذييل بالصيغة التنفيذية (المطلب الثاني )

---

على أن (المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ طبقا لأحكام هذا الكتاب تكون غير قابلة لأي طعن في جزءها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية.

الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ، تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرته عن محكمة مختصة وأسسته على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين، بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتذييل بالصيغة التنفيذية، طبقا لأحكام المواد 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية).

308- جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى تحد عدد 90، صدر بتاريخ 2001/1/24 في الملف الشرعي عدد 2000/1/2/212 أنه (يجب على المحكمة التي يقدم إليها الطلب بقصد تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية أن تتحقق من عدم مساس محتواه بالنظام العام المغربي، والحال أن موضوع الفصل هو الطلاق الذي أوجب المشرع الإشهاد به أمام عدلين لا أن يقضي به قاض أجنبي غير مسلم، منشور في قرارات المجلس الأعلى – أهم القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث – الجزء الأول- مطبعة الأمنية : الرباط طبعة 2007، ص، 65.

**المطلب الأول: رقابة القضاء المغربي على الشروط الشكلية لدعوى التذييل بالصيغة التنفيذية.**

استلزم المشرع المغربي لقبول دعوى تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية ضرورة توفر عدة شروط شكلية طبقا لمقتضيات المادة 128 مدونة الأسرة والفصلين 430 و431 قانون المسطرة المدنية، وبالرجوع إلى مقتضيات هذه الفصول فإن الشروط الإجرائية المطلوبة لتذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية في إحدى قضايا الأسرة تتمثل أساسا في ضرورة تقديم طلب التذييل بالصيغة التنفيذية أمام الجهة المختصة وأن يتم إرفاق المقال بالوثائق المتطلبة قانونا (الفقرة الثانية)، لكن قبل الخوض في مضمون هذه الرقابة لابد بداية من الوقوف عند مختلف أنظمة الرقابة المأخوذ بها على مستوى الاعتراف بالأحكام الأجنبية إن على مستوى التشريع الوطني أو تشريعات دول الاستقبال (الفقرة الأولى)

**الفقرة الأولى : تنوع أنظمة الرقابة القضائية في قضايا التذييل بالصيغة التنفيذية.**

لتنفيذ حكم صادر في دولة أجنبية فوق تراب دولة أخرى فالقانون الدولي يفرض وجوبا الرجوع إلى قضاء الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها وذلك مراعاة لمبدأ السيادة الإقليمية وحفاظا في الآن نفسه على مصالح الأفراد الخاصة الدولية.

والدول لا تسير على نهج واحد عند تنفيذ الأحكام الأجنبية، فهناك من النظم القانونية من يفرض على من صدر الحكم لصالحه رفع دعوى جديدة عن ذات الحق المتعلق به النزاع والبعض الآخر يفرض فقط على صاحب المصلحة الرجوع على قضاة دولة التنفيذ للحصول على ما يسمى بالأمر بالتنفيذ.

وعليه فطرق تنفيذ الأحكام الأجنبية تنحصر في وسيلتين، الأولى اتبعتها إنجلترا وبعض الدول الأخرى التي سارت على نهجها وهي تحافظ على مبدأ سيادة الدولة

من حيث الشكل وتستلزم رفع دعوى جديدة للمطالبة بالحق الذي أقره الحكم على أن يعتبر هذا الحكم دليلا في الدعوى لا يقبل إثبات العكس أما من حيث الواقع فإن هذا النظام يكاد يعترف بطريقة مباشرة بآثار الحكم الأجنبي كاملة حيث أن القضاء لا يستطيع في هذه الحالة مراقبة مدى سلامة الحكم الأجنبي من الوجهة الموضوعية مادام أن الشروط الشكلية المتطلبة للتنفيذ الحكم قد توفرت﴿309﴾، أما الوسيلة الثانية فيجوز بمقتضاها تنفيذ الحكم الأجنبي بشرط أن تقوم المحاكم الوطنية بفحصه أولا ثم إصدار الأمر بتنفيذه إذا ما تبين لها توفر الشروط الشكلية المتطلبة قانونا ، وقد اتبعت هذه الوسيلة في فرنسا وبعض الدول المتأثرة بنظامها القانوني كالمغرب .

والدول التي تأخذ بهذا الاتجاه تختلف فيما بينها حول مدى السلطة الممنوحة للقضاء الوطني في فحص الحكم الأجنبي عند النظر في طلب الأمر بتنفيذه وذلك بحسب النظام والفلسفة السائدة فيها عموما، وعليه فالرقابة التي تمارس على الأحكام الأجنبية في هذه الدول تكون إما وفق نظام المراجعة أو نظام المراقبة، ففي ظل نظام المراجعة Système de révision لا يكتفي القاضي الوطني بمراقبة مدى استيفاء الحكم الأجنبي للشروط الأساسية اللازمة لصحته بل يكون له فوق ذلك أن يراقب الحكم في تقديره للوقائع وسلامة تطبيقه لقواعد القانون، يرجع ظهور نظام المراجعة إلى حقبة بعيدة في النظام الفرنسي، حيث كانت لفكرة سيادة الدولة وعدم الثقة في القضاء الأجنبي الأثر البالغ في استبعاد تنفيذ الأحكام الأجنبية، وكان يعتبر تنفيذ الأحكام الأجنبية من قبيل الاعتداء على سيادة الدولة، وأنه يجب التمسك بمبدأ إقليمية الأحكام، وأنه ليس من المنطق أن تتعدى أثار الأحكام الإقليم الذي صدرت فيه﴿310﴾، وعلى هذا النحو يخول هذا النظام للقضاء سلطة تعديل الحكم

309- هشام علي صادق" تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي"، ط 2002 ص 244 – 245.

310- يقول في هذا الصدد الأستاذ Weiss :

الأجنبي ومراجعته وإعادة النظر في مضمونه، فالأمر هنا شبيه بدعوى جديدة بشأن نفس النزاع، غير أنها تختلف عن الدعوى الأصلية في عدد من النقط، أهمها : عدم إمكانية التقدم بطلبات جديدة ذلك أن الطلبات الجديدة لا تقبل في دعوى التذييل وفق هذا النظام، بل يقتصر موضوع الطلب على تنفيذ منطوق الحكم الأجنبي لا غير، فضلا عن أن القاضي الذي ينظر في دعوى التذييل يمكنه أن يمنح الأمر بالتنفيذ أو أن يرفضه ولكنه لا يجوز له أن يغير منطوق الحكم الأجنبي.

وقد عرف هذا النظام انتقادات لاذعة من قبل فقهاء القانون، حيث انتقد هذا النظام بشدة من طرف جانب من الفقهاء، انطلاقا من كون هذا النظام يمس بالحقوق المكتسبة للأفراد، فالحكم الأجنبي إنما هو تقرير لحق من ربح قضيته، فيجب الاعتراف له بهذا الحق مادام هذا الحق قد نشأ صحيحا وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه، طبقا لمبدأ النفاذ الدولي للحقوق المكتسبة، كما أن من شأن اعتماد هذا النظام إهدار قيمة الحكم الأجنبي، بتجاهله عمل القاضي الأجنبي، والنظر في النزاع من جديد، كما أن مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية تتعلق بالناحية التطبيقية أكثر من الناحية النظرية ذلك أنه يصعب على القاضي من الناحية العملية البحث في نزاع توجد جميع أدلته ووقائعه في الخارج و بالتالي فلن يفصل في النزاع بكل كفاءة﴿311﴾.

---

« En effet, dit-on, les décisions de la justice étrangère sont dépourvues de toute force et de toute autorité sur le territoire français : le principe de l'indépendance respective des Etats exige qu'elles y soient regardées comme inexistante », Weiss André, Manuel de droit international privé, 6e éd, L. de la société du recueil J.-B. Sirey et du journal du palais, Paris, 1909. p. 667.

311- حول هذه المآخذ يراجع:

- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، سنة 2008، منشورات المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع/ لبنان، ص 535.

وبالنظر لموضوعية الانتقادات تراجعت أغلب الدول عن الأخذ بهذا النظام واستعاضت عنه بنظام آخر هو نظام المراقبة Système de contrôle، حيث أن القضاء الوطني في هذه الحالة لا يتصدى لموضوع النزاع الذي فصل فيه القضاء الأجنبي، وإنما يكتفي بمراقبة مدى استيفاء الحكم الأجنبي لبعض الشروط الأساسية اللازمة لصحته من الوجهة الدولية كأن يكون صادرا عن محكمة مختصة واتبعت في شأنه إجراءات صحيحة وتشترط بعض الدول أن يكون الحكم الأجنبي قد طبق على موضوع الدعوى القانون المختص، وعليه فهذا النظام يوفق ما بين اعتبارات السيادة ومتطلبات التعاون الدولي، كما أنه أقل صرامة من سابقه ( نظام المراجعة )، فهو ينظر إلى الحكم الأجنبي بأنه حكم صحيح مبدئيا يتمتع بحجية الأمر المقضي به، وينفذ الحكم الأجنبي طبقا لهذا النظام عند توفر بعض الشروط، التي لا تمس بموضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم الأجنبي، فيخضع الحكم المراقبة بسيطة من حيث الشكل للتأكد من صحته، كما أن الحكم الذي يصدر في مسألة التنفيذ هو الحكم الأجنبي بذاته مشمولا بالصيغة التنفيذية وليس حكما وطنيا جديدا، مغايرا في المضمون كما هو الشأن في نظام المراجعة، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة في معرض حديثه عن حقيقة نظام الرقابة : " فعلاقة القاضي الذي ينظر دعوى الأمر بالتنفيذ تقترب من علاقة محكمة النقض بأحكام قضاء الموضوع، فهي لا تعيد النظر في الوقائع وإنما تراقب صحة تطبيق القانون، وفي خصوص الحكم الأجنبي ينحصر دور القاضي في التحقق من الشروط اللازمة لصحة الحكم الأجنبي من الناحية الدولية، أي هي في النهاية ليست كعلاقة محكمة

---

– محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص–دراسة مقارنة للقانون الاأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط 1، سنة 2009، منشورات دار الثقافة للنشر والتوزيع/الأردن، ص 358.

– أشرف عبد العليم الرفاعي، الإختصاص القضائي الدولي، منشورات دار الكتب القانونية/ مصر، سن 2006، ص 473.

الاستئناف، تملك ما تملكه محاكم الدرجة الأولى، من حيث بحث الوقائع والمسائل القانونية وتفصل فيها وتقرر ما تراه بشأنها، فهي تملك إلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله" ﴿312﴾،

وعليه فإنه وفي ظل النظام المراقبة لا يشترط حتى يمكن إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون الحل الذي قرره هذا الحكم مطابقا للحل الذي كان سيطبق أو سيصل إليه القاضي الوطني لو تصورنا أنه هو الذي فصل في المسألة فيجب احترام الحكم الأجنبي بوصفه كذلك.

يتضح مما سبق أنه ثمة نظامين بالنسبة للاعتراف بقيمة الحكم الأجنبي: نظام الدعوى الجديدة المعمول بها في الدول الأنجلوسكسونية ونظام الأمر بالتنفيذ السائد في الدول الفرونكوفونية والذي أخد به المشرع المغربي والمتبلور الآن بصفة أساسية في أسلوب الرقابة، فكيف يباشر القضاء المغربي رقابته على الأحكام الأجنبية من خلال الشروط الشكلية لدعوى التذييل بالصيغة التنفيذية؟

**الفقرة الثانية: الرقابة الشكلية على طلبات التذييل بالصيغة التنفيذية أمام الجهة المختصة.**

لتنفيذ أي حكم أجنبي فوق التراب المغربي ينبغي أولا الحصول على الصيغة التنفيذية من السلطات المختصة وذلك عبر إتباع الإجراءات المنصوص عليها في التشريع الداخلي، وقد قضى الفصل 480 من قانون المسطرة المدنية على أنه لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية، إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية ويقصد بالصيغة التنفيذية المسطرة القضائية التي تخول للأحكام الأجنبية القوة التنفيذية داخل المغرب وذلك عن طريق صدور حكم قضائي عن محكمة مغربية يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، غير أن الملاحظ على المستوى العملي وجود

312- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص – الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية-، ط 1، سنة 2008، منشورات دار النهضة العربية/ مصر، ص 1106.

توجه نحو تجاوز هذا الشرط بالنسبة للأحكام الأجنبية القاضية بالطلاق، وذلك ما اشارت إليه الدورية المشتركة الصادرة عن كل من وزارات : الداخلية، العدل والحريات، الخارجية والتعاون، والوزارة المكلفة بالمغاربة المقيمين في الخارج وشؤون الهجرة، تحت عدد 00352، والتي وجهت إلى رؤساء البعثات الدبلوماسية والمراكز القنصلية المغربية بالخارج وولاة الجهات وعمال العمالات والأقاليم وعمالات المقاطعات، والرؤساء الأولين المحاكم الاستئناف والوكلاء العامين لديها، ورؤساء المحاكم الابتدائية ووكلاء الملك لديها، والقضاة الملحقين بسفارات المملكة المغربية بالخارج، حول تطبيق مقتضيات مدونة الأسرة والنصوص ذات الصلة على المغاربة المقيمين في الخارج، حيث ورد بهذه الدورية المشتركة توجيها لاعتماد واقعة الطلاق المنصوص عليها في الأحكام النهائية، حيث ورد في الفقرة رقم 7 من الدورية المشتركة التوجيه التالي: "اعتماد واقعة الطلاق المنصوص عليها في الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الأجنبية بالطلاق أو التطليق، دون الحاجة إلى تكليف المغاربة المقيمين في الخارج بتذييلها بالصيغة التنفيذية، ما لم تتضمن التزامات مالية أو مخالفة للنظام العام المغربي." ﴿313﴾، والملاحظ أن صياغة هذا التوجيه لم تكن موفقة لعدة اعتبارات، أهمها أنه وجه إلى اعتماد واقعة الطلاق الواردة في الأحكام الأجنبية شريطة أن تكون غير مخالفة للنظام العام، والحال أن صلاحية الرقابة على احترام الحكم الأجنبي للنظام العام المغربي يرجع اختصاص النظر فيها للقضاء بمناسبة دعوى التذييل بالصيغة التنفيذية، والراجح هنا أن مضمون هذا التوجيه إنما كان الغرض منه التنبيه إلى عدم الخلط ما بين نفاذ الحكم الأجنبي داخل التراب الوطني وبين حجية الوقائع المضمنة بالأحكام الأجنبية، والتي سبق للقضاء المغربي أن كانت له مناسبات عدة للتمييز بينها، وذلك من خلال ترتيب الآثار القانونية على

313- الدورية المشتركة الصادرة عن كل من وزارات : الداخلي، العدل والحريات، الخارجية والتعاون، والوزارة المكلفة بالمغاربة المقيمين في الخارج وشؤون الهجرة، تحت عدد 00352.

الوقائع المضمنة بالأحكام الأجنبية دون مطالبة المتقاضين بسلوك مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية، ومن ذلك على سبيل المثال الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 13-06-2018، الذي قضى برفض طلب الزوجة استحقاق نفقتها ونفقة ولدها استنادا إلى الوقائع المضمنة بحكم أجنبي قضى باستحقاقها لهذه الواجبات خارج أرض الوطن، حيث جاء في حيثيات الحكم المذكور ما يلي : " وحيث تبين للمحكمة من خلال وثائق الملف وخاصة الحكم الأجنبي الصادر عن المحكمة الإبتدائية بأمستردام بتاريخ 07-11-2012، في الملف رقم 511831-ف أ ر ك 12-1807، أن المدعية سبق لها وأن استصدرت حكما بطلاقها من المدعى عليه، وأن الحكم المذكور حدد نفقة ابنيها منه بحسب مائة وأربعون أورو في الشهر يؤدها المدعى عليه كمساهمة في تكاليف رعاية وتربية القاصرين المذكورين بواسطة الأداء المقدم.

وحيث إن ملف القضية خال من أية وثيقة تفيد إلغاء الحكم الأجنبي المذكور أو تنازل المدعية عن تنفيذه، وأن الأحكام الأجنبية حجة على صحة الوقائع التي تثبتها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ، وهو ما استقر عليه عمل محكمة النقض ( المجلس الأعلى سابقا) في عدة قرارات منها القرار عدد 268 وتاريخ 17-08-2011 في الملف الشرعي عدد 779-2-1-2010، الأمر الذي يكون معه طلب المدعية غير مؤسس ويتعين رفضه "﴿314﴾

غير أن الملاحظ على صياغة الدورية المشتركة أعلاه أنها جاءت بصيغة تفيد تجاوز مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية، وتخويل إمكانية الرقابة على شروط دعوى التذييل بالصيغة التنفيذية خارج إطار دعوى التذييل بالصيغة التنفيذية، بما في ذلك الرقابة على شرط نهائية الحكم وشرط عدم مخالفته للنظام العام ، وقد كان من باب

314- الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 13-06-2018، في الملف عدد: 607 - 17 - 1620، غير منشور.

أولى تدقيق صياغة هذه الفقرة من الدورية في اتجاه الإشارة بشكل صريح إلى ما يلاحظ من عدم التمييز بين مفهوم الاعتراف بالأحكام الأجنبية والقوة الثبوتية للوقائع المضمنة فيها، والتي يمكن الاعتماد عليها دون الحاجة إلى سلوك مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية، وبين حالة نفاذ الحكم داخل التراب الوطني والتي تحتاج إلزاما إلى سلوك مسطرة التذييل بالصيغة التنفيذية.

وحسن فعل القضاء المغربي بعدم مسايرة التوجيه الوارد في الدورية المشتركة أعلاه، وذلك من خلال استمراره في إخضاع الأحكام الأجنبية القاضية بالطلاق والتطليق إلى المسطرة المقررة قانونا لدعوى التذييل بالصيغة التنفيذية، وجعل الرقابة على شروط نفاذ الحكم الأجنبي مرتبطة بسياقها الخاص ألا وهو عن طريق دعوى التذييل بالصيغة التنفيذية، والذي يمكن الاستدلال عليه بمجموعة من الأحكام القضائية التي مارس فيها القضاء المغربي رقابته على شروط نفاذ الحكم الأجنبي في إطار دعوى التذييل بالصيغة التنفيذية وفق القرارات والأحكام المستشهد بها في هذا المحور وفي المطلب الثاني بعده.

وخلاصة القول أن نفاذ الأحكام الأجنبية داخل التراب المغربي تكون من خلال تقديم طلب إلى الجهة القضائية المختصة وفق الشكليات المحددة قانونا، حيث نصت المادة 430 من قانون المسطرة المدنية على أنه " لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لمواطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودها"، ويتضح من هذه المادة أن المشرع كرس المبدأ العام للاختصاص المحلي المنصوص عليه في المادة 27 من قانون المسطرة المدنية حيث أوكل الاختصاص للنظر في هذه الدعاوى للمحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أما إذا انعدام للمدعى عليه موطن أو محل إقامة بالتراب الوطني فالعبرة بمكان التنفيذ وذلك استنادا إلى مقتضيات الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية، هذا وينعقد

الاختصاص للمحكمة الابتدائية مهما كانت درجة أو نوعية المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، وفي سياق رقابة قضاء الموضوع على شرط الاختصاص قضت المحكمة الابتدائية بالعرائش في حكم صادر عنها بتاريخ 18-05-2017، بعدم اختصاصها للبت في طلب تذييل حكم أجنبي قضى بوفاة أحد المغاربة بالخارج مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك، وذلك لتواجد موطن المدعية وكذا مكان التنفيذ خارج نطاق اختصاص المحكمة حيث جاء في بعض حيثيات هذا الحكم ما يلي : " حيث إن المحكمة بعد اطلاعها على وثائق الملف، تبين لها من جهة أولى أن الحكم الأجنبي المراد تذييله يتعلق بالتصريح بوفاة زوج المدعية المزداد بالفنيدق والمسجل بسجلات الحالة المدنية بهذه المدينة، ومن جهة ثانية فإن موطن الزوج المذكور ومحل إقامته يتواجد بنفس المدينة، فضلا عن كون مكان تنفيذ الحكم الأجنبي المذكور هو نفس موطن المدعى عليه، والكل تابع لدائرة نفوذ المحكمة الإبتدائية بتطوان .

وحيث إن قواعد الأحوال المدنية والشخصية للمغاربة من النظام العام، وللمحكمة إثارة مخالفتها من تلقاء نفسها، الأمر الذي تكون معه المحكمة الإبتدائية بالعرائش غير مختصة محليا للبت في الطلب، ويتعين معه التصريح بإحالة الملف على المحكمة المختصة." ﴿315﴾

هذا ويشترط في طلبات تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية نفس الشروط الشكلية العامة الواجب توفرها في جميع الطلبات المقدمة أمام القضاء، من شرط الصفة والأهلية والمصلحة، وتضمين الطلب لعدد من البيانات، وفقا لأحكام الفصول 1 و31 و32 من قانون المسطرة المدنية.

315- الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 18-05-2017، في الملف عدد 237 - 17 - 1614، غير منشور.

وإذا كانت معظم هذه الشروط لا تطرح إشكالا على المستوى العملي، فإن بعضها يثير عدد من الصعوبات الواقعية عند النفاذ، ومن بين الشروط التي تطرح إشكالا على المستوى العملي نجد شرط تضمين الطلب لهوية الطرف المدعى عليه طبقا لمقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية ﴿316﴾، ذلك أن عددا كبيرا من طلبات تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية توجه ضد النيابة العامة لدى المحكمة المختصة، وليس ضد الطرف الثاني في العلاقة الزوجية، ومرد ذلك أحيانا إلى كون المدعى عليه قد يكون منتميا لدولة أجنبية ويصعب مباشرة الإجراءات المرتبطة بدعوى التذييل في مواجهته، في الوقت الذي يكون فيه لنفاذ الحكم الأجنبي طابع الاستعجال لترتيب الأثر القانوني داخل التراب الوطني بالنسبة للطرف المدعي﴿317﴾، وأحيانا يكون طلب التذييل بالصيغة التنفيذية مقدما من قبل طرفي

316- ينص ال فصل 32 من قانون المسطرة المدنية على أنه "يجب أن يتضمن المقال أو المحضر الأسماء العائلية والشخصية وصفة أو مهنة وموطن أو محل إقامة المدعى عليه والمدعي وكذا عند الاقتضاء أسماء وصفة وموطن وكيل المدعي، وإذا كان أحد الأطراف شركة وجب أن يتضمن المقال أو المحضر اسمها ونوعها ومركزها.

يجب أن يبين بإيجاز في المقالات والمحاضر علاوة على ذلك موضوع الدعوى والوقائع والوسائل المثارة وترفق بالطلب المستندات التي ينوي المدعي استعمالها عند الاقتضاء مقابل وصل يسلمه كاتب الضبط للمدعي يثبت فيه عدد المستندات المرفقة ونوعها

إذا قدم الطلب بمقال مكتوب ضد عدة مدعى عليهم وجب على المدعي أن يرفق المقال بعدد من النسخ مساو لعدد الخصوم.

يطلب القاضي المقرر أو القاضي المكلف بالقضية عند الاقتضاء تحديد البيانات غير التامة أو التي تم إغفالها' كما يطلب الإدلاء بنسخ المقال الكافية وذلك داخل أجل يحدده، تحت طائلة الحكم بعدم قبول الطلب.

317- ومن ذلك مثلا : حاجة المرأة المغربية في إبرام زواج جديد داخل التراب الوطني بعد صدور حكم أجنبي بانقضاء العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها المنتمي لدولة أجنبية، مع ما قد يستتبع تضمين مقال لدعوى لهوية المدعى عليه من إجراءات استدعاء للأخير خارج التراب الوطني، والتي قد تضل دون نتيجة وتكون المرأة المغربية هي المتضررة من الوضع فما هي بالمطلقة حتى تتزوج بزوج آخر، وما هي بالمتزوجة' هذا دون إغفال

العلاقة الزوجية معا، لذلك فإن معظم محاكم الموضوع تعتمد مبدأ المرونة في الأخذ بهذا الشرط، وتقبل الطلبات التي يتم توجيهها في مواجهة النيابة العامة المختصة، مع الإشارة إلى أن هذا التوجه يجد أساسه القانوني في طبيعة المهام الجديدة التي أصبحت النيابة العامة تقوم بها في إطار قضايا الأسرة حيث أصبحت طرفا رئيسيا في قضايا الأسرة طبقا للمادة 3 من مدونة الأسرة﴿318﴾، وفي هذا السياق يمكن الاستدلال بما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بالناظور من قبول دعوى التذييل بالصيغة التنفيذية الموجهة ضد النيابة العامة بموجب حكمها الصادر بتاريخ 2007/09/12، تحت عدد 326، في ملف عدد 07/154 ﴿319﴾، بل إن القضاء المغربي في بعض الحالات يقبل طلبات التذييل الموجهة في مواجهة من له الحق بصيغة عامة كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ : 2008/04/10، في الملف عدد 08/8/339 ﴿320﴾.

أما بخصوص الوثائق الواجب إرفاق طلب التذييل بالصيغة التنفيذية بها، فإنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة 431 من قانون المسطرة المدينة نجدها تنص على أنه يقدم الطلب إلا إذا نصت مقتضيات في الاتفاقيات الدبلوماسية على غير ذلك بمقال يرفق بما يلي:

1-نسخة رسمية من الحكم ويقصد بنسخة رسمية أن تكون صادرة عن موظف مؤهل للأشهاد بصحة النسخة ومطابقتها للأصل وهو في هذه الحالة كاتب الضبط

---

لوضعية المغاربة المقيمين بالخارج التي تفرض أحيانا تواجدهم داخل التراب الوطني لمدد محدودة زمنيا بالنظر لارتباطاتهم المهنية بالخارج أو غيرها...

318-تنص المادة 3 من مدونة الأسرة على ما يلي : " تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة " .

319- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور بتاريخ 2007/09/12، تحت عدد 326، في ملف عدد 07/154، غير منشور.

320- المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ : 2008/04/10، في الملف عدد 08/8/339، غير منشور.

للمحكمة التي أصدرت الحكم أو كل موظف أخر مؤهل لذلك بمقتضى تشريع الدولة التي صدر الحكم عن إحدى محاكمها.

2-أصل التبليغ أوكل وثيقة أخرى تقوم مقامها.

3-شهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بأنه لا يوجد أي تعرض أو استئناف أو طعن بالنقض.

4-ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها أعلاه مصادق على صحتها من طرف ترجمان محلف.

ويلاحظ على المستوى العملي أن محاكم الموضوع في غالبية أحكامها تقضي بعدم قبول طلب التذييل كلما تخلف شرط من الشروط أعلاه، كما في حالة عدم إدلاء الطرف المدعي بنسخة رسمية من الحكم المراد تذييله، حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة بتاريخ 2008/4/23 ما يلي: " حيث قدم الطلب بمجرد نسخة من الحكم المراد تذييله بالصيغة التنفيذية.

وحيث أن المادة 431 من قانون المسطرة المدنية تشترط أولا ارفاق المقال بنسخة رسمية من الحكم المراد تذييله بالصيغة التنفيذية الأمر الذي لا يتوفر في نازلة الحال الشيء الذي لا يسع المحكمة معه الا التصريح بعدم قبول الطلب شكلا." ﴿321﴾،

وكذلك يكون الحكم في حال عدم الإدلاء بأصل التبليغ وشهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بعدم التعرض والاستئناف والنقض، وهكذا فقد قضت المحكمة الابتدائية ببني ملال بعدم قبول طلب التذييل لعدم الإدلاء بما يفيد نهائية الحكم، حيث جاء في حكم صادر عنها بتاريخ: 26-7-2010 ما يلي : " وحيث إن المحكمة وبعد دراستها لوثائق الملف تبين لها ان المدعي لم يعزز طلبه لا بعقد الزواج المدني الاجنبي الذي استند عليه الحكم الاجنبي القاضي بالطلاق ولا بما

321- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة بتاريخ 2008/4/23 في الملف عدد:2008/867، غير منشور.

يثبت نهائية الحكم رغم امهاله اكثر من مرة الشيء الذي يبقى معه طلبه مخالفا لمقتضيات المادة 128 من مدونة الاسرة و الفصل 431 من قانون المسطرة المدنية ويتعين التصريح بعدم قبوله شكلا " ﴿322﴾، أما بخصوص تخلف شرط التبليغ أعلاه فإن محاكم الموضوع المغربية في عدد من أحكامها تقضي بعدم قبول طلب التذييل إذا لم يحترم هذا الشرط وكان الحكم الأجنبي غيابيا، وهو ما أشرت إليه المحكمة الابتدائية بمكناس في حكمها الصادر بتاريخ 2005/08/09 حيث جاء فيه ما يلي : " وحيث إن وصف الحكم بأنه غيابي في حق المدعى عليه يمنع من إشفاع الحكم بالتنفيذ المعجل. " ﴿323﴾، مع الإشارة هنا إلى أنه في حالة تضمن الحكم الأجنبي ما يفيد تبليغ الأطراف أو ما يفيد نهائيته فإنه يعتمد على هذا المضمون دون الحاجة إلى الإدلاء بوثيقة تفيد التبليغ وعدم القابلية للطعن.

**المطلب الثاني: رقابة القضاء المغربي على الشروط الموضوعية لدعوى التذييل بالصيغة التنفيذية.**

أبرز هذه الشروط تتمثل في شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام المغربي (الفقرة الأولى)، وعدم معارضة الحكم الأجنبي لبعض مقتضيات مدونة الأسرة (الفقرة الثانية)

**الفقرة الأولى : رقابة القضاء المغربي على شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام المغربي.**

إن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بشأن تدبير العلاقات المالية الأسرية الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج، لا تكون نافذة بالمغرب إلا بعد سلوك مسطرة

322- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية ببني ملال بتاريخ: 26-7-2010 تحت رقم: 452، في الملف عدد: 113/ 2010 ،غير منشور.

323- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 2005/08/09 تحت عدد 2332 ، في الملف عدد: 5/05/2453 ج، ،غير منشور.

التذييل بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 430 وما بعدها من قانون المسطرة المدنية والتي تشترط لإمكانية تنفيذ هذا الحكم الصادر بالخارج أمام القضاء المغربي، ألا يتعارض مع النظام العام.

وقد سبق التفصيل في مفهوم النظام العام سلفا حيث تبين أن مفهومه يتسم بالنسبية بحيث يختلف من دولة إلى أخرى ومن زمان إلى آخر، وهذا ما يفسر التوجه الجديد للمشرع المغربي من خلال أحكام مدونة الأسرة، التي يمكن القول أنها تشكل مثالا صريحا لنسبية مفهوم النظام العام من حيث الزمان، إذ يمكن القول أن مفهوم النظام العام وفق أحكام مدونة الأسرة أصبح يستند في جزء منه إلى المرجعية الحقوقية الكونية، وهذا ما يفسر اعتماد المشرع لعدد من المقتضيات المرنة في تدبير العلاقات الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج عامة، وعلاقاتهم المالية الأسرية على وجه الخصوص، فإلى أي حد واكب الاجتهاد القضائي المغربي التوجه التشريعي الجديد لمدونة الأسرة بشأن مفهوم النظام العام عند تصديه لقضايا تذييل الأحكام الأجنبية المؤطرة للعلاقات المالية الأسرية الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج ؟

باستقراء عدد من الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية يتبين أن معظمها تسير في اتجاه رفض طلبات تذييل الأحكام الأجنبية المخالفة للنظام العام المغربي، مع ملاحظة أساسية وهي أن أغلب الاجتهادات التي سيتم بسطها أدناه تعتمد في تحديد تفسيرها للنظام العام على أحكام مدونة الأسرة أساسا خاصة في شق الأحكام القانونية ذات المرجعية الفقهية، وهكذا فإن من بين الأسباب التي اعتبرها القضاء المغربي مخالفة للنظام العام موضوع الانفصال الجسماني المقرر على مستوى تشريعات دول الاستقبال، وما يترتب عنه من آثار، حيث رفضت المحكمة الابتدائية بالعرائش تذييل حكم مرتبط بالانفصال الجسماني بين الزوجين بموجب حكمها الصادر بتاريخ:2017/01/12 والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "وحيث إنه باطلاع المحكمة على الحكم المراد تذييله بالصيغة التنفيذية أعلاه، تبين أنه لا يتعلق

بحكم قاضي بالطلاق كما جاء في مقال طالب التذييل، وإنما يتعلق بدعوى التدابير المؤقتة المتخذة ضده من طرف زوجته سعيدة فتح الله وفي مقدمتها الانفصال المؤقت للزوجين وإنهاء المعاشرة، وهذا ما يشكل مخالفة لمقتضيات النظام العام المغربي، الذي لا يقر نظام الفصل الجسماني بين الزوجين لمخالفته لقواعد الشريعة الإسلامية ومدونة الأسرة، مما يتعين معه التصريح برفض الطلب."﴿324﴾، وفي حكم آخر لنفس المحكمة بتاريخ 2017/01/19، رفضت المحكمة تذييل حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية بعد أن تبين لها ان الحكم الأجنبي قد حرم الأب من صفة الولاية الشرعية على إبنه القاصر وحرمانه أيضا من ممارسة السلطة الأبوية والحضانة عليه وعدم تحديد أي نظام زيارة لفائدته، حيث جاء في حيثيات الحكم المذكور ما يلي : " وحيث إنه باطلاع المحكمة على الحكم الأجنبي المراد تذييله بالصيغة التنفيذية أعلاه ، تبين أنه قضى بحرمان السيد مصطفى العمراني بصفته وليا شرعيا من ممارسة السلطة الأبوية والحضانة على الطفل القاصر .... وعدم تحديد أي نظام زيارة لفائدته، وأن هذا يشكل مخالفة لمقتضيات النظام العام المغربي، ومقتضيات مدونة الأسرة التي تقر الولاية الشرعية للأب على أبنائه القاصرين وتجعلها نيابة جبرية على القاصر وذات ارتباط وثيق بنظام الأسرة ومصالحها، كما أن حق الأب في صلة الرحم بأبنائه القاصرين مستمد من قواعد الشريعة الإسلامية من أجل تمتين الروابط الأسرية، لذلك فإن كل ما جاء به الحكم الأجنبي مخالف للنظام العام المغربي والشريعة الإسلامية، مما يتعين معه التصريح برفض الطلب"﴿325﴾.

---

324- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ:2017/01/12 في الملف عدد : 1614/16/524 ، غير منشور.

325- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ:2017/01/19، في الملف عدد:1614/16/550، غير منشور.

بل إن القضاء المغربي عند نظره في الأحكام الأجنبية القاضية بإنهاء العلاقة الزوجية وترتيب الآثار المالية على ذلك، لا يكتفي أحيانا بالرقابة على مطابقة الحكم الأجنبي للنظام العام فقط وإنما تمتد رقابته على صحة عقد الزواج الذي أسس عليه الحكم الأجنبي القاضي بإنها العلاقة الزوجية، وفي حالة ثبوت عدم صحة عقد الزواج فإنه يرفض تذييل الأحكام القاضية بإنهاء العلاقة الزوجية المؤسسة على عقود زواج غير صحيحة، وفي هذا الصدد فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 2008/1/28، ما يلي : " لكن ،وحيث انه بعد الاطلاع على وثائق المدلى بها من قبل الطالبين ، اتضح للمحكمة ان المدعي ألماني الجنسية وأنه لم يدل بما يفيد كونه اعتنق الإسلام قبل إبرام عقد زواجه بالمدعية ، الشيء الذي يجعل العقد المذكور وكذا الحكم القاضي بالتطليق المؤسس عليه منافيا لمقتضيات النظام العام المغربي لوجود المانع المؤقت من الزواج والمتمثل في اختلاف الدين المنصوص عليه بمقتضى المادة 39 من مدونة الأسرة.

وحيث ان الزواج المذكور يكون تبعا لذلك باطلا بصريح المادة 57 من ذات المدونة ويتعين التصريح ببطلانه تلقائيا طبقا للمادة 58 وهو ما يوجب القضاء برفض الطلب." ﴿326﴾.

وفي نفس السياق قضت المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ: 2017/11/09 برفض طلب التذييل لمخالفة الحكم للنظام العام لنفس العلة أعلاه، حيث ورد في حيثيات الحكم المذكور ما يلي "حيث إنه بإطلاع المحكمة على أصل عقد إنهاء العشرة المستقرة بين شخصين مع ترجمته للعربية المدلى به في الملف و المراد تذييله بالصيغة التنفيذية نجده يتعلق بإنهاء علاقة غير شرعية بين شخصين لم يبرما أساسا أي عقد رسمي بينهما، و بالتالي يكون هذا العقد مخالفا لمقتضيات مدونة الأسرة

326- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 2008/1/28، تحت عدد 636، في الملف عدد 07/1/3805، غير منشور.

المتعلقة بالزواج وكيفية إنهائه و للنظام العام المغربي و يتعين رفض الطلب بخصوصه." ﴿327﴾، كما قضت نفس المحكمة الابتدائية بتاريخ:2017/04/27، بعدم تذييل عقد زواج مبرم أمام موثق إسباني بحضور شاهد وشاهدة، حيث ورد في حيثيات الحكم المذكر ما يلي :"وحيث إنه بالاطلاع على أصل عقد الزواج المدلى به في الملف و المراد تذييله بالصيغة التنفيذية يتبين أنه أبرم بين السيد ... والسيدة ... بواسطة وكيلها السيد ... أمام الموثق ... بقنصلية اسبانيا بحضور شاهدين رجل وامرأة ولم يذكر فيه قبض الصداق.

وحيث إن عقد الزواج المذكور تضمن فقط شهادة رجل واحد وامرأة واحدة، وهو مخالف لمقتضيات المادة 14 من مدونة الأسرة التي تشترط حضور شاهدين مسلمين، وهو على حالته جاء مخالفا للنظام العام المغربي ولذلك يتعين التصريح برفضه. " ﴿328﴾

وإجمالا فإن التوجه العام الذي يسلكه القضاء المغربي إزاء الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي، في ارتباط بفكرة عدم مخالفة النظام العام يتسم بنوع من الصرامة النابعة من محاولة الحفاظ على الهوية الراسخة للمغاربة المقيمين بالخارج، غير أن هذا لا يمنع من القول أن التوجه القضائي في غير قضايا التذييل بالصيغة التنفيذية يسير في اتجاه الاعتراف بمضمون الأحكام الأجنبية المرتبطة بتدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج سواء على مستوى قضاء الموضوع أو قضاء محكمة النقض،

327- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ: 2017/11/09 في الملف عدد : 1614/17/517، غير منشور.

328- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ:2017/04/27، في الملف عدد:1614/17/210، غير منشور.

فعلى مستوى لمحكمة النقض فقد سبق للأخيرة أن قضت بتاريخ 18 شتنبر 2018 بنقض قرار صادر عن محكمة الاستئناف بأكادير بتاريخ 16 دجنبر 2015 تحت عدد 1103 في الملف عدد 2012/1021، الذي قضى باستحقاق الزوجة لمبلغ 225000 درهم عن كدها وسعايتها في تملك إحدى الشقق، حيث أسست محكمة النقض قرارها على علة وجود حكم أجنبي قاضي بتصفية الذمة المالية للزوجين المتنازعين، وهكذا فقد ورد في حيثيات قرار محكمة النقض ما يلي : " حيث صح ما ورد بالنعي أعلاه، ذلك أن المطلوبة سبق لها أن استصدرت بتاريخ 11/05/2010 عن المحكمة الابتدائية الكبرى بكاب بفرنسا، حكما في الملف عدد 10/370 قضى بطلاقها من الطالب، مع الأمر بتصفية وقسمة الذمة المالية للزوجين وأن الأحكام الأجنبية طبقا للفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود لها حجيتها فيما أثبتته من وقائع، والطالب أثار أن الدعوى الحالية سبق البت فيها، والمحكمة لما لم ترد على الدفع المثار رغم ماله من تأثير على قضائها، فقد جاء قرارها ناقص التعليل ومعرضا للنقض" ﴿329﴾.

أما على مستوى قضاء الموضوع فقد سبق للمحكمة الابتدائية بالعرائش أن اعتمدت نفس القاعدة المرتكز عليها من قبل محكمة النقض أعلاه، للقول بعدم أحقية الزوجة في استحقاق واجب النفقة، حيث جاء في حيثيات حكمها الصادر عنها بتاريخ 13-06-2018، ما يلي : " وحيث تبين للمحكمة من خلال وثائق الملف وخاصة الحكم الأجنبي الصادر عن المحكمة الإبتدائية بأمستردام بتاريخ 07-11-2012، في الملف رقم 511831-ف أ ر ك 12-1807، أن المدعية سبق لها وأن استصدرت حكما بطلاقها من المدعى عليه، وأن الحكم المذكور حدد نفقة ابنيها

329- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ:2018/09/18، تحت عدد 471، في الملف الشرعي عدد:2016/1/2/526، غير منشور.

منه بحسب مائة وأربعون أورو في الشهر يؤدها المدعى عليه كمساهمة في تكاليف رعاية وتربية القاصرين المذكورين بواسطة الأداء المقدم.

وحيث إن ملف القضية خال من أية وثيقة تفيد إلغاء الحكم الأجنبي المذكور أو تنازل المدعية عن تنفيذه، وأن الأحكام الأجنبية حجة على صحة الوقائع التي تثبتها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ"﴿330﴾.

وإذا كان القضاء المغربي قد سار في اتجاه إقرار حجية للأحكام الأجنبية عند نظره في النزاعات المالية للأسر المغربية المقيمة بالخارج من خلال رفض الطلبات المقدمة أمامه في حال ثبوت سبقية النظر فيها أمام المحاكم الأجنبية، إلا أنه في المقابل لا تعتمد بعض المحاكم الأجنبية نفس النهج، حيث تنظر في الطلبات المقدمة أمامها والتي سبق البت فيها من قبل القضاء المغربي، حيث لا تأخذ بحجية الحكم المغربي بهذا الخصوص، وهو ما يجعلنا نتساءل عن موقف القضاء المغربي من طلبات تذييل هذا النوع من الأحكام الأجنبية؟

للجواب عن هذا السؤال يمكن الاستدلال بواقعة كانت محل نظر أمام المحكمة الابتدائية بتزنيت، حيث تقدمت المدعية بطلب تذييل حكم صادر بتاريخ 29 يناير 2015 عن محكمة الاستئناف بباريس بفرنسا القطب 3 رقم 3 رقم 23211/12، القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها بالطلاق، فقضت المحكمة المذكورة برفض الطلب تأسيسا على مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام المغربي بسبب استبعاده لحكم سابق صادر عن القضاء المغربي قضى بطلاق الطرفين، وهكذا جاء في حيثيات الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتزنيت بتاريخ 28 أبريل 2021 ما يلي " حيث أن الطلب يرمي إلى تذييل الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف

330- الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 13-06-2018، في الملف عدد: 607 - 17 - 1620، غير منشور.

بباريس – القطب 3 الغرفة رقم 3 بتاريخ 2015/1/29 وفق المراجع أعلاه والقاضي بالطلاق بين المدعية..... والسيد.....

وحيث انه بمقتضى المادة 128 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية فان الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو التطليق أو بالخلع أو الفسخ تكون قابلة للتنفيذ اذا صدرت عن محكمة مختصة واسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة. كما أنه بموجب الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية فانه يجب على المحكمة التي يقدم اليها الطلب أن تتأكد من صحة الحكم واختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته وان تتحقق أيضا من عدد مساس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام المغربي.

وحيث أن الثابت من الحكم الأجنبي أنه انتهى إلى التصريح بالطلاق بين الطرفين استجابة لطلب المدعية بعد أن استبعد دفع المدعى عليه في الدعوى المثارة.... – بانتهاء علاقته الزوجية بالسيدة.... –لاستصدراه حكما عن المحكمة الابتدائية بأكادير بتاريخ 2008/12/4، عدد..... /08 والذي قضى بالتطليق للشقاق وترتيب اثاره بينهما مدليا بهذا الشأن بمجموعة من الوثائق المفصلة في متن الحكم الأجنبي تعزيزا لادعائه.

وحيث أن المحكمة الاجنبية مصدرة القرار حين انبرت الى التفصيل في وقائع وحيثيات ومنطوق الحكم المغربي ثم انتهت إلى استبعاده وفق المبررات التي ساقتها –وهي جميعها ذات طبيعة إجرائية، إضافة إلى اعتباره ماسا بحقوق المدعية المالية، تكون قد مارست دورا رقابيا على الحكم المغربي وجردته من آثاره بين طرفيه وفق تصور يتجاوز صلاحياتها، ذلك أن القضاء المغربي حين باشر البت في طلب تطبيق مسطرة الشقاق بين المدعية والسيد.... إنما كان ذلك باعتباره السلطة الدستورية الموكول اليها حق النظر في النزاعات المعروضة أمام محاكم المملكة و تطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية ذات الصلة بها ما دام أنهما يحملان الجنسية

المغربية وفق ما أشير اليه في الحكم الفرنسي نفسه ، بغض النظر عن أية قواعد قانونية أخرى أو اتفاقيات ثنائية لارتباط تطبيقها بتحقق العنصر الأجنبي في النزاع ، أو تبوث عرض القضية أولا على القضاء الفرنسي طبقا للاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي المبرمة بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية المؤرخة في 10/8/1981 والمنشورة بالجريدة الرسمية في 7/10/1987 وهي المعطيات التي انتفت كليا في نازلة الحال.

وحيث إنه واسترسالا فيما ذكر يظل القانون الوطني وحده المختص في تحديد طرق ومساطر الطعن في الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية المختصة ومراجعتها ومراقبتها شكلا وموضوعا، مما يبقى معه الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس وفق ما فصل من وقائع ومقتضيات مخالف للنظام العام المغربي يقتضي انتهاء رفض طلب تذييله بالصيغة التنفيذية." ﴿331﴾

**الفقرة الثانية: رقابة القضاء المغربي على شرط عدم مخالفة بعض أحكام مدونة الأسرة المغربية.**

تضمنت مدونة الأسرة عددا من المقتضيات التي تهم تدبير العلاقات الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، وعلى رأس هذه المقتضيات نجد إقرارها بصحة عقود الزواج المبرمة خارج أرض الوطن في حال تحقق الشروط الواردة في المادة 14 من مدونة الأسرة، والتي تنص على أنه : " يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان، مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده."، فيما حددت المادة 15 من نفس المدونة مسطرة إيداع عقود الزواج المبرمة خارج أرض الوطن،

331- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتزنيت بتاريخ: 28 أبريل 2021، في الملف عدد:/21/1117، غير منشور.

حيث نصت على أنه "يجب على المغاربة الذين أبرموا عقد الزواج طبقا للقانون المحلي لبلد إقامتهم، أن يودعوا نسخة منه داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه، بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد.

إذا لم توجد هذه المصالح، ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية.

تتولى هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط" .

وإلى جانب هذه الأحكام المتعلقة بإبرام عقد الزواج، فقد أشارت مدونة الأسرة إلى أحكام أخرى خاصة بانتهاء العلاقة الزوجية إذ بالرجوع إلى مقتضيات المادة 128 من مدونة الأسرة نجدها تنص على أن "الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ، تكون قابلة للتنفيذ إذا ما صدرت عن محكمة مختصة، وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين، بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتذييل بالصيغة التنفيذية طبقا لأحكام المواد 430و431و432 من قانون المسطرة المدنية"،

والملاحظ من خلال هذه المقتضيات أن المشرع المغربي أوجب على المحاكم للاستجابة لطلبات التذييل بالصيغة التنفيذية أن تراقب عددا من الشروط سواء تلك المتعلقة بالأحكام القاضية بانتهاء العلاقة الزوجية أو المتعلقة بالعقود المبرمة خارج التراب الوطني، وهكذا فقد اشترط المشرع المغربي من خلال هذه المادة ضرورة صدور الحكم عن محكمة مختصة، وأن تكون الأسباب المؤسس عليها انتهاء العلاقة الزوجية غير متنافية مع تلك المقررة في مدونة الأسرة.

وسواء تعلق الأمر بأحكام مدونة الأسرة الخاصة بزواج المغاربة خارج أرض الوطن أو طلاقهم، فإن رقابة القضاء المغربي على عقود الزواج وأحكام انتهاء العلاقة الزوجية بين المغاربة خارج أرض الوطن، بمناسبة النظر في دعاوة التذييل بالصيغة التنفيذية تتسم بنوع من التباين أحيانا في الجانب المرتبط بالرقابة على الشروط المقررة قانونا لصحة هذه العقود والأحكام، إذ عمليا يلاحظ وجود تباين في التوجه القضائي بين بعض المحاكم بخصوص رقابة القضاء المغربي على بعض الشروط الواردة في مدونة الأسرة عند نظرها في قضايا التذييل بالصيغة التنفيذية، كما هو الشأن بالنسبة لمخالفة مسطرة إبرام عقود زواج المغاربة المقيمين بالخارج، حيث ذهبت بعض المحاكم إلى رفض طلبات تذييل عقود زواج المغاربة المقيمين بالخارج في حال عدم سلوكهم للمسطرة المقررة قانونا، كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بورزازات، بتـــاريخ 2009/11/03، والذي جاء فيه ما يلي : "حيث إن المقرر قانونا أنه يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان، كما يجب عليهم أن يودعوا نسخة منه داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه، بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد، أو إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية إذا لم توجد هذه المصالح، وأنه إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

وحيث إن المدعي لما لم يسلك ما هو مقرر أعلاه لم يجعل لدعواه الأساس القانوني لقبولها مما يتعين عدم قبولها مع إبقاء الصائر عليه." ﴿332﴾.

---

332- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بورزازات، بتـــاريخ 2009/11/03، تحت عدد 1283، في الملف عدد: 09/1234، غير منشور.

في المقابل فإن الاتجاه الغالب لدى محاكم الموضوع يسير في اتجاه قبول تذييل عقود الزواج دون اشتراط سلوك المسطرة المقررة لإيداع رسوم الزواج المنعقدة أمام الجهات الإدارية الأجنبية، كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 2008/03/03، والذي جاء في حيثياته ما يلي:"حيث ابرم العقد المراد تذييله بالصيغة التنفيذية بفرنسا بلدية كوكولين بتاريخ 2000/11/4.

وحيث أنه برجوع المحكمة إلى مضمون العقد المراد تذييله بالصيغة التنفيذية ثبت لها أنه خال مما يخالف النظام المغربي وجاء منسجما مع مقتضيات مدونة الأسرة المغربية وبالتالي يبقى الطلب مؤسسا ويتعين الاستجابة له." ﴿333﴾.

ولا ينحصر تباين التوجهات القضائية على مستوى الرقابة جانب مسطر إيداع عقود الزواج المبرمة خارج أرض الوطن، وإنما تمتد إلى جانب الاختلاف حول الرقابة على الجهة المختصة بإبرام عقود زواج المغاربة، ذلك أن بعض المحاكم تسير في اتجاه رفض طلبات تذييل عقود الزواج المبرمة خارج أرض الوطن من قبل بعض الجمعيات أو المراكز الإسلامية المتواجدة بدول الاستقبال بعلة عدم اختصاصها، كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 2017/05/11 والذي ورد في بعض حيثياته ما يلي : " وحيث ثبت للمحكمة من خلال الإطلاع على ظاهر وثائق الملف ومستنداته، أن الطرفين أبرما عقد زواج مدني امام كاتب الجمعية الإسلامية ببوينس ايريس بالأرجنتين .

وحسب إن عقد الزواج المذكور قد ابرم أمام جهة غير مختصة بذلك من جهة أولى، ومن جهة ثانية فإن الزواج المذكور قد تم بحضور شاهدين لم تحدد ديانتهما بل وأحدهما أجنبي، و بذلك يكون الزواج قد ابرم خلافا لمقتضيات المادتين 13 و

333- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس، بتاريخ 2008/03/03، تحت عدد 1334، في الملف عدد 07/1/1657، غير منشور.

14 من مدونة الأسرة، و بالتالي يكون عقد الزواج المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية مخالفا للنظام العام المغربي و يتعين رفض الطلب." ﴿334﴾.

وفي نفس السياق سار الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 2007/7/2، الذي ورد في بعض حيثياته ما يلي : " وحيث ان المحكمة ومن خلال رجوعها إلى رسم الزواج المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية وجدته أبرم أمام المركز الإسلامي ببرشلونة وهو ليس جهة إدارية لا برام العقود باسبانيا كما أن كاتب العقد ليس ضابطا او موظفا عموميا مختصا لإبرام عقود الزواج وفق الإجراءات الإدارية المحلية لبلد الإقامة الأمر الذي يجعل العقد المطلوب تذييله بالصيغة التنفيذية في نازلة الحال غير متوافر على الشروط المطلوبة قانونا للاعتراف به وإضفاء الصيغة التنفيذية عليه مما يكون معه الطلب غير مبني على أساس ويتعين رفضه."﴿335﴾

في المقابل ذهبت محاكم أخرى في اتجاه مخالف حيث استجابت لطلبات التذييل بالصيغة التنفيذية لهذا النوع من العقود، وهكذا فقد قضت المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير في حكمها الصادر بتاريخ 2012/10/16 بالاستجابة لطلب تذييل عقد الزواج بين مغربيين المبرم من طرف الجمعية الإسلامية الخيرية بتورنتو في كندا ﴿336﴾.

أما بخصوص الرقابة على صحة الأحكام الصادرة خارج أرض الوطن بشأن انتهاء العلاقة الزوجية، ومدى انسجامها مع أحكام مدونة الأسرة، فقد سبق للمحكمة الابتدائية بالعرائش أن أصدرت حكما بتاريخ 2016/06/09 قضى بعدم قبول طلب

---

334- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش، بتاريخ: 11-05-2017، في الملف عدد : 218 - 17 - 1614، غير منشور.

335- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 2007/7/2، تحت عدد 3504، في الملف عدد: 07/1/1169، غير منشور.

336- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير بتاريخ 2012/10/16، في الملف عدد: ملف رقم:7/12/611، غير منشور.

تذييل حكم أجنبي لعدة أسباب من بينها العلة التالية " حيث إنه باطلاع المحكمة على الحكم المراد تذييله بالصيغة التنفيذية أعلاه تبين لها أنه استند على قرار تمهيدي سابق صادر بتاريخ 2015/03/05، وأن الحكم الأجنبي لا يتضمن أي مناقشة لأسباب الطلاق، أو حضور طرفيه أو تبليغهما، كما أنه جاء خاليا من مجموعة من البيانات اللازم تضمينها في الأحكام، بما فيها الأسباب التي بني عليها الطلاق ، وأنه منعدم التعليل مما يتعذر معه على المحكمة التأكد من توفر الشروط والشكليات المنصوص عليها في الفصلين 430 و431"﴿337﴾.

والملاحظ إجمالا أن عددا غير يسير من الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي يصعب الرقابة على مضمونها وما إن كان متوافقا مع أحكام مدونة الأسرة بشأن انتهاء العلاقة الزوجية، وما إن كان غير متعارض مع أحكام النظام العام المغربي عامة وذلك بالنظر إلى طبيعة صياغ الأحكام المختصرة في العديد من الأنظمة القضائية والتي لا تتيح إمكانية الوقوف على الأسباب القانونية والواقعية للحكم، كما هو الشأن بالنسبة للحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بدورتموند 2009/4/6 بشأن القضية عدد 109 F4018/08. ﴿338﴾

وخلاصة القول أنه سواء على مستوى القضاء بدول الاستقبال أو على مستوى القضاء المغربي فإن المغاربة المقيمين بالخارج يواجهون إشكالات على مستوى واقع تفعيل المقتضيات القانونية من قبل القضاء، فهم بين جهتين إحداهما –ممثلا في النظام القضائي لدول الاستقبال– ترفض في غالب توجهاتها تفعيل المقتضيات القانونية المغربية الواجبة التطبيق على علاقاتهم المالية الأسرية، وجهة أخرى –

337– حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 2016/06/09، في الملف عدد: 1614/16/184، غير منشور.

338– حكم صادر عن المحكمة الابتدائية المحكمة الابتدائية بدورتموند 2009/4/6 بشأن القضية عدد 109 F4018/08، غير منشور.

ممثلة في النظام القضائي المغربي– ترفض الاعتراف ببعض الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي حفاظا على الهوية الراسخة للمجتمع المغربي، وما بين البينين فإن التوجه الذي أصبح بدول الاستقبال ينحو في اتجاه اعتماد المغاربة المقيمين بالخارج للمقاربة الاتفاقية في تدبير وضعيتهم الأسرية بالنظر لكون هذه المقاربة مقررة في معظم التشريعات وتأخذ بها معظم الأنظمة القضائية سواء بدول الاستقبال أو داخل المغرب، فإلى أي حد استطاعت هذه المقاربة تجاوز الإشكالات العملية التي تواجه تدبير العلاقات المالية للأزواج المغاربة المقيمين بالخارج ؟

**الفصل الثاني: التدبير الاتفاقي بديل لتدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج.**

سنحاول في هذا الفصل الوقوف عند الأساس الشرعي والقانوني للتدبير التعاقدي للأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج (في المبحث الأول)، وذلك قبل الخوض في بغض صور التدبير الاتفاقي لهذا النوع من الأموال (في المبحث الثاني)

**المبحث الأول: الأساس الشرعي والقانوني للتدبير التعاقدي للأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج.**

وسع المشرع المغربي من دائرة تدخل الإرادة في مجال إبرام عقد الزواج، وذلك من خلال إقرار أحقية الأطراف في الإشتراط أثناء التعاقد، بل وأفرد لهذا الحق قسما خاصا في مدونة الأسرة، سماه : " الشروط الإرادية في عقد الزواج وآثارها"، حيث تضمن هذا القسم ثلاث مواد أساسية، وهي: المواد 47 و48 و 49، فأفرد المادة 49 لتدبير الأموال الأسرية، فيما ترك أمر تنظيم باقي الشروط الإرادية الأخرى لمقتضيات المادتين 47 و 48 من نفس القانون، وسنحاول من خلال هذا المبحث التطرق للأساس الشرعي للتدبير التعاقدي للأموال الأسرية (المطلب الأول)، وذلك قبل الخوض في الأساس القانوني لهذا النوع من التدبير (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: الأساس الشرعي للتدبير التعاقدي للأموال الأسرية.

يرتبط مفهوم التدبير التعاقدي للأموال الأسرية بمفهوم الشروط الإرادية لعقد الزواج كما سلف البيان، وهذه الشروط الإرادية إنما تنصرف للشروط الإتفاقية المضافة للعقد، وهي شروط جعلية ﴿339﴾، مقترنة بعقد الزواج لا معلق عليها ﴿340﴾، لأن الطابع البات لعقد الزواج لا يقبل التعليق على شرط فاسخ أو واقف، مادامت قدسية الزواج تفرض أن يصان من شائبة الإحتمال ﴿341﴾، لذلك كان

---

339 : يقسم علماء الأصول الشرط إلى صنفين: شروط شرعية وأخرى جعلية، فالشرط الشرعي هو ما يتطلبه الشارع لوجوب العبادة، أو لصحتها أو لانعقاد العقد أو لصحته، أو نفاذه، أو لزومه، أما الشرط الجعلي، فهو ما كان باشتراط المكلف،

للمزيد من التفاصيل بخصوص هذا التقسيم، يراجع، محمود بلال مهران "الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الاسلامي"، طبعة سنة 1985، منشورات مكتبة دار الثقافة العربية، ص 91.

340 : وعقد الزواج المعلق على شرط تم تنظيم أحكامه في إطار المواد 11 و 62 من مدونة الأسرة، فيما أحيل بخصوص آثاره على المادة 47 من نفس القانون، وعليه فقد نصت المادة 11 من مدونة الأسرة على أنه يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا : ... باتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ."، في إشارة إلى عدم جواز تعليق الزواج على أي شرط واقف أو فاسخ، مهما كانت درجة احتمال تحققه، خلافا لبعض التشريعات العربية المقارنة التي حصرت عدم الجواز في الشروط غير المحققة الوقوع كما هو الشأن بالنسبة للمادة 18 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، التي جاء فيها : " لا ينعقد الزواج المضاف إلى المستقبل و لا المعلق على شرط غير محقق."، أي بمفهوم المخالفة إذا كان الشرط المعلق عليه الزواج محقق الوقوع فالعقد صحيح، وهو نفس الطرح الذي أخذ به بعض الفقه حين ميز بين أنواع الشروط المعلق عليها عقد الزواج، فاعتبر أن ليس كل تعليق بالشرط في عقد الزواج، مبطلا له، بل التعليق المبطل هو ما كان الشرط المعلق عليه محتمل أو مستحيل التحقق في المستقبل، فإن كان الشرط الذي علق عليه الزواج محقق الوجود فلا أثر لهذا التعليق، ويكون العقد صحيحا، لأنه تعليق في الصورة تنجيز في المعنى.

للمزيد من التفاصيل يراجع : بدران أبو العينين بدران : "الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون"، الجزء الأول :"الزواج و الطلاق"، مرجع سابق، ص 49 و 50.

341 : مع الإشارة بهذا الشأن إلى أن حكم التعليق على الشرط مختلف بشأنه بين فقهاء المسلمين، فمنهم من قال بجواز التعليق على الشرط، ومن ذلك قول الإمام بن قيم الجوزية رحمه الله في معرض حديثه عن حكم التعليق على الشرط : " وتعليق العقود و الفسوخ والتبرعات و الالتزامات و غيرها بالشرط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف، وقد صح تعليق النذر بالشرط، بالإجماع ونص

الحكم في اقتران عقد الزواج بشرط فاسخ أو واقف، طبقا للمواد 11 و 62 و 47 من مدونة الأسرة، بطلان الشرط وصحة العقد ﴿342﴾، وتعتبر مسألة الإشتراط في العقود عموما، وفي عقد الزواج على وجه الخصوص، من أكبر المسائل الخلافية بين مذاهب الفقه الإسلامي، حيث طرح بشأنها قولان : أحدهما يجعل الأصل في الإشتراط الحظر و الإستثناء هو الجواز (الفقرة الأولى)، وثانيهما يأخذ بالعكس فيجعل الأصل في الإشتراط الجواز، والإستثناء هو الحظر(الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى : الأصل في الاشتراط الحظر.**

و هذا قول أهل الظاهر، وكثير من أصول أبي حنيفة و أصول الشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك و أحمد بن حنبل، فالأصل عندهم في الشروط الحظر، إلا ما ورد الشرع بإجازته، غير أن الخلاف بينهم قائم حول نطاق هذا

---

الكتاب، وتعليق الضمان بالشرط بنص القرآن، وتعليق النكاح بالشرط في تزويج موسى عليه السلام بابنة صاحب مدين وهو من أصح نكاح على وجه الأرض، ولم يأت في شريعتنا ما ينسخه، بل أتت مقررة له، كقوله صلى الله عليه وسلم : ( إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)، وهذا صريح في أن حل الفروج بالنكاح قد يعلق على شرط، ونص الإمام أحمد رحمه الله على جواز تعليق النكاح بالشرط"، في المقال نجد الحكم لدى الفقه المالكي مجملا في النظم التالي :

لا يقبل التعليق بيع و نكاح *** فلا يصح بعت ذا إن جاء فلاح.

حول الإتجاه الأول يراجع : الإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية، رحمه الله : " إعلام الموقعين عن رب العالمين"، المجلد الخامس، الطبعة الأولى لسنة 1423 هجرية، منشورات دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع /جدة، ص 373 .

وحول الإتجاه الثاني يراجع : " إبن عاصم الأندلسي : "البهجة في شرح التحفة "على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام, وبحاشيته حلى المعاصم لفكر إبن عاصم للإمام أبي عبد الله محمد التاودي وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام, الجزء الأول، الطبعة الأولى لسنة 2005, منشورات دار الرشاد الحديثة / الدار البيضاء, ص 482 و 483.

342 : تنص المادة 62 من مدونة الأسرة على أنه : " إذا اقترن الإيجاب أو القبول بأجل أو شرط واقف أو فاسخ، تطبق أحكام المادة 47 أعلاه."، والتي تنص على أن : " الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا."

الإستثناء ما بين موسع و مضيق، فأهل الظاهر يجيزون من الشروط ما ثبت جوازه بنص أو إجماع فإن لم يثبت جوازه بما ذكر أبطلوه، أما أبو حنيفة و الشافعي و أصحاب أحمد، فقالوا بالجواز كذلك استنادا للقياس و آثار الصحابة، ولما يفهمونه من معاني النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهر، غير أنهم اختلفوا بدورهم حول نطاق الإجازة، فقضت أصول أبي حنيفة بعدم صحة الشرط المخالف لمقتضى العقد في المطلق، وبصحة الشرط في المعقود عليه، إذا كان العقد مما يمكن فسخه، ولذلك لم يصحح في النكاح شرطا أصلا، لأن النكاح عنده لا يقبل الفسخ ﴿343﴾، وسايره الشافعي في القول بأن كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل، لكنه أجاز في النكاح بعض الشروط دون البعض، فلم يجز اشتراط الزوجة دارها أو بلدها، ولا أن يتزوج عليها و لا يتسرى، وأجاز اشتراط حريتها و إسلامها وكذا سائر الصفات المقصودة على الصحيح في مذهبه، كالمال و نحوه، وهو ممن يرى فسخ النكاح بالعيب و الإعسار، وانفساخه بالشروط التي تنافيه، كاشتراط الأجل، والطلاق، ونكاح الشغار، وزادت طائفة من أصحاب أحمد ابن حنبل من نطاق الاستثناء، فكانوا أكثر المتوسعين في الأخذ بالشروط، فاستثنوا أكثر مما استثناه الشافعي في النكاح، كاشتراط المرأة على زوجها أن لا ينقلها و لا يزاحمها بغيرها، ونحو ذلك من المصالح، فقالوا : كل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل، إلا إذا كان فيه مصلحة للمتعاقدين ﴿344﴾.

---

343 : شيخ الإسلام ابن تيمية كتاب "العقود"، منشورات دار السنة المحمدية للطباعة/القاهرة/مصر، دون بيانات أخرى، ص 156 وما يليها.

344 : حول هذه الآراء الفقهية، يراجع : شيخ الاسلام أحمد بن تيمية : "مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية "، جمع وترتيب، عبد الرحمان بن محمد بن قاسم وابنه محمد، المجلد التاسع و العشرون، طبعة سنة 2004، منشورات مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف/ المدينة المنورة، ص من 126 إلى 129.

و عموما فسند القائلين بالحظر كأصل، ما ورد عن عائشة رضي الله عنها بشأن قصة بريرة المشهورة، حيث قالت رضي الله عنها : ( جاءتني بريرة فقالت : كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل عام أوقية، فأعينيني، فقلت : إن أحب أهلك أن أعدها لهم، ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم، فأبوا عليها، فجاءت من عندهم، ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس، فقالت : إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء، فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال : خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق، ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس، فحمد الله و أثنى عليه ثم قال : أما بعد، ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق) ﴿345﴾.

ولهم في الحديث حجتان: إحداهما قوله: " ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"، فكل شرط ليس في القرآن، ولا في الحديث، ولا في الإجماع: فليس في كتاب الله، بخلاف ما كان في السنة، أو في الإجماع فإنه في كتاب الله بواسطة دلالته على اتباع السنة والإجماع." ﴿346﴾.

" والحجة الثانية أنهم يقيسون جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشتراط الولاء، لأن العلة فيه: كونه مخالف لمقتضى العقد، وذلك: لأن العقود توجب

345 : أورده شيخ الاسلام أحمد بن تيمية : "مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية "، المجلد التاسع و العشرون، مرجع سابق، ص 129 و 130.

346 : شيخ الاسلام أحمد بن تيمية : "مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية "، المجلد التاسع و العشرون، مرجع سابق، ص 130 و 131.

مقتضياتها بالشرع، فيعتبر تغييرها تغييرا لما أوجبه الشرع، فالعقود مشروعة على وجه، واشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع ﴿347﴾.

**الفقرة الثانية: الأصل في الاشتراط الجواز، والاستثناء الحظر.**

خلافا للإتجاه القائل بحظر الاشتراط كأصل، وإجازته كاستثناء، اعتبر اتجاه آخر في الفقه الإسلامي، أن الأصل في الإشتراط الجواز، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه و إبطاله، نصا أو قياسا، وأصول أحمد المنصوصة عنه : أكثرها يجرى على هذا القول، وعليه يجيز أحمد بن حنبل في النكاح عامة الشروط التي للمشترط فيها غرض صحيح، لما في الصحيحين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (إن أحق الشروط أن توفوا به : ما استحللتم به الفروج)، ومن قال بهذا الحديث قال : إنه يقتضي أن الشروط في النكاح أوكد منها في البيع و الإجارة، وهذا مخالف لقول من يصحح الشروط في البيع دون النكاح، فيجوز أحمد أن تستثني المرأة ما يملكه الزوج بالإطلاق، فتشترط أن لا تسافر معه و لا تنتقل من دارها، وتزيد على ما يملكه بالإطلاق، فتشترط أن تكون مخلية به، فلا يتزوج عليها و لا يتسرى.

" ويجوز أن يشترط كل واحد من الزوجين في الآخر صفة مقصودة، كاليسار والجمال ونحو ذلك، ويملك الفسخ بفواته، وهو من أشد الناس قولا بفسخ النكاح و انفساخه فيجوز فسخه بالعيب، كما لو تزوج عليها وقد شرطت عليه أن لا يتزوج عليها، وبالتدليس كما لو ظنها حرة فظهرت أمة، وبالخلف في الصفة على الصحيح،

347 : شيخ الاسلام أحمد بن تيمية : "مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية "، المجلد التاسع و العشرون، مرجع سابق، ص 131

كما لو شرط الزوج أن له مالا فظهر بخلاف ما ذكر، وينفسخ عنده بالشروط الفاسدة المنافية لمقصوده كالتوقيت، واشتراط الطلاق"﴿348﴾.

وسند القائلين بجواز الاشتراط كأصل، من الكتاب عدد من الآيات الموجبة للوفاء بالعهود، من قوله عز وجل (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ﴿349﴾، وقوله عز وجل (و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا) ﴿350﴾، ومن السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم (أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق، حتى يدعها : إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر) ﴿351﴾.

ووجه الإستدلال أنه إذا كان جنس الوفاء و رعاية العهد مأمور به : علم أن الأصل صحة العقود و الشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصوده، ومقصود العقد : هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود، دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة ﴿352﴾.

وفي ذلك يقول ابن قيم الجوزية رحمه الله : " و المقصود أن للشروط عند الشارع شأنا ليس عند كثير من الفقهاء، فإنهم يلغون شروطا لم يلغها الشارع، ويفسدون بها العقد من غير مفسدة تقتضي فساده، وهم متناقضون فيما يقبل التعليق بالشروط من

---

348 : شيخ الاسلام أحمد بن تيمية : "مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية "، المجلد التاسع و العشرون، مرجع سابق، ص 135، كما يراجع كتاب "العقود" لنفس المؤلف، مرجع سابق ص 207 وما يليها.

349 : سورة المائدة، الآية 1.

350 : سورة الإسراء، الآية 34.

351 : استشهد القائلون بهذا الرأي إلى عدد كبير من الآيات والأحاديث، ضمنها شيخ الاسلام أحمد بن تيمية في كتابه : "مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية "، المجلد التاسع و العشرون، مرجع سابق، ص من 138 إلى 145.

352 : شيخ الاسلام أحمد بن تيمية : "مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية "، المجلد التاسع و العشرون، مرجع سابق، ص 146.

العقود وما لا يقبله، فليس لهم ضابط مطرد منعكس يقوم عليه دليل، فالصواب الضابط الشرعي الذي دل عليه النص أن كل شرط خالف حكم الله تعالى و كتابه فهو باطل، و ما يخالف حكمه فهو لازم.

يوضحه أن الإلتزام بالشرط كالالتزام بالنذر، والنذر لا يبطل منه إلا ما خالف حكم الله وكتابه، بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله، والالتزام به أوفى من الالتزام بالنذر "﴿353﴾

ونفرد في الختام تفصيلا في رأي الفقه المالكي من الاشتراط في عقد الزواج، والذي أجمل في قول الناظم:

وما ينافي العقد ليس يجعل*** شرطا وغيره بطوع يقبل.

وعليه فالإشتراط في عقد النكاح على قسمين : قسم ينافي العقد، فلا يجوز جعله شرطا، و قسم لا ينافي العقد، فيجوز جعله طوعا بعد العقد ويكره اشتراطه في العقد، و في التوضيح قسم الشرط في النكاح على ثلاث أقسام ﴿354﴾ :

1 : ما يناقض مقتضيات العقد مثل أن لا نفقة أو ميراث، فحكمه كالصداق الفاسد أن يفسخ قبل البناء و يثبت بعده على المشهور، وعلى هذا الحكم سارت بعض الفتاوى، فقد سئل الشيخ التاودي عن امرأة تشترط في العقد أن أمرها بيدها حيث ترى ما لا يليق بها من غير رفع لحاكم.

فأجاب : " إن اشتراط المرأة في العقد أن أمرها بيدها هو من الشروط المناقضة للمقصود كأن لا يقسم لها أو يؤثر عليها. و الذي أفتى به صاحب المختصر في

---

353: الإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية، رحمه الله : " إعلام الموقعين عن رب العالمين"، المجلد الخامس، الطبعة الأولى لسنة 1423 هجرية، منشورات دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع /جدة، ص 378 و 379 .

354 : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الشهير بميارة : " شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام"، المجلد الأول، باب النكاح مرجع سابق، ص 278 إلى 280.

ذلك أن النكاح فاسد يفسخ قبل البناء و يمضي بعده ويلقى الشرط المناقض. قال ابن رشد : اتفقوا (أي في شرط أن لا نفقة لها) على ثبوت النكاح وسقوط الشرط. وقال اللخمي : إن تزوجها على شرط ألا يأتيها إلا نهارا أو أن يؤثرها على غيرها أو على ألا يعطيها الولد أو لا نفقة لها أو لا ميراث بينهما أو على أن أمرها بيدها، فهذه شروط لا يجب الوفاء بها، واختلف في النكاح، فقيل يفسخ قبله وبعده، وقيل يفسخ قبل ويثبت بعد، ويمضي على سنة النكاح ويسقط الشرط " ﴿355﴾.

2 : ما لا يناقض مقتضيات العقد بل يكون العقد يقتضيه و إن لم يذكر، كشرط أن ينفق عليها ونحو ذلك، فوجوده وعدمه سواء، ولا يوقع في العقد خللا و يحكم به إن ترك أو ذكر، إلا أنه إن شرط ألا يضربها مثلا ثم أثبتت الضرر فلها أن تطلق نفسها من غير رفع لحاكم.

3 : ما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه و للمرأة فيه غرض، كشرط ألا يتزوج عليها، وقد نهى الإمام مالك عنه، فهو مكروه على المذهب، وغير لازم الوفاء به، و على هذا الحكم سارت بعض الفتاوى بالمغرب، فقد سئل الفقيه العلامة سيدي محمد الوزري عمن التزم لامرأته أن لا يتزوج عليها و أن لا يتسرى عليها و استرعى على ذلك، هل ينفعه الاسترعاء أم لا ؟

فأجاب : " قال الإمام أبو العباس القباب التلمساني : من التزم لزوجته أن كل امرأة يتزوجها عليها هي طالق، أو كل سرية تسرى بها عليها هي حرة، واسترعى أنه إنما فعل ذلك خوفا من شرها، فلا يلزمه شيء مما التزم به، واسترعاؤه عامل، والله أعلم." ﴿356﴾

---

355 : أبي عبد الله سيدي محمد المهدي بن محمد بن محمد بن الخضر الوزاني الشريف العمراني الحسني : "النوازل الصغرى " المسماة :" المنح السامية في النوازل الفقهية "، الجزء الثاني، مرجع سابق ص 67.

356 : أبي عبد الله سيدي محمد المهدي بن محمد بن محمد بن الخضر الوزاني الشريف العمراني الحسني : "النوازل الصغرى " المسماة : " المنح السامية في النوازل الفقهية "، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 146.

**المطلب الثاني: الأساس القانوني للتدبير التعاقدي للأموال الأسرية.**

يستند التدبير التعاقدي للأموال الأسرية كما سلف البيان إلى مفهوم الشروط الإرادية لعقد الزواج، التي تعتبر تجسيدا لمبدإ متجذر في التعاقدات المدنية، وعليه فقبل الخوض في التنظيم القانوني للشروط الإرادية لعقد الزواج (الفقرة الثانية)، يتعين التطرق بادئ الأمر إلى مبدأ سلطان الإرادة باعتباره المبدأ العام المؤطر لحرية الإرادة في تدبير التعاقدات (الفقرة الأولى)

**الفقرة الأولى : مضمون مبدأ سلطان الإرادة.**

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة le principe de Autonomie de la volonté أحد أهم ركائز التعاقدات المدنية، إذ بمقتضاه يترك للإرادة السلطان الأكبر في تدبير أمور التعاقد، وتدعيم المشرع المغربي لأحكام قيام وانقضاء عقد الزواج، بهذا المؤيد يتمظهر في مجموعة من الصور، أبرزها تلك المرتبطة بتوسيع مجال تدخل الإرادة في تدبير الأموال الأسرية.

ومبدأ سلطان الإرادة كمبدأ متجدر في قواعد التشريعات المدنية، دال على حرية الإرادة في إنشاء الالتزام، وتحديد بنوده وشروطه و آثاره وسبل انقضائه، فيكون للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد و تحديد الآثار المترتبة عنه ﴿357﴾، لذا نجد بعض الفقه يعبر عن مدلول هذا المبدأ بالقول :

" Je ne suis obligé par un acte juridique que si je le veux, au moment au je le veux, et dans la mesure au je le veux "﴿358﴾

---

357 : عبد الرزاق أحمد السنهوري : " الوسيط في شرح القانون المدني "، الجزء الأول : " نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الالتزام "، الطبعة الثانية، لسنة 1964، منشورات دار النهضة العربية، المطبعة العالمية/ القاهرة، ص 135.

358 : E.Gounot, "le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé"; Contribution à l'étude critique de l'individualisme, thèse, Dijon, 1912 P. 136.

في دلالة واضحة على أن عماد مبدأ سلطان الإرادة هو : حرية الأخيرة في إبرام التصرف متى شاءت وبالكيفية التي شاءت، فتصبح مهمة القانون الوحيدة في المجال التعاقدي هي تأمين المساواة بين الحريات الموجودة، لأن كل عقد حر هو عقد صحيح حسب البعض أيا كان محتواه ﴿359﴾ .

و قد عرف نطاق الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة تطورا عبر فترات تاريخية مختلفة، فاتسع مع انتشار الفكر الليبرالي الفردي، الذي أولى عناية بالغة بالفرد و إرادته، وتقلص مع انتشار الفكر الاشتراكي، الذي لم يعترف بقدرة الإرادة على خلق الإلتزام إلا في أضيق الحدود.﴿360﴾

وما بين هذا التوجه و ذاك، ضل مدلول مبدأ سلطان الإرادة قائما أساسا على حرية الإرادة في إبرام الإلتزام و تحديد شروطه وآثاره و سبل انقضائه، إلا أن هذا لا يعني أن حرية الإرادة وفق المبدأ أعلاه حرية مطلقة، وإنما هي حرية مقيدة بمجموعة من الضوابط والقيود التي يفرضها النظام العام و الآداب الحميدة و نص القانون ﴿361﴾، وعليه فبقدر ما يوفر مبدأ سلطان الإرادة من حرية للأخيرة في إبرام التصرف وتحديد نطاقه و مقتضياته، بقدر ما تقيَد هذه الحرية بضوابط.

---

359: E.Gounot," le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé", P . 76.

360 : للمزيد من التفاصيل حول هذا التطور التاريخي لمبدأ سلطان الارادة، يراجع :

–محمد شلح :"سلطان الإرادة على ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد"رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية.جامعة محمد الخامس بالرباط، سنة 1983.

–عبد القادر العرعاري" النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المغربي"، الجزء الأول، طبعة سنة 1995، منشورات مطبعة فضالة/المحمدية، ص 47 إلى 49.

– عبد الرزاق أحمد السنهوري : " الوسيط في شرح القانون المدني "، الجزء الأول ، مرجع سابق،ص من، 154 إلى 161.

361 : عبد القادر العرعاري" النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المغربي"، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 47 و 51.

ومما سبق من تفصيل، يمكن القول أن مبدأ سلطان الإرادة قائم على أربع ركائز أساسية وهي :

1: أن الأصل في الالتزام أنه إرادي :

فلا يلزم الشخص إلا بإرادته، و إن اقتضت الضرورة الإجتماعية فرض التزامات على الإرادة، فإن ذلك لا يكون سوى على سبيل الاستثناء و في حدود ضيقة.

2: أن الإرادة بمفردها كافية لإبرام التصرف :

إذ يمكن لهذه الإرادة إبرام أي تصرف ولو لم ينظم القانون أحكامه، بشرط انضباطه لقيود النظام العام والآداب الحميدة و مقتضيات القانون الآمرة.

3: أن للإرادة الحرية الكاملة في إبرام التصرف أو عدم إبرامه ﴿362﴾:

فالأصل أن الإرادة حرة في إبرام التعاقدات أو الإمتناع عن إبرامها، بشرط التقيد بالإستثناءات التي يقررها القانون بهذا الشأن، والتي تلزم أحيانا الإرادة بإبرام التصرف، كما هو الشأن بالنسبة لعقود التأمين على السيارات...

4: أن الإرادة هي من تحدد آثار التصرف ﴿363﴾ :

---

362 : بالنسبة للفقه الإسلامي فالأصل هو : حرية التعاقد في حدود النظام الإسلامي العام، تأسيسا على قوله صلى الله عليه وسلم : "المسلمون عند شروطهم "، وقوله عليه الصلاة والسلام : "كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل"،

خالد عبد الله عيد : " أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي، نظرية العقد" دراسة مقارنة مع الفقه القانوني الحديث"، كتاب موجه لطلبة جامعتي سيدي محمد بن عبد الله بفاس، و محمد الخامس بالرباط، برسم الموسم الجامعي 1978-1979، دون ذكر لبيانات أخرى، ص 31.

363 : يجمع فقهاء الإسلام على أن ترتيب آثار العقد هو من صنع الشارع الحكيم، لا من عمل المتعاقدين، فالشارع وحده هو الذي يخصص لكل عقد آثارا معينة، ويجعل من هذه العقود طريقا موصلا إلى هذه الآثار، ومن تم تشكل سلطة الشارع الحكيم على آثار العقد مصدر القوة الملزمة له في نطاق تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه في نظر الفقه الإسلامي، إذ تعتبر الأحكام الشرعية في هذا النطاق أحكاما آمرة.

خالد عبد الله عيد : " أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي، نظرية العقد"، مرجع سابق، ص32 .

فلطرفي العقد كامل الحرية في تحديد آثاره، ولا يلزما إلا بما فرضاه على أنفسهما من التزامات، مع احترام القيود التي يفرضها القانون في هذا الإطار كذلك، حيث نجد في كثير من الحالات تنظيما مسبقا لآثار بعض العقود بقواعد آمرة.

وإذا ما عدنا إلى التشريع المغربي، نجد أن المشرع قد اعتمد مبدأ سلطان الإرادة كأحد أهم المبادئ المدنية في إطار ظهير الالتزامات و العقود، وذلك من خلال مجموعة من الفصول، أهمها على الإطلاق : الفصول : 2 و 19 و 21 و 230، فالفصل الثاني ينص على مبدأ الرضائية ﴿364﴾، و الفصل 19 ينص على الحرية التعاقدية ﴿365﴾، فيما ينص الفصل 21 على ضرورة التعبير عن الإرادة بشكل ظاهر ﴿366﴾، أما الفصل 230 فهو أظهر مظاهر الإعتداد بمبدأ سلطان الإرادة حيث ينص على أن :"الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها، ولا يجوز الغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون " ﴿367﴾، وهو ما يعبر عنه عادة بقاعدة " العقد

---

364 : ينص الفصل الثاني من ظهير الالتزامات والعقود على أن : " الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:... 2 – تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام..."

365 : ينص الفصل 19 من ظهير الالتزامات و العقود على أنه : " لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية.

والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر جزءا من الاتفاق الأصلي وذلك ما لم يصرح بخلافه."

366 : ينص الفصل الفصل 21 من ظهير الالتزامات و العقود على أن : " التحفظات والقيود التي لم تنه إلى علم الطرف الآخر لا تنقص ولا تقيد آثار التعبير عن الإرادة المستفادة من ظاهر اللفظ."

367 : يقابل هذا الفصل على مستوى التشريع المدني الفرنسي نص المادة 1134، التي جاء فيها :

"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi"

شريعة المتعاقدين"، أي أن العقد بمجرد تمامه تقوم بنوده مقام القواعد القانونية بالنسبة لطرفيه، فلا يملك أحدهما حق الإستئثار بتعديل هذه البنود أو إلغائها أو التنصل من تنفيذها، إلا بتوافق جديد ﴿368﴾.

**الفقرة الثانية: موقف التشريع الوضعي من الشروط الإتفاقية في عقد الزواج.**

اختلفت التشريعات الوضعية في تنظيمها لموضوع الشروط الإتفاقية لعقد الزواج ما بين مضيق و موسع، فكانت القيود المقررة على الإشتراط معيارا لتحديد هذا التضييق أو التوسع، ومدونة الأسرة شأنها شأن باقي التشريعات الوضعية المقارنة، أجازت للزوجين حق الاشتراط في عقد الزواج ، بل وقضت بلزوم الوفاء بهذه الشروط ، فنصت بدءا في المادة 48 على أن : " الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين..."، كما نصت المادة 47 من نفس القانون على أن : " الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام لعقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا."﴿369﴾

---

كما يقابل المادة 230 من ظهير الالتزامات و العقود، المواد : 147 الفقرة الأولى من القانون المدني المصري، والمادة 147 من القانون المدني الليبي، والمادة 148 من القانون المدني السوري، والمادة 1/146 من القانون المدني العراقي، والمادة 221 من موجبات العقود اللبناني، والمادة 196 من القانون المدني الكويتي..

368 : جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى ما يلي : "إن العقود المبرمة بكيفية صحيحة تعتبر بمثابة قوانين تربط من أقامها، و إن فسخها لا يصح إلا برضا كل من التزم بها أو في الحالات التي نص عليها القانون"، قرار رقم 148 بتاريخ 1961.4.11 ، مجلة القضاء والقانون عدد 39 ص 454.

فمن خلال ما ذكر من مواد، يتضح أن المشرع المغربي بقدر ما أجاز للزوجين حق الإشتراط في عقد الزواج، بقدر ما قيد نفاذ تلك الشروط ببعض القيود (أولا)، بل وأوجد آليات للحد من لزومها (ثانيا).

**أولا : الضوابط القانونية للزوم الشرط الاتفاقي في عقد الزواج.**

لقد قيد المشرع المغربي لزوم الشرط الاتفاقي في عقد الزواج بثلاث قيود أساسية وهي: تحقيق الشرط لفائدة مشروعة للمشترط، وعدم مخالفة الشرط لأحكام العقد ومقاصده، وعدم مخالفته للقواعد الآمرة للقانون ﴿[370]﴾.

---

369: نفس الأمر سار عليه المشرع الليبي من خلال المادة الثالثة من القانون رقم 10 لسنة 1984، حيث توسع في الأخذ بالشروط وسلك مسلك المشرع المغربي فلم يمنع منها إلا ما كان منافيا لمقتضى العقد أو ورد عنه نهي من الشرع، و المشرع الجزائري بدوره أجاز الحق في الاشتراط، حين نص في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على أن : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الأردني : " إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعا وسجل في وثيقة العقد و جبت مراعاته ..."، أما قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، فقد نصت مادته 20 على أنه : "...4- إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به، وإذا أخل به من شرط عليه كان لمن شرط له طلب فسخ الزواج سواء أكان من جانب الزوجة أم من جانب الزوج ويعفي الزوج من نفقة العدة إن كان الإخلال من جانب الزوجة..."، ونفس المقتضى تقريبا نصت إليه المادة 53 من قانون الأسرة القطري التي جاء فيها : " ... إذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرماً شرعاً، صح الشرط ووجب الوفاء به، فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ..."، أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فقد جاء في فصلها 11 ما يلي : " يثبت في الزواج خيار الشرط و يترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء"، و يقصد بخيار الشرط حسب التفسير المضمن بهامش المجلة التونسة : "إمكانية اتفاق الزوجين عند عقد قرانهما على ما يريانه من شروط تتعلق بشخصيهما أو بالذمة المالية لكل واحد منهما"وعليه إذا ضمن العقد خيار الشرط وتخلف الشرط أو كان مخالفا للإتفاق جاز الفسخ...

370 : و هي تقريبا نفس القيود المقررة في المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، التي اشترطت للزوم الشرط، أن يكون نافعا، وغير محظور شرعا أو مناف لمقاصد الزواج، إلا أنها أضافت قيدا آخر تمثل في

القيد الأول : أن يكون من شأن الشروط تحقيق فائدة مشروعة لمشترطيها ﴿371﴾ :

و الغاية من هذا القيد أساسا تفادي العبث بعقد الزواج وحشوه بشروط اتفاقية لا فائدة منها، أو بشروط تحقق فائدة لكنها غير مشروعة، ومعلوم أن حكم الشروط التي لا تحقق فائدة تخضع للقاعدة الشرعية العامة التي تقضي : بأن ما لا يفيد فهو غير مشروع، ذلك أن الأحكام شرعا هي معللة بمصالح العباد فلا يشرع أمر جوازا أو وجوبا إلا حين تكون فيه فائدة ظاهرة بشكل عام، والعقود والتصرفات لا وجه لإخراجها من هذا العموم﴿372﴾.

---

: عدم مساس الشرط بحق الغير، وعليه لا يجوز في إطار قانون الأحوال الشخصية الأردني اشتراط الزوجة تطليق درتها، لما فيه من مساس بحق الغير –الدرة–، فقد جاء في المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما يلي : " إذا اشترط في العقد شرط نافع لأحد الطرفين ولم يكن منافيا لمقاصد الزواج ولم يلتزم فيه بما هو محظور شرعا وسجل في وثيقة العقد و جبت مراعاته وفقا لما يلي :

1 : إذا اشترطت الزوجة على زوجها شرطا تتحقق لها به مصلحة غير محظورة شرعا و لا يمس حق الغير كأن تشترط عليه أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها أو أن يجعل أمرها بيدها تطلق نفسها إذا شاءت أو أن يسكنها في بلد معين كان الشرط صحيحا و ملزما، فإن لم يف به الزوج فسخ العقد بطلب الزوجة ولها مطالبته بسائر حقوقها الزوجية.

2: إذا اشترط الزوج على زوجته شرطا تتحقق له به مصلحة غير محظورة شرعا و لا يمس حق الغير كأن يشترط عليها أن لا تعمل خارج البيت أو أن تسكن معه في البلد الذي يعمل هو فيه كان الشرط صحيحا و ملزما، فإن لم تف به الزوجة فسخ النكاح بطلب من الزوج و أعفي من مهرها المؤجل ومن نفقة عدتها..."

371: والراجح أن لفظ الفائدة المشروعة هنا دال على لفظ ، "المصلحة" في الشريعة الإسلامية، والتي يقصد بها : جلب المنفعة ودفع المفسدة، مع الإشارة إلى أن المصلحة المعتبرة شرعا هي كل مصلحة تؤدي إلى الحفاظ على الدين والنفس والمال والعقل والنسل.

372 : رشدي شحاتة أبو زيد : " الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى لسنة 2001، منشورات مطبعة دار الفكر العربي /القاهرة، ص 533.

القيد الثاني : ألا يكون الشرط مخالفا للقواعد الآمرة للقانون :

ومعلوم أن قواعد الأحوال الشخصية في عمومها قواعد من النظام العام، و هي قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها، فلايصح اشتراط عدم التوارث مثلا بين الزوجين لمخالفته لقواعد قانونية آمرة، كما لا يصح اشتراط انتساب الطفل لأمه دون أبيه...

القيد الثالث : أن يكون الشرط غير مخالف لأحكام العقد ومقاصده :

وعليه لا يصح اشتراط التنازل عن الإلتزامات التي يفرضها عقد الزواج، كاشتراط عدم الإنفاق، أو عدم أداء الصداق، أو غيرهما من الالتزامات المقررة شرعا و قانونا، مادامت هذه الالتزامات من أحكام العقد، كما لا يجوز اشتراط التأقيت، لمخالفته لأحكام العقد وطبيعته الدالة على التأبيد، باعتباره ميثاق ترابط شرعي على وجه الدوام﴿373﴾.

أما الشرط المخالف لمقاصد العقد﴿374﴾ فيطرح بشأنه التساؤل، حول نطاق المقصد، وما إذا كان الأمر يتعلق بالمقصد المحدد شرعا أم المقصد المحدد قانونا؟

---

373 : لمزيد من التفاصيل حول آراء الفقه الإسلامي بشأن زواج المتعة، يراجع :

– أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، " بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، الجزء الأول، طبعة سنة 1966، منشورات مكتبة الكليات الأزهرية/ القاهرة، ص 57 و ما يليها.

–الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، الحنفي " بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، تحقيق و تعليق الشيخ علي محمد معوض، الجزء الثالث، الطبعة الثانية لسنة 2003، منشورات دارالكتب العلمية، بيروت/لبنان، ص من467 إلى 480.

– كما يراجع أيضا شيخ الإسلام ابن تيمية، كتاب " العقود"، مرجع سابق، ص من 199 إلى 207.

374 : يعتبر الإمام إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، أكثر فقهاء الإسلام اهتماما بالمقاصد، حيث أفرد لهذا الموضوع مجلدين من مؤلفه " الموافقات " ويتعلق الأمر بالمجلدين الثاني و الثالث.

و إجمالا فالمقصد هو : الهدف و الغاية التي ترجى من الشيء، وقد ذكر الشاطبي أن تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهي أنواع ثلاث، ضرورية و حاجية و تحسينية.

كما ميز بعض الفقهاء في مقاصد الشرع بين قسمين : مقاصد عامة، وأخرى خاصة، فعرف بعضهم العامة منها بالقول : " هي المعاني و الحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، ومنها حفظ النظام و جلب المصالح ودرء المفاسد و إقامة

فأما مقاصد الزواج الشرعية فهي كثيرة ﴿375﴾، غير أن أبرزها يتمثل في : الحفاظ على النوع البشري الذي استخلفه الله عز وجل في الأرض﴿376﴾، و كثرة النسل من أجل تحقيق مباهاة الرسول صلى الله عليه وسلم بأمته يوم القيامة ﴿377﴾، وهو مقصد غير مقرر للزواج من الناحية القانونية، إذ طبقا للمادة الرابعة

---

المساواة بين الناس وجعل الشريعة مهابة و مطاعة نافذة ..."، وأما المقاصد الخاصة فهي : " الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو حفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة..."، وهذين التعريفين للشيخ إبن عاشور، أما الأستاذ علال الفاسي فقد جمع مقاصد الشريعة العامة والخاصة في تعريف واحد حين قال : " المراد بمقاصد الشريعة : الغاية منها، و الأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها".للمزيد من التفاصيل يراجع :

1- الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الشهير بالشاطبي : " الموافقات "، تقديم الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد، ضبط وتقديم و تعليق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، لسنة 1997، منشورات مكتبة دار ابن عفان للنشر و التوزيع /الخبر/السعودية، ص 17 وما يليها، كما يراجع للمزيد من التفاصيل المجلد الثالث من نفس المؤلف.

2-أحمد الريسوني : " نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي"، تقديم طه جابر العلواني، سلسلة الرسائل الجامعية الصادرة عن المعهد العالمي للفكر الإسلامي(1)، طبعة سنة 1995، منشورات دار الفكر، ص من 18 إلى 20.

375 : ومن هذه المقاصد تحقيق السكينة والمودة بين الزوجين، وحفظ الأنساب وعفة الفروج، يقول عليه الصلاة والسلام : " يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاءة".

-الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، الحنفي " بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 309.

376 : الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، الحنفي " بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 309.

377 : وذلك أعظم مقصد كما يقول الإمام أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد بن مرزوق، في معرض بيانه لمقصود قوله عليه الصلاة والسلام : " تناكحوا تكاثروا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة".

-أبي أبي عباس أحمد بن يحي الونشريسي، "المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية و الأندلس والمغرب"، الجزء الثالث، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى لسنة 1981، ص 5 و 6.

من مدونة الأسرة يعتبر : " الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة."، فمقصد الزواج حسب المادة المذكورة منحصر في : الإحصان، و العفاف و إنشاء أسرة مستقرة على وجه الدوام﴿378﴾، وهنا يطرح التساؤل حول مشروعية اشتراط أحد الزوجين في العقد، عدم الإنجاب أو إنجاب عدد محدد من الأطفال﴿379﴾ ؟

إن تحديد المشرع لنطاق المقصد من خلال المادة 4 من مدونة الأسرة، يجعل لزوم الشرط قائما في حدود عدم مخالفة المقصد المحدد قانونا، وعليه يحق للزوجين أو أحدهما اشتراط عدم الإنجاب أو إنجاب عدد محدد من الأطفال﴿380﴾.

---

378 : وذلك خلافا لما كان عليه الحال في مدونة الأحوال الشخصية التي كانت تضيف مقصد آخر وهو "تكثير سواد الأمة"، حيث جاء في الفصل الاول من مدونة الأحوال الشخصية ما يلي : " الزواج ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء، غايته الاحصان والعفاف مع تكثير سواد الأمة، بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة و سلام وود واحترام."

379 : عن حكم العزل شرعا وردت مجموعة من الأحاديث النبوية الشريفة، ففي السنن أن رجلا أتى الرسول صلى الله عليه وسلم فقال : يارسول الله إن لي جارية و أنا أعزل عنها، و أنا أكره أن تحمل، وأنا أريد ما يريد الرجال، و إن اليهود تحدث أن العزل الموؤودة الصغرى، قال : " كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه"، وفي الصحيح مسلم عن أسامة بن زيد،أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال : يارسول الله إني أعزل عن امرأتي، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لم تفعل ذلك ؟ " فقال الرجل : أشفق على ولدها، أو قال على أولادها، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لو كان ضارا ضر فارس و الروم"، وفي مسند أحمد، وسنن ابن ماجة، من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها.

للمزيد من التفاصيل عن حكم العزل يراجع :

-إبن قيم الجوزية " زاد المعاد في هدى خير العباد"، الجزء الخامس، الطبعة السادسة والعشرون، لسنة 1996، منشورات مكتبة المنار الاسلامية/الكويت، ص من 140 إلى 149.

- الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، الحنفي " بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 115 و 116 .

380 : الجواز هنا جواز قانوني فقط، من باب مقابلة مقاصد العقد القانونية مع الشرط، وليس جوازا شرعيا.

هذا و يعتبر من الشروط المخالفة لمقاصد العقد شرعا وتشريعا : اشتراط عدم الدخول أو عدم الوطء مدة معينة، أو اشتراط الخيار الذي يمنح للزوجين أو أحدهما حق العدول عن العقد بعد مدة معينة، فهي شروط مخالفة لمقاصد العقد الدالة على الدوام.

وإجمالا يمكن القول، أنه إذا لم تتحقق الضوابط الثلاث المشار إليها أعلاه في الشرط الإتفاقي، فإن العقد يكون صحيحا والشرط باطلا﴿381﴾، طبقا للمادة 47 من مدونة الأسرة ﴿382﴾، والعكس بالعكس إن تحققت هذه الضوابط، فيكون الشرط

---

381 : هنا يطرح التساؤل عن مدى إمكانية مراقبة صحة الشرط المقترن بعقد الزواج من قبل العدلان ؟

382 : وهو نفس الحكم المقرر في المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، التي نصت على ما يلي : " ... إذا قيد العقد بشرط ينافي مقاصده أو يلتزم فيه بما هو محظور شرعا، كأن يشترط أحد الزوجين على الآخر أن لا يساكنه أو أن لا يعاشره معاشرة الأزواج أو أن يشرب الخمر أو أن يقاطع أحد والديه، كان الشرط باطلا والعقد صحيحا."، في المقابل نجد تشريعات أخرى قد ميزت في الجزاء بين نوعين من الشروط : شروط منافية لأصل العقد، وجزاء تضمينها بطلان العقد في حد ذاته، و شروط منافية لمقتضى من مقتضيات العقد أو محرمة، و فيها يبطل الشرط ويصح العقد، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة التي جاء فيها : " 1 – الأزواج عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا.

2– إذا اشترط في عقد الزواج شرط ينافي أصله بطل العقد.

3– إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد..."، ونفس الحكم نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة القطري التي جاء فيها : " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد.

وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه، أو كان محرماً شرعاً، بطل الشرط وصح العقد...". وبشكل معكوس للقاعدة المقررة في التشريعات القطرية والإماراتية و الأردنية نص المشرع الجزائري على بطلان العقد إن تضمن شروطا مخالفة لمقتضى من مقتضياته، وبصحة العقد و بطلان الشرط في حال تضمن العقد لشرط ينافي جوهر العقد، فنصت المادة 32 منه على أنه : " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد"، فيما نصت المادة 35 من نفس القانون على أنه : " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا و العقد صحيحا."،

لازما لمن التزم به، ويعتبر كل إخلال به ﴿383﴾ ضررا مخولا للحق في طلب التطليق طبقا للمادة 99 من مدونة الأسرة ﴿384﴾، هذا فضلا عن حق المتضرر في التعويض طبقا للمادة 101 من نفس القانون التي تنص على أنه : " في حالة الحكم بالتطليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق

---

و بالنسبة لمجلة الأحوال الشخصية التونسية، فقد كان موقفها واضحا في تقرير الإبطال للعقد المتضمن لشروط مخالفة لجوهر عقد الزواج، فنص الفصل 21 من القانون المذكور على أن : " الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد ...."، فيما نص الفصل 22 من نفس القانون على أن : "يبطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق..."

383: لم تحدد مدونة الأسرة المقصود بالإخلال بالشرط الإتفاقي، خلافا لظهير الإلتزامات و العقود الذي أفرد لذلك باب خاصا، هو الباب الثالث، ووضع تفصيلا لكل حالة من حالات الإخلال، سواء تعلق الأمر بعدم التنفيذ الكلي، أو الجزئي، أو التأخر في التنفيذ، كما تطرق لحالات استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وغيرها من التفاصيل الكثيرة المنصوص عليها في الباب المذكور.

384: حيت نصت المادة 99 من مدونة الأسرة على أنه : " يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق..."، ونفس الجزاء اعتمده المشرع الأسري الجزائري، حين نص في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه :" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية : ...9 : مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج..."

أما معظم التشريعات العربية المقارنة فقد سارت في اتجاه إقرار الفسخ كجزاء للإخلال بالشرط الإتفاقي، ومن ذلك المادة 20 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، التي نصت على أنه : " ... إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به، وإذا أخل به من شرط عليه كان لمن شرط له طلب فسخ الزواج سواء أكان من جانب الزوجة أم من جانب الزوج ويعفي الزوج من نفقة العدة إن كان الإخلال من جانب الزوجة..."، ونفس الحكم قضت به المادة 53 من قانون الأسرة القطري التي جاء فيها : " ...إذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرماً شرعاً، صح الشرط ووجب الوفاء به، فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ..."، وكذلك المادة 11 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي نصت على أنه : "" يثبت في الزواج خيار الشرط و يترتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء"، ويقصد بخيار الشرط حسب التفسير المضمن بهامش المجلة التونسة : "إمكانية اتفاق الزوجين عند عقد قرانهما على ما يريانه من شروط تتعلق بشخصيهما أو بالذمة المالية لكل واحد منهما"وعليه إذا ضمن العقد خيار الشرط وتخلف الشرط أو كان مخالفا للإتفاق جاز الفسخ"، ونفس الجزاء أقرته المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الأردني السالف ذكرها.

عن الضرر"﴿385﴾، غير أن إلزامية الشرط الإتفاقي لعقد الزواج هي إلزامية غير مطلقة، إذ يمكن الحد منها عن طريق إعمال نظرية الظروف الطارئة.

**ثانيا : نظرية الظروف الطارئة آلية للحد من إلزامية الشرط الإتفاقي في عقد الزواج.**

بالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 48 من مدونة الأسرة نجدها تنص على أنه : "...إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه."

---

*385:* مقابل هذه الجزاءات، نجد ظهير الالتزامات و العقود قد أقر جزاءات أخرى للإخلال بالالتزام، نجملها فيما يلي :

1 : الدفع بعدم التنفيذ في الالتزامات المتقابلة.

2 : المطالبة بالاتنفيذ العيني للإلتزام إن كان ممكنا.

3 : المطالبة بالفسخ مع التعويض إن كان التنفيذ العيني غير ممكن.

4 : انفساخ العقد إذا اتفق الطرفان عند الالتزام على أن إخلال أحدهما بالتزاماته يؤدي الى انفساخ العقد.

وقد تم التنصيص على الجزاء الأول في الفصل235 من ظهير الالتزامات و العقود، حيث جاء فيه ما يلي : " في العقود الملزمة للطرفين، يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه، إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما، حسب الإتفاق أو العرف، بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أولا..."، أما بالنسبة للجزائين الثاني و الثالث فقد نص عليهما الفصل 259 من نفس القانون، و الذي جاء فيه : "إذا كان المدين في حالة مَطْل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا، فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين.

إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي مازال ممكنا، وإما فسخه وذلك مع التعويض في الحالتين..."، و أما الجزاء الرابع فنص عليه الفصل 260 من نفس القانون، حيث جاء فيه : " إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته وقع الفسخ بقوة القانون، بمجرد عدم الوفاء."

فالواضح من خلال هذه المادة أن المشرع المغربي بقدر ما استعان بنظرية الظروف الطارئة كأحد أهم المؤيدات المدنية﴿386﴾، بقدر ما أدخل عليها بعض التعديلات، فأخذ بأصل النظرية، وبعض شروطها وأقر استثناءا على الأخذ بها بالنسبة لشرط التعدد، وعليه فقد وضع المشرع ثلاث ضوابط للأخذ بنظرية الظروف الطارئة في إطار المادة 48 من مدونة الأسرة :

1 : الضابط الأول : أن يكون هناك ظرف قد طرأ بعد الاشتراط، فجعل تنفيذ الشرط مرهقا.

والواضح من هذا الضابط أن المشرع المغربي قد اشترط إلزاما سبقية الإشتراط على الظرف الطارئ، وهو ما يطرح معه التساؤل حول الظرف المتوقع خلال الإشتراط أو قبله؟

الراجح هنا أنه يتعين التمييز بين حالتين : الحالة التي يكون فيها الظرف المتوقع محقق الوقوع، وفي هذه الحالة يمكن القياس على ثبوته وقت الاشتراط، وعليه لا يمكن تعديل أو إلغاء الإلتزام بالشرط بعد تحقق الظرف، لأن تحقق الظرف في هذه الحالة كاشف لوضع محقق الوقوع سلفا، وأما الحالة التي الثانية فهي: الحالة التي يكون فيها الظرف متوقع الوقوع أو غير متوقع من الأصل، ففي هذه الحالة يتحقق ضابط سبقية الشرط على الظرف، فالعبرة ليست بسبقية الشرط زمنيا، و إنما بحرية الإرادة في الالتزام وفق ضوابط محددة، وبحدوث الظرف المحقق الوقوع، تكون هذه الحرية قائمة وغير معيبة مادام الملتزم بالشرط متيقن من حدوث الظرف في المستقبل.

386 : للمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية، يراجع : ذ/أسامة عبد الرحمان :" نظرية الظروف الطارئة بين النظرية والتطبيق"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية 1983، ص 44 وما بعدها.

فضلا عن سبقية الإشتراط على حدوث الظرف الطارئ فإنه يتعين طبقا للمادة 48 أعلاه، أن يكون من شأن حدوث الظرف الطارئ، جعل تنفيذ الشرط مرهقا، وهنا يتضح أن المشرع المغربي قد اعتمد لفظا فضفاضا يتيح للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في تعديل الشرط أو إلغائه، فالمرهق من الشروط يخضع لتقدير المحكمة.

2 : الضابط الثاني : يجب ألا يكون الظرف الطارئ بفعل الملتزم بالشرط أو عن مساهمته في حدوثه.

وهذا القيد وإن كان غير مقرر في المادة 48 أعلاه، إلا أنه واجب التوفر، وفي هذا الإطار نستحضر ما سار عليه بعض فقهاء النوازل من فتاوى، حيث إذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يغيب عنها، فوقع أسيرا، فإن كان خروجه اختيارا، فتأخذ الزوجة بشرطها ولها الحق في الفراق، وإن لم يكن له يد في الأمر فله العذر.[387]

3 : الضابط الثالث : ألا يتعلق الأمر بشرط التعدد.

إذ طبقا للمادة 48 أعلاه لا يمكن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بالنسبة لشرط التعدد وفقا للإحالة الواردة بنفس المادة على المادة 40 من نفس القانون[388].

و لابأس هنا لاستحضار بعض فتاوى فقهاء النوازل بشأن إلزامية شرط عدم التعدد، حتى تكون القراءة شمولية للموضوع، فقد سئل الإمام محمد بن محمد بن أحمد بن مرزوق، عن من التزم لزوجته ألا يتزوج عليها فمرضت مرضا شديدا طويلا، "سئل رحمه الله عمن طاع لزوجته أن لا يتزوج عليها زوجة سواها ... ثم إن زوجته المذكورة مرضت بعد بنائه بها مدة من عشرين شهرا مرضا آل بها إلى حالة

387 : شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، المجلد 6، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت/لبنان، الطبعة الأولى، لسنة 2002، ص231.

388 : تنص المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه " يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها."

لا ينتفع بها زوجها بالجماع، وخاف زوجها لأجل ذلك على نفسه العنت و الوقوع في الزنى، وأراد أن يتزوج غيرها يحصن بها دينه، فهل يباح له ذلك ويسقط عنه ما التزمه من الطوع المذكور للمشقة اللاحقة له في بقائه عزبا أم لا " فأجاب :" وأما سقوط ما التزم للعذر المذكور فلا، ويلزمه ما التزم مهما فعل بغير رضاها، ولا يشبه هذا معلق الطلاق على النكاح إلى أجل يخاف العنت في الأجل، لأن هذا لا يمكنه دفع هذا المحظور بشيء قبل الأجل إلا بالتزويج فأبيح له، ويسقط طلاقه المعلق للحرج، والخلاف في المسألة، وصاحب السؤال يمكنه دفع المحذور بطلاق الأولى ويتزوج، هذا إن أراد ما دامت الأولى المحلوف لها في عصمته إما تصريحا أو نية، ويصدق فيه مع يمينه على ذلك إن كان التزامه المذكور طوعا بعد عقد النكاح كما هو ظاهر السؤال." ﴿389﴾

والظاهر هنا أن الشرط ملزم لمن التزم به لكن من باب غياب العذر، فأساس رد العذر هنا هو إمكانية دفعه بطلاق الزوجة الأولى، و التزوج بالثانية.

وأمام هذه الضوابط السالف ذكرها يظل السؤال مطروحا عن إمكانية الرجوع إلى القواعد العامة لنظرية الظروف الطارئة في إطار القانون المدني أو تفعيل الإحالة الواردة في المادة 400 من مدونة الأسرة﴿390﴾، أم الإكتفاء بهذه الضوابط فقط ؟

في إطار تفعيل القضاء المغربي لنظرية الظروف الطارئة في مادة الشروط الإتفاقية لعقد الزواج، نجد أن توجها سار على تفعيل الإحالة الواردة في المادة 400 من مدونة الأسرة، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بأبي الجعد بتاريخ 2007/3/8، في الملف عدد 7/10، ما يلي :

---

389 : أبي عباس أحمد بن يحي الونشريسي، "المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية و الأندلس والمغرب"، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 17 و 18.

390 : تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أن : " كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف."

" حيث إن المدعية وإن كانت قد التزمت بالسكن مع والدة المدعى عليه حسب رسم النكاح أعلاه، لكن الشرط وطبقا للمادة 48 من مدونة الاسرة قابل للمراجعة ومراقبة القضاء.

و حيث إن الزوجة إن ادعت الضرر من السكن مع أهله فإنها لا تجبر على السكن معهم، كما ذهبت إلى ذلك الأقوال المعتمدة في المذهب المالكي الذي أحالت عليه المادة 400 من مدونة الاسرة، ولا تكلف بالإثبات بقول الإمام مالك : (ليس له أن يسكن امرأته مع أبيه وأمه و أهله إذا شكت الضرر بذلك و لا تكلف إثبات الضرر الذي تدعيه في هذا الموضوع) أنظر المعيار الجديد 142/3 و 143..." ﴿391﴾

فالواضح أن المحكمة في قرارها قد أعملت نظرية الظروف الطارئة رغم عدم ثبوت الظرف الطارئ الذي يمكن مراجعة الشرط بوجوده، وإنما استندت إلى القول المجرد للزوجة في وقوع الضرر مؤسسا الحكم على ما أقره الفقه المالكي من قاعدة.

بقي لنا أن نتسائل عن مسألة تفسير الشرط الإتفاقي الغامض في عقد الزواج، أو الذي يحتمل عدة تأويلات، هل يرجع فيه لقواعد التفسير الواردة في ظهير الالتزامات و العقود﴿392﴾، أم لأحكام الفقه المالكي﴿393﴾ ؟

---

391 : حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة، بتاريخ 2007/3/22، في الملف عدد 2006/536، منشور بكتاب : " المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدوة الأسرة"، الجزء الأول، صادر عن مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل، العدد 17، فبراير 2009، منشورات، جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية/ الرباط، مطبعة إليت/ الرباط، ص 61 و 62.

392 : نظم المشرع المغربي موضوع تفسير العقود في المواد من 461 إلى 473 من ظهير الالتزامات والعقود.

393 : حول ضابط تفسير بعض الشروط الاتفاقية لعقد الزواج، يمكن الوقوف عند بعض الآراء الفقهية بشأن ضابط تفسير شرط العذرية، والتي لخصها إبن رشد بمعرض جوابه حين سئل عمن تزوج واشترط أنها بكر و لم يشترط عذراء، والبكر عند عامتنا إنما هي عندهم مع بقاء العذرة، لا ما يعتقده الفقهاء في ذلك، فهل إذا كان هذا اعتقادهم وعليه يدخل من شرط في امرأته أنها بكر إذا وجدها موطوءة وثبت ذلك فما يجب ؟ هل للزوج مقال ؟ "

الراجح بهذا الشأن تفعيل مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة، والرجوع إلى إلى أحكام الفقه المالكي بخصوص الدلالات التي أعطيت للشرط، فإن لم يوجد أمكن إعمال الاجتهاد بالشكل الذي الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف طبقا لنفس المادة أعلاه.

خلاصة القول، أن اقتران الصيغة في عقد الزواج بالشرط الاتفاقي، يجعل مؤسسة الزواج، عقدا أقرب إلى العقود المدنية، منه إلى الميثاق المقدس والمنظم الأحكام سلفا، ذلك أنه بفسح المجال لسلطان الإرادة للتدخل في تحديد بعض آثار العقد، يجعل العقد أقرب إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهو ما يمكن أن ينتج عنه مس بقدسية و مكانة هذا الميثاق، الذي يشكل نجاحه أحد أهم ركائز التقدم المجتمعي، فميثاق الزواج ليس بعقد تمليك لعين، أو منفعة، بل هو أسمى من ذلك، لأنه غير مبني على المشاحنات والرغبة في كسب المال أو تحقيق أهداف فردية ضيقة، وإنما يرتكز بناؤه على معانٍ خاصة ذات قدسية تنقله من نطاق المصالح الفردية الضيقة إلى معارج الكمال، فهو رباط مقدس يجمع بين الرجل والمرأة ويربط بينهما بالمودة والرحمة و الألفة و التعاون، لذلك نجد أن الشارع الإسلامي قد اختص

---

فأجاب :" أما الذي يتزوج المرأة على أنها بكر فيجدها غير عذراء، والعوام تظن أن البكر ذات العذرة، و تجهل أن البكر هي التي لم يكن لها زوج، فإنها مسألة اختلف أهل العلم فيها، فلم يعذره أشهب بالجهل في ذلك إذا قصر في أمره وترك أن يكتب فيه، ويسأل إذ كان يجهل، هل ينفعه هذا أم لا ؟ فرأى أن الشرط لا ينفعه إلا أن يشترط عذراء، أو يكون في الشرط بيان مثل أن يقول فإن لم أجدها بكرا رددتها، وهو مذهب سحنون، فقد قال في رجل جاهل من أهل الأعراب وقف في السوق فسام برأس هذا الرقيق فقال للتاجر هل فيه من عيب ؟ فقال له التاجر هذا قائم العينين، فأخذه على ذلك وذهب به ونقده الثمن، وسأل عن قائم العينين فقالوا الذي لا يبصر بهما وهو عيب، أنه لا ينتفع بجهله، والبيع لازم له...وقد قيل أنه يعذر بجهله في ذلك ويكون له ردها إن لم يجدها عذراء، وهو ظاهر رأي أصبغ، والذي يأتي على مذهب ابن القاسم في الذي يشتري الياقوتة، فإذا هي غير ياقوتة، أن له أن يرد البيع، خلاف رواية أشهب عن مالك، وهو أظهر القولين و أولاهما بالصواب والله أعلم"

–أبي عباس أحمد بن يحي الونشريسي، "المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية و الأندلس والمغرب"، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص 386.

بمسألة تحديد آثاره، فكان الأصل في آثار الزواج أنها من عمل الشارع لا من وضع المتعاقدين، فيصبح دور الإرادة كأصل منحصرا في حرية الاقدام على الزواج من عدمه، بالنظر لحجم الآثار السلبية التي تنتج عن ترك أمر تحديد هذه الآثار لهوى المتعاقدين، ذلك أن جعل آثار عقد الزواج من عمل الشارع، لا من وضع المتعاقدين، ما هو إلا حفظ لقدسية ميثاق الزوجية و رفعا للغبن و دفع لعدم تعادل الالتزامات...

لذلك فإن التوسيع من مجال تدخل الإرادة في تحديد آثار عقد الزواج، من خلال السماح للزوجين باشتراط ما يحلو لهما من شروط، لمن شأنه المس بقدسية عقد الزواج، فنجد يوما اشتراط الزوجة في عقد زواج السماح لها بالاشتغال كراقصة بالملاهي الليلية مثلا...

إن النتيجة الحتمية لتوسيع مجال تدخل الإرادة في تحديد آثار عقد الزواج لن تكون سوى، الإنتقال من معاني الزواج السامية التي تنصهر فيها المصالح الشخصية وتطفوا مقابلها المصلحة العامة للمجتمع، إلى نظام جديد يقوم على أساس الفردانية والمصالح الذاتية التي تجعل كل طرف متلهفا لتحقيقها وتقديمها على ما سواها من معاني السكينة والمودة والرحمة والتآزر والتكافل في سبيل إنشاء أسرة تكون لبنة قوية لبناء مجتمعي.

فضلا عن ذلك لا يجب أن ننسى عدم الإنسجام الحاصل بين التوسع في الأخذ بحرية الإرادة في هذا المجال، وطبيعة القواعد القانونية المنظمة لحالة الأشخاص، والتي يعتبر أغلبها من النظام العام، حيث تهدف أساسا إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، قبل مصلحة الزوجين، ذلك أن آثار عقد الزواج تتعدى مصالح طرفيه ورغباتهما، إلى مصالح المجتمع بأكمله، لأن الزواج نواة المجتمع التي كلما كانت متماسكة إلا وكان النظام الإجتماعي العام متماسكا، فإنشاء الأسرة دلالاته أكبر من زوج وزوجة، فهو مصدر للأجيال القادمة.

إن القول بعدم جدوى توسيع مجال تدخل الإرادة في تحديد آثار الزواج، ليس دعوة إلى إلغاء دورها، وإنما هو دعوة إلى تضييق مجال هذا التدخل لا التوسع فيه، فيكون الأصل الحظر في الاشتراط، والاستثناء الإجازة في حدود ما يؤكد مقتضيات العقد، خاصة وأن الشارع الإسلامي قد حدد جميع متطلبات الميثاق المذكور بشكل متكامل ودقيق، يسمو به إلى معارج الكمال.

## المبحث الثاني: صور التدبير التعاقدي للأموال الأسرية الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج.

إن القالب الذي يصب فيه الاتفاق على تدبير الأموال الأسرية قد يكون في شكل عقد مكتوب في إطار ما يعرف بعقد تدبير الأموال الأسرية (المطلب الأول)، وقد يأتي في قالب غير مكتوب في إطار ما يعرف بالاتفاق الفعلي أو الواقعي على تدبير الأموال الأسرية، كما هو الحال بالنسبة لاتفاق الزوجين على تدبير الأموال الأسرية عن طريق الحساب البنكي المشترك (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج عن طريق عقد مكتوب.

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة نجد أن المشرع المغربي حافظ على المبدأ الذي كان مقررا في ظل مدونة الأحوال الشخصية والمتمثل في استقلال الذمة المالية للزوجين، إلا أنه في نفس الوقت أجاز للزوجين حق الاتفاق على تحديد طريقة تدبير الأموال التي ستكتسب خلال الحياة الزوجية، وفي حال عدم اتفاقهم على ذلك، أعطت المادة 49، الصلاحية للقضاء من أجل تقرير مصير هذه الأموال، هذا ويخضع عقد تدبير الأموال المكتسبة شأنه شأن باقي الاتفاقات المكتوبة للأحكام العامة للالتزام، وبالتالي لابد من توفر عدد من الشروط الموضوعية (الفقرة الأولى) والشكلية لصحة هذا العقد(الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: الشروط الموضوعية لإبرام عقد تدبير الأموال الأسرية:**

لكي يعتبر هذا العقد قائما، لابد من أن يحصل توافق بين إرادة الزوجين حول مضمون الاتفاق وشروطه، وأن تكون هذه الإرادة خالية من العيوب المقررة قانونا وهي عيب التدليس والإكراه والغلط والغبن، فضلا عن شرط تمام الأهلية للتعاقد بأن يكون لكل واحد منهما الأهلية الكاملة للالتزام، مع توفر السبب والمحل، وإذا كانت جل هذه الأركان واضحة ويكفي الرجوع بخصوصها إلى القواعد العامة ﴿[394]﴾، فإن شرط الأهلية يطرح بعض الإشكالات المرتبطة بالزوجة أو الزوج القاصر، فهل يصح تعاقده على تدبير هذا النوع من الأموال؟

بالرجوع إلى أحكام مدونة الأسرة نجد أن المشرع المغربي لم يتطرق لهذه الحالة، وإن كان قد نص في المادة 22 على اكتساب القاصر للأهلية إلا أنه حصرها في جانب التقاضي لا غير، فنص على أنه " يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

يمكن للمحكمة بطلب من أحد الزوجين أو نائبه الشرعي، أن تحدد التكاليف المالية للزوج المعني وطريقة أدائها."

وهذا خلافا لما سارت عليه بعض التشريعات المقارنة، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع التونسي الذي نص في الفصل 6 من القانون عدد 94 لسنة 98 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998،على أن القاصر (الزوج أو الزوجة)، إذا أرد اختيار نظام الاشتراك في الأملاك فإن ذلك لن يتم إلا بموافقة الولي والأم في نفس الوقت، وإذا امتنع أحدهما أو كلاهما عن الموافقة على هذا الاختيار وتمسك القاصر برأيه يتم رفع الأمر للقاضي الذي له الإذن بذلك من عدمه، والراجح أن حكم إبرام عقد تدبير

---

394 – بخصوص الأركان الواجب توافرها في العقد، انظر: إدريس العلوي العبدلاوي:"نظرية العقد"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1996 ،ص 163 وما بعدها.

الأموال المشتركة من قبل القاصر في إطار التشريع المغربي يبقى واردا في إطار التفسير من باب القياس على مقتضيات المادة 22 من مدونة الأسرة، فضلا عن كون القراءة الحرفية لنص المادة 49 من مدونة الأسرة تسعف في اعتماد هذا الرأي لكونها تتحدث عن الزوجان بصفتهما دون تقييد، سواء أكانا راشدين أو قاصرين.

أما من حيث محتوى العقد فإن الملاحظ بخصوص مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة أنه حصر جانب التدبير العقدي في الأموال الأسرية المكتسبة أثناء قيام الرابطة الزوجية حيث نصت على أنه :"...غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها"، فالمشرع هنا يجيز للزوجين الاتفاق بينهما في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج على تدبير الشؤون المالية التي سيتم اكتسابها خلال فترة الزواج، بحيث يتفقان في بداية حياتهما الزوجية على الطريقة التي يرونها ناجعة لاستثمار هذه الأموال، ويمكنهم تحديد نصيب كل واحد منهما من هذه الأموال خلال الحياة الزوجية أو عند انتهاءها بالوفاة أو الطلاق﴿[395]﴾.

وبذلك تم حصر نطاق الاتفاق على الأموال التي ستكتسب خلال الحياة الزوجية، أي بعد إبرام عقد الزواج، والتأكيد تبعا لذلك على مبدأ استقلال الذمة المالية لكل واحد من الزوجين.

غير أن الملاحظ بخصوص هذه المؤسسة الجديدة –عقد تدبير الأموال المكتسبة– أنها لم تؤطر بأحكام قانونية كافية كما هو الحال بالنسبة لأغلب التعاقدات الأخرى، كعقود المعاوضات وغيرها...، وهو ما جعل البعض يحاول

---

[395] – يراجع بهذا الخصوص : –**سعاد رحائم** :"مدونة الأسرة بين الاجتهاد الشرعي والنص القانوني"، منشورات مكتبة الأمة /الدار البيضاء، سنة 2004، ص 51.

–**سعاد الأخريسي**:"من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة: مسار التعديلات ومطالب الحركة النسائية "، تقديم زهور الحر، منشورات مكتبة دار السلام/ الرباط، سنة 2005، ص 143.

توضيح الإطار القانوني الذي يدخل فيه هذا النوع من العقود، حتى يتأتى إخضاعه لأحكامه، فاعتبره البعض داخلا في إطار " الشركة" ويخضع لأحكامها﴿396﴾، غير أن هذا الرأي يبقى مؤسس قانونا، والحاجة لتدخل تشريعي في هذا واجبة من خلال تعديل أحكام مدونة الأسرة وإضافة مقتضيات خاصة بهذا النوع من التعاقد إن على مستوى الإنشاء أو الصيغة أو الأثر، وذلك بالنظر لخصوصيته واختلافه عن باقي الأنواع الأخرى من التعاقدات.

**الفقرة الثانية : الشروط الشكلية لإبرام عقد تدبير الأموال الأسرية.**

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، نجدها تنص على شكلية معينة للاتفاق المتعلق بتدبير الأموال الأسرية، حيث نصت على ضرورة تضمين هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، وهنا يطرح التساؤل حول الغاية من تضمين هذا الاتفاق في عقد مستقل عوض تضمين محتواه ضمن عقد الزواج، و ما هو الأثر المترتب عن غياب هذه الشكلية؟

بهذا الخصوص يرى البعض أنه في حال إصرار الزوجان على تضمين مثل هذا الاتفاق في عقد الزواج فإن إمكانية إبطال هذا الاتفاق تبقى مستبعدة وأنه يتعين ترك الحرية للمتعاقدين في اختيار تضمين هذا الاتفاق والشروط في صلب عقد الزواج أو عقد مستقل ﴿397﴾.

والراجح أن الغاية من وراء إفراد عقد التدبير المالي بشكل مستقل عن عقد الزواج تنبع من رؤية المشرع لعقد الزواج باعتباره ميثاق يتسم بالقدسية بالشكل الذي لا يقبل معه بأن يتحول إلى عقد يعكس تضارب المصالح المالية للأفراد، أما حكم إقحام

---

396 – **عبد الله ابن الظاهر**:" مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة"، ط 1، سنة 2005، منشورات مطبعة النجاح الجديدة/ الدار البيضاء، المغرب، ص203.

397 – إدريس الفاخوري: إدريس الفاخوري (دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة ) مجلة الملف ,العدد الرابع لسنة 2004 منشورات مكتبة الرشاد / سطات، ص 19.

الاتفاق المالي ضمن عقد الزواج، فإن الأمر يستدعي تحديد غاية المشرع من إقرار الشكلية في هذا النوع من العقود، هل كانت غايته جعل الشكلية شرطا لصحة العقد أو وسيلة إثبات؟ الراجح بهذا الخصوص أن الشكلية هنا من باب توثيق الحقوق وإثباتها عند النزاع وليس شكلية انعقاد أو صحة، وعليه فحتى وإن تم تضمين هذا الاتفاق بين ثنايا عقد الزواج وإن شانه معنويا، فإن الاتفاق يظل صحيحا كوسيلة إثبات، وحسن فعل المشرع المغربي عند تنصيصه على إبرام الاتفاق في عقد مستقل لأن في ذلك إتاحة لفرصة إبرام هذه الاتفاقات وصحتها حتى بالنسبة للأزواج الذين أبرموا عقودا زواجهم قبل دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ، هذا وتجدر الإشارة إلى ما أقرته مدونة الأسرة من إلزام للسادة العدول بضرورة إشعار الطرفين عند زواجهما، بإمكانية الاتفاق على تدبير أموالهما المكتسبة خلال الزواج ﴿[398]﴾، وهو نفس الحكم الذي سبق إقراره من قبل المشرع التونسي في الفقرة الأولى من الفصل 7 من القانون المتعلق بنظام الاشتراك، التي تنص، على أنه:" يجب على المأمور العمومي المكلف بتحرير عقد الزواج أن يذكر الطرفين بأحكام الفصلين الأول والثاني من هذا القانون، وأن ينص على جوابهما بالعقد".

وإذا كان المشرع المغربي، قد راعى مصلحة المغاربة المقيمين بالخارج، عندما سمح لهم بإبرام عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، حسب ما جاء في المادة 14 من مدونة الأسرة فإنه لم يشر إلى الحكم المطبق في حال رغبة هؤلاء الأزواج في إبرام اتفاق تدبير أموالهم المكتسبة خلال الزواج، وذلك على عكس المشرع التونسي الذي أصدر منشور عدد 99/16 من وزير العدل ووزير الشؤون الخارجية ووزير الداخلية ووزير أملاك الدولة والشؤون العقارية، بمقتضاه تم إلزام رؤساء البعثات الدبلوماسية والقنصلية بالخارج، بالإضافة إلى عدول الإشهاد،

---

[398] – حساين عبود: "قراءة في مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب المتعلق بالزواج"، مجلة القضاء والقانون، ع 150، 2004، ص:105.

وضباط الحالة المدنية، وحافظ الملكية العقارية، بأحكام القانون عدد 94 لسنة 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين.

والملاحظ إجمالا على المستوى العملي أن الأزواج المغاربة المقيمين بالخارج في غالب الأحيان يلجؤون إلى تدبير علاقاتهم المالية الأسرية عن طريق الاتفاقات المكتوبة فيما بينهم وترفع إلى القضاء الأجنبي الذي يتولى المصادقة عليها في غالب الأحيان وذلك بالنظر إلى التوجه العام الذي يحكم النظم القانونية والقضائية بدول الاستقبال والتي تقوم أساسا على منح الأزواج كامل الصلاحية في تدبير أموالهم الأسرية كما سبق البيان، وهذا ما يتضح من خلال عدد من الأحكام الأجنبية الصادرة في الموضوع والتي يكون طرفاها مغربيان، كما هو الشأن بالنسبة الحكم الصادر عن محكمة العنف ضد المرأة 1 ال بيندريل بتاريخ 2020/10/19 بشأن الإجراءات الاحترازية المزامنة للطلاق القائم بين زوجين مغربيين، حيث تمت الموافقة من قبل المحكمة المذكورة على الاتفاق الذي توصل له الزوجان بشأن تدبير العلاقة المالية بينهما بعد الطلاق، إذ صرحت هيئة المحكمة بما يلي : " أوافق على الموافقة على الاتفاقية التي توصل إليها السيد.... والسيدة....، وبالتالي الموافقة على التدابير المؤقتة التالية:

1- انفصال الزوجين ... 2- إلغاء الموافقات والصلاحيات التي منحها أي من الزوجين للأخر...3- نفقة القاصرين : سيساهم الأب في إعالة الأطفال القاصرين الثلاثة بمبلغ إجمالي قدره مائتين وخمسون يورو شهريا تدفع النفقة في الأيام الخمسة الأولى من كل شهر على اثنى عشر قسطا شهريا، ويودع في الحساب المخصص لهذا الغرض من قبل الأم دون قبول أي شكل اخر من اشكال الدفع، وسيتم تحديث النفقة المذكورة سنويا، صعودا، تلقائيا دون الحاجة إلى شرط تقديم طلب لذلك كل أول عام، وفقا للتغير الذي يظهره الرقم القياسي لأسعار المستهلك والذي ينشره المعهد الوطني للإحصاء أو الهيئة التي تحل محله.

كما اتفقا على أن يتحمل الأب تكاليف تركيب وصيانة الإنترنت في المنزل الذي كانت فيه الأسرة.

4- المصاريف غير العادية. سيتم تحملها مناصفة بين الوالدين، يتفق كلا الوالدين على أن إجمالي نفقات المدرسة التي يلتحق بها القاصرين...5- بيت العائلة: استعمال منزل العائلة الواقع .... يسند إلى الأم.

وبالمثل، اتفق الطرفان على أن الأب سيتحمل دفع إيجار المنزل الذي يشكل منزلا عائليا والذي يصل إلى ثلاثمائة وثلاثين يورو في الشهر والزيادات التي قد يتم إنشاؤها." [399]

وفي نفس السياق سار القضاء الإيطالي في اتجاه الموافقة على الاتفاق الذي توصل له الزوجان بشأن تدبير العلاقة المالية بينهما بعد الطلاق، وذلك من خلال الحكم الصادر عن محكمة لوكا بتاريخ 2019/3/4 تحت عدد 17/1964 في الملف رقم 2017/3658، حيث جاء في هذا الحكم ما يلي: " كما اعتبر أن الشروط المتفق عليها بين الزوجين تحمي بشكل كاف مصلحة الأطفال، من خلال منح الحضانة الحصرية للأطفال للأم، الذين يعيشون معها، مع مراعاة الفترات الطويلة التي يقضيها الأب في المغرب وصعوبات توجيه الأطفال، مع وضع نظام مناسب للزيارات بالنسبة للأب، بالإضافة إلى تقديم مساهمة لرعاية الأطفال في مبلغ 500 يورو شهريا ( 250 . 00 يورو لكل طفل)، يتم إعادة تقييمها وفقا للمؤشرات المقدمة من ISTAT، بالإضافة إلى أداء المصاريف الاستثنائية مناصفة بينهما حسبما هو متفق عليه والموثق سابقا، ينص في هذا الصدد على أن النفقات الاستثنائية ينبغي أن تفهم على النحو التالي:

---

399 – حكم صادر عن محكمة العنف ضد المرأة 1 ال بيندريل/إسبانيا، بشأن الإجراءات الاحترازية المزامنة للطلاق، الصادر بتاريخ 2020/10/19 في مسطرة الطلاق رقم 2020/26، غير منشور.

1. الأسباب الطبية، يجب إثباتها بوصفة طبية، مع تحديد رمز الضريبة عند الاستلام، ولن تكون هناك حاجة إلى موافقة مسبقة في حالة النفقات العاجلة.

2. واجبات التمدرس .

3. مصاريف لأخذ الدورات المخصصة للأنشطة الرياضية والفنية والترفيهية؛ مصاريف بالنسبة لمربيات الأطفال، عندما يكون ذلك ضروريا في حالة الالتزامات المهنية للوالدين، أو في حالة المرض و / أو غياب الوالد الذي يعيش مع الأطفال، و غياب أفراد الأسرة الآخرين أو الأشخاص المتاحين مجانا.

4. مصاريف رعاية الحيوانات الأليفة، التي هي بالفعل جزء من نواة الأسرة والتي تبقى مع الوالد الذي يعيش مع الأطفال، بحكم العلاقة العاطفية الموجودة مسبقا بين الأطفال والحيوانات الأليفة المذكورة أعلاه "﴿400﴾

وفي نفس السياق قضت المحكمة الابتدائية رقم 6 بمارنيسا/برشلونة، في حكمها الصادر بتاريخ 2016/9/19 تحت عدد 2016/128 في القضية عدد 2016/118، بقبول دعوى الطلاق والمصادقة على الاتفاق التنظيمي الذي اختار فيه الزوجان اعتماد النظام الاقتصادي الزوجي المبني على فصل الممتلكات ﴿401﴾، وفي نفس السياق سارت المحكمة الابتدائية رقم 7 في بادالونا/إسبانيا، في حكمها الصادر بتاريخ 2016/11/16، تحت عدد 2016/628، والتي بدورها صادقت على الاتفاق المبرم بين زوجين مغربيين بشأن تدبير علاقتهم المالية الأسرية بعد الطلاق، وقد تضمن الاتفاق أن النظام الاقتصادي للزواج هو فصل

---

400 – الحكم الصادر عن محكمة لوكا بتاريخ 2019/3/4 تحت عدد 17/1964 في الملف رقم 2017/3658، غير منشور.

401 – للمزيد من التفاصيل بشأن مضمون الاتفاق المصادق عليه من قبل المحكمة، يراجع الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية رقم 6 بمارنيسا/برشلونة، بتاريخ 2016/9/19 تحت عدد 2016/128 في القضية عدد 2016/118، غير منشور.

الأملاك﴿[402]﴾، ونفس الأمر اعتمدته المحكمة الابتدائية والتحقيق رقم دي كولممينار بيخو/إسبانيا في حكمها الصادر بتاريخ 2017/7/13 بشأن القضة عدد 2016/32﴿[403]﴾.

**المطلب الثاني: التدبير الاتفاقي للأموال الاسرية بحكم الواقع في غياب عقد مكتوب.**

قد لا يلجأ الزوجان إلى إبرام عقد أو اتفاق مكتوب لتنظيم علاقتاهما المالية الأسرية، إلا أن طبيعة الحياة الزوجية تُنتج عددا من المظاهر التي يشترك فيها الزوجان في تنمية أموالهم الأسرية بشكل فعلي وإن كان غير مكتوب، إلا أنه يعكس إرادة طرفي العلاقة الزوجية في تدبير أموالهم الأسرية وتنميتها، وهكذا فقد يظهر هذا الاتفاق الضمني في شكل إحداث حساب بنكي مشترك بين الزوجين (الفقرة الأولى)، وقد يكون في شكل مساهمة للزوجة في تنمية أموال الأسرة عن طريق كدها وسعايتها (الفقرة الثانية)

**الفقرة الأولى: الحساب المشترك مظهر من مظاهر التدبير التعاقدي غير المكتوب للأموال الأسرية.**

الحساب المشترك هو الحساب الذي يفتح باسم شخصين أو أكثر بغض النظر عن العلاقة التي تربطهم سواء كانت علاقة عائلية أو مهنية أو غير ذلك،

---

[402] – للمزيد من التفاصيل بشأن مضمون الاتفاق المصادق عليه من قبل المحكمة، يراجع الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية رقم 7 في بادالونا/إسبانيا، في حكمها الصادر بتاريخ 2016/11/16، تحت عدد 2016/628، غير منشور.

[403] – للمزيد من التفاصيل بشأن مضمون الاتفاق المصادق عليه من قبل المحكمة، يراجع الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية والتحقيق رقم دي كولممينار بيخو/إسبانيا في حكمها الصادر بتاريخ 2017/7/13 بشأن القضة عدد 2016/32، غير منشور.

بحيث يصبحون جميعا أصحاب الحساب﴿404﴾، وقد أجازت مدونة التجارة المغربية بفتح هذا النوع من الحسابات البنكية بالتضامن أو بدونه من خلال مقتضيات المادة 490 منها التي جاء فيها ما يلي: ﴿405﴾ « يمكن للمؤسسة البنكية فتح حسابات جماعية مع أو بدون تضامن»، وعليه فإن كيفية تشغيل الحساب البنكي المشترك تختلف بحسب ما إذا كان يقوم على التضامن أو عدم التضامن، ففي حالة عدم التضامن في الحساب البنكي الجماعي بين الزوجين فإنه لا يمكن لأي من الزوجين أن يقوم بمفرده بإنجاز عمليات في هذا الحساب مادام أن حقه لا ينصب على الحساب برمته، وإنما على نصيب منه فقط، سواء كان هذا النصيب معينا أم غير معين﴿406﴾، ومن تم فإن تفعيل هذا النوع من الحسابات البنكية يتطلب توقيع كلا الزوجين على الوثائق المتعلقة بمختلف العمليات التي يتم إجراؤها فيه، على أن ما جري به العمل في هذا الإطار هو أن يعطي أحد الزوجين في الحساب المختلط توكيلا للزوج الآخر ليقوم بتشغيله، حيث يتولى هذا الأخير تسيير الحساب أصالة عن نفسه بالنسبة لنصيبه ونيابة عن زوجه فيما يرجع لنصيبه في ذلك، وفي حال انتهاء وضعية الحساب إلى رصيد مدين فإنه يتعين على البنك مطالبة كلا الزوجين بهذا الرصيد كل بحسب نصيبه فيه، أما إن انتهت وضعية هذا الحساب إلى رصيد دائن فإن ذمة البنك لا تبرأ من هذا الدين إلا بتسليمه إلى الزوج الذي يملك سلطة تشغيل الحساب بمقتضى توكيل صحيح، وفي حال عدم وجود

---

404- عائشة الشرقاوي المالقي: " الوجيز في القانون البنكي المغربي"، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، طبعة الأولى، 2004، ص 89.

405- القانون رقم 15-95 المتعلق بمدونة التجارة، تنفيذا للظهير الشريف رقم 1.96.83 ، بتاريخ فاتح غشت 1996، المنشور بالجريدة الرسمية عدد4418 بتاريخ 3 أكتوبر 1996.

406- امحمد لفروجي : العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، ط 2/ سنة 1999، منشورات مطبعة النجاح الجديدة، ص.58.

توكيل يتعين عليه توزيع الرصيد المعني على الزوجين كل بحسب حصته المبينة في عقد فتح الحساب.

أما في حالة التضامن في الحساب البنكي المختلط، فإنه يتعين التمييز بين وضعين، وضع التضامن الإيجابي، بحيث يمكن لكل واحد من الزوجين المفتوح لهم حساب مختلط أن يقوم بتشغيل هذا الحساب وإجراء مختلف العمليات فيه دون الحاجة لتوكيل خاص لهذا الغرض من طرف الزوج الآخر، أي أنه يشغله كما لو كان مفتوحا باسمه لوحده. وتطبيقا لذلك ففي حالة الرصيد الدائن فإن ذمة البنك تبرأ اتجاه كلا الزوجين في حال ما قام أحدهما بسحب هذا المبلغ بصفة مؤقتة أو نهائية، ومع ذلك فإنه يظل من حق كلا الزوجين في هذه الحالة الرجوع على كل من ينفرد منهما بسحب كل أو جزء من الرصيد الدائن المسجل لفائدته في هذا الحساب﴿407﴾، تطبيقا لمقتضيات المادة 162 من قانون الالتزامات والعقود، التي تنص على أنه على أنه " ما يقبضه كل واحد من الدائنين المتضامنين سواء على سبيل الوفاء أو الصلح يصبح مشتركا بينه وبين الدائنين الآخرين كل على قدر حصته.."، مع الإشارة هنا إلى أن آثار التضامن الايجابي تقتصر فقط على علاقة البنك بزبنائه أصحاب الحساب المختلط ولا نتطرق إلى علاقة كل واحد منهم بدائنيه بصفة شخصية إذ لا يترتب على خضوع أحد الزوجين في الحساب البنكي المشترك بتضامن ايجابي لمسطرة الحجز لدى الغير أي حق لدائنيه الخاصين على مجموع الرصيد الدائن بهذا الحساب، وإنما ينصب حق هؤلاء الدائنين فقط على ما للزوج المعني بالأمر من نصيب في هذا الرصيد إذا كان معلوما أما إذا كان غير معلوم فيتعين تحديد ما للزوج المدين من حقوق خاصة في الحساب المشترك وجعلها رهن

407- امحمد لفروجي : العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق، ص.60.

إشارة دائنيه لينفذ عليها﴿408﴾، أما الوضع الثاني فهو التضامن السلبي الذي يخول للبنك حق مطالبة كل طرف في هذا الحساب بمجموع الرصيد المدين المسجل به، ويحق لمن وفى الرجوع على شريكه الآخر بقدر حصته في الدين الموفى به﴿409﴾، وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 179 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه (... المدين المتضامن الذي يؤدي الدين كاملا، أو الذي يترتب على وقوع المُقاصة بينه وبين الدائن انقضاء الدين بتمامه، لا يحق له الرجوع على الآخرين إلا بقدر حصة كل منهم في الدين.)، هذا وينتهي الحساب البنكي المشترك إما بطريقة إرادية عن طريق اتفاق الزوجين على إنهائه أو بإرادة أحد الطرفين بمقتضى حكم قضائي أو عند الوفاة أو الطلاق، ففي حالة وفاة أحد الزوجين فعادة ما تأخذ البنوك لحظة فتح مثل هذا الحساب كافة الاحتياطات التي من شأنها أن تحول دون وقوع اضطراب في تشغيل هذا الحساب، حيث يحتفظ البنك لنفسه بالحق في العمل على تقسيم هذا الحساب إلى حسابات مستقلة يفتح كل واحد منها باسم أحد الزوجين في الحساب المختلط وفي حالة وفاة أي من هؤلاء الشركاء يقوم البنك بإيداع نصيب هذا الأخير في الحساب المفتوح باسمه ويتم تجميده في انتظار إقفاله أو استئنافه من جديد مع ورثة الهالك إذا كان متفقا على ذلك في عقد فتح الحساب، أما في حالة الطلاق، فإن العرف البنكي جرى في هذا الإطار على أنه يتعين على كلا الزوجين المفترقين التقدم بطلب إغلاق الحساب البنكي المختلط بينهما، حيث يقوم البنك بتجميد الحساب إلى غاية تصفيته مع تحديد نصيب كل طرف فيه ثم

---

408- للمزيد من التفاصيل يراجع : ممدوح الرشيدات: " محاضرات في التشريعات المالية المصرفية"، دار الخليج للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة 1، 2001، ص 139 وما يليها.

409- للمزيد من التفاصيل يراجع : عبد الرحيم المودن: " النظام القانوني لعقد الحساب الجاري البنكي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس أكدال 2003- 2004، ص 93 وما يليها.

يفتح بعد ذلك حساب فردي باسم كل واحد منهما يتم فيه إيداع حصته من الرصيد الدائن المسجل بالحساب البنكي المختلط موضوع الإقفال﴿410﴾.

وفي جميع الأحوال إذا تحققت حالة من حالات إنهاء الاشتراك في الحساب البنكي المختلط فإنه يتعين على المؤسسة البنكية تجميد الحساب المعني في انتظار تصفيته، إذ يتعين عليها تحديد الرصيد الدائن لهذا الحساب ليتم بعد ذلك اقتسام رصيده بين الزوجين حسب النسبة المحددة في عقد الاشتراك، وفي حال انتفاء تحديد من هذا القبيل يتم الرجوع لوسائل الإثبات لتحديد حقه كل واحد من الزوجين في هذا الرصيد.

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن الحساب المشترك هو أحد الحسابات الجماعية، التي كرسها العمل البنكي المغربي وأيدتها مدونة التجارة الجديدة، كما تبين لنا أن هذا النوع من الحسابات يلجأ له في الغالب الأشخاص المتزوجون، وبمقتضى الاتفاق المبرم مع البنك " يشترط أصحاب الحساب على أن السحب قد يكون بتوقيع منفرد من أحد طرفي الحساب وذلك يعني توكيلا ضمنيا من الطرف الثاني للقيام بجميع العمليات المتعلقة بالحساب وقد يشترطان أن السحب لا يكون إلا إذا كان بالتوقيع المشترك من لدن أصحاب الحساب، وفي هذه الحالة لا يجوز للبنك أن يأمر بالسحب إلا إذا تأكد مثلا من أن الشيك موضوع السحب يتضمن توقيعات ذوي العلاقة "﴿411﴾.

---

410- Beroujon (Christiane) et Revol (Marie-claude) : « Patrimoine et famille », sous la direction de Roger Nerson, éditions du centre national de recherche scientifique, 1981, Paris, France, p 68.

411- **عز الدين بنستي** :"الحساب المشترك: تعريفه وتحديد طبيعته، المشاكل القانونية التي يطرحها موقف القضاء المغربي من الحساب المشترك"، المجلة المغربية للقانون واقتصاد والتنمية، العدد 27،1992، ص 48

هذا وقد كان للقضاء المغربي مناسبة للأخذ بالحساب المشترك بين الزوجين كوسيلة من وسائل الاثبات على مشاركة الزوجة في تنمية الأموال الأسرية بمناسبة النزاعات الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج، وذلك من خلال عدة أحكام، نذكر منها الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 2017/11/30 في الملف عدد: 16/187/ 1620، حيث قضت المحكمة باستحقاق المدعية نصيب من أموال المدعى عليه تأسيسا على مساهمتها الفعلية في تنمية هذه الأموال، واستدلت على ذلك بعمل الزوجة ووجود حساب بنكي مشترك بين الزوجين، وهكذا فقد جاء في بعض حيثيات الحكم المذكور ما يلي : "حيث إنه ثابت من خلال البحث وكذا جميع وثائق الملف المستدل بها من كلا الطرفين، أن المدعية كانت تشتغل بدولة بريطانيا منذ تاريخ 24 شتنبر 1984، إلى أن أحيلت على التقاعد بتاريخ 2006/01/13، وبقيت تستفيد بعد ذلك من راتب التقاعد منذ تاريخ 2006/01/14 بحسب مبلغ 822,97 جنيه استيرليني، حسب المثبت بالوثيقة الصادرة عن قسم الخدمات المشتركة للمعاشات بتاريخ 2012/10/09، كما ثبت كذلك بأن المدعى عليه بدوره كان يشتغل ببريطانيا في مجالات مختلفة متمثلة في التدريس والأمن والأنشطة التجارية، ومزاولة الساعات الإضافية، خلافا لما جاء بادعاء المدعية بعطالته عن العمل، وأن ما يؤكد ذلك الوثيقة أو الكشف المسمى بملخص المعاش، والذي يفيد أداء المدعى عليه المساهمات لفائدة الضمان الاجتماعي بانجلترا منذ سنة 1987 إلى حدود سنة 2016. 2017، وهي الوثيقة الصادرة عن بنك.**HSBC** بانجلترا .

وحيث ثبت للمحكمة تبعا لذلك ومن خلال البحث مع الطرفين، وكذا ما يستشف من الوثائق المضمنة بالملف، وجود أموال مشتركة بين الزوجين ومكتسبة خلال فترة الزواج وذلك بدليل وجود حساب بنكي مشترك بين الطرفين برقم ....، تم فتحه بتاريخ 2006/11/28، وإغلاقه بتاريخ 2011/03/14، كما أن الشهادة الصادرة

عن البنك المذكور تؤكد بأن المدعية لم تكن تحمل البطاقة الإلكترونية (ماستركارد) على الحساب المشترك بينهما، وأن المدعى عليه كان يحوز البطاقة المذكورة التي تخوله الحق في سحب المبالغ المالية من الحساب المشترك، وقد ثبت بناء على الشهادة البنكية المؤرخة في 2014/03/03، أنه فعلا قام بسحب مبلغ 10.000,00 جنيه استرليني بتاريخ 2008/10/31، وباليوم الموالي له سحب مبلغ 30.000,00 جنيه استرليني، كما ثبت وجود اقتطاعات أخرى من نفس الحساب بتاريخ 2008/11/11، و2008/11/18، و2008/11/19، بمبالغ مالية محددة بالشهادة البنكية المذكورة، كلها مستخلصة من الحساب خلال فترة الزواج وقد أقر بها المدعى عليه .... "﴿412﴾.

**الفقرة الثانية: الكد والسعاية مظهر من مظاهر الاسهام الفعلي في تنمية أموال الأسرة.**

يشكل كد وسعاية أفراد الأسرة أحد أبرز مظاهر الإسهام الواقعي لهؤلاء في كسب أو تنمية الأموال الأسرية، وهو بهذه الصفة يشكل سببا من أسباب تحقق الاشتراك الفعلي في الأموال الأسرية سواء المكتسبة منها أو التي تم تنميتها، وقد تصدى الفقهاء المغاربة منذ قرون إلى المسألة وأفتوا فيها بناء على العرف السائد في بعض مناطق المملكة المغربية﴿413﴾، حيث يقضي العرف بأن لكل فرد من الأسرة ساهم في تكوين الأموال الأسرية أو تنميتها الحق في أخذ نصيب من تلك الأموال يوازي قدر مساهمته فيها في إطار ما يسمى لدى فقهاء النوازل ب "حق الكد والسعاية"، ومن الفقهاء الذين أفتوا في المسألة نجد الفقيه أبو القاسم بن خمر المشهور بالفوري،

412- حكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 2017/11/30 في الملف عدد: 16/187/ 1620، غير منشور.

413 – المكي الحسين بن عبد السلام، نظام الكد والسعاية، ج2، **ط2، سنة 2010، منشورات** دار القلم/الرباط، ص46.

وأحمد بين عرضون صاحب الفتوى المشهورة في هذا المجال، وكذا أخيه محمد بن عرضون وغيرهم، وقد انتشر العمل بهذا الحق في منطقة غمارة، وامتد إلى بعض المناطق المجاورة مثل سبتة وأنجرة بتطوان، واستمر العمل بهذا النظام حتى بعد دخول المستعمر لأراضي المملكة المغربية، حيث تشهد بعض الوثائق والرسوم العدلية المحررة إبان فترة الاستعمار بجريان العمل به في هذه المناطق [414]، كما جرى العمل بهذا الحق أيضا في منطقة سوس، حيث اشتهر الفقهاء السوسيون به من خلال نوازلهم الفقهية، إذ قلما تجد فقيها سوسيا لم يتعرض إلى بيان هذا الحق وأحكامه [415]،

وهكذا فقد جرى العمل بمختلف هذه المناطق على أن كل شخص ساهم في تكوين الثروة الأسرية أو إنمائها – شرط أن يكون منتميا لهذه الأسرة – له الحق في أن يأخذ نصيبا من تلك الثروة على وجه الشركة، يوازي قدر مساهمته وسعيه فيها، بما في ذلك الزوجة، وقد عبر عن ذلك الشيخ الفقيه عبد الواحد الأمزوري في نظمه بالقول :

وبين أهل الكد نصفا أقسما *** كلا بقدر كده لتكرما

وقوله فيه نثرا "إذا استفاد أهل البيت من دمنتهم وكدهم فإنهم يقسمونه أنصافا" [416]

---

414 – المختار الهراس: المرأة والملكية في أنجرة إبان فترة الاستعمار، مجلة مقاربات، سلسلة بإشراف عائشة بلعربي، مطبعة النجاح الجديدة/ الرباط، طبعة 1996، ص 12 وما بعدها.

415 – الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس قضايا وأعلام، من القرن التاسع إلى القرن الرابع عشر الهجري، منشورات كلية الشريعة بأكادير مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء – ط1، سنة 1999، ص 416.

– امحمد العثماني : ألواح جزولة والتشريع الإسلامي، دراسة الأعراف قبائل سوس في ضوء التشريع الإسلامي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية – مطبعة فيد بيرانت، ط 1، 2004، ص 70.

416 – الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي :" العمل السوسي في الميدان القضائي، نظم أبي زيد عبد الرحمان بن عبد الله الجشتمي، ج 1، منشورات مطبعة المعارف الجديدة/ الرباط، ط 1، سنة 1984، ص 284–285.

ولعل من أهم السمات التي يتميز بها الحق في الكد والسعاية كعرف خاص بالمغرب، هو شمول نطاق تطبيقه لكافة السعاة المشاركين في تنمية ثروة الأسرة، من دون تمييز بين ذكر أو أنثى، ولا بين الزوج أو زوجته، ولا بين الأب وابنه، أو الأخ وأخته، فكل من سعى وكد يأخذ نصيبه بمقدار سعايته، والشرط الواجب هنا هو الانتماء إلى الأسرة التي ساهم في تنمية أموالها لا غير، فحق الكد والسعاية لدى الفقهاء غير مقصور على الزوجة وإنما هو حق ثابت لكل أفراد الأسرة الواحدة﴿[417]﴾، «فقد سئل الفقيه عيسى السكتاني عن رجل يتصرف مع أولاده وزوجته في أملاكه كعادة أهل سوس، إلى أن مات الرجل وترك زوجته وأولاده، فهل يقتسمون ما زاد على الأصل، كل واحد على قدره وكده من الأصاغر والأكابر، أم لا؟ فأجاب: بأنهم يقتسمون على قدر كدهم وسعيهم...» ﴿[418]﴾، والسعاية قد تكون بين الولد وأبيه؛ فقد ورد في المنهل العذب السلسبيل اللازاريني أنه «إذا ادعى الولد على أبيه بكده وكسب يده في جميع ما عنده من المال وغلة الأصول، فعليه أن يحلف أنه لم يقصد بخدمته البر والإحسان إليه، فيعطى سعايته على حسب العادة والعرف»، وهذا ما قصده الشيخ أبي زيد الجشتي بقوله:

دعوى ابن أو بنت على أبيه***نصيب في كسب ما يحويه

مع اليمين أنه لم يقصد*** برا أو إحسانا بكسب مسعد. ﴿[419]﴾

---

[417] – الحسين رشيد: بعض المجالات المنظمة بالعرف الأمازيغية مقال منشور في إطار أعمال الأيام الدراسية التي نظمها مركز الدراسات الأنثروبولوجية والسوسيولوجية بالرباط بعنوان " القانون والمجتمع بالمغرب" سلسلة الندوات والمناضرات رقم الرباط 2005، ص:190.

[418] – الرحماني عبد الله بن محمد الجشتي: العمل السوسي في الميدان الفضائي، ج 1، مرجع سابق، ص 281.

[419] – محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، شرح نظم أبي زيد الجشمي لما لم يذكره الشيخان ابن عاصم وخليله ج 2، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. الطبعة الأولى 1400هـ/1980م، ص 236.

وعليه فإن حق الكد والسعاية حسب ما يستدل به لدى الفقهاء، يستفيد منه كل أفراد الأسرة المساهمين في ثروتها، وهو حق غير مقرون بوفاة أو انهاء للعلاقة الزوجية، كما أن عنصر زمن استحقاق حق الكد والسعاية غير مقرون أو مختزل بفترة ما بعد انتهاء العلاقة الزوجية، وإنما هو حق مخول للمستحق حتى خلال فترة قيام العلاقة الزوجية، ولقد عبر عن هذا المعنى العديد من الفقهاء المهتمين بموضوع السعاية والخبيرين به، فنقرأ في أجوبة العباسي أنه « سئل عن رجل له زوجتان تطالبانه في كل غلة بعزل سعايتهما منها، وهما في عصمته، هل لهما ذلك من غير فراق ولا موت؟ فأجاب رضي الله عنه: مجرد كونهما في العصمة لا يمنعهما من أخذ سعايتهما...» [420]

ورغم مرور قرون على اعتماد نظام الكد والسعاية في عمل الفقهاء، فإن ذلك لم يمنع الاجتهاد القضائي المغربي من الأخذ بهذا النظام إلى يومنا هذا، وذلك بالنظر إلى ما يوفره هذا النظام من حلول عادلة لتوزيع الأموال الأسرية خاصة مع التطور الذي شهدته الأسرة لمغربية بانخراط المرأة بشكل أكبر في سوق الشغل، وما نتج عن ذلك من إسهام فعلي للأخيرة في تنمية الأموال الأسرية، خاصة بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج، فكيف تعامل القضاء المغربي مع نظام الكد والسعاية؟ هل يتم إعمال هذا الحق على مستوى الاجتهاد القضائي وفق نفس الشروط والضوابط المقررة لدى فقهاء النوازل؟ ألا تعتبر مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة أساسا قانونيا للحق في الكد والسعاية على ضوء العمل القضائي المغربي؟

من خلال استقراء مختلف الاجتهادات القضائية المغربية خاصة الحديثة منها يتضح كقاعدة عامة أن القضاء المغربي سواء على مستوى قضاء الموضوع أو

---

[420] – أجوبة العباسي: (مخطوط) أورده أحمد إد الفقيه : إشكالية الشغل النسوي : وضعية المرأة العاملة في إطار القانون الاجتماعي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس– الرباط– السنة الجامعية 1989، ص 83 .

قضاء محكمة النقض، لازال يأخذ بنظام الكد والسعاية في تدبيره للأموال الأسرية، بما في ذلك الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، إلا أنه رغم الأخذ بهذا النظام قضاء، فإنه على المستوى العملي لازالت بعض جوانب إعمال هذا الحق يكتنفها لبس خاصة في الجانب المرتبط بتأطير الدعوى، ذلك أنه في كثير من الأحيان يلجأ الطرف المدعي إلى تأطير دعواه ارتكازا على الحق في الكد والسعاية طبقا لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، وأحيانا أخرى يتم تأطير الدعوى ارتكازا فقط على الحق الكد والسعاية، وأحيانا يتم تأطير الدعوى ارتكازا على مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة دون غيرها، وهذا الأمر يدفعنا بداية إلى تحديد ما إن كان هناك ترابط بين مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة والحق في الكد والسعاية أم لا ؟

باستقراء مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة نجدها تقر عددا من القواعد المرتبطة بتدبير الذمة المالية للزوجين، فتنص على استقلالية الذمة المالية للزوجين كقاعدة عامة، وتمنح لإرادة الزوجين أحقية الاتفاق كتابة على كيفية استثمار وتوزيع الأموال التي ستكتسب أثناء قيام العلاقة الزوجية، مع الإحالة على القواعد العامة للإثبات في حال غياب الاتفاق المكتوب، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة.

فمن خلال هذه المقتضيات وما تم بسطه من خصائص لنظام الكد والسعاية على مستوى عمل فقهاء النوازل، يلاحظ أن هناك فرقا بينا بين النظامين، فإذا كانت أحكام المادة 49 من مدونة الأسرة قاصرة على الزوج والزوجة دون غيرهما، فإن من خصائص نظام الكد والسعاية أنه غير قاصر على فرد معين من أفراد الأسرة، وإنما هو شامل لكافة الأفراد كما سبق البيان (بما في ذلك الفروع والأصول)، ولا يقتصر الفرق بين النظامين على مستوى الأطراف المعنية به، وإنما يمتد إلى جوانب تهم طبيعة النظام في حد ذاته، فطبيعة **نظام الكد والسعاية أنه نظام بعدي**، أي أنه لا

يقوم على أساس الاتفاق السابق على الكسب وهو بذلك قد يكون أكثر عدلا بحيث يتم تحديد نصيب كل طرف من المال بعد كسبه بحسب سعايته، خلافا لنظام تدبير الأموال في إطار المادة 49 **الذي يمكن اعتباره نظاما قبليا في أساسه** بحيث يرتكز بداية على اتفاق مكتوب بين الزوجين حول طريقة توزيع المال **قبل كسبه**، وهو بذلك نظام لا يفرز توزيعا عادلا للأموال الأسرية في معظم الحالات، فقد يتفق الزوجان كتابة على اقتسام المال الذي سيكتسبانه مناصفة بينهما، وتكون المساهمة الفعلية لأحدهما على أرض الواقع بأكثر من النصف في المال المكتسب مثلا، فهنا تظهر سلبية الاتفاق القبلي على توزيع المال المكتسب، فالتوزيع العادل لا يكون إلا بعد الوقوف عند حقيقة ودرجة مساهمة الطرفين في تنمية المال على أرض الواقع، لا من خلال تحديد قبلي سابق على الكسب.

وفضلا عن كافة ما ذكر فإن مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة عند تطرقها لموضوع توزيع أو قسمة الأموال المكتسبة، لم تحدد طريقة هذا التوزيع ولا القواعد الواجب مراعاتها في ذلك، وإنما أسندت ذلك لإرادة الزوجين بداية عبر إعمال الاتفاق الحاصل بينهما كتابة، وفي حال غياب التوثيق أحالت على وسائل الاثبات العامة لتقدير الأنصبة، وذلك خلافا لنظام الكد والسعاية الذي حدد كيفية توزيع المال المكتسب، حيث ميز بين الدمنة وحظ العاملين فيها، فيقسم المال لقسمين قسم خاص بالدمنة –أي الأصول المعتبرة رأس مال – والقسم الآخر للسعاة بحسب سعيهم، وفي ذلك يقول عبد الرحمان الشجتمي في نظمه :

وما استفاده السعاة يقسم ** نصفين للدمنة نصف يعلم

وبين أهل الكد نصف اقسما ** كلا بقدر كـده لتكرما

بمعنى أنه " إذا استفاد أهل البيت من دمنتهم وكدهم، فإنهم يقسمونه أنصافا، فالنصف للدمنة، والنصف الآخر للسعاة، فيقسم نصف الدمنة على أربابها، في أخذ

كل واحد بقدر سهمه في الدمنة، ويقسم السعاة بيهم، فسأخذ كل واحد بقدر عمله قل أو كثر "﴾[421]﴿

وخلاصة القول أن تدبير الأموال الأسرية في إطار نظام الكد والسعاية يختلف عن نظيره في إطار مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، ومن تم فإن تأطير الأطراف لدعواهم ارتكازا على أحد النظامين يختلف باختلاف الشروط والأحكام المقررة لكل نظام على حدة، غير أن الملاحظ عمليا وجود لبس على مستوى تأطير طلبات الأطراف، إذ في كثير من الأحيان تقدم طلبات استحقاق الكد والسعاية تأسيسا على مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، وهو في اعتقادنا تأطير غير سليم للدعوى لاختلاف أحكام النظامين، مع العلم أن أغلب طلبات الأطراف يتم تأطيرها على هذا الأساس، ويكفي هنا الاستدلال بواقعة كانت محل نظر محكمة النقض بموجب قرارها المؤرخ في 12 دجنبر 2017 حيث تقدمت الزوجة بطلب تدعي فيه أن زوجها استفاد من بقعة أرضية وأنه نظرا للثقة التي كانت بينهما اتفقا على أن تقوم هي بتمويل بنائها وتتبع عملية البناء، حيث قامت بذلك، والتمست الحكم باستحقاقها نصف المنزل المذكور أو نصف ثمنه بعد تقويمه حسب ما تم الاتفاق عليه بينهما وذلك في إطار الكد والسعاية طبقا للمادة 49 من مدونة الأسرة، فقضت المحكمة الابتدائية بأدائه المدعى عليه للمدعية مبلغ 150.000 درهم، وتم تأييد الحكم من قبل محكمة الاستئناف، بعد الطعن بالنقض في القرار الأخير دفع الزوج بمخالفة المحكمة لمقتضيات الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 12 دجنبر 2017 ما يلي : " يعيبه في الوسيلة الأولى بخرق مقتضيات الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية ونقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن المطلوبة تقدمت بمقال افتتاحي من أجل استحقاق

---

[421] – الرحماني عبد الله بن محمد الجشتي: العمل السوسي في الميدان الفضائي، ج 1، م س، ص 284 و285.

واجب في عقار وباشرت دعواها في هذا الإطار إلى حدود تاريخ 2013/05/15، فأدلت بمقال اصلاحي التمست فيه تفعيل مقتضيات الفصل 49 من مدونة الأسرة، وترتيب ما يستوجبه القانون، ففوجئ بحكم ابتدائي بتمكينها من مبلغ 150.000 درهم عن الكد والسعاية، مما يعتبر معه تحريفا لطلباتها، وخرقا سافرا لمقتضيات المسطرة المدنية، والتمس نقض القرار.

لكن حيث إنه طالما أن المطلوبة التمست الحكم لها باستحقاق نصف العقار المذكور في إطار مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة حسبما بالمقال الإصلاحي المومأ إليه والذي كان على علم به، فإنها لم تخرق القانون، لذا يبقى ما بالوسيلة على غير أساس." ﴿422﴾.

والملاحظ بخصوص هذه النازلة أن المدعية طالبت باستحقاقها نصف المنزل المذكور أو نصف ثمنه بعد تقويمه وذلك في إطار الكد والسعاية طبقا للمادة 49 من مدونة الأسرة–حسب ما ورد في قرار محكمة النقض–، وهو تأطير في اعتقادنا غير سليم للدعوى بالنظر لاختلاف النظامين كما سلف الذكر.

هذا وتجدر الإشارة من جهة أخرى إلى أن مناط الاستجابة لطلبات استحقاق جزء من ثروة الأسرة سواء في إطار نظام الكد والسعاية أو في إطار مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، رهين بإثبات المساهمة الفعلية في تنمية ثروة الأسرة، إذ أن مجرد الكسب خلال فترة الزواج لا يعتبر دليلا على المساهمة الفعلية للطرفين في الكسب أو تنمية المال، ويمكن في هذا الإطار الاستدلال بواقعة كانت محل نظر من قبل محكمة النقض بموجب قرارها المؤرخ 29 ماي 2018 حيث طالبت الزوجة بحق الكد والسعاية نتيجة مساهمتها في تكوين ثروة المدعي، وكان من بين الوسائل التي استندت عليها المدعية في طلب نقضها لقرار محكمة الاستئناف أن الأخيرة صرفت

422– قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ: 2017/12/12، تحت عدد 648، في الملف الشرعي عدد: 2016/1/2/717، غير منشور.

النظر عن التعويض عن الكد والسعاية لعدم إثبات الطالبة مقدار ما بذلته من جهد لتنمية ثروة الزوج، دون الأخذ بعين الاعتبار فترة الزواج والوثائق المدلى بها، وأنها بذلك لم تبرز الأساس القانوني الذي اعتمدته لرفض طلب التعويض عن الكد والسعاية.

وقد أجابت محكمة النقض على الوسيلة المتمسك بالتعليل التالي: «أما بخصوص الجزء الثاني من الوسيلة، فإن المادة 49 من مدونة الأسرة تنص على أنه " لكل واحد من الزوجين ذمة مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام العلاقة الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، وإن لم يكن هناك اتفاق يرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين، وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة"، فتكون المحكمة لما صارت إلى قواعد الإثبات لعدم وجود اتفاق بين الطرفين حول تدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية وردت دعوى الطاعنة لعدم إثبات ما عملته وما قدمته من مجهود وما تحملته من أعباء لتنمية أموال الأسرة قد طبقت مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، ويبقى ما بالوسيلة غير مؤسس.» ﴿423﴾.

وفي واقعة أخرى كانت محل نظر محكمة النقض بموجب قرارها الصادر بتاريخ 19 يونيو 2018 التمس الزوج الحكم باستحقاقه جزءا من عقار محفظ في إسم الزوجة في إطار المادة 49 من مدونة الأسرة، مع الحكم بقسمة عقار آخر مشترك بينهما، فتقدمت الزوجة في المقابل بطلب استحقاقها لجزء من نصيب الزوج في العقار المشترك تأسيسا على مساهمتها في بناء الجزء المذكور، مع الحكم باستحقاقها لجزء من عقار آخر مملوك للزوج استنادا إلى مقتضيات المادة 49 أعلاه، فقضت

423- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ: 2018/05/29، تحت عدد 311، في الملف الشرعي عدد: 2016/1/2/937، غير منشور.

المحكمة الابتدائية في الدعوى الأصلية برفضها، وفي الدعوى المقابلة بعدم قبول دعوى القسمة ورفض باقي الطلب، وبعد عرض النزاع على محكمة الاستئناف، قضت الأخيرة بإلغاء الحكم المستأنف جزئيا، وتصديا الحكم من جديد بقسمة العقار المشترك بين الزوجين مع تأييده في باقي ما قضى به، فتم الطعن بالنقض في القرار المذكور من قبل الزوجة التي أسست طعنها على الوسيلة التالية : " إغفال وقائع مهمة أدى إلى فساد التعليل الموازي لانعدامه وخرق أحكام المادة 49 من مدونة الأسرة، ذلك أن المحكمة عللت ما قضت به من رفض طلبها حقها من الكد والسعاية في الطابق العلوي للملك المسمى " دار فوزية" ذي الرسم العقاري 20513/02 ، وأنها بناء على تصريحات المطلوب بأن بناءه تم سنة 1994 بإعانة من والده سلمت بذلك دون تصريحها بأنها هي من بنته بمداخيل المؤسسة التعليمية، وخلصت إلى أن الملك المذكور مشاع بينهما مناصفة بجميع مكوناته رغم أنه لا يوجد ما يثبت أن والد المطلوب هو من تكفل ببناء الطابق العلوي، مع أن بداية الأشغال الكبرى كانت سنة 1994، وأن التحسينات من تبليط وتزليج وتركيب الأبواب لم تنجز إلا في فترات لاحقة، وهو ما أغفلته المحكمة، وعللت أيضا رفضها طلبها بحقها من الكد والسعاية بالنسبة للملك المسمى "السعادة 17" أن التواصيل و الفاتورات التي أدلت بها لتثبت أنها قامت ببيع حليها ومجوهراتها لا تثبت أنها ضحت عائدات بيعها لإنشاء الملك المذكور ومعللة أيضا بان ما كانت تحصل عليه من عائدات اقتنت به الملك المسمى ياسمين ذا الرسم العقاري عدد 88531/2)، وهو استخلاص ضعيف لكونه يدخل في أمور محاسبتية وتقنية لا تتوفر عليها المحكمة، وخرقت المادة 49 من مدونة الأسرة التي تنص على مراعاة عمل كل واحد من الزوجين مع أن المطلوب لم يكن له عمل قار ومستمر ولم يكن له دخل ثابت وانما زعم أن والده هو الذي تكفل ببناء الطابق العلوي مع أنها تكفلت بجميع تكاليف التحسينات اللازمة، وعززت أقوالها بأنها كانت تشتغل كمديرة مؤسسة خصوصية، وتحصل على عائدات

كراء الدكان، وأدلت بفواتير وحجج، لكن المحكمة لم تقارن وضعيتها المالية حتى تتأكد من اقوال المطلوب، مما بقى معه تعليلها ناقصا وغامضا، والتمست نقض القرار." فردت محكمة النقض الوسيلتين مجتمعتين من خلال التعليل التالي : " لكن حيث إنه طبقا للمادة 49 من مدونة الأسرة إذا لم يكن هناك اتفاق بين الطرفين على توفير الأموال المكتسبة خلال قيام العلاقة الزوجية وعلى اقتسامها ولم يثبت استقلال ذمة أحدهما بالمدعى فيه تطبق القواعد العامة في الإثبات مع مراعاة عمل كل واحد وما قدمه من مجهود لتنمية أموال الأسرة. والمحكمة لما ثبت لها من نسخة تنازل عن نصف ملك " دار" بدون عوض مضمنة بعدد 6538 صحيفة 481 كناش 10 بتاريخ 09/05/2005 أن مشتملات العقار المسمى ملك فوزية ذي الرسم العقاري عدد 20513/02 المتنازل عن نصفه من طرف المطلوب سمير الحلو لزوجته الطاعنة دون من العدلين المنتصبين للإشهاد بتصريح الطرفين وبحضورهما مجلس العقد تتماشى مع تصريح المطلوب بجلسة البحث في 08/05/2014 ، أن الطابق الثاني "العلوي" تم بناؤه سنة 1994 بإعانة من والديه دون تصريحات الطاعنة من كونها هي من تولت بناء ذلك بمداخيل المؤسسة التعليمية التي لم يرخص لها بتسييرها بصفتها مديرة تربوية إلا في 14/12/1996 حسبما بشهادة العمل والإذن بفتح مؤسسة تعليمية وخاصة، المؤرخ في 14/12/1996 ، وخلصت إلى أن الملك المسمى "دار فوزية" المذكور مشاع بين الطرفين مناصفة بينهما بجميع مكوناته، واعتبرت بخصوص الملك المسمى السعادة 17 ذا الرسم العقاري 25023/02 وما أدلت به الطاعنة من صور التواصيل وفاتورات مصادق عليها تتعلق بشراء ذهب وحلي لفائدتها منذ سنة 1992 إلى غاية 2001 غير عامل في نازلة الحال، لكونها لم يشر فيها أو في وثيقة مستقلة عنها وإلى أن الطاعنة ضخت عائدات ما باعته من حليها ومجوهراتها في اقتناء الملك المذكور، ولاسيما أن المطلوب عارض في ذلك، وأثار أن والده هو من اعانه على اقتناء الملك المومأ إليه بعد أن فوت محلا

تجاريا كان يملكه واقتنى من عائدات العقار المذكور، وسجله باسمه، خاصة وأن الطاعنة اقتنت من عائداتها الملك المسمى ياسمين ذا الرسم العقاري عدد 885/02 البالغ مساحته 1909م.م بموجب عقد بيع نهائي في 23/02/1999 ، وردت طلب المطلوب بشأن ريع مداخيل الملك ذي الرسم العقاري عدد 88531/02 باعتبار أنه لا يندرج ضمن مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، واعتبرت الملك ذا الرسم العقاري عدد 95023/02 ملكا خالصا للطاعنة التي ثبت أنها تولت وحدها بمجهودها تسيير وتدبير المؤسسة التعليمية، حسبما اكده الطرفان بجلسة البحث، وردت طلب المطلوب بشأنه، وقضت بما جرى عليه منطوق قرارها، فإنها عللت قرارها بما فيه الكفاية، ولم تخرق المادة المحتج بها، وما بالوسيلتين على غير أساس." ﴿424﴾.

وعليه فإن اجتهاد محكمة النقض حسب المستفاد من القرار أعلاه يرتكز على وجوب إثبات المساهمة الفعلية في كسب المال لقبول طلبات استحقاق جزء من الأموال الأسرية، مع اعتماد الأصل المقرر في المادة 49 من مدونة الأسرة القاضي باستقلال الذمة المالية للزوجية، إذ انطلقت محكمة النقض من الأصل المقرر في المادة 49 أعلاه وهو أن لطرفي النزاع ذمة مالية مستقلة في غياب الاتفاق المكتوب بشأن تدبير الأموال الأسرية، وتأسيسا على عدم إثبات أي طرف لمساهمته الفعلية في اكتساب المال المطالب بنصيب منه، قضت محكمة النقض بتأييد الحكم المستأنف فيما ذهب إليه من رفض طلبات الطرفين المؤسسة على مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة.

والثابت من خلال العمل القضائي أن إثبات المساهمة في كسب المال الأسري أو تنميته قد يكون عن طريق إثبات وجود اشتراك فعلي للأموال بين الزوجين، أو

---

424- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ: 2018/06/19، تحت عدد 357، في الملف الشرعي عدد: 2018/1/2/230، غير منشور.

عن طريق إثبات الإسهام النقدي المباشر في كسب المال أو تنميته، كما قد يكون بإثبات القيام بعمل مسهم في كسب أو تنمية المال.

فبحصوص إثبات المساهمة في كسب المال الأسري أو تنميته عن طريق إثبات وجود اشتراك فعلي للأموال، بمكن الاستدلال بما ذهبت إلى المحكمة الابتدائية بالعرائش في حكمها الصادر بتاريخ 2017/11/30 في الملف عدد: 16/187/ 1620، حين قضت باستحقاق المدعية نصيبا من أموال المدعى عليه على أساس كدها وسعايتها، حيث جاء في بعض حيثيات الحكم المذكور ما يلي: " وحيث إن المدعية حاليا مطلقة وذلك منذ سنة 2012، وأن المطلقة تستحق جزءا من المال المكتسب خلال فترة الزواج مقابل كدها وسعايتها، وتعتمد المحكمة في هذا التحديد مدة الزوجية وعمل كل منهما، وتاريخ اقتناء العقار المتنازع فيه.

وحيث تبين كذلك للمحكمة بأنه خلال فترة الزواج كانت جميع أموال الطرفين ومشاريعهما مشتركة بينهما، والدليل على ذلك أنهما يملكان سكنى مشتركة بالنصف بدولة بريطانيا، كما قاما بإنجاز مشاريع مشتركة بدبي لم تنجح، وثبت من البحث وبإقرار المدعى عليه استرجاعه لمبلغ 75.000,00 جنيه استرليني ، كما تبث أنه قام باقتناء قطعة أرضية بالمغرب مساحتها 384 متر مربع بتجزئة المغرب الجديد، من مؤسسة العمران بمبلغ 211.200 درهم، باسمه الخاص دون إشراك زوجته المدعية في ذلك، رغم ثبوت اشتراكها معه بالنصف في ملكية السكنى الكائنة ببريطانيا، والمشاريع الأخرى المذكورة أعلاه، وأدى أقساطها على شكل دفعات، وحصل على رخصة السكنى باسمه بتاريخ 25مارس 2009، وكل ذلك تم خلال نفس الفترة التي استخلص فيها المبالغ المالية من الحساب المشترك، وهو ما أكدته الخبرة المنجزة بالملف بأمر من المحكمة.

وحيث إنه بناء عليه يكون حق الكد والسعاية وفق ما أقره الفقه ثابت للمدعية، لأنهما أقاما مؤسسة الزواج على حساب مشترك بينهما بالتساوي، إلا أن المدعى

عليه وخلال فترة الزواج انفرد بملكيته للعقار الكائن بالمغرب بتجزئة المغرب الجديد رغم استحقاقها لنصفه، وأن ادعاءه بكونها انفردت بدورها بملكية عقار بمدينة طنجة ادعاء مردود عليه لعدم إثباته، مما تكون معه محقة في طلب واجب الكد والسعاية في العقار الذي هو الفيلا القائمة البناء بموجب- رخصة البناء رقم 1022، والكائنة بتجزئة المغرب الجديد رقم 2104، موضوع الخبرة المنجزة من طرف الخبير ..... بتاريخ 26 يناير 2017، والذي حدد ضمن تقريره قيمتها الإجمالية في مبلغ (مليون وتسعمائة وستة وثمانون ألف درهم) "﴿425﴾.

وقد يكون إثبات المساهمة في كسب المال الأسري أو تنميته عن طريق إثبات الإسهام النقدي المباشر في كسب هذا المال أو تنميته، ويمكن الاستدلال في هذا الجانب بواقعة كانت محل نظر من قبل محكمة النقض بموجب قرارها المؤرخ في 24 يوليوز 2018، حيث تقدمت المدعية بطلب استحقاق نصف الشقة المملوكة لزوجها المدعى عليه لمساهمتها النقدية المباشرة في شرائه، فقضت المحكمة الابتدائية بتمكينها من نصف قيمة الشقة المذكورة، وقد ألغت محكمة الاستئناف الحكم المذكور في هذا الجانب، وبعد الطعن بالنقض في قرار محكمة الاستئناف، قضت محكمة النقض بنقض القرار بعلة " أن المحكمة مصدرة القرار لما لم تناقش الكشوفات الحسابية التي أدلت بها الطاعنة والتي تثبت أنها حولت في حساب المطلوب، ولم ترد عليها، وتتحقق من اسباب هذه التحويلات التي لا منازعة في حصولها بحساب المطلوب وتقويمها"، وبعد الإحالة مجددا على محكمة الاستئناف قضت الأخيرة بتأييد الحكم الابتدائي فيما قضى به بخصوص طلب الكد والسعاية، مع تعديله بخفض المبلغ المحكوم به، وهو القرار الذي تم تأييده من قبل محكمة النقض بعلة وجود مساهمة نقدية مباشرة في شراء المدعى فيه، حيث جاء في تعليل

425- حكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش بتاريخ 2017/11/30 في الملف عدد: 16/187/ 1620، غير منشور.

محكمة النقض ما يلي : " لكن حيث إن محكمة الإحالة لما ثبت لها من الاطلاع على الكشوفات الحسابية المدلى بها أن المطلوبة حولت بحساب الطاعن ما مجموعه 148.000,00 درهم على دفعات... وأن قيمة الشقة موضوع الدعوى في تاريخ اقتنائها الموافق ل 10/09/2008 حددت في 600.000,00 درهم حسب رسم الشراء الرابط بين الطرفين، وأن المبلغ الإجمالي المحول يشكل ربع القيمة تقريبا، وأن الخبرة المنجزة في الموضوع لبيان القيمة الحالية للشقة أسفرت على أنها 1.859.000,00 درهم، واعتبرت تملك المطلوبة في الشقة ينحصر في الربع الذي هو 464.750,00 درهما، من القيمة المحددة في 1.859.000,00 درهم، وخلصت إلى أن هذا يقتضي تخفيض المبلغ المحكوم به باعتباره نصيبا للمطلوبة في الشقة إلى القدر المذكور، ... وقضت بما جرى عليه منطوق قرارها بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به بخصوص الكد والسعاية مع تعديله بخفض المبلغ المحكوم به إلى 464,750,00 درهما، فإنها بذلك من جهة جعلت لما قضت به أساسا، وعللت قرارها بما فيه الكفاية، وردت على باقي الدفوع المثارة، ولم تخرق المحتج به، ومن جهة ثانية تقيدت بالنقطة القانونية في قرار محكمة النقض المومأ إليه أعلاه، عملا بمقتضيات الفصل 369 من ق .م .م، وما بالوسائل الخمس على غير اساس" . ﴿426﴾.

وقد يكون إثبات المساهمة في كسب المال الأسري أو تنميته عن طريق إثبات المساهمة غير المالية، أي إثبات المساهمة بالعمل في تنمية المال أو كسبه، وفي هذا السياق يمكن الاستدلال بواقعة كانت محل نظر من قبل محكمة النقض بموجب قرارها المؤرخ في 12 دجنبر 2017، حيث تقدمت المدعية بطلب استحقاق نصف المنزل المملوك للمدعى عليه وذلك في إطار الكد والسعاية طبقا للمادة 49 من

426- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ: 2018/07/24، تحت عدد 442، في الملف الشرعي عدد: 2016/1/2/981، غير منشور.

مدونة الأسرة، فقضت المحكمة الابتدائية بأداء المدعى عليه للمدعية مبلغ 150.000 درهم، وتم تأييد الحكم من قبل محكمة الاستئناف، وبعد الطعن بالنقض في القرار المذكور دفع المدعى عليه بعدم إثبات المدعية لمساهمتها في المدعى فيه، فردت محكمة النقض دفعه من خلال العلة التالية : " لكن حيث إنه بمقتضى المادة 49 من مدونة الأسرة، فإنه إذا لم يتم اتفاق بين الزوجين على تدبير الأموال المكتسبة خلال قيام العلاقة الزوجية واقتسامها فإنه يرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة. والمحكمة لما ثبت لها من اقرار الطاعن بأنه وكل المطلوبة بمقتضى وكالة للقيام بعملية البناء وأنه كان يرسل إليها ما تصرفه على المدعى فيه، ومن موجب اللفيف المضمن بعد 213 صحيفة 191 كناش الأملاك عدد 74 بتاريخ 2011/10/11 الذي أفاد شهوده أن المطلوبة هي من قامت بتشييد الدار الكائنة بحي الفتح رقم 1240، ومن عشرة إشهادات بقبض أتعاب العمال من المطلوبة المتمثلة في أشغال البناء والنجارة والصباغة والكهرباء والفيانص والفسيفساء وغيرها، واستخلصت من ذلك أن المطلوبة ساهمت إلى جانب الطاعن بما قامت به طيلة مدة ست سنوات مدة الوكالة المنجزة منذ 15/11/2005 إلى تاريخ العزل ، ولم يطعن الطاعن فيما ذكر بمقبول وقضت في إطار سلطتها في تقدير التعويض في 11/10/2011 بما جرى عليه منطوق قرارها، فإنها جعلت لما قضت به أساسا، وما بالوسيلة على غير أساس. "﴿427﴾.

427- قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ: 2017/12/12، تحت عدد 648، في الملف الشرعي عدد: 2016/1/2/717، غير منشور.

**خاتمة.**

البحث كان محاولة لاختبار أهمية المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة والدور الذي يمكن أن تقوم به في ضمان احترام تطبيق القانون الوطني على الجالية المغربية؛ ومن تم تعزيز القدرة التنافسية لهذا القانون؛ وإعطائه فرص أكبر لأن يتم اختياره من طرف القضاء الأجنبي كلما عرض عليه نزاع يتعلق بمواطنين مغاربة.

ومن خلال دراسة الموضوع تم الوقوف عند خلاصة أساسية مفادها كون المغاربة المقيمين بالخارج لا زالوا يعانون من عدة إشكالات على مستوى تدبير أموالهم الأسرية خارج أرض الوطن أساسا، وهي إشكالات مرتبطة في جزء منها بتباين الأنظمة القانونية المنظمة لهذه الأموال ما بين القانون المغربي وقوانين دول الاستقبال، وجزء آخر منها مرتبط بالتباين الحاصل على مستوى الأنظمة القضائية لدول الاستقبال في طريقة تعاطيها مع هذا النوع من القضايا.

فعلى المستوى الأنظمة القانونية تم رصد الاختلاف الكبير الحاصل ما بين الحماية المقررة للأموال الأسرية في التشريع الوطني وفي تشريعات دول الاستقبال، وذلك بالنظر إلى الاختلاف الحاصل على مستوى المرجعية الأساسية المعتمدة في التشريع والتي تنبع أساسا من أحكام الفقه الإسلامي بالنسبة للتشريع الوطني، ومن المواثيق الدولية لحقوق الإنسان بالنسبة لتشريعات دول الاستقبال، وهو ما انعكس بشكل مباشر على طريقة تعاطي الأنظمة القضائية الأجنبية مع جانب تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج في مختلف الجوانب بما في ذلك التباين في تفعيل قواعد الإسناد وفي القبول بالأحكام المغربية أمام القضاء الأجنبي، فعلى مستوى الجانب المتعلق بتفعيل قواعد الإسناد تبين من خلال دراسة عدد من الأحكام والقرارات الأجنبية، أن هناك اتجاهان قضائيان، أحدهما يطبق القانون المغربي على العلاقات المالية الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج استنادا إلى النصوص القانونية الواضحة لبعض دول الاستقبال التي تحيل على تفعيل القانون الوطني، واتجاه آخر

يستبعد تطبيق القانون المغربي على هذه العلاقات المالية الأسرية رغم وجود قواعد إسناد صريحة في الموضوع، مع الإشارة إلى أن هذا التباين لا يتعلق فقط باختلاف النظم القضائية من دولة استقبال لأخرى، وإنما يبرز حتى داخل نفس النظام القضائي لبعض الدول الاستقبال، إذ نجد على سبيل المثال توجها من القضاء الإسباني يطبق القانون المغربي على العلاقات المالية للأسر المغاربة وتوجه آخر داخل نفس القضاء الاسباني يستبعد تطبيق القانون المغربي على هذا النوع من العلاقات، وسواء تعلق الأمر بالتباين التشريعي أو القضائي فإن الخلاصة الأساسية التي تم الوقوف عليها في هذا الجانب تتمثل في عدم قدرة بعض المستجدات التشريعية الوطنية في مواكبة الإشكالات المطروحة على مستوى تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، في حين لازالت بعض المستجدات التشريعية الأخرى غير متداولة إن لم نقل مجهولة لدى القضاء الأجنبي؛

أما الخلاصة الثانية، فهي مرتبطة بطريقة تعاطي القضاء المغربي مع موضوع تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، خاصة في جانبين أساسيين، أولهما مرتبطة بطريقة تعاطيه مع حجية الأحكام الأجنبية المنظمة للعلاقات المالية الأسرية، والثاني مرتبط بطريقة تعاطيه مع موضوع تذييل الأحكام الأجنبية ذات الصلة بالموضوع بالصيغة التنفيذية، فخلصنا إلى أن نهج القضاء المغربي كان أكثر مرونا في التعاطي مع الجانبين معا حفاظا على الحقوق المشروعة للمغاربة المقيمين بالخارج، إلا أن ذلك لا يمنع من الإشارة إلى وجود تباين على مستوى العمل القضائي المغربي في تعاطيه مع بعض الجوانب المرتبطة بتدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، كما هو الشأن بالنسبة لموضوع حجية الأحكام الأجنبية غير المذيلة بالصيغة التنفيذية ذات الصلة بتنظيم العلاقات المالية الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج، حيث وقفنا عند توجهين في قضاء الموضوع، الاتجاه الغالب يأخذ بمنطوق الأحكام الأجنبية رغم عدم تذييلها بالصيغة التنفيذية، وتوجه

آخر يرفض الأخذ بمنطوق الأحكام الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية وهو توجه غير بارز في عموم الاجتهاد القضائي المغربي.

وعلى ضوء الإشكالات المرصودة تم وضع عدد من المقترحات سواء في بعدها التشريعي أو المؤسساتي، ونذكر منها ما يلي:

**أولا:** يحتاج التشريع الوطني إلى تقييم مستمر لدرجة فعاليته ومواكبته للمستجدات الطارئة على أحوال المغاربة المقيمين بالخارج، لذلك فإنه يُقترح بداية سد النقص القانوني في بعض الجوانب ذات الصلة بالموضوع، بما في ذلك ضرورة اعتماد مدونة للقانون القضائي الخاص المغربي، خاصة في ظل غياب تشريع متكامل في هذا الجانب يحدد قواعد الإسناد المغربية بشكل واضح، ووجود نص قانوني منذ عهد الحماية لا يتناسب والتغيرات الحاصلة على المستوى الوطني والدولي.

**ثانيا:** ضرورة إعادة النظر في بعض المقتضيات التشريعية المرتبطة بجانب الحماية المقررة للأموال الأسرية، وأعطي هنا مثال فقط عن مقتضيات المادة 480-1 من القانون رقم 103-13، التي تطرح إشكالات عديدة على المستوى العملي نتيجة عدم ضبط الصياغة التشريعية لهذه المادة، إذ تطرقت المادة إلى الجزاء مترتب عن فعل الطرف أو فعل الامتناع عن الارجاع لبيت الزوجية مع الإحالة على مقتضيات المادة 53 من مدونة الأسرة التي تتحدث عن فعل الإخراج من بيت الزوجية من قبل أحد الزوجين، وهو ما جعل مقتضيات المادة 480-1 قاصرة عن تحقيق الحماية في حالة الطرد أو الامتناع عن الارجاع لبيت الزوجية الذي يرتكبه طرف آخر من غير أحد الزوجين (كأحد إخوة الزوج أو الزوجة)، كما لم حصر الحماية في فعل طرد أحد الزوجين للآخر أو الامتناع عن إرجاعه دون الحديث عن فعل الطرد أو الامتناع عن إرجاع الأبناء، فضل عن جوانب من قبيل هل الحماية مقررة عن الطرد من السكن الرئيسي للعائلة أم يشمل حتى بيت العائلة الثانية إلى غيرها من التساؤلات الواقعية التي لا نجد إجابة لها في هذا النص، لذلك فالمقترح

هنا هو إعادة صياغة نص هذه المادة بشكل أكثر ضبطا وإحكاما، ونضع هنا مقترحا للاستئناس به وفق الصيغة التالية : " يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ثلاثة أشهر وغرامة من 2.000 إلى 5.000 درهم، عن طرد أحد الزوجين من بيت الزوجية المتخذ كسكن رئيسي للعائلة، وعن الامتناع عن إرجاع الزوج المطرود إلى هذا البيت، بغض النظر عن صفة الفاعل، وتضاعف العقوبة في حالات التالية :

-إذا شمل فعل الطرد أو الامتناع عن الإرجاع الأبناء القاصرين؛

-في حالة العود؛

- إذا وقع الطرد فعل الطرد أو الامتناع عن الإرجاع ليلا ".

**ثالثا:** ضرورة إعادة النظر في التنظيم القانوني لأحكام عقد تدبير الأموال الأسرية الوارد في المادة 49 من مدونة الأسرة، والتي تتسم بنوع من الاختصار الذي يفرغ هذا المستجد من محتواه ويطرح في نفس الوقت إشكالات عدة على المستوى العملي كما هو الشأن بالنسبة لإشكالية إبرام الزوج/الزوجة القاصر لهذا العقد، والأثر المترتب عن ذلك... وهو ما يتعين معه تبعا لذلك وضع أحكام قانونية مفصلة لهذا النوع من العقود سواء على مستوى شروط الانعقاد، وطبيعة الشكلية المقررة لإبرام العقد، وآثار العقد، وأسباب انقضائه، إلى غير ذلك من الضوابط المحكمة لمثل هذا النوع من العقود ذات الأهمية البالغة.

**رابعا:** إن الثراء العلمي الوافر الذي يمتاز به موروثنا الفقهي المستنبط من اجتهاد الفقهاء في إطار ما يعرف بنظام الكد والسعاية، وما فيه من قواعد محكمة كفيلة بتحقيق العدل والإنصاف في تدبير الأموال الأسرية، بالإضافة إلى ما يتهدد هذا الموروث من مخاطر الاندثار، كل ذلك يدفعنا لاقتراح تدخل تشريعي لمأسسة هذا الموروث الذي لازال معمولا بها قضاء، مع الحرص على التعريف بقواعده وسط الفاعلين في منظومة العدالة، واعتماده كمحور أساسي في برامج التكوين الأساسي أو المستمر الموجه للفاعلين في منظومة العدالة، تمتينا للمعارف.

**خامسا:** لقد صحبت الاجتهاد القضائي الوطني والمقارن كثيرا في هذا البحث، وكنت كلما تقدمت في بحثي، إلا وازداد اقتناعي الصميم بكون جزء من الإشكالات التي يعاني منها المغاربة المقيمين في الخارج فيما يتعلق بتدبير أموالهم الأسرية، مرتبط بضعف التعريف بالمستجدات القانونية الوطنية بمنظومة القضاء الأجنبي، لذلك يتعين بدل جهد أكبر على المستوى المؤسساتي للتعريف بهذه المستجدات في أوساط الفقه والقضاء الأجنبيين، وذلك عبر اعتماد سياسة تواصلية ناجعة بهذا الخصوص، ولضمان أكبر قدر من التعريف بأحكام مدونة الأسرة فإنه يتعين المبادرة إلى ترجمة أحكامها لتكون متاحة باللغات السائدة في دول الاستقبال (خاصة اللغة الإنجليزية، الاسبانية، الألمانية، الهولندية، والإيطالية).

## المصادر والمراجع باللغة العربية.


1) إبراهيم أحمد إبراهيم: القانون الدولي الخاص: مركز الأجانب وتنازع القوانين 1992 .

2) ابن أبي زمنين محمد، منتخب الأحكام، تحقيق عبد الله بن عطية الرداد الغامدي، ج2، منشورات المكتبة المكية مؤسسة الريان، ط 1 سنة 1998.

3) ابن الحجاج مسلم، صحيح مسلم، ج2، كتاب الفضائل، باب فضائل أم المؤمنين زينب بنت جحش، ط1، سنة 2004، منشورات مكتبة الصفا/ القاهرة.

4) إبن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج 1، ط 1 سنة 2003، منشورات دار الكتب العلمية/ لبنان.

5) ابن رشد ( الحفيد) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، منشورات مطبعة الاستقامة/القاهرة ، طبعة سنة 1952.

6) إبن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق محمد صبحي حسن الحلاق ج 3، ط 1 سنة 1994، منشورات مكتبة إبن تيمية/القاهرة.

7) إبن عابدين محمد أمين، "رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار"، قدم له ذ بكر إسماعيل، ط 1 سنة 1994، منشورات دار الكتب العلمية/بيروت.

8) إبن عاصم الأندلسي : "البهجة في شرح التحفة "على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام, وبحاشيته حلى المعاصم لفكر إبن عاصم للإمام أبي عبد الله محمد التاودي وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام, الجزء الأول، الطبعة الأولى لسنة 2005, منشورات دار الرشاد الحديثة / الدار البيضاء.

9) إبن فارس أبو الحسن أحمد بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة" تحقيق عبد السلام محمد هارون، مادة صدق، منشورات دار الجيل/ بيروت، دون ط أو سنة.

10) إبن قدامة عبد الرحمان بن محمد بن أحمد المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، تحقيق د محمد مشرف الدين خطاب ود السيد محمد السيد ود سيد إبراهيم صادق، ط 1 سنة 1996، منشورات دار الحديث/القاهرة.

11) إبن قيم الجوزية " زاد المعاد في هدى خير العباد"، الجزء الخامس، الطبعة السادسة والعشرون، لسنة 1996، منشورات مكتبة المنار الاسلامية/الكويت.

12) ابن ماجه محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، كتاب الهبات، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، منشورات بيت الأفكار الدولية الرياض .

13) ابن منظور محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب الجزء 01، منشورات دار صادر/بيروت.

14) أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الشهير بميارة : " شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام"، المجلد الأول، باب النكاح.

15) أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، تصحيح عمر بن عباد، ج3، منشورات وزارة والأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1997.

16) أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، تصحيح عمر بن عباد، ج4، منشورات وزارة والأوقاف والشؤون الإسلامية، ط1، 1997.

17) أبي أبي عباس أحمد بن يحي الونشريسي، "المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية و الأندلس والمغرب"، الجزء الثالث، خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الأولى لسنة 1981.

18) أبي عبد الله سيدي محمد المهدي بن محمد بن محمد بن الخضر الوزاني الشريف العمراني الحسني : "النوازل الصغرى " المسماة :" المنح السامية في النوازل الفقهية "، الجزء الثاني.

19) أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، ب ط ، عام 1999

20) أحمد اجويد : شرح القانون الجنائي الخاص ، ج 2 ، مكتبة المعارف الجامعية ، فاس 99 ، 2000.

21) أحمد إد الفقيه : إشكالية الشغل النسوي : وضعية المرأة العاملة في إطار القانون الاجتماعي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس– الرباط– السنة الجامعية 1989.

22) أحمد إد الفقيه : إشكالية الشغل النسوي : وضعية المرأة العاملة في إطار القانون الاجتماعي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس– الرباط– السنة الجامعية 1989.

23) أحمد الريسوني: " نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي"، تقديم طه جابر العلواني، سلسلة الرسائل الجامعية الصادرة عن المعهد العالمي للفكر الإسلامي(1)، طبعة سنة 1995، منشورات دار الفكر.

24) أحمد النويضي :"القضاء المغربي وإشكاليات التنفيذ الجبري للأحكام" مطبعة وراقة الكتاب/فاس، الطبعة الأولى 1995.

25) أحمد زوكاغي: أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي تنازع القوانين، الجزء الثاني، دار توبقال للنشر الطبعة الأولى 1992.

26) أحمد زوكاغي، أحكام التنازع بين القوانين في التشريع المغربي، ط 2، سنة 2002، منشورات مطبعة الكرامة/الرباط،.

27) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان.

28) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص – الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية–، ط 1، سنة 2008، منشورات دار النهضة العربية/ مصر.

29) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،2008.

30) إدريس العلوي العبدلاوي:"نظرية العقد"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1996.

31) إدريس الفاخوري (دور الإرادة في إنهاء عقود الزواج على ضوء مدونة الأسرة ) مجلة الملف ,العدد الرابع لسنة 2004 منشورات مكتبة الرشاد / سطات.

32) إدريس الفاخوري، دور القضاء في تحديد مستحقات الزوجة والأطفال، أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مجموعة البحث في الأسرة والتنمية وشعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة المولى إسماعيل مكناس يومي 25 و26 ماي 2007 ,إعداد وتنسيق ذ إدريس جويلل, الطبعة الأولى لسنة 2008 منشورات مرزاق للطباعة /مكناس.

33) أسامة عبد الرحمان :" نظرية الظروف الطارئة بين النظرية والتطبيق"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط، السنة الجامعية 1983.

34) أشرف عبد العليم الرفاعي، الإختصاص القضائي الدولي، منشورات دار الكتب القانونية/ مصر، سن 2006.

35) الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، ح 5087، ط 1 سنة 2002، منشورات دار إبن كثير للطباعة والنشر والتوزيع.

36) الإمام أبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الشهير بالشاطبي : " الموافقات "، تقديم الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد، ضبط وتقديم و تعليق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، المجلد الثاني، الطبعة الأولى، لسنة 1997، منشورات مكتبة دار ابن عفان للنشر و التوزيع /الخبر/السعودية.

37) الإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية، رحمه الله : " إعلام الموقعين عن رب العالمين"، المجلد الخامس، الطبعة الأولى لسنة 1423 هجرية، منشورات دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع /جدة.

38) الإمام أبي عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب، المعروف بابن قيم الجوزية، رحمه الله : " إعلام الموقعين عن رب العالمين"، المجلد الخامس، الطبعة الأولى لسنة 1423 هجرية، منشورات دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع /جدة.

39) الإمام جار الله الزمخشري ، أساس البلاغة ، تقديم الدكتور محمد أحمد قاسم، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى عام 2003 ، المكتبة العصرية ، صيدا بيروت .

40) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، الحنفي " بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، تحقيق و تعليق الشيخ علي محمد معوض، الجزء الثالث، الطبعة الثانية لسنة 2003، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت/لبنان.

41) امحمد العثماني : ألواح جزولة والتشريع الإسلامي، دراسة الأعراف قبائل سوس في ضوء التشريع الإسلامي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية– المملكة المغربية – مطبعة فيد بيرانت، ط 1، 2004.

42) امحمد العثماني : ألواح جزولة والتشريع الإسلامي، دراسة الأعراف قبائل سوس في ضوء التشريع الإسلامي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – المملكة المغربية – مطبعة فيد بيرانت، ط 1، 2004.

43) امحمد لفروجي : العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، ط 2/ سنة 1999، منشورات مطبعة النجاح الجديدة.

44) البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ج1 ، كتاب العيدين، باب العلم الذي بالمصلى، ط1، سنة 2003، منشورات دار البيان الحديثة /القاهرة.

45) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، منشورات دار النهضة العربية/ بيروت، دون ط، سنة 1967.

46) التفتازاني سعد الدين مسعود بن عمر الشافعي، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، تم ضبطه وشرحه من قبل الشيخ زكرياء عميرات، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت/لبنان، الطبعة الأولى، 1996.

47) التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسانيد، للإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد بن عبد الكبير البكري، ج 2، باب الثاء، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1992، مطبعة فضالة ، المحمدية ، المغرب.

48) جابر عوض عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.

49) جابر عوض عبد الحميد الجندي، حقوق المرأة في نطاق الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي على ضوء الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة،

50) جمعة محمود الزريقي " التوثيق العقاري في الشريعة الإسلامية"، ط 1، سنة 1985، منشورات المنشأة العامة /طرابلس .

51) جميل فخري محمد جانم، آثار الزواج في الفقه المقارن، ط 1، سنة 2009، منشورات دار حامد/الأردن.

52) جميلة أحيدة: نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بالأراضي المنخفظة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكدال الرباط 1994 / 1995.

53) الجيلالي بن الحاج يحي، القاموس الجديد للطلاب، الطبعة السابعة لسنة 1991، المؤسسة الوطنية للكتاب.

54) حدو عبد الرحمان ، إهمال الأسرة في التشريع العربي، منشور بمجلة الميادين ، عدد 3 لسنة 88 .

55) حساين عبود: "قراءة في مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب المتعلق بالزواج"، مجلة القضاء والقانون، ع 150، 2004.

56) حساين عبود، القضاء بالنفقة المؤقتة، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى ,سلسة الندوات الجهوية المنظمة من طرف المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيسه ,الندوة الجهوية الثانية ,مكناس 8 / 9 مارس 2007 منشورات جمعية التكافل الاجتماعي لقضاة وموظفي المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية /الرباط .

57) حسن الأشموني و محمد و محمد عبد الكريم، مرجع القضاء في تشريعات الأحوال الشخصية للأجانب، الكتاب الأول التشريع الفرنسي في الأشخاص، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة، ب ط، مصر عام 1950، تعريف مشار إليه.

58) الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس قضايا وأعلام، من القرن التاسع إلى القرن الرابع عشر الهجري، منشورات كلية الشريعة بأكادير مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء – ط1، سنة 1999.

59) الحسن العبادي: فقه النوازل في سوس قضايا وأعلام، من القرن التاسع إلى القرن الرابع عشر الهجري، منشورات كلية الشريعة بأكادير مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء – ط1، سنة 1999.

60) حسن المهداوي، القانون الدولي الخاص (شارع القوانين)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2005 .

61) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص–تنازع القوانين– الطبعة الأولى سنة 2005، دار الثقافة للنشر والتوزيع/الأردن.

62) الحسين رشيد: بعض المجالات المنظمة بالعرف الأمازيغية مقال منشور في إطار أعمال الأيام الدراسية التي نظمها مركز الدراسات

الأنثروبولوجية والسوسيولوجية بالرباط بعنوان " القانون والمجتمع بالمغرب" سلسلة الندوات والمناظرات رقم الرباط 2005.

63) الحسين رشيد: بعض المجالات المنظمة بالعرف الأمازيغية مقال منشور في إطار أعمال الأيام الدراسية التي نظمها مركز الدراسات الأنثروبولوجية والسوسيولوجية بالرباط بعنوان " القانون والمجتمع بالمغرب" سلسلة الندوات والمناظرات رقم الرباط 2005.

64) حفصة الوهابي، أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، السنة الجامعية 2012/2013.

65) خالد (برجاوي)،"مدى استجابة مدونة الأسرة الجديدة لمطالب المجتمع المدني والسياسي المغربي"، طبعة أولى، سنة 2004، منشورات دار القلم.

66) خالد برجاوي: "نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية في دول المغرب العربي؛ دراسة في إطار القانون الدولي الخاص المغاربي" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ جامعة محمد الخامس؛ كلية الحقوق أكدال الرباط، 1993 / 1994.

67) خالد عبد الله عيد : " أحكام المعاملات في الفقه الإسلامي، نظرية العقد" دراسة مقارنة مع الفقه القانوني الحديث"، كتاب موجه لطلبة جامعتي سيدي محمد بن عبد الله بفاس، و محمد الخامس بالرباط، برسم الموسم الجامعي 1978-1979، دون ذكر لبيانات أخرى.

68) خليفة علي الكعبي ، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، ط1، 2010، منشورات دار النفائس/ الأردن.

69) الخليل بن أحمد الفراهدي، العين، مادة (نفق)، تحقيق مهدي المخزومي و إبراهيم السامرائي، ج 5، ط 2، سنة 1409، منشورات دار الهجرة.

70) راجع إبن عاصم الأندلسي، البهجة في شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لإبن عاصم الأندلسي, وبحاشيته حلى المعاصم لفكر إبن عاصم للإمام أبي عبد الله محمد التاودي وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام ,الجزء 1 الطبعة الأولى لسنة 2005 ,منشورات دار الرشاد الحديثة / الدار البيضاء .

71) الرافعي أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم "الشرح الكبير" تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط 1 سنة 1997، منشورات دار الكتب العلمية/بيروت.

72) الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي :" العمل السوسي في الميدان القضائي، نظم أبي زيد عبد الرحمان بن عبد الله الجشتمي، ج 1، منشورات مطبعة المعارف الجديدة/ الرباط، ط 1، سنة 1984..

73) الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي :" العمل السوسي في الميدان القضائي، نظم أبي زيد عبد الرحمان بن عبد الله الجشتمي، ج 1، منشورات مطبعة المعارف الجديدة/ الرباط، ط 1، سنة 1984.

74) رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، ج3، ص 224 ،تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، تقديم وتقريظ محمد بكر إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1 ،1994.

75) رشدي شحاتة أبو زيد : " الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى لسنة 2001، منشورات مطبعة دار الفكر العربي /القاهرة.

76) رشيد المرزكيوي: النظام الأوربي لحماية حقوق الإنسان، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط 1991. 1992 .

77) رعد مقداد الحمداني ، النظام المالي للزوجين ، ط2 2010، منشورات دار الثقافة /الأردن.

78) رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين، منشورات دار شتات/مصر سنة 2010.

79) رمضان علي الشرمباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الدار الجامعية، الإسكندرية/ مصر، سنة 2001.

80) رواه النسائي برقم 9229، عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، باب بركة المرأة، ج 8، منشورات مؤسسة الرسالة/لبنان، سنة 2001 .

81) الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، ط1 لسنة 1986، ج 1، منشورات دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر/دمشق.

82) الزرقا مصطفى، المدخل إلى نظرية الالتزام، ط1 سنة 1999 منشورات دار القلم/دمشق197-201.

83) ساسي بن حليمة: " سكنى الحاضنة"، المجلة القانونية التونسية، ع 1، 1989.

84) سالم ابن عبد الغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، رسالة دكتوراه، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، ط 2 .

85) السبكي تاج الدين عبد الكافي، الأشباه والنظائر، ت عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض ج 1 .

86) سعاد الأخريسي:"من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة: مسار التعديلات ومطالب الحركة النسائية "، تقديم زهور الحر، منشورات مكتبة دار السلام/ الرباط، سنة 2005.

87) سعاد رحائم :"مدونة الأسرة بين الاجتهاد الشرعي والنص القانوني"، منشورات مكتبة الأمة /الدار البيضاء، سنة 2004.

88) سنن الترميذي، باب ما جاء في مهور النساء، ج 3، سنة 1978، منشورات مطبعة مصطفى الحلبي/مصر.

89) الشافعي محمد بن إدريس، الأم، خرج أحاديثه وعلق عليه محمود مطرجي، ط1 1993، ج 3، منشورات دار الكتب العلمية/ بيروت.

90) الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط 1 سنة 1994، منشورات دار الكتب العلمية/بيروت.

91) شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، المجلد 6، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت/لبنان، الطبعة الأولى، لسنة 2002.

92) شرح فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام الحنفي، على شرح بداية المبتدي لبرهان الدين علي بن أبي بكر.، تخريج وتعليق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، لسنة 1995، الجزء 2.

93) شيخ الاسلام أحمد بن تيمية : "مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية "، جمع وترتيب، عبد الرحمان بن محمد بن قاسم وابنه محمد، المجلد التاسع و العشرون، طبعة سنة 2004، منشورات مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف/ المدينة المنورة.

94) الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح ، عنى بترتيبه محمود خاطر بك، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، عام 1981 ، بيروت لبنان.

95) الشيخ خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل في فقه إمام دار المهجر مالك إبن أنس، ط1، سنة 2008، منشورات مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت/لبنان.

96) عائشة الشرقاوي المالقي: " الوجيز في القانون البنكي المغربي"، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، طبعة الأولى، 2004.

97) عبد الرحمان العمراني: "المرأة: هل تساهم مع زوجها في النفقة؟"، مساهمة في كتاب:" الحقوق والالتزامات المالية للمرأة داخل الأسرة في ظل المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية"، الجمعية المغربية للتربية ورعاية الأسرة، طوب بريس، الرباط، ط 1، 2003.

98) عبد الرحيم المودن: " النظام القانوني لعقد الحساب الجاري البنكي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس أكدال 2003- 2004.

99) عبد الرزاق أحمد السنهوري: " الوسيط في شرح القانون المدني "، الجزء الأول : " نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الالتزام "، الطبعة الثانية، لسنة 1964، منشورات دار النهضة العربية، المطبعة العالمية/ القاهرة.

100) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، المجمع العلمي العربي الإسلامي حمد الحلبية، بيروت/لبنان.

101) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، المجمع العلمي العربي الإسلامي حمد الحلبية، بيروت/لبنان.

102) عبد الرزاق مولاي رشيد: " العلاقات الأسرية الدولية والقانون المغربي"، مداخلة في لقاء دراسي نظم بالبيضاء بتاريخ 14 – 10 – 2000 تحت عنوان: " مشاكل المرأة المغربية مع القانون"، منشورات الجمعية المغربية للدفاع عن حقوق النساء، سلسلة لنكسر الصمت ع 3 / 2001 .

103) عبد السلام العبدي / تاريخ المؤسسات والوقائع الإجتماعية/ الطبعة الثانية 2001 , مركز النسخ سجلماسة ,كلية الحقوق بمكناس.

104) عبد العزيز عامر " الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء " ، ط1 ، سنة 1984، منشورات دار الفكر العربي/القاهرة.

105) عبد القادر العرعاري" النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المغربي"، الجزء الأول، طبعة سنة 1995، منشورات مطبعة فضالة/المحمدية.

106) عبد الله ابن الظاهر:" مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة"، ط 1، سنة 2005، منشورات مطبعة النجاح الجديدة/ الدار البيضاء، المغرب.

107) عبد المنعم فلوس: أحكام الأسرة للجالية المغربية بإسبانيا رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص؛ كلية الحقوق السويسي الرباط، 1995 – 1996.

108) عبد المنعم فلوس: أحكام الأسرة للجالية المغربية بإسبانيا. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص كلية الحقوق السويسي الرباط 1995 / 1996.

109) عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، سنة 2008، منشورات المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع/ لبنان.

110) عز الدين بنستي :"الحساب المشترك: تعريفه وتحديد طبيعته، المشاكل القانونية التي يطرحها موقف القضاء المغربي من الحساب المشترك"، المجلة المغربية للقانون واقتصاد والتنمية، العدد 27، 1992

111) عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين الجزء الثاني دار النهضة العربية، الطبعة السادسة 1969.

112) عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين الجزء الثاني دار النهضة العربية، الطبعة السادسة 1969.

113) علي حسن نجيده، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، دار الفكر العربي، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، عام 1984، مصر .

114) عمرو لمزرع، تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية من الناحية القانونية والقضائية والاجتماعية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله/ السنة الجامعية 2011/2010، تحت إشراف الدكتور ناصر المتيوي مشكوري.

115) الغازي محسن: دور رقابة المحاكم العليا الأجنبية في تكريس احترام القوانين الشخصية عرض أعد في إطار مقرر السنة الثانية من السلك الثالث في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث: قانون الأسرة والطفولة، كلية الحقوق فاس2000 – 2001 .

116) غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط 4، لسنة 2005، منشورات دار وائل للنشر/عمان/الأردن.

117) فخر الدين الرازي " التفسير الكبير" ج 3، ط 1 ، سنة 1981 ، منشورات دار الفكر/ لبنان.

118) فريدة بناني:" حق تصرف الزوجة في مالها حق شرعي وقيود تشريعية"، دار تنمل للطباعة والنشر، مراكش، ط1، 1995.

119) فهمي محمد كمال: الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، مؤسسة الثقافة الجامعية، الطبعة الثانية، 1981.

120) قاسم بن محمد الأهدل، الصداق في الشريعة الإسلامية–دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة– رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات العليا الشرعية، جامعة الملك عبد العزيز/السعودية، سنة 1401 هـ.

121) القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي، مكتبة النور، دمشق، دون طبعة أو تاريخ، ج4.

122) قرارات المجلس الأعلى – أهم القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث – الجزء الأول– مطبعة الأمنية : الرباط طبعة 2007، ص، 65.

123) كنزة حرشي، "حقوق المرأة بين الشريعة والقانون المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، جامعة القرويين كلية الشريعة فاس–سايس، 2001/2000.

124) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج2، ط1 ،1994م، منشورات دار الكتب العلمية،.

125) محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني ,الولادة ونتائجها ,والأهلية ,والنيابة الشرعية الطبعة الأولى لسنة 1994 منشورات مطبعة النجاح الجديدة.

126) محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة ، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، إشراف الدكتور: عبد الحميد أخريف، السنة الجامعية 2005–2006 .

127) محمد الخضراوي مقال بعنوان : دور محكمة النقض في حماية حقوق المرأة، منشور بمجلة المنتدى، الصادر عن منتدى البحث القانوني بمراكش، العدد 4، يوليوز 2004.

128) محمد الكشبور ،" أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، ع 7، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، 2004.

129) محمد الكشبور:" الكراء المدني والكراء التجاري"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 2، 2001.

130) محمد الكشبور:" الوسيط في قانون الأحوال الشخصية"، الطبعة الثالثة مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1999.

131) محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، شرح نظم أبي زيد الجشمي لما لم يذكره الشيخان اين عاصم وخليله ج 2، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاله. الطبعة الأولى 1400ه/1980م.

132) محمد بن أبي بكر الأزاريفي: المنهل العذب السلسبيل، شرح نظم أبي زيد الجشمي لما لم يذكره الشيخان اين عاصم وخليله ج 2، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء. الطبعة الأولى 1400ه/1980م.

133) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، خرج آياته وأحاديثه محمد بن عبد الله شاهين، ط 1 سنة 1996، منشورات دار الكتب العلمية/بيروت .

134) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، منشورات دار الفكر للطباعة/بيروت دون تاريخ النشر.

135) محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج 5، ط 1 سنة 1997، منشورات دار السلام/مصر.

136) محمد بن محمد بن محمود كمال الدين أبو عبد الله إبن الشيخ شمس الدين جمال الدين الرومي البابرتي، العناية بشرح الهداية، ج 3، منشورات دار الفكر، د مكان النشر وتاريخه.

137) محمد حسن قاسم، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين في مصر ولبنان، الجزء الأول، منشورات الطبي الحقوقية الطبعة الأولى، لبنان، 2006.

138) محمد حسين منصور:" مسكن الزوجية بين قانون إيجار الأماكن وقانون الأحوال الشخصية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، دون ذكر المطبعة، دون ذكر تاريخ الطبعة أو السنة.

139) محمد زريول، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ج 2 قاعدة الاسناد، ط 1، سنة 2006، منشورات مكتبة سجلماسة/مكناس.

140) محمد شلح :"سلطان الإرادة على ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد «رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. جامعة محمد الخامس بالرباط، سنة 1983.

141) محمد ناصر متيوي مشكوري: مبادئ في القانون الدولي الخاص، مكتبة المعارف الجامعية 2001.

142) محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص–دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط 1، سنة 2009، منشورات دار الثقافة للنشر والتوزيع/الأردن.

143) محمد وليد هاشم المصري، محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2003، العدد 4 .

144) محمود بلال مهران "الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الاسلامي"، طبعة سنة 1985، منشورات مكتبة دار الثقافة العربية.

145) المختار الهراس: المرأة والملكية في أنجرة إبان فترة الاستعمار، مجلة مقاربات، سلسلة بإشراف عائشة بلعربي، مطبعة النجاح الجديدة/ الرباط، طبعة 1996.

146) المختار الهراس: المرأة والملكية في أنجرة إبان فترة الاستعمار، مجلة مقاربات، سلسلة بإشراف عائشة بلعربي، مطبعة النجاح الجديدة/ الرباط، طبعة 1996.

147) المدونة الكبري للإمام مالك رواية سحنون بن سعيد التنوخي، ج 8، منشورات مطبعة السعادة/ مصر.

148) مسعد قطب وسليمان هاشم، محاضرات في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية (أهم الشرائع القانونية القديمة )، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق عام 1998/1997.

149) المصباح المنير لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس ت ، 770هـ، المكتبة العصرية، بيروت ، ط1 ،سنة 1996.

150) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة 1، لسنة 1994.

151) مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الجيل بيروت، ط 1 ،1991م، ج5 .

152) المكي الحسين بن عبد السلام، نظام الكد والسعاية، ج2، ط2، سنة 2010، منشورات دار القلم/الرباط.

153) المكي الحسين بن عبد السلام، نظام الكد والسعاية، ج2، ط2، سنة 2010، منشورات دار القلم/الرباط، ص46.

154) ممدوح الرشيدات: " محاضرات في التشريعات المالية المصرفية"، دار الخليج للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة 1، 2001.

155) المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدوة الأسرة"، الجزء الأول، صادر عن مديرية الشؤون المدنية بوزارة العدل، العدد 17، فبراير 2009، منشورات، جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية/ الرباط، مطبعة إليت/ الرباط.

156) منصور حاتم محسن الفتلاوي، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهين الوضعي والإسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1999، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.

157) موحى ولحسن ميموني: وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مجلة الملف العدد 4 شتنبر 2004، مطبعة النجاح الجديدة.

158) موحى ولحسن ميموني: وضعية الأسرة المغربية في ضوء تطورات ضوابط الإسناد، مجلة الملف العدد 4 شتنبر 2004، مطبعة النجاح الجديدة.

159) موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الحجاوي المقدسي والصالحي شرف الدين أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق عبد اللطيف موسى السبكي، ج 3، منشورات دار المعرفة/ بيروت دون تاريخ النشر.

160) النسائي أحمد بن شعيب، سنن النسائي، كتاب الزكاة، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، ط1، منشورات مكتبة المعارف الرياض.

161) نعيرات أيمن أحمد محمد ، الذمة المالية للمرأة في الفقه الإسلامي، أطروحة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس / فلسطين، إشراف د .جمال زيد الكيلاني، 2009.

162) النووي يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني، النووي، الشافعي، أبو زكريا، محيي الدين، المنهاج مع شرحه مغني المحتاج، للشربيني ج 2، منشورات دار المنهاج.

163) هشام أصنيب، ضابط الإرادة في الأحوال الشخصية وآثاره على الجالية المغربية بأوروبا الغربية، رسالة لدبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق فاس 2002 – 2003.

164) هشام علي صادق" تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي"، ط 2002 .

165) هشام علي صادق: دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية 2000 .

166) هشام علي صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة و الحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشاة المعارف الإسكندرية، مصر، ب ط، عام 1993.

167) يعتبر الإمام إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، أكثر فقهاء الإسلام اهتماما بالمقاصد، حيث أفرد لهذا الموضوع مجلدين من مؤلفه " الموافقات " ويتعلق الأمر بالمجلدان الثاني و الثالث.

168) يوسف محمود عبد المقصود " أحكام الصداق في الفقه الإسلامي المقارن ط" 1، سنة 1976، منشورات دار الطباعة الحمدية الأزهرية/ القاهرة.

**المراجع باللغة الفرنسية.**

1. Aldeeb Abu-Sahlieh (Sami Awad) : « Les musulmans face aux droits de l'homme : religion, droit et politique : étude et documents ; Bochum : Winkler, 1994.

2. Aurélie VERON, l'obligation d'entretien à l'égard des jeunes majeurs, Mémoire de DEA de droit privé, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales , Ecole doctorale n° 74, Université de Lille 2 , Année universitaire 2002-2003.

3. Beroujon (Christiane) et Revol (Marie-claude) : « Patrimoine et famille », sous la direction de Roger Nerson, éditions du centre national de recherche scientifique, 1981, Paris, France.

4. Bourdrlois Béatrice, le mariage polygamique en droit international privé francais, these doctorat, d'état, Tl, université de pantheon, Assas (paris 2) ,1991.

5. carrillo salcedo : le nouveau DIP espagnol ; Annuaire suisse de droit international 1976 .

6. Champion (Jean) :« Régimes matrimoniaux et contrats de mariage »,10ème édition, 2001, encyclopédie delmas, paris.

7. D'hoir (catherine) : « Droit de la famille », 2001/2002, dalloz, paris, 2001.

8. Dominique Bureau : l'application d'office de la loi étrangère, essai de synthèse JDI N°2 1990.

9. E.Gounot, "le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé"; Contribution à l'étude critique de l'individualisme, thèse, Dijon, 1912.

10. Fernadez Rozas y sanchez lorenzo : le nouveau DIP espanol ; Annuaire suisse de droit international 1976 .

11. François Terré et philippe Simler, Droit civil, les régimes matrimoniaux, 2éme édition 1994, précis Dalloz.

12. Hocine sadok, université de Haute Alsace France « la confrontation du code de la famille à l'ordre public international françois » colloque international :« le code de la famille en migration » Rabat .

13. Jean Doperez : « le droit international privé a travers les livres » Revue juridique ; politique et économique du Maroc N° 5 / 1979.

14. Jean Yves carlier : « Autonomie de la volanté et statut personnel », cahier des droits maghrebins vol N° 1 janvier ; juin 1995.

15. le petit Larousse illustré ; dictionnaire encyclopedique ; 1991 ;castreman-tournai .

16. Leleu ( Yves-henri ) : « Droit des personnes et des familles », collection de la faculté de droit de l'université de liége, édition Larcier, 2005 Bruxelles.

17. Malaurie (Philippe) et Aynés ( Laurent ) : « Droit civil : les régimes matrimoniaux », édition juridique associées, defrénois, paris, France, 2004.

18. Maria claire Foblets. " le nouveau code de la famille quelle application en Belgique. Le cas des ressortissants marocains à l'étranger"colloque international »le code de la famille en migration : quelle compréhension et quelle pratique ?les 25, 26 février 2005.

19. Matti pellonpâa : la convention européenne des droits de l'homme : quelque réflexions comparatives entre la Finlande et la France ; RIDC N°3 / 1995 .

20. Montanier (jean - Claude) : « les régimes matrimoniaux », presses universitaires de genoble, 1992.

21. MOULAY RCHID (Abderrazak) : « La condition de la femme au Maroc » ، collection faculté de la faculté des sciences juridiques économiques et sociales ، n33،1985.

22. MOULAY RCHID (Abderrazak) :« le droit de la famille entre la politique de l'Etat et le changement

social » ، In droit et environnement social au Maghreb ، colloque du 10-11-12 décembre 1987 ،fondation du roi Abdulaziz al saoud، Casablanca éd cnrs paris،1989.

23. moulougui (Clotaire): « la solidarité familiale », série de monde en questions, collection l'esprit économique, INNOVAL, l'harmattan, 2004.

24. Pierre mayer « la CONVENTION Européenne DES DROIT l'homme et l'application des normes étrangères »RCDIP .N :4 .1991.

25. Pierre Mayer, vincent heuzé, droit international privé, 8éme éd, L.G.D.J , montchrestien, paris, 2005.

26. revel (Janine): « Les régimes matrimoniaux », 2ème édition, 2003, édition dalloz.

27. tito Ballarino : personnes, famille. Régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé Italien, RCDIP N°1 / 1996.

28. Weiss André, Manuel de droit international privé, 6e éd, L. de la société du recueil J.-B. Sirey et du journal du palais, Paris, 1909.

## الفهرس

مقدمة. ..... 1
فصل تمهيدي: في مختلف أشكال النظم القانونية المؤطرة لتدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج. ..... 11
المبحث الأول : التعريف بالنظم القانونية المؤطرة لتدبير الأموال الأسرية. ..... 11
المطلب الأول: التعريف بالنظام المالي الأسري. ..... 11
الفقرة الأولى– المقصود بالأموال الأسرية. ..... 12
الفقرة الثانية : التعريف بالنظام المالي للزوجين. ..... 12
المطلب الثاني : التعريف بالذمة المالية الأسرية. ..... 17
الفقرة الأولى : الذمة المالية في اصطلاح الفقه القانوني: ..... 17
الفقرة الثانية: الذمة المالية في اصطلاح الفقه الإسلامي: ..... 19
المبحث الثاني : مختلف أشكال النظم المالية الأسرية وتطورها التاريخي. ..... 21
المطلب الثاني : التطور التاريخي للنظم المالية الأسرية. ..... 21
الفقرة الأولى: النظام المالي للزوجين في العهد الروماني. ..... 21
الفقرة الثانية: النظام المالي للزوجين في العهد الفرعوني. ..... 23
المطلب الثاني : مختلف أشكال النظم المالية الأسرية. ..... 24
الفقرة الأولى : نظام استقلال الذمة المالية للزوجين. ..... 24
الفقرة الثانية : نظام اتحاذ الذمة المالية للزوجين. ..... 29
الباب الأول: تباين أوجه الحماية القانونية المقررة للأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج. ..... 32
الفصل الأول: تباين أوجه الحماية المقررة لبيت الزوجية ما بين التشريع المغربي وتشريعات دول الاستقبال. ..... 32

المبحث الأولى: منع أحد الزوجين من الاستئثار ببيت الزوجية خلال فترة قيام العلاقة الزوجية. ..... 32
المطلب الأولى: شروط تفعيل أحكام المنع من الطرد من بيت الزوجية. ..... 33
الفقرة الأولى: إقدام أحد الزوجين على إخراج الآخر من بيت الزوجية. ..... 33
الفقرة الثانية: أن يكون الطرد غير مبرر. ..... 38
المطلب الثاني: تدابير الحماية المقررة لمنع استفراد أحد الزوجين ببيت الزوجية. . 40
الفقرة الأولى : تدابير الحماية المدنية. ..... 40
الفقرة الثانية: تدابير الحماية الجنائية. ..... 45
المبحث الثاني: حماية بيت الزوجية ومشتملاته بعد انقضاء العلاقة الزوجية..... 51
المطلب الأول: حماية بيت الزوجية ومشتملاته بعد انقضاء العلاقة الزوجية في إطار التشريع المغربي. ..... 52
الفقرة الأولى: حماية مشتملات بيت الزوجية. ..... 52
الفقرة الثانية : حماية حق المعتدة والمحضون في السكنى. ..... 55
المطلب الثاني: الحماية المقررة لبيت الزوجية ومشتملاته في إطار تشريعات دول الاستقبال. ..... 62
الفقرة الأولى : أوجه الحماية المقررة لبيت الزوجية في إطار تشريعات بعض دول الاستقبال الغربية. ..... 62
الفقرة الثانية : أوجه الحماية المقررة لبيت الزوجية في إطار تشريعات بعض دول الاستقبال العربية. ..... 70
الفصل الثاني : تباين أوجه الحماية المقررة للأموال الأسرية المنقولة ما بين التشريع المغربي وتشريعات دول الاستقبال. ..... 74
المبحث الأول: الحماية المقررة لواجب الصداق. ..... 74
المطلب الأول: في ماهية الصداق وأحواله. ..... 74

الفقرة الأولى: في تعريف الصداق وحكمه. ..... 74
الفقرة الثانية: في أنواع الصداق ومقداره. ..... 81
المطلب الثاني: تباين الأنظمة القانونية بخصوص استحقاق الصداق. ..... 86
الفقرة الأولى: في أحوال استحقاق الزوجة للصداق وإثباته. ..... 86
الفقرة الثانية : تباين الأنظمة القانونية في الأخذ بالصداق من عدمه. ..... 92
المبحث الثاني: الحماية المقررة لواجب الإنفاق على بيت الزوجية. ..... 97
المطلب الأول: أحكام الانفاق على بيت الزوجية. ..... 97
الفقرة الأولى : في ماهية النفقة وحكمها. ..... 97
الفقرة الثانية: في شروط استحقاق النفقة، وأسباب سقوطها. ..... 102
المطلب الثاني : الحماية المقررة للإنفاق على بيت الزوجية في إطار التشريع المغربي ..... 107
الفقرة الأولى : في أوجه الحماية المقررة للنفقة في التشريع المغربي..... 107
الفقرة الثانية : الحماية القانونية لواجب الإنفاق على بيت الزوجية في أنظمة دول الاستقبال ..... 118
الباب الثاني: التدبير القضائي للأموال الأسرية الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج. 132
الفصل الأول: تبيان النظم القضائية في مجال تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج. ..... 132
المبحث الأول: تدبير القضاء الأجنبي للأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج. 133
المطلب الأول: مؤيدات تفعيل القضاء الأجنبي للنظام القانوني المغربي. ..... 133
الفقرة الأولى: ضوابط الاسناد المعتمدة في تشريعات دول الاستقبال بشأن العلاقات المالية الأسرية. ..... 134

الفقرة الثانية: ضوابط تفعيل القضاء الأجنبي للقانون المغربي فيما يتعلق بالعلاقات المالية الأسرية. ..... 145
المطلب الثاني: مؤيدات استبعاد القضاء الأجنبي للنظام القانوني الأجنبي. ..... 155
الفقرة الأولى : تأثير فكرة النظام العام على تفعيل القضاء الأجنبي للنظام القانوني المغربي. ..... 155
الفقرة الثانية : اعتماد القضاء الأجنبي لضوابط إسناد جديدة تؤدي إلى استبعاد القانون المغربي من دائرة التطبيق. ..... 164
المبحث الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بتدبير الأموال الأسرية داخل التراب المغربي. ..... 171
المطلب الأول: رقابة القضاء المغربي على الشروط الشكلية لدعوى التذييل بالصيغة التنفيذية. ..... 173
الفقرة الأولى : تنوع أنظمة الرقابة القضائية في قضايا التذييل بالصيغة التنفيذية. 173
الفقرة الثانية: الرقابة الشكلية على طلبات التذييل بالصيغة التنفيذية أمام الجهة المختصة. ..... 177
المطلب الثاني: رقابة القضاء المغربي على الشروط الموضوعية لدعوى التذييل بالصيغة التنفيذية. ..... 185
الفقرة الأولى : رقابة القضاء المغربي على شرط عدم مخالفة الحكم الأجنبي للنظام العام المغربي. ..... 185
الفقرة الثانية: رقابة القضاء المغربي على شرط عدم مخالفة بعض أحكام مدونة الأسرة المغربية. ..... 193
الفصل الثاني: التدبير الاتفاقي بديل لتدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج. ..... 199

المبحث الأول: الأساس الشرعي والقانوني للتدبير التعاقدي للأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج. ..... 199
المطلب الأول: الأساس الشرعي للتدبير التعاقدي للأموال الأسرية..... 200
الفقرة الأولى : الأصل في الاشتراط الحظر..... 201
الفقرة الثانية: الأصل في الاشتراط الجواز، والاستثناء الحظر..... 204
المطلب الثاني: الأساس القانوني للتدبير التعاقدي للأموال الأسرية. ..... 208
الفقرة الأولى : مضمون مبدأ سلطان الإرادة. ..... 208
الفقرة الثانية: موقف التشريع الوضعي من الشروط الإتفاقية في عقد الزواج.... 212
المبحث الثاني: صور التدبير التعاقدي للأموال الأسرية الخاصة بالمغاربة المقيمين بالخارج. ..... 227
المطلب الأول: تدبير الأموال الأسرية للمغاربة المقيمين بالخارج عن طريق عقد مكتوب..... 227
الفقرة الأولى: الشروط الموضوعية لإبرام عقد تدبير الأموال الأسرية: ..... 228
المطلب الثاني: التدبير الاتفاقي للأموال الاسرية بحكم الواقع في غياب عقد مكتوب. 235
الفقرة الأولى: الحساب المشترك مظهر من مظاهر التدبير التعاقدي غير المكتوب للأموال الأسرية..... 235
الفقرة الثانية: الكد والسعاية مظهر من مظاهر الاسهام الفعلي في تنمية أموال الأسرة. ..... 241
خاتمة. ..... 257
المصادر والمراجع باللغة العربية..... 262